

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

[Tema 8 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/646

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

[Original: ruso]
[24 de mayo de 2011]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	237
Obras citadas en el presente informe.....	238
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-10 239
<i>Capítulo</i>	
I. ASPECTOS PROCESALES DE LA INMUNIDAD.....	11-57 241
A. Momento en que se examina la inmunidad.....	11-13 241
B. Invocación de la inmunidad.....	14-31 242
C. Renuncia a la inmunidad.....	32-55 248
D. ¿Puede el Estado del funcionario invocar la inmunidad después de renunciar a ella?.....	56-57 255
II. INMUNIDAD DEL FUNCIONARIO Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DEL FUNCIONARIO.....	58-60 255
III. RESUMEN.....	61 257

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, n.ºs 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17512, pág. 214.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., n.º 17513, pág. 642.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Convención sobre Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Ibíd., vol. 1400, n.º 23431, pág. 231.
Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados (Basilea, 16 de mayo de 1972)	Ibíd., vol. 1495, n.º 25699, pág. 181.
Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	Naciones Unidas, <i>Anuario Jurídico 1975</i> (n.º de venta: S.77.V.3), pág. 91.

Fuente

- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
- Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004) A/RES/59/38.

Obras citadas en el presente informe

- AKANDE, Dapo y Sangeeta SHAH
«Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts», *The European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 4 (2010), págs. 815 a 852.
- BRADLEY, Curtis A. y Jack L. GOLDSMITH
«Foreign Sovereign Immunity, Individual Officials, and Human Rights Litigation», Harvard Public Law School, *Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, documento n.º 10-05, 13 Green Bag 2D9, tercer trimestre de 2009, págs. 9 a 23.
- BROWNLIE, Ian
Principles of Public International Law, 6.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003.
- 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.
- CRYER, Robert y otros
An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- DOMINICÉ, Christian
«Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat», *RGDIP*, t. CIII (1999), págs. 297 a 308.
- GATTINI, Andrea
«The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the I.C.J.: Is the Time Ripe for a Change of the Law?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n.º 1, marzo de 2011, págs. 173 a 200.
- HAAS, Megan
«Fujimori Extraditable!: Chilean Supreme Court Sets International Precedent for Human Rights Violations», *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 39 (2007-2008), págs. 373 a 407.
- 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.
«Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international. Travaux préparatoires», *Annuaire*, vol. 73, t. I y II, sesión de Nápoles (2009), París, Pedone, 2009.
«Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agentes en cas de crimes internationaux», *Annuaire*, vol. 73, t. I y II, sesión de Nápoles (2009), París, Pedone, 2009.
- KEITH, K.J.
«The International Court of Justice and Criminal Justice», *International Comparative Law Quarterly*, vol. 59 (octubre de 2010), págs. 895 a 910.
- KOIVU, Virpi
«Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XII (2001), págs. 305 a 330.
- NOLLKAEMPER, André
«Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law», *International Comparative Law Quarterly*, vol. 52 (julio de 2003), págs. 615 a 640.
- O'KEEFE, Roger
«The European Convention on State Immunity and International Crimes», en Alan Dashwood y Angela Ward (eds.), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 2, Oxford y Portland, Hart, 1999-2000, págs. 507 a 520.
- SEYERSTED, Finn
«Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organisations», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14 (1965), págs. 31 a 82.
- SHATALOVA, S. V.
«Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa *Samantar c. Yusuf* e inmunidades de los funcionarios extranjeros», *Russian journal of international law*, n.º 1 (81) (2011), págs. 111 a 130. [En ruso.]
- SHAW, Malcolm N.
International Law, 6.ª ed., Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2008.
- STEPHENS, Beth
«The Modern Common Law of Foreign Official Immunity», *Fordham Law Review*, vol. 79 (2011), págs. 2669 a 2719.
- TOMONORI, Mizushima
«The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires* Conduct», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (2000-2001), págs. 261 a 287.
- TUNKS, Michael A.
«Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity», *Duke Law Journal*, vol. 52 (2002), págs. 651 a 682.
- 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.
- VAN DER WILT, Harmen
«The Issue of Functional Immunity of Former Heads of State», en William J. M. van Genugten y otros (eds.), *Criminal Jurisdiction 100 Years After the Hague Peace Conference*, Actas de la octava Conferencia Conjunta de La Haya, 28-30 de junio de 2007, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2009, págs. 100 a 104.
- VERHOEVEN, Joe (ed.)
Droit international des immunités: contestation ou consolidation?, Bruselas, Larcier, 2004.
- WATTS, Arthur
«The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments 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.
- YANG, Xiaodong
«*Jus Cogens* and State Immunity», *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3 (2006), págs. 131 a 179.

Introducción

1. En su 59.º período de sesiones (2007), la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» y nombró un Relator Especial para el tema¹. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara un estudio básico de antecedentes sobre el tema².

2. En el 60.º período de sesiones (2008), la Comisión examinó el informe preliminar sobre el tema³. La Comisión también tuvo ante sí el memorando de la Secretaría sobre este tema⁴. Debido a que no se presentó el siguiente informe, la Comisión no pudo examinar el tema en su 61.º período de sesiones (2009).

3. El segundo informe⁵ del Relator Especial fue presentado a la Secretaría cuando ya se estaba celebrando el 62.º período de sesiones de la Comisión (2010), razón por la cual la Comisión no pudo examinarlo⁶.

4. En el informe preliminar se hacía una exposición sucinta de la historia del examen de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado realizado por la Comisión y por el Instituto de Derecho Internacional y se definían las diversas cuestiones propuestas para su consideración por la Comisión durante la etapa preliminar del trabajo sobre el tema, entre otras, las fuentes de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; el contenido de los conceptos de «inmunidad» y «jurisdicción», «jurisdicción penal» e «inmunidad de jurisdicción penal» y la relación entre la inmunidad y la jurisdicción; los tipos de inmunidad de los funcionarios del Estado (inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*); los fundamentos de la inmunidad de los funcionarios del Estado y de la relación entre la inmunidad de los funcionarios y la inmunidad de los miembros de misiones especiales⁷.

5. Además, en el informe preliminar se enumeraban cuestiones que, a juicio del Relator Especial, era necesario examinar para determinar el alcance del tema. Entre esas cuestiones figuraban, en particular, si todos los funcionarios del Estado o solo algunos de ellos (por ejemplo, solo los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores) deben estar incluidos en los futuros proyectos de directrices o de artículos que podría elaborar la Comisión en el futuro como resultado del examen del tema; la definición del concepto de «funcionario

del Estado»; la cuestión del reconocimiento en el contexto de este tema; y la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de los funcionarios del Estado⁸.

6. Además, entre las cuestiones que, a juicio del Relator Especial, era necesario examinar para determinar el alcance del tema, figuraban el alcance de la inmunidad de que gozarían los funcionarios y exfuncionarios que quedasen incluidos en el ámbito de los proyectos de directrices o de artículos que se elaborasen en el futuro; la denegación de la inmunidad (y, posiblemente, otros aspectos de procedimiento relativos a la inmunidad)⁹.

7. En los párrafos 102 y 130 del informe preliminar figuran las conclusiones a las que llegó el Relator Especial como resultado de su análisis¹⁰.

⁸ *Ibid.*, págs. 199 y 200, párrs. 125 a 129.

⁹ *Ibid.*, pág. 167, párr. 4.

¹⁰ *Ibid.*, págs 192 y 130, respectivamente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

j) La inmunidad de jurisdicción extranjera del funcionario posee varios fundamentos complementarios e interrelacionados: funcional y representativo; principios del derecho internacional relativos a la igualdad soberana de los Estados y la no injerencia en sus asuntos

(Continuación en la página siguiente.)

¹ En su 2940.ª sesión, el 20 de julio de 2007 (*Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 95, párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58.º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo A del informe de la Comisión (*Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 203, párr. 257).

² *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 99, párr. 386.

³ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601.

⁴ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (adición), documento A/CN.4/596.

⁵ *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631.

⁶ *Ibid.*, vol. II (segunda parte), párr. 343.

⁷ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), págs. 172 y ss., párrs. 27 a 101.

8. En el segundo informe se examinaron las siguientes cuestiones: el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en sentido general, incluida la cuestión de la inmunidad *ratione materiae*, de que gozan, por regla general, todos los funcionarios en activo y exfuncionarios del Estado¹¹ y la inmunidad *ratione personae*, de que gozan solo algunos funcionarios del más alto nivel¹²; de cuáles acciones del Estado que ejerce la jurisdicción penal protege la inmunidad¹³; el alcance territorial de la inmunidad del funcionario¹⁴; y si existen excepciones a la norma de inmunidad, en particular cuando el funcionario comete delitos de suma gravedad tipificados en el derecho internacional¹⁵.

9. En el párrafo 94 del segundo informe¹⁶ figuran las conclusiones generales a las que llegó el Relator Especial como resultado de su análisis.

(Continuación de la nota 10.)

internos; necesidad de velar por la estabilidad de las relaciones internacionales y por la independencia de los Estados en la realización de sus actividades.»

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

a) El presente tema solo 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.»

¹¹ *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 21 a 34.

¹² *Ibíd.*, párrs. 35 a 37.

¹³ *Ibíd.*, párrs. 38 a 51.

¹⁴ *Ibíd.*, párrs. 52 a 53.

¹⁵ *Ibíd.*, párrs. 54 a 93.

¹⁶ *Ibíd.*

«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

10. En los informes preliminar y segundo se examinaron aspectos sustantivos o de fondo 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 ex funcionario 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 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 disfrutan de inmunidad también respecto de actos realizados a título personal. El alcance de la inmunidad de los ex funcionarios es el mismo, independientemente de la categoría del cargo que hayan ocupado: todo ex funcionario disfruta 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 disfruta 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 disfruta 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

de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En este tercer informe se analizan los aspectos de

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 solo 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;

procedimiento del tema. Además, como se ha demostrado en el análisis del tema hay otra cuestión que merece considerarse, a saber, la relación entre la tesis planteada por el Estado sobre la inmunidad de su funcionario y la responsabilidad de ese Estado por el acto ilícito cometido por ese funcionario, que da lugar al planteamiento de la cuestión de la inmunidad. En el presente informe se analiza también esta cuestión.

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 inmunidad.»

CAPÍTULO I

Aspectos procesales de la inmunidad

A. Momento en que se examina la inmunidad¹⁷

11. En la práctica, las autoridades competentes del Estado suelen abordar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario del Estado tan pronto se disponen a iniciar las actuaciones correspondientes. En ese momento, el Estado para el que presta (o prestaba) servicios el funcionario, con frecuencia todavía no tiene conocimiento de lo ocurrido. En muchos casos, las primeras actuaciones en el marco de un procedimiento judicial no tienen que ver con las medidas cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad¹⁸. En tales circunstancias, no es necesario que el Estado que ejerce la jurisdicción penal examine la cuestión de la inmunidad y tampoco puede considerarse que esté obligado a hacerlo. Por otra parte, la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario del Estado debería examinarse en principio en la fase inicial del procedimiento judicial o incluso antes, en la fase de instrucción, cuando el Estado que ejerce la jurisdicción aborda la cuestión de si ha de iniciar contra el funcionario actuaciones penales cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad. Como señaló la CIJ en su opinión consultiva *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*: «las cuestiones de inmunidad son cuestiones previas que deben resolverse cuanto antes *in limine litis*. Es este un principio de derecho procesal comúnmente reconocido»¹⁹. Un tribunal de distrito del Reino Unido, durante el examen de la solicitud de entrega de la orden de detención librada contra el general S. Mofaz, Ministro de Defensa de Israel, señaló que «[e]l solicitante ha alegado que si el general goza de alguna clase de inmunidad [...] el momento adecuado para esgrimirla hubiera sido en la primera audiencia con posterioridad a la emisión de la orden. Me temo que no

estoy de acuerdo con esa afirmación; la inmunidad estatal es uno de los temas que debo considerar»²⁰. En principio es necesario abordar en la fase inicial la cuestión de la inmunidad para que se cumpla el objetivo fundamental de la inmunidad, que es garantizar que se mantengan relaciones normales entre los Estados, así como su soberanía²¹. La necesidad de abordar la cuestión de la inmunidad tan pronto se inicia el proceso judicial, *in limine litis*, también se debe a que de su solución depende que el Estado del foro pueda seguir ejerciendo su jurisdicción penal respecto de dicho funcionario²². Cuando el tribunal no aborda en la fase inicial del proceso la cuestión de la inmunidad, se puede producir una violación de las obligaciones del

²⁰ Tribunal de distrito, Bow Street, solicitud de orden de detención contra el general Shaul Mofaz, 12 de febrero de 2004, párr. 5, reproducido en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, n.º 3, julio de 2004, pág. 771. Véase también Buzzini, «Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the *Djibouti v. France* Case», pág. 473. En lo esencial, la necesidad de plantear la cuestión de la inmunidad en la fase inicial del proceso penal se aborda también en *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, Decisión sobre inmunidad de jurisdicción, causa n.º SCSL-2003-01-1, 31 de mayo de 2004, párr. 30. Véase también la resolución del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, en el caso *Belhas et Others v. Moshe Ya'alon* («[c]orresponde al Tribunal "llevar a cabo las determinaciones factuales y jurídicas previas al juicio para verificar su autoridad para instruir en el caso" cuando una parte alega gozar de inmunidad de soberanía extranjera»), 14 de diciembre de 2006, 466 F. Supl. 2.º 127.

²¹ Véase la observación de Gattini relativa a que la inmunidad del Estado como medio necesario «para mantener un orden mínimo de procedimiento en nombre de las relaciones pacíficas entre Estados soberanos así como para evitar posibles soluciones inequitativas y/o discriminatorias»; «para que sea efectiva, solo puede ser *in limine litis*» («The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the I.C.J.: Is the Time Ripe for a Change of the Law?», pág. 192).

²² Véanse las observaciones al respecto de Verhoeven, que figuran en el párrafo 220 del memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*). De hecho, la inmunidad, que es una de las decisiones fundamentales relativas a la posibilidad o no de ejercer la jurisdicción extranjera, carece de sentido como fenómeno jurídico, si no se le presta la atención necesaria en la fase inicial del proceso judicial. Por otra parte, el reconocimiento de la inmunidad del funcionario, tanto funcional como personal, no impide, como se señaló en el segundo informe, que se apliquen al funcionario todas las medidas que pueden aplicarse en el ejercicio de la jurisdicción penal, sino solo las que guardan relación con las obligaciones (*Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 38 a 51 y 94, apdo. 1).

¹⁷ Véase el memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párrs. 220 a 225.

¹⁸ Véase *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 38 a 51, donde se explican las medidas en el ejercicio de la jurisdicción, cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad.

¹⁹ *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 88, párr. 63; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 66. En *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 182, párrs. 67 y 68 se hace referencia a la necesidad de plantear la cuestión de la inmunidad en la fase inicial del proceso.

Estado del foro dimanantes de las normas de la inmunidad. Además, el hecho mismo de no analizar la inmunidad *in limine litis* puede considerarse de por sí una violación. En la opinión consultiva mencionada, la CIJ señaló que los tribunales de Malasia tenían la obligación de abordar la cuestión de la inmunidad del Relator Especial como cuestión previa²³.

12. Esto último también guarda relación con el examen de la cuestión de la inmunidad en la etapa previa al ejercicio de la jurisdicción penal en el momento en que se decide sobre la adopción de medidas cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad (por ejemplo, la detención por sospecha de haber cometido delito). En este caso, si las autoridades correspondientes no abordan la cuestión de la inmunidad del funcionario también pueden estar incumpliendo las obligaciones del Estado que ejerce la jurisdicción respecto de la inmunidad, lo que de por sí puede equivaler a una violación.

13. Sin embargo, lo que antecede debe analizarse teniendo en cuenta la cuestión de la invocación de la inmunidad y a quién corresponde invocarla, que se examinará más adelante. Concretamente, si el Estado del funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* no invoca la inmunidad en la fase inicial del proceso, este podrá seguir su curso y no se planteará la cuestión del incumplimiento de las obligaciones dimanantes de la inmunidad.

B. Invocación de la inmunidad²⁴

14. Para que un tribunal o cualquier otra autoridad competente de un Estado que ejerce la jurisdicción aborde la cuestión de la inmunidad de un funcionario extranjero, alguien tiene que plantearla. Se trata de a quién le corresponde hacerlo: ¿Al funcionario o el Estado al que presta (prestaba) sus servicios? ¿Al propio Estado que ejerce la jurisdicción?²⁵

15. En el informe preliminar se dice que, la inmunidad pertenece al propio Estado, no al funcionario que le presta (o prestaba) sus servicios, es decir al Estado del funcionario²⁶. En sentido estricto, el funcionario solo «goza» de la inmunidad que jurídicamente le corresponde al Estado. En consecuencia, los derechos dimanantes de esa inmunidad son derechos del Estado. Al defender los derechos dimanantes de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario, el Estado defiende sus derechos y no los derechos de su funcionario²⁷. A este respecto cabe señalar lo que

es jurídicamente importante, es decir lo que tiene efectos jurídicos, la invocación de la inmunidad o la declaración de la inmunidad es solo la invocación o declaración que hace el Estado al que presta servicios el funcionario. Todo parece indicar que la declaración del propio funcionario de que goza de inmunidad no tiene la misma importancia jurídica, porque él es solo el beneficiario de esa inmunidad. Esto no significa que tal declaración del funcionario no tenga ninguna validez en el contexto del procedimiento jurídico que le atañe. Esa declaración difícilmente podrá ser pasada por alto por el Estado que está instruyendo el procedimiento penal contra el funcionario. Ese Estado podrá abordar la cuestión de la inmunidad basándose en la declaración. Pero esa declaración, de no estar respaldada por la correspondiente opinión del Estado del funcionario, no tendrá al parecer valor e importancia jurídica suficientes²⁸.

16. Para que el Estado del funcionario pueda hacer una declaración sobre su inmunidad, deberá tener conocimiento del hecho respecto del cual se han adoptado o se prevé adoptar las correspondientes medidas de procedimiento penal. En consecuencia, el Estado que aplica o prevé aplicar esas medidas deberá informar al respecto al Estado del funcionario. Claro está que esto solo se puede hacer cuando haya quedado establecido o existan razones para suponer que se trata precisamente de un funcionario extranjero. Así pues, la declaración de la persona sobre la cual se va a ejercer la jurisdicción, de que es (o era) funcionario de otro Estado, es motivo para que el Estado que ejerce la jurisdicción informe como procede al Estado del funcionario. En su fallo *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), la CIJ señaló, entre otras cosas, que

Exteriores, la República del Congo defendió no ya sus derechos, sino los derechos de esa persona, es decir ejerció la protección diplomática y, por consiguiente, debieron haber sido agotados previamente los recursos internos (fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 17 y 18, párrs. 37 y 38; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 162). La propia República del Congo se basó en que no actuaba en el marco de la protección diplomática, sino que defendía los derechos del Estado congoleño en lo que se refería a la violación de la inmunidad de su ministro de relaciones exteriores (véase *ibíd.*, pág. 17, párr. 39). La Corte estuvo de acuerdo, en lo esencial, con la posición del Congo (*ibíd.*, párr. 40). Como señaló el Gobierno de los Estados Unidos en el caso *Samantar*, «la inmunidad residual de un exfuncionario no es un derecho personal. Es en beneficio del Estado del funcionario», Tribunal de Distrito del Distrito Este de Virginia, División de Alexandria, *Bashe Abdi Yusuf et al. v. Mohamed Ali Samantar*, declaración de interés de los Estados Unidos, 14 de febrero de 2011, párr. 13. En relación con este caso, en los tribunales de los Estados Unidos, se está examinando desde 2004 la cuestión de la admisión a trámite de la causa civil interpuesta por ciudadanos de Somalia contra M. Samantar, ex Ministro de Defensa y Vicepresidente de Somalia en relación con la aplicación de torturas, ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones de los derechos humanos. Para observaciones sobre este caso, véase por ejemplo, Shatalova, «Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa *Samantar c. Yusuf* e inmunidades de los funcionarios extranjeros», y Stephens, «The Modern Common Law of Foreign Official Immunity».

²⁸ Esta misma lógica se aplica también en la denegación de la inmunidad. Véase el párrafo 33 *infra*. Véase también *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 185, párr. 94. En relación con el examen por un tribunal de los Estados Unidos del incumplimiento de algunas órdenes judiciales por parte de F. Marcos (ex-Presidente de Filipinas), este declaró que gozaba de inmunidad respecto de la jurisdicción debido a su condición de jefe de Estado. Basándose en esa declaración, el Departamento de Estado de los Estados Unidos envió una nota a la Embajada de Filipinas en la que informaba de las medidas que podían adoptarse contra F. Marcos por decisión del tribunal. En su respuesta, la Embajada envió una nota sobre la denegación del Gobierno de Filipinas de todo tipo de inmunidad al ex-Presidente (*In re Grand Jury Proceedings, John Doe N.º 700*, 5 de mayo de 1987, 817 F.2d 1108).

²³ *C.I.J. Recueil 1999*, párr. 67, 2, b.

²⁴ Memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párrs. 215 a 229.

²⁵ Preguntándose lo mismo, Buzzini señaló que «[p]uede que no haya una respuesta clara a esta cuestión» (*loc. cit.*, pág. 473).

²⁶ «El Estado es la garantía de la inmunidad de jurisdicción extranjera *ratione personae* y *ratione materiae* de los funcionarios. Precisamente corresponde al Estado el derecho de rechazar la inmunidad del funcionario, ya sea *ratione personae* o *ratione materiae* (si se trata de un alto funcionario en ejercicio) o solamente *ratione materiae* (si se trata de cualquier funcionario que cesa en sus funciones al servicio del Estado). En última instancia, la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado pertenece al propio Estado, razón por la cual es el único que tiene derecho a renunciar a ella» (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 189, párr. 94).

²⁷ Esto guarda relación con la inmunidad de los exfuncionarios. En el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), Bélgica afirmó, en particular, que después de que Abdulaye Yerodia Ndombasi dejó de ser Ministro de Relaciones

[e]n ningún momento los tribunales franceses (ante quienes se habría podido esperar que se planteara la inmunidad de jurisdicción), ni por otra parte, la Corte, fueron informados por el Gobierno de Djibouti de que los actos denunciados por Francia eran actos del Estado de Djibouti y que el Procurador de la República y el Jefe de la Seguridad Nacional eran órganos, establecimientos u organismos del mismo encargados de asegurar su ejecución²⁹.

17. De esta manera, la CIJ señaló que competía invocar la inmunidad al Estado que quería proteger de la jurisdicción penal extranjera a su funcionario. Si no lo hace, el Estado que ejerce la jurisdicción no está en la obligación de considerar de oficio la cuestión de la inmunidad y, en consecuencia, puede dar curso al procedimiento penal³⁰. Por otra parte, al parecer, el Estado del funcionario puede formular la declaración de inmunidad de este en una etapa más avanzada del proceso penal. Pero en ese caso, difícilmente se podría considerar que las medidas adoptadas contra el funcionario por el Estado que ejerce la jurisdicción antes de la invocación de la inmunidad violan esa inmunidad (entendiéndose, claro está, que el Estado del funcionario tenía conocimiento de que se estaba ejerciendo la jurisdicción penal extranjera sobre él, pero no invocó la inmunidad).

18. El Relator Especial observa que el fragmento del fallo de la CIJ citado en el párrafo 16 *supra*, a juzgar por su contexto, se refiere a la situación de funcionarios que no gozan de inmunidad personal, sino funcional. Dicho enfoque de la situación de las personas que gozan de inmunidad *ratione materiae* parece lógico³¹. De esta inmunidad gozan los funcionarios y exfuncionarios de nivel inferior y solo en relación con actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales. No se trata de jefes de Estado o de gobierno ni de ministros de relaciones exteriores en funciones. A diferencia de la situación de la troika, que se examina más adelante, el Estado que ejerce la jurisdicción respecto de esas personas no está obligado desde el inicio a saber o suponer que se trata de funcionarios o exfuncionarios extranjeros ni que estos, al violar la ley, han actuado a título oficial³². Por consiguiente, el Estado para el que presta servicios el funcionario, si quiere protegerlo de un procesamiento penal en el exterior invocando la inmunidad, deberá informar al Estado que ejerce la jurisdicción de que se trata de un funcionario suyo, que goza de inmunidad, debido a que ha cometido los hechos que se le imputan a título oficial³³.

²⁹ Fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 244, párr. 196.

³⁰ Las consecuencias de no invocar la inmunidad se analizan más adelante en el presente informe; véanse los párrafos 53 a 55 *infra*.

³¹ Sin embargo, Buzzini, cuestiona esta posición de la CIJ (*loc. cit.*, págs. 472 y 473).

³² Pese a que, en la mayoría de los casos probablemente haya pruebas materiales de esto.

³³ Así fue como, por ejemplo, invocó Israel la inmunidad de A. Dichter, ex Jefe del Servicio de Seguridad del país, en la causa *Matar and others v. Dichter* («En febrero de 2006, Dichter solicitó su sobreseimiento invocando: 1) que gozaba de inmunidad bajo la FSIA [Ley de inmunidades soberanas extranjeras]; 2) que la demanda presentaba una cuestión política no justiciable, y 3) que la demanda implicaba la doctrina de los actos del Estado. Casi al mismo tiempo, el Embajador de Israel en los Estados Unidos, Daniel Ayalon, escribió al Departamento de Estado de los Estados Unidos y declaró que “lo que haya hecho el Sr. Dichter [...] relacionado con los eventos en cuestión [...] fue en el ejercicio de [sus] tareas oficiales, y en cumplimiento de las políticas oficiales del Estado de Israel”. El tribunal de distrito invitó al Departamento de Estado a declarar su punto de vista, si existiera, sobre las cuestiones planteadas en la solicitud de sobreseimiento, u otras cuestiones que considerara pertinentes para el caso. La declaración de interés del

19. Si se aplica esta misma lógica a la situación relativa al ejercicio de la jurisdicción penal extranjera contra la troika de altos funcionarios en activo, a saber el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores, que gozan de inmunidad personal, la respuesta a la pregunta planteada anteriormente al parecer sería otra. En primer lugar, al menos, en la mayoría absoluta de casos, el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores son ampliamente conocidos. Por consiguiente, el Estado que ejerce la jurisdicción penal en relación con esa persona, por lo general, sabe que se trata de un alto funcionario extranjero³⁴. En segundo lugar, también se reconoce ampliamente que estos altos funcionarios en el ejercicio de su cargo gozan de inmunidad personal respecto de la jurisdicción penal extranjera, es decir de inmunidad

Departamento de Estado, de noviembre de 2006, opinaba que la FSIA otorgaba inmunidad a países, no a individuos, pero que no obstante instaba al tribunal a sobreseer la demanda con el fundamento de que Dichter gozaba de inmunidad bajo el derecho de gentes en tanto funcionario de un Estado extranjero» (Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, fallo de apelación 563 F3d 9 (2d Cir 2009); ILDC 1392 (US 2009) 16 de abril de 2009, párr. 6). Eso mismo declaró el Embajador de Israel ante los Estados Unidos en relación con M. Ya'alon, ex General de las Fuerzas de Defensa de Israel (ex Jefe de la Inteligencia Militar) en la causa *Belhas v. Ya'alon* (nota 20 *supra*). En la declaración del Departamento de Estado de los Estados Unidos antes citada en la causa *Samantar* sobre la invocación de la inmunidad se estipula lo siguiente (párr. 9): «el Departamento de Estado ha determinado que el demandado no goza de inmunidad oficial por las demandas civiles. [...] Son particularmente significativas entre las circunstancias de este caso y críticas de la declaración de interés: 1) que Samantar es un exfuncionario de un Estado que actualmente no tiene un gobierno reconocido que solicita inmunidad en su nombre, incluso expresando una posición sobre si los actos en cuestión se realizaron en una capacidad oficial, y 2) la evaluación del Ejecutivo de que es apropiado en las presentes circunstancias dar efecto a la propuesta de que los residentes en los Estados Unidos, como Samantar, que goza de la protección de las leyes de los Estados Unidos de ordinario sea sujeto de la jurisdicción de nuestros tribunales, particularmente cuando es demandado por residentes en los Estados Unidos» (nota 27 *supra*).

³⁴ En la práctica, el hecho mismo de que las biografías de los miembros de la troika de los Estados del mundo, práctica que ha estado vigente en las relaciones internacionales, sean conocidas por las autoridades de todos (o casi todos) los demás Estados, hace totalmente improcedente el requisito de informar al Estado que ejerce la jurisdicción sobre la situación jurídica y las inmunidades inherentes al cargo del funcionario de que se trate. El Estado que exija esto como condición para reconocer la inmunidad y para el cual sea objetivamente conocida la condición de jefe de Estado (jefe de gobierno, ministro de relaciones exteriores) de otro país, apenas podrá considerarse que esté cumpliendo de buena fe sus obligaciones internacionales.

Ahora bien, esta cuestión podría enfocarse de otra manera. En la preparación de la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del jefe de Estado y de gobierno en el derecho internacional, de 2001, se examinó la cuestión de si procedía incluir en la resolución disposiciones sobre la presentación al tribunal extranjero de pruebas sobre el estatuto de un jefe de Estado o de gobierno. Los miembros del Instituto consideraron que esto no era necesario. El principal argumento consistía en que esta cuestión se resolvía de modo diverso en diferentes sistemas jurídicos nacionales (véase Instituto de Derecho Internacional, «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», págs. 452 a 485). En consecuencia, en el artículo 6 de la resolución se señala lo siguiente: «Las autoridades del Estado deben acordar al jefe de Estado extranjero, desde el momento en que se conozca su calidad, la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución a que tenga derecho». En otras palabras, el hecho de que las autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción tengan conocimiento de la posición oficial de un jefe de Estado es suficiente para que dichas autoridades se consideren vinculadas por las obligaciones derivadas de la inmunidad de un jefe de Estado extranjero. No obstante, el Relator Especial observa que al formular observaciones sobre uno de los proyectos de resolución, el miembro del Instituto, Jacques-Yves Morin señaló que le parecía «que la práctica demuestra que la inmunidad debe ser alegada en juicio» (*ibíd.*, pág. 584).

en relación con las acciones realizadas tanto a título oficial como personal. De ahí que el Estado que ejerce la jurisdicción penal no tenga que saber ni precisar en qué condición ha estado actuando el funcionario extranjero para hacerse un juicio sobre el tipo de inmunidad de que goza. Por eso, cuando se trata del jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores de otro país, el Estado que ejerce la jurisdicción penal debe precisar qué tipo de inmunidad ampara a esa persona y determinar cómo va a proceder en adelante con arreglo al derecho internacional. En este caso quizá solo será procedente preguntar al Estado del funcionario si deniega la inmunidad. Por consiguiente, no corresponde a este último Estado plantear la cuestión de la inmunidad ante las autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción penal³⁵.

20. Durante las audiencias en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia)³⁶, A. Pellet, asesor jurídico de Francia, se refirió a la presunción de inmunidad «absoluta y posiblemente irrefutable» de la jurisdicción penal extranjera de un jefe de Estado en funciones o de un ministro de relaciones exteriores; sin embargo, en el caso de los demás funcionarios, dicha presunción no se aplica y la cuestión de su inmunidad deberá determinarse en cada caso concreto³⁷. L. Condorelli, asesor jurídico de Djibouti, no estuvo de acuerdo con la tesis de la presunción en lo que se refería a la inmunidad personal y señaló, entre otras cosas que «[s]e debía subrayar, para comenzar, que ninguna “presunción” en sentido lato, no sería pertinente para los jefes de Estado extranjeros en ejercicio, por cuanto estos se encuentran simplemente protegidos por una inmunidad total por el conjunto de sus actos, incluidos los actos de carácter privado»³⁸.

³⁵ A una conclusión análoga llega Buzzini, aunque utilizando otros argumentos, cuando escribe: «[c]on respecto a la inmunidad del Estado y a la inmunidad *ratione personae*, podrían identificarse varios elementos que parecerían apoyar el punto de vista de que, cuando se aplica, las autoridades del Estado del foro deben dar efecto a la inmunidad sin necesidad de ninguna invocación específica. [...] [E]n cuanto a las inmunidades personales de los agentes diplomáticos o miembros de misiones especiales, las convenciones pertinentes se refieren solo a la cuestión del levantamiento de esas inmunidades (que siempre debe ser expreso) y no a la cuestión de su invocación. La misma solución parece encontrarse implícita, con respecto a la inmunidad de los jefes de Estado y jefes de gobierno, en la redacción de la resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Vancouver en 2001» (*loc. cit.*, págs. 470 y 471). No obstante, cabe señalar, que la resolución del Instituto a este respecto se puede interpretar también de otra manera (véase la nota precedente). Buzzini utiliza otro argumento en favor de su posición al alegar que la CIJ, al fallar en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), «determinó que Bélgica había violado la inmunidad del ministro de relaciones exteriores de la República Democrática del Congo sin abordar la cuestión de si esa inmunidad había sido invocada adecuadamente ante las autoridades belgas, por la República Democrática del Congo o por el propio ministro» (*ibíd.*, pág. 471).

³⁶ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 177.

³⁷ «[E]n el caso de un jefe de Estado en ejercicio (o de un ministro de relaciones exteriores), la “presunción de inmunidad” es absoluta y, sin lugar a dudas, irrecusable. Se encuentra cubierto por las inmunidades, sin discusión; por el contrario, para los otros funcionarios del Estado, esta presunción no se aplica y el otorgamiento (o la denegación) de las inmunidades debe decidirse caso por caso, en función de todos los elementos del caso. Ello supone que son los jueces nacionales quienes deben apreciar si se está ante hechos consumados —o no— en el marco de las funciones oficiales» (CR 2008/5, audiencia pública del 25 de enero de 2008, párr. 77).

³⁸ CR 2008/6b, audiencia pública del 28 de enero de 2008, párr. 7.

21. Por lo visto, la CIJ también en su fallo sobre este caso, y al fallar en la causa *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, consideró que simplemente no había presunción alguna de inmunidad personal del jefe de Estado (caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*) y de toda la troika (caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*) y que el Estado que ejercía la jurisdicción debía cumplir las obligaciones dimanantes de ello. A diferencia de la situación con los dos funcionarios de Djibouti, que no gozaban de inmunidad personal, en relación con los cuales la Corte señaló que Djibouti debió haber informado como correspondía a las autoridades francesas³⁹, en la parte del fallo que atañe al Presidente de la República de Djibouti no se hace referencia alguna a que el país debió de alguna manera plantear la cuestión de la inmunidad (aunque, tras recibir información sobre la solicitud que preparaban las autoridades francesas, Djibouti recordó a Francia que el jefe de Estado gozaba de inmunidad)⁴⁰. La Corte simplemente se basó en este caso en que, como ya había señalado en el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, «se encuentra claramente establecido en derecho internacional [...] que ciertas personas que ocupan un rango elevado en el Estado, como el jefe de Estado [...] gozan en los otros Estados de inmunidad de jurisdicción, tanto civil como penal» y que un jefe de Estado «goza en particular de inmunidad de jurisdicción penal y de una inviolabilidad totales»⁴¹. Además, en el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* tampoco se dice en ninguna parte que las autoridades del Congo debieron informar a las autoridades de Bélgica acerca de la inmunidad de su ministro de relaciones exteriores, de manera que se tuviese en cuenta la cuestión de la inmunidad⁴².

22. En efecto, no está claro del todo por qué se debe considerar solamente la presunción de inmunidad y no la inmunidad simplemente. Pero, en cualquier caso, ya sea que se trate de la presunción «absoluta y posiblemente irrefutable» de la inmunidad personal de los miembros de la troika o simplemente de su inmunidad personal, cabe afirmar, por lo visto, que el Estado que ejerce la jurisdicción penal en relación con un jefe de Estado o de gobierno o un ministro de relaciones exteriores de otro Estado debe llegar él mismo a una conclusión sobre la inmunidad de que goza esa persona y sobre las medidas que podrá adoptar contra ella teniendo en cuenta las limitaciones que impone esa inmunidad⁴³. Y para ello no es un requisito que el Estado del funcionario que goza de inmunidad personal informe al Estado que ejerce la jurisdicción acerca de esa inmunidad.

³⁹ Véase el párrafo 16 *supra*.

⁴⁰ *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 194, párr. 32.

⁴¹ *Ibid.*, págs. 236 y 237, párr. 170.

⁴² Sobre este particular, véase la opinión de Buzzini, *loc. cit.*

⁴³ Precisamente esto es lo que ocurre en la práctica. Los tribunales examinan por su cuenta la cuestión de la inmunidad del jefe de Estado extranjero o remiten la cuestión a los órganos de poder ejecutivo de su país que puede llegar a una conclusión o recomendación en la que se describen las prerrogativas e inmunidades de ese funcionario (Francia, Corte de Casación, Sala en lo Criminal, *Qaddafi, Bulletin criminel 2001*, n.º 64, pág. 218 (véase también ILR, vol. 125)). Véase, por ejemplo, el fallo sobre la entrega de una orden de detención en los Países Bajos de S. Yudhoyono, Presidente de Indonesia (el tribunal determinó por su cuenta que el Presidente de Indonesia, en su condición de jefe de Estado, goza de inmunidad, y se negó a ratificar la orden de detención, *Rechtbank s'-Gravenhage*, 377038/KG ZA 10-1220, 6 de octubre de 2010). Véase también 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.

23. En el informe preliminar se señalaba que, además de la troika, otros altos funcionarios gozan de inmunidad *ratione personae*⁴⁴. En el derecho internacional no existe una lista de esos funcionarios. El Relator Especial propuso en el informe preliminar que se examinasen los criterios por los que había que guiarse al establecer si determinado alto funcionario que no pertenece a la troika goza o no de inmunidad personal⁴⁵. Se refería, en particular, a que además de garantizar la participación del Estado en las relaciones internacionales, uno de los criterios para considerar que el funcionario goza de inmunidad *ratione personae* puede ser la importancia de las funciones que cumple ese alto funcionario para garantizar la soberanía del Estado⁴⁶. El Estado que comienza a ejercer su jurisdicción penal en relación con un alto funcionario extranjero que no pertenece a la troika no está en la obligación de saber ni suponer que esa persona responde a los criterios antes mencionados y posee inmunidad personal. Solo debe informar al Estado del funcionario sobre las medidas que ha adoptado. Resulta lógico afirmar que, si el Estado de ese funcionario considera que esa persona responde a los criterios antes mencionados y goza de inmunidad personal, compete precisamente al propio Estado invocar la inmunidad. En este sentido procesal, la inmunidad personal de los altos funcionarios que no pertenecen a la troika es análoga a la inmunidad *ratione materiae*.

24. Cuando se trata del jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores, cuya inmunidad *ratione personae* debe plantearse el propio Estado que ejerce la jurisdicción, es lógico suponer que el Estado del funcionario no está en la obligación de presentar documentos probatorios de la inmunidad ni fundamentarla. Si esto no es evidente⁴⁷, basta solo con ratificar el estatuto oficial de esa persona. Esto puede hacerse por canales diplomáticos, incluso cuando la cuestión esté examinándose en un tribunal⁴⁸. ¿Debe el Estado que invoca la inmunidad funcional de los funcionarios o la inmunidad personal de altos funcionarios que no pertenecen a la troika participar en las actuaciones de un tribunal extranjero contra su funcionario, para que se tenga en cuenta la cuestión de la inmunidad, y presentar la justificación de esa inmunidad?

25. En el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, Francia afirmó que la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios debe resolverse en cada caso el tribunal extranjero. «Una solución contraria, según Francia, tendría «un alcance devastador y significaría ser suficiente para cualquier funcionario, cualesquiera sean su grado y sus funciones, afirmar que

actuaba en el marco de sus funciones para eludir un enjuiciamiento penal en un Estado extranjero. Al no ser las inmunidades funcionales absolutas, según Francia corresponde a la justicia de cada país apreciar, en caso de enjuiciamiento penal de una persona, si esta, debido a los actos de poder público cumplidos en el ejercicio de sus funciones, debería beneficiar, en tanto agente del Estado, de la inmunidad de jurisdicción penal reconocida a los Estados extranjeros»⁴⁹. La CIJ observó al respecto, que los tribunales franceses no fueron informados por el Gobierno de Djibouti de que las acciones de los funcionarios de Djibouti eran acciones de Djibouti propiamente, y, en sentido más general, que el Estado «que pretende invocar la inmunidad de uno de sus órganos debe informar a las autoridades del Estado de que se trate»⁵⁰. Por esa razón, en el fallo de la Corte solo se trata de «informar» o «poner en conocimiento», pero no de «justificar» la inmunidad ni por qué cabe afirmar que los funcionarios llevaron a cabo sus acciones a título oficial como autoridades del Estado. En su opinión consultiva *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Corte tampoco recuerda que sea necesario que las Naciones Unidas justifiquen la inmunidad funcional de su funcionario⁵¹. Sin embargo, en el fallo *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Corte observó que «no quedó “concretamente verificado” ante ella que los actos que originaron las citaciones para prestar testimonio dirigidas a los interesados en su calidad de testigos asistidos por Francia fueron efectivamente hechos consumados en el marco de sus funciones en calidad de órganos del Estado»⁵².

26. El Relator Especial desea señalar al respecto lo siguiente. En primer lugar, la CIJ se refiere en esa cita solamente a que el carácter oficial de las acciones de los funcionarios de Djibouti no quedó «concretamente verificado» por la propia Corte. En este contexto no se hace mención del tribunal francés. En segundo lugar, en sentido estricto, incluso al mencionar la ausencia de «verificación concreta», la Corte, se repite, no menciona

⁴⁹ C.I.J. Recueil 2008, pág. 242, párr. 189.

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 244, párr. 196. El Departamento de Estado de los Estados Unidos, en la declaración formulada en relación con el caso *Samantar* (nota 27 *supra*), especifica que (párr. 11): «La práctica común es que un Estado extranjero pida una indicación de inmunidad al Departamento de Estado en nombre de sus funcionarios. [...] Dado que la inmunidad pertenece al Estado y no al individuo, y que solo los actos de exfuncionarios realizados en su capacidad oficial tienen derecho a la inmunidad bajo el derecho internacional consuetudinario, la división ejecutiva considera si el Estado extranjero entendió que su funcionario había actuado en una capacidad oficial al determinar la inmunidad o no inmunidad del exfuncionario». Es decir, por una parte, se trata de un «entendimiento», y no de la demostración por parte del Estado del funcionario del carácter oficial de las correspondientes acciones de este último, y, por la otra, de que para las autoridades de los Estados Unidos, este «entendimiento» se tiene en cuenta al decidir sobre la cuestión de la inmunidad, pese a que, probablemente, ni se considere una obligación.

⁵¹ En la opinión consultiva se señala que el Secretario General de las Naciones Unidas en su condición de alto funcionario de la Organización debe informar al gobierno del Estado que ejerce la jurisdicción de que la persona que presta servicios para la Organización ha actuado a título oficial y goza de inmunidad. Esto ya sienta las bases de la posición jurídica, que prevé las correspondientes obligaciones del Estado que ejerce la jurisdicción y esa posición, en virtud de que está reconocida por la Corte como «presunción», no requiere justificación y solo puede ser refutada por razones excepcionalmente convincentes. Véase C.I.J. Recueil 1999, pág. 87, párrs. 60 y 61.

⁵² C.I.J. Recueil 2008, pág. 242, párr. 191.

⁴⁴ *Anuario...* 2008, vol. II (primera parte), págs. 117 y 118, párrs. 117 a 121.

⁴⁵ *Ibid.*, pág. 118, párr. 121.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Dejando a un lado la cuestión de la importancia del reconocimiento a los fines de la inmunidad (consideraciones del Relator Especial al respecto figuran en *ibid.*, pág. 199, párr. 124), cabe prever la posibilidad de que no se haya definido el estatuto del alto funcionario, por ejemplo, cuando está en funciones un gobierno de transición (cuando se nombra al nuevo jefe de gobierno, pero el anterior sigue en funciones) o como resultado de reformas constitucionales, que traen consigo una redistribución sustancial de responsabilidades entre puestos claves del Estado.

⁴⁸ Los medios de invocar la inmunidad se analizan en los párrafos 27 y 28 *infra*.

la obligación de Djibouti de justificar la inmunidad ni el carácter oficial de las acciones de sus funcionarios, sobre el que basa su decisión. Como señala Buzzini, al comentar este fragmento del fallo: «[p]uede argumentarse, especialmente en el contexto de una alegada inmunidad para testificar, que no puede estimarse que el Estado que desea invocar la inmunidad tenga la tarea de sustanciar su solicitud suministrando información detallada o pruebas que harían posible la desestimación del entero propósito de la inmunidad»⁵³. Resulta que esta lógica funciona en relación con la invocación de la inmunidad funcional en su conjunto y no solamente en lo referente a la inmunidad de prestar testimonio. Para justificar ante un tribunal extranjero o ante un funcionario de otros órganos de poder de un Estado extranjero el carácter oficial de las acciones de sus funcionarios, cabe la posibilidad de que se exija al Estado del funcionario que presente información sumamente delicada de tal naturaleza que ponga al descubierto información sobre asuntos internos que atañen a su soberanía. El objetivo de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera es precisamente la protección de esta esfera⁵⁴.

27. Obsérvese también que la CIJ en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* se refiere a informar «a las autoridades» del Estado que ejerce la jurisdicción, y no limita la cuestión a informar a los tribunales. El señalamiento de la Corte de que se puede informar a las «autoridades» del Estado que ejerce la jurisdicción y no solamente a los tribunales al parecer demuestra que la Corte no consideró que el Estado del funcionario tuviese la obligación de informar precisamente al tribunal extranjero de la inmunidad del funcionario para que ese tribunal examinara la cuestión de la inmunidad. El Estado del funcionario puede invocar la inmunidad del funcionario por la vía diplomática, y por ese medio informar al Estado que ejerce la jurisdicción, y esto basta para que el tribunal de ese Estado examine la cuestión de la inmunidad⁵⁵. El hecho de que el Estado no

⁵³ Buzzini, *loc. cit.*, pág. 467.

⁵⁴ Basándose en este razonamiento, en el caso *Belhas et al. v. Ya'alon* (nota 20 *supra*) (al conocer de la apelación del demandante contra el rechazo del tribunal de distrito de los Estados Unidos a considerar un recurso civil debido a la inmunidad funcional de que gozaba el demandado), el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos del Distrito de Columbia señalaba que exigía la presentación de documentos («discovery»), que confirmasen que el demandado era un funcionario debidamente autorizado por el Estado de Israel para realizar las acciones que se le imputaban, contravendría el propio objetivo de la inmunidad («Tal como el tribunal decidió en *El-Fadl*, a la luz de la evidencia que [el demandado] presentó al tribunal de distrito y ante la ausencia de manifestación por parte [del demandante] de que [el demandado] no actuaba en su capacidad oficial, la presentación de documentos frustraría la importancia y el beneficio del derecho a inmunidad contra demandas»).

⁵⁵ Se puede sacar una conclusión análoga de la opinión consultiva *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme (C.I.J. Recueil 1999, párrs. 60 y 61)*. Además, no se excluye que se pueda hablar de la obligación de las autoridades del Estado, que han recibido la correspondiente información, de ponerla en conocimiento del tribunal nacional que examina el caso del funcionario cuya inmunidad está en juego. En todo caso, en la mencionada opinión consultiva de la CIJ se establece lo siguiente: «Las autoridades de las partes en la Convención tienen la obligación de transmitir esa información a los tribunales internos competentes, que la necesitan para aplicar debidamente la Convención» (ibíd., párr. 61). En este caso, la correspondiente obligación de las autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción dimana de los compromisos con la norma sobre inmunidad de los funcionarios de las Naciones Unidas, consagrada en un convenio internacional. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tiene su fundamento en el

esté en la obligación de dirigirse directamente al tribunal extranjero dimana del principio de soberanía y de la igualdad soberana de los Estados⁵⁶.

28. En la práctica los Estados pueden actuar de distinta manera⁵⁷. Si así lo desean, tienen la posibilidad de defender la inmunidad de sus funcionarios en los tribunales extranjeros. Otros pueden limitarse a invocar la inmunidad por la vía diplomática, basándose en que las propias autoridades competentes del Estado que ejerce la jurisdicción informarán al tribunal de que el Estado del funcionario ha hecho valer la inmunidad del funcionario al cual se le está aplicando la jurisdicción⁵⁸. El Estado puede también

derecho internacional general. Por consiguiente, en el derecho internacional general se basa también la mencionada obligación del gobierno del Estado que ejerce la jurisdicción.

⁵⁶ En el comentario del artículo 6, párr. 1, del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes se establece lo siguiente: «La comparecencia ante los tribunales extranjeros para invocar la inmunidad tendría importantes consecuencias financieras para el Estado demandado y, por consiguiente, no debe convertirse en condición necesaria para la determinación de la inmunidad del Estado. Esa parte de la disposición no tiene por objeto, en cambio, disuadir al Estado demandado de comparecer ante el tribunal, lo que constituiría la mejor garantía para lograr un resultado satisfactorio» (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 25, párr. 5 del comentario).

⁵⁷ Un buen ejemplo de las diferencias en la práctica del respeto de la inmunidad figura en un fragmento del fallo del Tribunal Supremo de Filipinas relativo al examen de la solicitud presentada por la Santa Sede de que se dejasen sin efecto las decisiones previas de no reconocer la inmunidad soberana del Vaticano, contra las cuales se había interpuesto un recurso civil. Al analizar si el Departamento de Relaciones Internacionales de Filipinas podía intervenir en el caso como un tercero, el Tribunal describe la práctica de invocar la inmunidad del Estado en un tribunal extranjero: «Cuando un Estado o una organización internacional desea invocar la inmunidad soberana o diplomática en un tribunal extranjero, debe pedir al ministerio de relaciones exteriores del país donde se sustancia el juicio que haga llegar al tribunal la declaración de que el demandado goza de inmunidad». Además, resumiendo algunas de las características específicas de esa práctica en los Estados Unidos y el Reino Unido, el Tribunal señala: «En Filipinas, la práctica es que el gobierno extranjero o la organización internacional deben en primer lugar avalar la solicitud de inmunidad soberana o diplomática. Sin embargo, hay distintas formas en que el ministerio de relaciones exteriores hace llegar tal aval a los tribunales. En el caso *International Catholic Migration Commission v. Calleja*, [...] el Ministro de Relaciones Exteriores simplemente envió una carta directamente al Ministro de Trabajo y Empleo haciéndole saber que el empleador demandado gozaba de inmunidad diplomática y no podía ser demandado. En el caso *World Health Organization v. Aquino* [...] el Ministro de Relaciones Exteriores envió al tribunal un telegrama a esos efectos. En el caso *Baer v. Tizon* [...] la Embajada de los Estados Unidos solicitó al Ministro de Relaciones Exteriores que le pidiera al Procurador General, en nombre del Comandante de la base naval de los Estados Unidos en Olongapo City, Zambales, una «indicación» al juez correspondiente. El Procurador General dio a la «indicación» la forma de una manifestación y memorando *amicus curiae*. [...] En algunos casos, la defensa de la inmunidad soberana fue presentada directamente a los tribunales locales por los abogados de los demandados. [...] En los casos en que los Estados extranjeros no dieran participación al Ministerio de Relaciones Exteriores, los tribunales pueden informarse sobre los hechos y determinar ellos mismos acerca de la naturaleza de los actos y transacciones de que se trate» (*The Holy See v. Starbright Sales Enterprises Inc.*, Tribunal Supremo de Filipinas, G.R. N.º 101949 1 de diciembre de 1994, ILR, vol. 102 (1996), págs. 167 y 168).

⁵⁸ En la causa ya mencionada *Belhas c. Ya'alon* (véase la nota 20 *supra*) sobre la inmunidad de M. Ya'alon, ex-General de las Fuerzas de Defensa de Israel (ex Jefe de la Inteligencia Militar) de la jurisdicción civil, en una carta del Embajador de Israel en los Estados Unidos, D. Ya'alon a N. Burns, Vicesecretario de Estado de los Estados Unidos. M. Ya'alon presentó esa carta al tribunal de primera instancia que había declarado sin lugar el recurso, así como a la Sala de Apelaciones. De esta misma forma se ratificó el carácter oficial de las acciones de A. Dichter, ex Jefe de los Servicios de Seguridad de Israel.

no asumir ninguna de esas posiciones y actuar según las circunstancias: en algunos casos declarará la inmunidad de su funcionario directamente al tribunal y en otros utilizará solo la vía diplomática, e incluso podrá utilizar todas las posibilidades. Además, hay que tener presente que en lo que respecta a la aplicación de la jurisdicción penal, la cuestión de la inmunidad puede surgir en la etapa previa al juicio. En este caso, es posible que, en general, ni se llegue a invocar la inmunidad ante el tribunal.

29. Para invocar la inmunidad funcional, el Estado del funcionario deberá indicar que los hechos que se le imputan al funcionario fueron llevados a cabo a título oficial (es decir, que son actos del propio Estado). Precisamente el Estado del funcionario tiene la prerrogativa de hacerlo, por cuanto se trata de su organización interna y sus relaciones con sus propios funcionarios. Como señaló la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en su fallo en la causa *Blaškić*,

el derecho internacional consuetudinario protege la organización interna de cada Estado soberano: deja a su criterio la determinación de su estructura interna y en particular la designación de los individuos que actúan como agentes u órganos del Estado. Cada Estado soberano tiene el derecho de dar instrucciones a esos órganos, tanto a quienes actúan a nivel nacional como en el terreno de las relaciones internacionales, y también prever sanciones u otras soluciones para los casos de incumplimiento de tales instrucciones. El corolario de este poder exclusivo es que cada Estado tiene el derecho de invocar que los actos o transacciones realizados por uno de sus órganos en su carácter oficial sean atribuidos al Estado, de manera que el individuo no sea responsable por esos actos o transacciones. [...] La norma general que se examina está bien establecida en el derecho internacional y se basa en la igualdad soberana de los Estados (*par in parem non habet iudici imperium*). [...] La norma general ha sido implementada en muchas ocasiones, si bien fundamentalmente con relación a su corolario, es decir, el derecho de un Estado de solicitar la inmunidad funcional de jurisdicción extranjera de sus órganos. [...] Esta norma se aplica sin lugar a dudas a las relaciones de los Estados *inter se*⁵⁹.

Dicha prerrogativa del Estado del funcionario dimana de la soberanía del Estado⁶⁰.

A. Dichter también presentó ante el tribunal una solicitud de desestimación del recurso (*Matar and ors v. Dichter* (véase la nota 33 *supra*)).

⁵⁹ *Le Procureur c/ Tihomir Blaškić*, fallo sobre la petición de Croacia relativa a la revisión de la decisión de la Sala de Primera Instancia II de 18 de julio de 1997, 29 de octubre de 1997, párr. 41 disponible en www.icty.org/case/blaskic/4). Una posición parecida tuvo la CIJ respecto de las prerrogativas del Secretario General de las Naciones Unidas en relación con los funcionarios de la Organización, al pronunciar su opinión consultiva *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*. La Corte señalaba, en particular, lo siguiente: «Como ha señalado la Corte, el Secretario General, en su condición de primer funcionario administrativo de la Organización, es el principal responsable de salvaguardar los intereses de la Organización. Con tal fin, le corresponde decidir si sus agentes han actuado en el ámbito de sus funciones y, en todo caso, proteger a esos agentes, incluidos los peritos que desempeñan una misión, invocando su inmunidad» (*C.I.J. Recueil 1999*, pág. 87, párr. 60).

⁶⁰ Caso *Blaškić* (nota precedente), párr. 41. Como señala Seyersted: «La jurisdicción básica de un Estado implica que en sus relaciones con sus órganos y funcionarios —y en todas las relaciones entre ellos— se rige por el derecho público y por los órganos ejecutivos y judiciales de ese Estado, y no por el derecho público o privado o por los órganos de otro Estado» («Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organisations», págs. 33 y 34). Por su parte, Shaw, refiriéndose al estatuto del jefe de Estado (y, en particular, en relación con la renuncia de la inmunidad) también se remite al ordenamiento jurídico del Estado, al que presta servicios el funcionario de que se trate («En primer lugar, la cuestión de la determinación de la condición del jefe de Estado ante los tribunales nacionales es fundamentalmente un asunto que le corresponde al ordenamiento nacional del individuo de que se trate. En el caso *Republic of the Philippines v.*

30. Por otra parte, al parecer, vale la pena tener en cuenta la posición de Van Alebeek: «La regla de la inmunidad funcional no [...] obliga a los tribunales a aceptar ciegamente *cualquier* reclamo de un Estado extranjero de que un funcionario ha actuado bajo su autoridad. El tribunal puede investigar independientemente acerca de si esa solicitud es razonable»⁶¹. En efecto, el tribunal extranjero no está en la obligación (y tampoco lo están las demás autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción) de «aceptar ciegamente cualquier» declaración del Estado del funcionario. Pero el tribunal tampoco puede pasar por alto este tipo de declaración, si de las circunstancias del caso no surgen evidencias de otra cosa, puesto que, como se señaló en párrafos anteriores, la prerrogativa de determinar si el comportamiento de su funcionario ha sido de carácter oficial compete al Estado del funcionario y no al Estado que ejerce la jurisdicción. No obstante, en este contexto cabría preguntarse, ¿no es acaso presunción del carácter oficial de las acciones o del comportamiento del funcionario, el hecho de que el Estado del funcionario así las califica? Al menos, la CIJ así lo señaló respecto de una presunción análoga planteada en el caso *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*. Uno de los elementos fundamentales en la situación objeto de examen en este caso era el siguiente: el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, en representación del Secretario General de la Organización, informó al Gobierno de Malasia

Marcos (N.º 1), por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones del segundo circuito de los Estados Unidos estatuyó que los Marcos, el depuesto dirigente de Filipinas y su esposa, no podían invocar la inmunidad soberana. En una decisión posterior, el Tribunal de Apelaciones del cuarto distrito estatuyó *In re Grand Jury Proceedings Doe N.º 770* que un jefe de Estado era fundamentalmente una atribución de la soberanía del Estado, no un derecho individual, y que en consecuencia debería darse pleno efecto a la revocación por el Gobierno de Filipinas de la inmunidad de los Marcos» (*International Law*, pág. 736). Sobre esto mismo escribe Tomonori («The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires* Conduct», pág. 276): «Se ha dicho incontestablemente que “[e]s el orden jurídico nacional, la legislación del Estado, la que determina bajo qué condiciones los actos individuales son actos de un órgano del Estado”». Aquí el autor se remite a Hans Kelsen, *Principles of International Law* (1952), pág. 117. Morin, respondiendo a una pregunta del Relator durante la formulación de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2009 («Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international. Travaux préparatoires», pág. 19), recuerda el principio establecido «según el cual cada Estado tiene la libertad de atribuir él mismo el ejercicio de sus competencias a las personas que designe como sus agentes».

⁶¹ *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, pág. 115. Van Alebeek continúa (ibíd.): «Algunos actos son tan inherentemente personales que no puede argumentarse razonablemente que fueron realizados bajo la autoridad de un Estado. Por ejemplo, es difícil argüir que un jefe de Estado que mata a alguien en un acceso de cólera no estaba cometiendo otra cosa que un delito puramente privado. De la misma manera, el velo de la autoridad del Estado no podría cubrir de manera convincente el tráfico de sustancias estupefacientes por un beneficio puramente privado. Que tal acto puramente privado se cometa en el ejercicio de las funciones de un funcionario no hace ninguna diferencia. En resumen, la solicitud de que los actos se atribuyan al Estado y no al funcionario del Estado personalmente no puede ser frívolamente argumentada por los Estados extranjeros para proteger a sus funcionarios». En el segundo informe (*Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 26 y ss.) se establece que es el propio Estado el que puede determinar los criterios para calificar las acciones o el comportamiento de sus funcionarios. La propia Comisión examinó a fondo esta cuestión durante la formulación del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76, esp. arts. 4 y 7 y sus comentarios, págs. 41 y 47, respectivamente).

de que el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, al realizar actos que habían sido objeto de actuaciones judiciales en Malasia, estaba cumpliendo funciones oficiales y, por consiguiente, gozaba de inmunidad en relación con esas acciones⁶². Así pues, se trataba de la inmunidad de un funcionario de las Naciones Unidas *ratione materiae*, basada en que las acciones de esa persona fueron realizadas a título oficial, sobre lo cual la Organización había informado a Malasia. Sobre el particular, la Corte declaró:

Quando se somete a los tribunales internos un asunto que afecta a la inmunidad de un agente de las Naciones Unidas, hay que notificarles inmediatamente cuál es la opinión del Secretario General al respecto. Esa opinión, y su expresión documental, crea una presunción que solo puede destruirse por razones muy graves y que, por lo tanto, debe tener el máximo peso en los tribunales internos⁶³.

Como es de suponer en este caso no solo se trata de la presunción de la inmunidad funcional, sino también de la presunción del carácter oficial de las acciones del funcionario, que se produce cuando la Organización a la que presta servicios el funcionario informa sobre el carácter de las acciones de ese funcionario al Estado que ejerce la jurisdicción⁶⁴.

31. Lo antedicho respecto de que el Estado de un funcionario que goce de inmunidad funcional no tiene la obligación de participar en el proceso judicial ni de informar directamente al tribunal extranjero acerca de la inmunidad del funcionario, para que el tribunal tenga en cuenta la cuestión de la inmunidad se refiere también, como es de suponer, a una situación en la que se trate de la inmunidad personal de altos funcionarios que no pertenezcan a la troika. En este caso, el Estado del funcionario tampoco está obligado a participar en las actuaciones judiciales y puede informar sobre la inmunidad de su funcionario solo al gobierno (y no necesariamente al tribunal) del Estado que ejerce la jurisdicción para que los órganos de poder correspondientes del otro Estado, en particular, el tribunal, tengan en cuenta su inmunidad. Por otra parte,

⁶² «Actuando en nombre del Secretario General, el Asesor Jurídico consideró las circunstancias de la entrevista y de los pasajes objeto de controversia del artículo y determinó que Dato' Param Kumaraswamy había sido entrevistado en su condición de Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, que el artículo se refería claramente a su actuación en nombre de las Naciones Unidas y a su mandato en tanto que Relator Especial de las Naciones Unidas de investigar a nivel mundial denuncias relativas a la independencia del poder judicial, y que había citado pasajes relativos a tales denuncias. Por consiguiente, el 15 de enero de 1997, el Asesor Jurídico, en una nota verbal dirigida al Representante Permanente de Malasia ante las Naciones Unidas "pidió a las autoridades malasias competentes que informaran con prontitud a los tribunales malasios de la inmunidad del Relator Especial contra toda acción judicial con respecto a esa denuncia concreta"» (Petición de una opinión consultiva transmitida a la Corte en cumplimiento de la decisión 1998/297 del Consejo Económico y Social de 5 de agosto de 1998, párr. 6).

⁶³ *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 87, párr. 61.

⁶⁴ Consideraciones análogas guiaron, por lo visto, a los tribunales de distrito y de apelación del Distrito de Columbia de los Estados Unidos, al reconocer la inmunidad del general M. Ya'alón en un recurso civil presentado en nombre de las víctimas de acciones militares de las fuerzas armadas israelíes. El Tribunal de Apelación declaró, en particular, en su fallo de 15 de febrero de 2008: «A la luz de la ausencia de cualquier indicación en la demanda de que el general Ya'alón actuó fuera del ámbito de su autoridad y la declaración del embajador israelí de que sus acciones fueron dentro de la autoridad concedida por el Estado de Israel, el general Ya'alón tiene derecho a gozar de la inmunidad que brinda la FSIA» (nota 20 *supra*).

tomando en consideración las circunstancias enumeradas en el párrafo 23 *supra*, el Estado del funcionario deberá presentar justificación de que, considerando su estatuto y sus funciones, el funcionario cumple los criterios que permiten afirmar que goza de inmunidad personal, pese a que no es jefe de Estado o de gobierno ni ministro de relaciones exteriores. La cuestión del estatuto, las funciones y la importancia del funcionario para el ejercicio de la soberanía del Estado guarda relación con la competencia interna de ese Estado, al igual que la cuestión de si las acciones del funcionario tienen carácter oficial⁶⁵. Por eso, el Estado que ejerce la jurisdicción no puede pasar por alto la invocación de la inmunidad personal del funcionario extranjero, aunque no forme parte de la troika. Por otra parte, al igual que en el caso de la determinación de si las acciones del funcionario son oficiales, el Estado no está obligado a «aceptar ciegamente cualquier» declaración de ese tipo del Estado del funcionario.

C. Renuncia a la inmunidad⁶⁶

32. Como se señaló en los comentarios de la Comisión acerca del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, la inmunidad de un Estado no se aplica cuando ese Estado ha convenido en que se le aplique la jurisdicción de otro Estado⁶⁷. Un elemento importante de la inmunidad es el hecho de que no exista tal acuerdo⁶⁸. El consentimiento de un Estado para que se le aplique la jurisdicción de otro Estado constituye la esencia de la renuncia de la inmunidad. Cabe suponer que esto también se aplica plenamente a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado⁶⁹. Como se señala en el memorando de la Secretaría, «[e]l fundamento en que se basa la renuncia a la inmunidad —como el fundamento de la inmunidad misma— se basa en la igualdad soberana de los Estados y el principio *par in parem non habet imperium*»⁷⁰.

33. En el párrafo 15 *supra* se recuerda que en el informe preliminar se hacía referencia a que la inmunidad no pertenecía al propio funcionario, sino al Estado del funcionario. En consecuencia, solo ese Estado puede invocar de forma

⁶⁵ Como señaló el Sr. Hmoud «[c]orresponde al Estado que tiene derecho a la inmunidad el estatuto de un representante de acuerdo con su legislación interna, y no es una facultad discrecional de las autoridades del Estado en el ejercicio de su jurisdicción», *Anuario... 2008*, vol. I, 2985.ª sesión, párr. 37 *in fine*.

⁶⁶ Memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párrs. 246 a 269.

⁶⁷ La inmunidad del Estado «no es aplicable si el Estado de que se trata ha consentido en el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales de otro Estado». No existe obligación para «ningún Estado de abstenerse de ejercer su jurisdicción, de conformidad con sus reglas de competencia, sobre o contra otro Estado que haya consentido en tal ejercicio. La obligación de abstenerse de someter a otro Estado a la propia jurisdicción no es una obligación absoluta. Está claramente subordinada a la inexistencia o falta de consentimiento del Estado contra el cual se quiere ejercer la jurisdicción» (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 27, párr. 3 del comentario al artículo 7, párr. 1, del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes).

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ En relación con la inmunidad del jefe de Estado, Watts escribe: «En los casos en que existe una inmunidad, se puede renunciar a ella y otorgar consentimiento para el ejercicio de la jurisdicción» («The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», pág. 67).

⁷⁰ Memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 249.

jurídicamente válida la inmunidad de su funcionario. Esta misma lógica es aplicable a la renuncia de la inmunidad. Goza de reconocimiento prácticamente general el hecho de que corresponde al Estado y no al propio funcionario el derecho de renunciar a la inmunidad del funcionario, ya se trate de la inmunidad *ratione personae* o de la inmunidad *ratione materiae*⁷¹. Mientras preparaba el proyecto de artículos sobre relaciones diplomáticas, la Comisión llegó a esta misma conclusión en relación con el personal de la representación diplomática⁷², que, posteriormente, la

⁷¹ Véase *ibíd.*, párr. 265. En el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, de la CIJ, se señala que los funcionarios del Estado «dejarán de disfrutar de inmunidad de jurisdicción extranjera si el Estado que representan o han representado decide renunciar a dicha inmunidad» (*C.I.J. Recueil 2002*, pág. 25, párr. 61). Como se señala en la declaración de interés de los Estados Unidos en la causa *Samantar* (nota 27 *supra*), párr. 10, «[d]ebido a que la inmunidad pertenece finalmente al Estado, un Estado extranjero puede levantar la inmunidad de un funcionario o exfuncionario, aun por actos cumplidos en una capacidad oficial». Además, el Gobierno de los Estados Unidos se remite a la causa *In re Doe* (en esta causa se impugnó la citación de comparecencia dictada por el tribunal de primera instancia contra F. Marcos, ex-Presidente de Filipinas, y su esposa (Tribunal de Apelaciones, segundo circuito, 860 F.2d 40), en cuyo fallo se señalaba: «Dado que es el Estado quien otorga el poder de dirección y la acumulación de poder —incluyendo la inmunidad— el Estado puede revertir lo que otorgó a sus antiguos dirigentes». Véase también el párrafo 1 del artículo 7 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2001 («El jefe de Estado no goza de la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución que le fueran acordadas en virtud del derecho internacional cuando su Estado ha renunciado a ellas. Esta renuncia puede ser explícita o implícita en la medida en que sea cierta. La determinación del órgano competente para decidir esta renuncia le corresponde al derecho nacional del Estado interesado») («Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international»). La resolución del Instituto sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de las personas que actúan en nombre del Estado en caso de delitos internacionales, de 2009, contiene las siguientes disposiciones sobre la renuncia a la inmunidad: «Los Estados deberían considerar el levantamiento de la inmunidad de sus funcionarios cuando se les sospeche o acuse de haber cometido crímenes internacionales» (art. II, párr. 3) («Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», pág. 229). Ahora bien, es evidente, que en este caso se prevé no solo el derecho del Estado como titular de la inmunidad a denegarla, sino también la recomendación de proceder precisamente de esa manera en caso de comisión de delitos. Véase también, por ejemplo, Brownlie, *Principles of Public International Law*, pág. 335; Buzzini, *loc. cit.*, pág. 474; Dominicé «Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État», pág. 306, quien señala que [l]as inmunidades, sus características y sus límites son fijados por el derecho internacional. Cuando existen, es efectivamente el Estado quien puede renunciar a su inmunidad o a la de sus organismos»; Cryer y otros, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, pág. 534, que afirman que «[e]l Estado el beneficiario real de la inmunidad, y es el Estado quien la levanta, más allá de los deseos de la persona que alega la inmunidad». Al referirse al examen de la renuncia de la inmunidad de los representantes diplomáticos, M. Shaw señala que en el caso «*Fayed v. Al-Tajir* [1987 2 All ER 396] el Tribunal de Apelaciones se refirió a las alegaciones de defensa hechas por un embajador respecto de un aparente levantamiento de inmunidad. Kerr hizo notar acertadamente que tanto bajo el derecho internacional como el derecho inglés, la inmunidad era el derecho del Estado de envío y que por consiguiente “solo el soberano puede levantar la inmunidad de sus representantes diplomáticos. Ellos no pueden hacerlo por sí solos”» (*op. cit.*, pág. 771).

⁷² Véase el debate sobre la renuncia de la inmunidad durante los trabajos sobre el proyecto de artículos relativos a las relaciones e inmunidades diplomáticas en el noveno período de sesiones de la Comisión, de 27 de mayo de 1957, *Anuario... 1957*, vol. I, 405.^a sesión, págs. 116 y ss. La Comisión aprobó sin objeciones el proyecto de párrafo 1 del artículo 21, en que se establecía que, la renuncia de la inmunidad corresponde al Estado acreditante. En los proyectos aprobados por la Comisión, esta formulación quedó incluida en el párrafo 1 del artículo 30: «El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos» (*Anuario... 1958*, vol. II, pág. 106).

Comisión utilizó como fundamento para su labor relativa a los proyectos de artículos sobre relaciones consulares, las misiones especiales y la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal⁷³. Con esta conclusión estuvieron de acuerdo los Estados al incluir las disposiciones correspondientes aprobadas sobre la base de los proyectos de artículos de las convenciones que se mencionan *supra*⁷⁴. No hay motivos para suponer que esta conclusión no se aplique a todos los funcionarios del Estado⁷⁵.

34. El propio Estado es el que determina cuál es el órgano estatal competente para renunciar a la inmunidad de los funcionarios con arreglo a su organización interna, lo cual, como es de suponer, no es objeto de la normativa de derecho internacional⁷⁶. Ahora bien, hay que prestar atención especial en este contexto a la situación de renuncia de la inmunidad de los funcionarios de Estado que pertenecen a la troika (aquí se trata naturalmente de esos funcionarios en ejercicio)⁷⁷.

35. Los jefes de Estado y, en muchos casos, los jefes de gobierno son las máximas autoridades del Estado. Se considera que ambos, junto con el ministro de relaciones exteriores, representan al Estado en las relaciones internacionales sin necesidad de que haya que asignarles atribuciones más amplias. Dada esta situación, surge la pregunta de si pueden ellos mismos renunciar a la inmunidad de la jurisdicción extranjera de que gozan.

36. Esta cuestión, en cierta medida, tiene un carácter hipotético. Como señala Tunks, «[e]n la práctica, es harto poco frecuente ver que se levante la inmunidad de un jefe de Estado en ejercicio porque a menudo él mismo es quien tiene el poder de controlar si se produce o no

⁷³ Es característico el comentario formulado por la Comisión en relación con el artículo 45 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares: «La facultad de renunciar a las inmunidades corresponde al Estado que envía, que es el sujeto de los derechos que se deducen de los presentes artículos. El funcionario consular no puede hacerlo por propia iniciativa» (*Anuario... 1961*, vol. II, pág. 132, párr. 1 del comentario).

⁷⁴ La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (art. 32), la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (art. 45), la Convención sobre Misiones Especiales (art. 41) y la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (arts. 31 y 61).

⁷⁵ Al estudiar la cuestión general de si es procedente la renuncia a la inmunidad por parte del Estado, en particular, del jefe de Estado, el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos se basa también en la analogía con la inmunidad diplomática: «Principios relacionados con la inmunidad diplomática van en apoyo de la conclusión de que la inmunidad del jefe de Estado puede ser levantada por el soberano. [...] Claramente, un individuo goza de inmunidad diplomática solo al arbitrio del Estado del individuo. Es verdad que esta disposición de la Convención de Viena [sobre Relaciones Diplomáticas] solo se aplica a los diplomáticos, pero no hay razón para que su fundamentación no se aplique a los jefes de Estado. En efecto, resultaría anómalo que un Estado tenga el poder de revocar la inmunidad diplomática, pero no la inmunidad de un jefe de Estado» (*In re Grand Jury Proceedings, John Doe # 700* (nota 28 *supra*)).

⁷⁶ En la segunda oración del párrafo 1 del artículo 7 de la resolución del Instituto de 2001 (véase la nota 71 *supra*) se hace referencia directa a eso: «La determinación del órgano competente para decidir esta renuncia le corresponde al derecho nacional del Estado interesado».

⁷⁷ «Si existe un problema, le concierne sobre todo a la persona que se encuentra en lo alto de la jerarquía y que no tiene un superior inmediato al que referirse, lo que se dirige principalmente al jefe de Estado extranjero (Verhoeven, *Droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, pág. 114).

dicho levantamiento»⁷⁸. En esta doctrina hay dos puntos de vista que llaman la atención. Como señaló Watts en relación con los jefes de Estado, «[e]l levantamiento de la inmunidad de un jefe de Estado [...] se ve complicado por el hecho de que él es la máxima autoridad en su propio Estado»⁷⁹. A su juicio, teniendo presente que el jefe de Estado es el órgano superior del Estado, su renuncia a la inmunidad será válida⁸⁰. Sin embargo, Verhoeven considera que el jefe de Estado no puede personalmente renunciar a las inmunidades, «habida cuenta de que ellas protegen a funciones que ejerce exclusivamente en interés del Estado a cuyo frente se encuentra»⁸¹. También señala que la prerrogativa de la renuncia a la inmunidad del jefe de Estado corresponde a las autoridades competentes de ese Estado⁸². De manera que, cada Estado determinará, de conformidad con su derecho interno, cuáles son las autoridades que tienen competencia para renunciar a esa inmunidad, como ocurre en el caso de la renuncia de la inmunidad de otros funcionarios⁸³.

⁷⁸ Tunks, «Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity», pág. 673, nota 123. Más adelante, el autor ilustra acertadamente esta tesis al referirse a la causa *Lafontant c. Aristide*: «Esta situación sin salida se ve ilustrada por el caso *Aristide*. El gobierno de facto de Haití pretendía obtener judicialmente el levantamiento de la inmunidad de Aristide, pero no podía hacerlo porque Aristide representaba al único gobierno reconocido por los Estados Unidos; en consecuencia, solo Aristide podía levantar su propia inmunidad». Al analizar la posibilidad hipotética de denegar la inmunidad en la causa *Howland c. Rosteiner*, un tribunal federal de distrito de los Estados Unidos observó: «[a]un si la inmunidad de los jefes de Estado se aplica a antiguos jefes de Estado, la inmunidad puede ser levantada en cualquier momento, tanto por el Dr. Mitchell, en su presente capacidad de jefe de Estado de Granada o por cualquier subsiguiente administración que asuma el poder después de que haya finalizado el mandato del Dr. Mitchell» (el objeto de examen era la entrega de una demanda civil contra tres acusados, entre ellos el Dr. Mitchell, Primer Ministro de Granada, así como a su esposa M. Mitchell; el tribunal reconoció la inmunidad de ambos respecto de la demanda teniendo en cuenta la Declaración de Inmunidad, emitida por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, y el hecho de que no se había denegado la inmunidad, aunque sin perjuicio de que se pudiese entregar nuevamente la demanda) (*Charles v. Howland v. Eric E. Rosteiner et al.*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del Distrito Este de Nueva York, n.º 07-CV-2332, 5 de diciembre de 2007). La posibilidad misma de denegar la inmunidad a un jefe de Estado no crea duda de ningún tipo. A esto se refiere, por ejemplo, a resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2001 («Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international»). Además, por ejemplo, Y. Dinstein, mientras trabajaba en el Instituto en el proyecto de resolución de 2009 señaló que «la capacidad para levantar la inmunidad fue investida en manos del Estado y no del individuo que se beneficia de ella. Esto fue cierto aun cuando la inmunidad fue denominada "inmunidad personal", puesto que nunca fue personal en el sentido de la palabra. Si el Estado ejercía su opción de levantar la "inmunidad personal", la persona de que se trata (sin importar su deseo) estaba sujeta al ejercicio de la jurisdicción que estaba tratando de evitar» («Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international. Travaux préparatoires», pág. 199).

⁷⁹ *Loc. cit.*, pág. 67.

⁸⁰ *Ibid.*, pág. 68. Watts examina por separado la renuncia de la inmunidad del jefe de Estado en relación con hechos cometidos a título oficial y acciones realizadas a título personal, y en ambos casos llega a la conclusión de que el propio jefe de Estado puede renunciar a la inmunidad. Sin embargo, a su juicio, es mucho más evidente la posibilidad de que el propio jefe de Estado renuncie a la inmunidad por acciones realizadas a título personal.

⁸¹ Instituto de Derecho Internacional, «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», trabajos preparatorios, pág. 550, punto x).

⁸² *Ibid.*

⁸³ Véase *ibid.*, pág. 534. Véase también la ya citada segunda oración del párrafo 1 del artículo 7 de la resolución del Instituto de 2001 (notas 71 y 76 *supra*).

37. Evidentemente, la lógica que aplica Watts, que está basada en la jerarquía de los funcionarios y de los órganos estatales, parte del supuesto de que el ministro de relaciones exteriores no puede por sí mismo renunciar a la inmunidad, ya que no ocupa el cargo de mayor jerarquía del Estado y es siempre el funcionario de más alto rango o el órgano de poder de categoría superior, el que puede hacer renuncia de la inmunidad del ministro de relaciones exteriores. Con semejante procedimiento no queda clara la situación del jefe de gobierno: en algunos países el jefe de gobierno es el funcionario de más alto rango, en otros, no lo es.

38. Posiblemente haya que analizar esta cuestión partiendo de que se considera que esos tres altos funcionarios, en virtud de sus cargos, representan al Estado en las relaciones internacionales. Si se tiene en cuenta esta circunstancia, y no solo las consideraciones de jerarquía, cabe afirmar que el Estado que ejerce la jurisdicción penal contra semejante funcionario, y obtiene del funcionario la renuncia de la inmunidad, tiene derecho a creer que el Estado del funcionario tiene esa misma disposición, por lo menos, mientras no reciba de ese Estado información en contrario.

39. Junto con la cuestión de quién tiene derecho a renunciar a la inmunidad del funcionario, es menester analizar también la forma de renuncia de la inmunidad⁸⁴. ¿Deberá siempre expresarse por escrito la renuncia a la inmunidad del funcionario o basta con que exista una renuncia implícita?, o, independientemente de si la renuncia es expresa o implícita, ¿basta con que sea clara?

40. La Comisión debatió sobre esta cuestión en la preparación de los proyectos de artículos sobre relaciones diplomáticas, las relaciones consulares, las misiones especiales, la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, y las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. En este sentido, la labor de la Comisión relativa al proyecto de artículos sobre relaciones diplomáticas fue decisiva para los primeros cuatro proyectos. En el proyecto de artículos preparado por la Comisión en relación con la renuncia de la inmunidad del agente diplomático se establecía lo siguiente: «En lo penal, la renuncia ha de ser siempre expresa»⁸⁵. En el comentario sobre esta disposición, la Comisión estipulaba lo siguiente: «Se establece una distinción entre la acción penal y la acción civil. En el primer caso, la renuncia ha de ser expresa. Tanto en la acción civil como en la acción administrativa, puede ser expresa o implícita»⁸⁶. Sin embargo, los Estados decidieron otra cosa, por lo que el requisito de que la renuncia a la inmunidad siempre deberá expresarse por escrito, previsto en el párrafo 2 del artículo 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, guarda relación tanto con la inmunidad de la jurisdicción penal como de la jurisdicción civil⁸⁷. De manera análoga se formularon

⁸⁴ «Una importante cuestión en relación con la renuncia a la inmunidad de los funcionarios del Estado es la relativa a la forma que dicha renuncia puede adoptar» (memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 250).

⁸⁵ *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 106, artículo 30, párr. 2.

⁸⁶ *Ibid.*, págs. 106 y 107, párr. 3 del comentario al artículo 30.

⁸⁷ Solo la renuncia claramente expresa, según la opinión expresada por algunas delegaciones en la conferencia, puede ser prueba suficiente

las disposiciones sobre la renuncia de la inmunidad en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (art. 45, párr. 2), en la Convención sobre Misiones Especiales (art. 41, párr. 2) y en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (art. 31, párr. 2, y art. 61, párr. 2)⁸⁸. Se observa que el requisito de la renuncia por escrito a la inmunidad, excepto en el caso de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, se refiere a personas que gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera a título personal. Además, en todos los casos, se trata de personas conocidas del Estado en el que prestan servicios y cuya condición jurídica también es harto conocida de ese Estado. Son los funcionarios consulares y los empleados del consulado que gozan solo de inmunidad funcional.

41. Son conocidos los fallos de los tribunales nacionales en los que se hace mención a la necesidad de la renuncia inequívocamente expresa a la inmunidad del jefe de Estado. En el memorando de la Secretaría, entre los ejemplos de fallos de esa índole figuran el del Tribunal Federal de Suiza en la causa *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, el del tribunal de distrito del Este de Nueva York en la causa *Lafontant c. Aristide* y el del Tribunal de Apelaciones del Reino Unido en la causa *Ahmed v. Government of the Kingdom of the Saudi Arabia*⁸⁹.

42. La renuncia inequívocamente expresa a la inmunidad (el consentimiento inequívocamente explícito del Estado del funcionario a que otro Estado ejerza su jurisdicción penal contra el funcionario) se podrá formular en la forma de declaración unilateral o de notificación del Estado del funcionario o por medio de la firma por este Estado de un acuerdo internacional con el Estado que ejerce la jurisdicción. Dicho acuerdo podrá ser aplicable a un funcionario concreto o a las personas involucradas en el delito penal de que se trate o en sentido más general. Ambas formas de renuncia inequívocamente expresa a la inmunidad se establecen en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes⁹⁰.

de la intención real del Estado de renunciar a su inmunidad. Y como la inmunidad protege, en primer lugar, al Estado (al tiempo que el agente diplomático solo goza de ella), a los efectos de la renuncia a la inmunidad, no hay razones para establecer diferencias entre la jurisdicción penal y la civil. Véase *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les relations et immunités diplomatiques (Vienne 2 mars - 14 avril 1961)* (A.CONF.20/14), vol. I, 29.ª sesión págs. 185 y ss.

⁸⁸ Por otra parte, es evidente que todas estas convenciones admiten la renuncia implícita a la inmunidad respecto de la jurisdicción civil. En particular, disposiciones análogas de todos los artículos mencionados indican que el inicio de un proceso judicial por una persona que goza de inmunidad le priva de su derecho a ampararse en la inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier reconvención relacionada directamente con la demanda principal. Véase la nota 109 *infra*.

⁸⁹ Memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 251.

⁹⁰ En los comentarios relativos a los proyectos de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, la Comisión expone, entre otras cosas, su enfoque de las disposiciones formuladas en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. («8) [...] [P]arece posible distinguir varios métodos de manifestar o expresar el consentimiento. [...] [E]l consentimiento no debe presumirse ni sobreentenderse fácilmente. Cualquier alusión que se haga en la presente parte a una teoría del “consentimiento tácito”, como posible excepción a los principios generales de las inmunidades de los Estados, debe considerarse no como una excepción en sí misma,

43. La cuestión de la forma de renuncia a la inmunidad de un ex jefe de Estado se aborda en la causa *Pinochet*. En el memorando de la Secretaría figura un análisis bastante detallado de este aspecto de la cuestión y de los comentarios científicos al respecto⁹¹. En particular, se subraya que:

[E]n la causa *Pinochet* (N.º 3), la cuestión de la renuncia giró en torno a la ratificación de la Convención contra la Tortura por Chile, y los siete lores se refirieron a la renuncia en algún grado. Si bien un lord consideró que se trataba de un caso de renuncia expresa, seis lores ni siquiera lo consideraron como un caso de renuncia tácita, y sin embargo cinco de los siete lores concluyeron que en definitiva operaba de modo de manifestar el consentimiento de Chile para que su ex Jefe de Estado quedara sujeto a la jurisdicción⁹².

Como señaló Lord Saville, «[S]e [...] dice que toda renuncia a las inmunidades por un Estado debe ser expresa, o por lo menos inequívoca. Yo no discreparía con ello como una proposición general, pero me parece que los términos expuestos e inequívocos de la Convención sobre la Tortura cumplen con cualquier requisito en tal sentido»⁹³. Lord Goff expresó su opinión disidente a este respecto al expresar que, a su juicio, la Convención no contenía la renuncia inequívocamente expresa ni implícita a la inmunidad. Lord Goff destacó, entre otras cosas, que: «[M]e parece claro que, tanto de acuerdo con el derecho internacional como con el derecho de este país que, en este tema, refleja el derecho internacional, el levantamiento por un Estado de su inmunidad por medio de un tratado [...] debe siempre ser expreso. En efecto, si así no fuera, podría bien producirse un caos internacional en los tribunales puesto que los diferentes Estados partes en un tratado llegarían a distintas conclusiones en cuanto a la cuestión de si se debe inferir un levantamiento de la inmunidad»⁹⁴. Conclusión que, en lo esencial, ambos lores hablan de que la renuncia a la inmunidad, por lo menos en la forma de acuerdo internacional, debe ser inequívocamente expresa⁹⁵.

sino más bien como una explicación o justificación adicional de una excepción por lo demás válida y generalmente reconocida. No cabe, por consiguiente, sobreentender el consentimiento de un Estado que no lo haya manifestado de manera clara y determinable, incluidos los modos previstos en el artículo 8. [...] 9) Una prueba sencilla e indiscutible del consentimiento es que el Estado manifieste su consentimiento en un contrato escrito [...] o por escrito especialmente en un proceso determinado ante la autoridad después de que haya surgido una controversia. [...] 10) [...] [S]i el consentimiento se manifiesta en una disposición de un acuerdo internacional celebrado por Estados, no hay duda de que es obligatorio para el Estado que da el consentimiento y los Estados partes facultados para acogerse a las disposiciones del tratado pueden alegar la manifestación de ese consentimiento. El derecho de los tratados confirma la validez de la manifestación del consentimiento en someterse a la jurisdicción, así como la aplicabilidad de las demás disposiciones del tratado» (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 28 y 29, párrs. 8, 9 y 10 del comentario al artículo 7, párr. 1). La tercera forma prevista en la Convención, el contrato por escrito, no tiene evidentemente relación alguna con la renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal.

⁹¹ Memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párrs. 258 a 264.

⁹² *Ibid.*, párr. 258.

⁹³ Véase *Pinochet n.º 3*, ILM, vol. 38 (1999), pág. 643.

⁹⁴ *Ibid.*, pág. 604.

⁹⁵ Al analizar la cuestión de la expresión de la renuncia implícita de la inmunidad del Estado conforme a la Ley de inmunidades soberanas extranjeras (FSIA), el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en la causa *Doe and ors v Israel and ors*, providencia sobre moción, 400 F Supp 2d 86, 95-96 (DDC 2005); ILDC 318 (US 2005) observa lo siguiente: «Una renuncia implícita bajo esta disposición requiere que el soberano extranjero “haya indicado a un cierto punto su disposición para demandar”, y que subjetivamente haya tenido la intención de hacerlo».

44. En esa doctrina existe el punto de vista de que algunos convenios internacionales que no contienen disposiciones sobre la renuncia a la inmunidad son, no obstante, incompatibles con la inmunidad. Entre esos convenios figuran los tratados sobre derechos humanos y los tratados que tipifican como delitos determinadas acciones y que establecen la jurisdicción penal universal en relación con esas acciones⁹⁶. En consecuencia, el Estado que consiente en obligarse por ese tratado, renuncia por lo mismo implícitamente a la inmunidad de sus funcionarios que violen los derechos humanos amparados por ese tratado o que realicen acciones tipificadas como delitos en ese tratado⁹⁷. En el informe preliminar y en el segundo informe se hace referencia a las diferencias entre la jurisdicción, por una parte, y la inmunidad, por la otra, así como entre las normas materiales y, en algunos casos, las normas imperativas de derechos humanos y las normas que prohíben y tipifican como delitos determinadas acciones, por una parte y, por la otra, tienen inmunidad de carácter procesal⁹⁸. En el segundo informe se llega a la conclusión de que ni la jurisdicción universal ni estas normas anulan la inmunidad⁹⁹. Estas consideraciones son acertadas incluso en este caso. Por las mismas razones, el consentimiento del Estado a obligarse por este tipo de acuerdo internacional no implica consentimiento del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera respecto de sus funcionarios, es decir la renuncia de su inmunidad. Además, para interpretar el tratado internacional de manera que se llegue

⁹⁶ Según la describe O'Keefe, la doctrina de la renuncia implícita a la inmunidad «propone que cuando los Estados pasan a ser partes en un acuerdo internacional que crea o reconoce un crimen internacional e impone la obligación de castigarlo, esto es lógicamente incompatible con el apoyo de la inmunidad cuando el acusado es un funcionario oficial del Estado. Por tanto, se infiere necesariamente que esos Estados optaron por levantar de antemano cualquier inmunidad estatal que presuntamente se vincule con la conducta impugnada, lo que en consecuencia es incongruente con el acuerdo. En resumen, el acto de establecer una jurisdicción penal universal y obligatoria con respecto a la potencial conducta de los funcionarios constituye un consentimiento anticipado al ejercicio de la jurisdicción de tribunales nacionales, sin tomar en cuenta la doctrina de la inmunidad del Estado» («The European Convention on State Immunity and International Crimes», pág. 513). El autor demuestra esta teoría mediante la interpretación del apartado a del artículo 2 del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, al observar, en particular, que «tiene, al menos, el potencial para sostener un argumento basado en una renuncia implícita por un acuerdo internacional incongruente» (ibíd., pág. 517). Por otra parte, para determinar la renuncia implícita, a su juicio, se debe inferir inequívocamente del tratado la intención de sus partes de convenir en el ejercicio de la jurisdicción penal en relación con acciones tipificadas como delito por los tribunales extranjeros. El autor considera que la existencia de compromisos de ejercer la jurisdicción (incluso en la forma del principio *aut dedere aut judicare*) dará fe de esa intención. Koivu, por su parte, señala que para establecer la renuncia implícita, el tratado internacional deberá «expresamente estar en conflicto con las disposiciones aplicables sobre inmunidad» («Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law», pág. 318).

⁹⁷ Mientras que el consentimiento a obligarse por ese tratado se considera en la mayoría de los casos no como renuncia a la inmunidad, sino simplemente como exclusión de la inmunidad o como situación de no inmunidad, en la que es posible renunciar a la inmunidad. Véase, por ejemplo, Bradley y Goldsmith, «Foreign Sovereign Immunity, Individual Officials, and Human Rights Litigation». Esta cuestión se examina en detalle en *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 63 y ss.

⁹⁸ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), págs. 181 a 183, párrs. 64 a 70, y *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 64 a 77.

⁹⁹ *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 64 y 77.

a la conclusión de que en él está implícita la renuncia a la inmunidad de los funcionarios de un Estado que sea parte en ese tratado, hacen falta pruebas de que esa precisamente era la intención o la voluntad de ese Estado. Entretanto, como se subraya en la publicación de Verhoeven en relación con los tratados sobre delitos previstos en el derecho internacional, «[n]ada parece descubrir una voluntad —implícita, pero cierta— de sus firmantes de derogar la inmunidad»¹⁰⁰.

45. En su fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* la CIJ se pronunció con toda claridad sobre si la firma por los Estados de un acuerdo internacional en que se tipificaran como delito determinadas acciones y se obligara a los Estados a ejercer su jurisdicción penal en relación con esos delitos significaba la renuncia de estos Estados a la inmunidad de sus funcionarios. La Corte observó, entre otras cosas, que

[l]a competencia no implica la ausencia de inmunidad, y la ausencia de inmunidad no implica la competencia. De esta manera, si diversas convenciones internacionales para la prevención y la represión de ciertos crímenes graves han puesto a cargo de los Estados las obligaciones de extraditar o juzgar, y no incluyeron la obligación de ampliar su competencia jurisdiccional, esta extensión de competencia no afecta a las inmunidades resultantes del derecho internacional consuetudinario, y especialmente a las inmunidades de los ministros de relaciones exteriores. Estas siguen siendo oponibles ante los tribunales de un Estado extranjero, incluso si esos tribunales son competentes en base a esas convenciones¹⁰¹.

Está claro que esa declaración se refiere también totalmente a los tratados de derechos humanos y la renuncia a la inmunidad.

46. En general, en el memorando de la Secretaría se hace referencia a «la renuncia general a aceptar una renuncia tácita fundada en la aceptación de un acuerdo»¹⁰².

47. En la resolución del Instituto de Derecho Internacional, en lugar de optar entre la renuncia expresa o implícita a la inmunidad, se hace hincapié en la renuncia clara e inequívoca de la inmunidad. En su artículo 7, en relación con la renuncia de la inmunidad del jefe de Estado, se dispone que «[e]se levantamiento [de la inmunidad]

¹⁰⁰ *Op. cit.*, pág. 123, y se agrega que «esas convenciones (genocidio, tortura, etc.) no incluyen ninguna disposición que la excluya explícitamente y [...] nada indica, ni en los trabajos preparatorios ni en otra parte, que esta fue la voluntad implícita de los Estados que las negociaron y que se convirtieron en partes» (ibíd., pág. 125).

¹⁰¹ *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 24 y 25, párr. 59. En relación con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Yang señala que «la Convención contra la Tortura nada dice acerca de la inmunidad del Estado. La razón de este silencio podría ser tema de conjeturas pero lo único claro es que, en ausencia de una disposición específica que trate sobre la inmunidad del Estado, la interpretación y aplicación de la Convención contra la Tortura debe realizarse de acuerdo con las reglas del derecho internacional sobre la materia. La existencia de jurisdicción universal no implica necesariamente una pérdida de la inmunidad, como fue afirmado en términos inequívocos por la CIJ» («*Jus Cogens and State Immunity*», págs. 144 y 145). El Tribunal de Casación de Bélgica, al examinar la cuestión de la inmunidad de A. Sharon en relación con las acusaciones de haber cometido crímenes de guerra, señala lo siguiente que «[l]os Convenios de Ginebra [para la protección de las víctimas de la guerra] de 12 de agosto de 1949, así como los Protocolos adicionales I y II no contienen ninguna disposición que podría impedir al demandado invocar la inmunidad jurisdiccional ante los tribunales belgas» (ILM (nota 43 *supra*), pág. 600).

¹⁰² Memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 259.

puede ser explícito o implícito, en la medida en que sea cierto»¹⁰³. Como señaló al respecto en su intervención Verhoeven, «[I]o importante, por otra parte, se encuentra ahí: que la voluntad [del Estado] sea cierta»¹⁰⁴. Como ejemplo de esta voluntad manifiesta e inequívoca del Estado que, por no haberse expresado inequívocamente puede considerarse renuncia implícita a la inmunidad, el Relator se refiere a una situación, en la que el gobierno inicia un proceso contra el ex jefe de Estado¹⁰⁵.

48. Sin embargo, ¿cuándo se hace esto evidente? Por ejemplo, cuando un Estado inicia un proceso contra su ex jefe de Estado (u otro funcionario) y ese Estado puede exigir incluso su extradición a otro Estado¹⁰⁶. Dicha petición significa claramente la renuncia a la inmunidad de esa persona respecto de acciones procesales emprendidas por otro Estado para su extradición. Sin embargo, en este caso, el Estado puede seguir insistiendo en la inmunidad de su ex jefe de Estado contra las acciones que el otro Estado pueda emprender con el fin de iniciar sus propias actuaciones judiciales contra el funcionario o de lograr su extradición a un tercer Estado¹⁰⁷. Aunque, en general, al parecer, el deseo del Estado de exigir responsabilidad a su exfuncionario no significa en modo alguno que ese Estado haya dejado de considerar que las acciones de que se trata fueron cometidas a título oficial, ni es sinónimo de consentimiento del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera contra ese funcionario, es decir con la renuncia a la inmunidad. Más bien, es lo contrario: el Estado no desea que su exfuncionario sea juzgado en otro Estado, sino que quiere aplicar su propia justicia¹⁰⁸.

¹⁰³ «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», pág. 689.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pág. 534.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Por ejemplo, al cabo de algunos años, el Perú logró la extradición de A. Fujimori, primero del Japón (sin resultado debido a que Fujimori tenía la ciudadanía japonesa), y posteriormente de Chile. A. Fujimori fue detenido en Chile a petición de las autoridades del Perú inmediatamente después de su llegada, y al poco tiempo, en 2007, fue extraditado al Perú para que se le instruyera un proceso penal. Por lo que se sabe de la descripción del caso, en ningún momento se planteó la cuestión de la inmunidad de A. Fujimori en relación con su detención ni en el proceso de examen de la solicitud de extradición. Véase, por ejemplo, Haas, «Fujimori Extraditable!: Chilean Supreme Court Sets International Precedent for Human Rights Violations».

¹⁰⁷ En el caso *Lafontant v. Aristide*, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos rechazó el argumento de que la orden de detención librada en Haití contra J.-B. Aristide puede considerarse una renuncia de la inmunidad de un jefe de Estado. Además, en una carta del Embajador de Haití en los Estados Unidos se declaraba que no se renunciaba a la inmunidad de J.-B. Aristide. Por otra parte, en este caso para el tribunal fue decisiva la declaración de inmunidad de J.-B. Aristide, presentada al Departamento de Estado de los Estados Unidos, de lo cual se deduce que los Estados Unidos no habían reconocido al Gobierno de Haití, en momentos en que J.-B. Aristide, que se encontraba en el exilio, seguía gozando del reconocimiento de los Estados Unidos como único jefe de Estado legítimo del país (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Nueva York, 27 de enero de 1994, ILR, vol. 103, pág. 581).

¹⁰⁸ El inicio por un Estado de un proceso penal contra un ex jefe de Estado va acompañada del acuerdo de ese Estado de ejercer la jurisdicción sobre ese funcionario en representación de otro Estado (véase, por ejemplo, el caso del ex-Presidente de Bolivia Gonzalo Sánchez de Lozada (su entrega en Bolivia acusado de haber cometido delitos penales estuvo acompañada de una declaración del Gobierno de ese país sobre la renuncia a todo tipo de inmunidad de que gozase en relación con la demanda civil interpuesta contra él en los Estados Unidos, que fue examinada posteriormente (*Mamani, et al. v. José Carlos Sánchez Berzain and Gonzalo Daniel Sánchez de Lozada Sánchez Bustamante*,

49. Es posible concebir una situación en la que el Estado pida a otro Estado que aplique determinadas medidas de procesamiento penal contra uno de sus antiguos altos funcionarios, es decir, el jefe de Estado o de gobierno o el ministro de relaciones exteriores. Esto supone, como es evidente, la renuncia a la inmunidad de ese funcionario respecto de la aplicación de dichas medidas. Pero esta situación, como es de suponer, tiene un carácter hipotético.

50. Las convenciones sobre relaciones diplomáticas, sobre relaciones consulares, sobre misiones especiales, sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal y sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes contienen disposiciones de esta índole, según las cuales la instrucción de cargos contra un sujeto que goza de inmunidad lo priva del derecho a acogerse a la inmunidad de jurisdicción en relación con cualquier reconvencción relacionada directamente con la demanda principal¹⁰⁹. Es obvio que se trata en este caso de la jurisdicción civil. Sin embargo, para la legislación procesal penal de muchos países son habituales determinadas formas de participación por propia iniciativa de las víctimas en un proceso penal. ¿Cabe considerarse como renuncia a la inmunidad de las medidas de procedimiento penal aplicadas contra el funcionario si este resulta ser la víctima en un caso penal, incluso respecto de las medidas aplicadas en relación con las respuestas de la persona contra la cual se ha interpuesto la causa?

51. Al parecer, por regla general, difícilmente procedería establecer una analogía con la situación de la inmunidad respecto de la jurisdicción civil en el caso de que fuera la víctima la que iniciara el proceso penal o participara en él. En los casos en que el proceso penal se inicia de oficio, las autoridades del Estado de que se trate aplicarán las medidas procesales pertinentes independientemente de que participe o no la víctima. En este contexto es importante que el funcionario sea solo beneficiario de la inmunidad que corresponde al Estado para el que presta servicios. Y cabría pensar que no puede considerarse que ese Estado cuyos intereses queden protegidos por la inmunidad haya renunciado a esta en razón de las acciones de su funcionario¹¹⁰.

52. Por otra parte, se han dado casos en que el funcionario actúa en el proceso judicial en la fase de enjuiciamiento como único acusador sin que participe en modo alguno la fiscalía pública, valiéndose para ello de todos los derechos procesales de la fiscalía. En este caso cabe preguntarse si esto no trae consigo la renuncia a la

Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Florida, División Miami, 9 de noviembre de 2009. Pero esto solo confirma que no hay por qué equiparar la intención misma de someter a juicio con la renuncia implícita a la inmunidad.

¹⁰⁹ Véanse el párrafo 3 del artículo 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, el párrafo 3 del artículo 45 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el párrafo 3 del artículo 41 de la Convención sobre Misiones Especiales, el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal y el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

¹¹⁰ Si bien, una vez más, en este caso hipotético no está totalmente clara la situación en que el jefe de Estado o de gobierno o el ministro de relaciones exteriores incoo el proceso penal.

inmunidad en relación con las reconvenções relacionadas con el presunto delito. Semejante situación puede surgir en casos de la denominada querrela particular, prevista en la legislación de algunos Estados en relación con un número limitado de delitos (que, por regla general, no tienen consecuencias graves, como lesiones leves, entre otros)¹¹¹. En los casos de querrela privada no interviene el fiscal público, ya que la parte agraviada¹¹² ejerce todos los derechos del fiscal, es decir de hecho la parte agraviada debate directamente con el acusado, y el tribunal actúa como árbitro en esa controversia. Por esa razón, en este tipo de proceso se admite la contrarreconvenção¹¹³. Dicho de otro modo, puede ser lo más parecido por sus características procesales al derecho civil. Es evidente que el grado de parecido¹¹⁴, a juzgar por los matices de la legislación de procedimiento penal del Estado que ejerce la jurisdicción, también deberá ser determinante en situaciones de renuncia a la inmunidad en caso de «querrela privada».

53. En el ya mencionado caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la CIJ, al examinar el tema de las acciones de Francia en relación con el Fiscal de la República y el Jefe de los Servicios de Seguridad Nacional de Djibouti, consideró que Francia no había violado la inmunidad funcional de que podían gozar esos funcionarios, porque Djibouti no la había invocado. Por otra parte, la Corte no mencionó que, al no invocar la inmunidad, Djibouti había renunciado a ella. Tampoco parece procedente preguntarse si cabe considerar la no invocación de la inmunidad por parte del Estado del funcionario como renuncia implícita a esta¹¹⁵.

54. Anteriormente se señaló que competía al Estado que ejercía la jurisdicción penal invocar la inmunidad, cuando se trataba de la troika, y al Estado del funcionario, cuando se trataba de un funcionario que gozaba de inmunidad funcional o de uno que no pertenecía a la troika, pero que gozaba de inmunidad personal¹¹⁶. Sobre esta base, la no invocación de la inmunidad por el Estado del funcionario, cuando se trata del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera en relación con el jefe de ese Estado, o el jefe de gobierno o el ministro de relaciones

exteriores, no significa que consienta en que se ejerza la jurisdicción penal extranjera contra ese funcionario y, por consiguiente, que renuncie a la inmunidad. Con la misma lógica, cuando se trata del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera contra un funcionario que goza de inmunidad funcional o un funcionario que goza de inmunidad personal, pero no pertenece a la troika, cabe suponer que si el Estado del funcionario no invoca la inmunidad del funcionario esto se puede interpretar como su consentimiento a que se ejerza la jurisdicción y, en consecuencia, su renuncia a la inmunidad¹¹⁷. Además, nada impide que el propio Estado que ejerce la jurisdicción se niegue a ejercerla sobre un funcionario en funciones o un exfuncionario de otro Estado, al reconocerle la inmunidad.

55. De manera que cabría formular una conclusión general del siguiente tenor acerca de la forma de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de un Estado. En el caso de un jefe de Estado o de gobierno y un ministro de relaciones exteriores en funciones, la renuncia a la inmunidad deberá expresarse con claridad. Posiblemente la excepción sea el caso hipotético en que el Estado de ese funcionario pide al otro Estado que aplique determinadas medidas de procedimiento penal contra ese funcionario. Dicha solicitud entraña sin lugar a dudas la renuncia a la inmunidad en lo que respecta a esas medidas, por lo que, en ese caso se trata de una renuncia implícita. En el caso de funcionarios en ejercicio que no pertenecen a la troika, pero que gozan de inmunidad personal, y en el caso de otros funcionarios en ejercicio que gozan de inmunidad funcional, así como de todos los exfuncionarios que también gozan de inmunidad funcional, la renuncia a la inmunidad puede ser tanto claramente expresa como implícita. En este caso la renuncia implícita puede expresarse, en particular mediante la no invocación de la inmunidad por parte del Estado del funcionario.

¹¹⁷ Sin embargo, el Relator Especial no tiene conocimiento de fallos judiciales, práctica ni opiniones de los Estados o doctrinas que reafirmen o nieguen, en forma clara, semejante planteamiento de la cuestión. Sobre la relación entre la no invocación de la inmunidad y el ejercicio de la jurisdicción extranjera de un Estado contra un funcionario que, en principio, podría valerse de esa inmunidad, tratan algunos párrafos de las declaraciones antes citadas del Departamento de Estado de los Estados Unidos en la causa *Samantar* (véase la nota 27 *supra*). Existen no pocos ejemplos de fallos judiciales, en los que se ha desestimado la inmunidad de la persona ya sea porque simplemente no se ha tenido en cuenta o porque además el Estado del (ex) funcionario no la ha invocado. Entre ellos figura el fallo en la causa *Xuncax et al. v. Gramajo*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Massachusetts, 1995 (886 F.Supp. 162), y en un caso análogo en España, *Genocidio en Guatemala*, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 25 de febrero de 2003, ILM, vol. 42, pág. 712; el fallo del Tribunal de Casación de Bélgica en el caso *H.S.A. v. S.A. et al.* (nota 43 *supra*). No se invocó la inmunidad del Gobierno de los Estados Unidos ante un tribunal de Italia en el marco del proceso penal en que se acusó a funcionarios de los servicios especiales de los Estados Unidos de secuestrar en territorio de Italia a un sospechoso de cometer actos terroristas, Nasr Osama Mustafa Hassan, conocido como Abu Omar (véase el fallo de la Sala cuarta del Tribunal Ordinario de Milán de 4 de noviembre de 2009, caso *Adler et al.*, donde se condenó *in absentia* a 23 exagentes de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de los Estados Unidos, entre ellos algunos funcionarios del consulado de los Estados Unidos, ILDC 1492 (IT2010)). La no invocación en este caso de la inmunidad consular fue también motivo para que se entregase a uno de los empleados del servicio consular una demanda contra el Gobierno de los Estados Unidos de que se invocara esa inmunidad (véase *Sabrina De Sousa v. Department of State et al.*, caso 09-cv-896 (RMU)). Sin embargo, no se puede afirmar a ciencia cierta que precisamente el no haber invocado la inmunidad del Estado del funcionario fuese en estos casos la causa de que no se reconociera la inmunidad.

¹¹¹ Véanse por ejemplo los artículos 43 y 318 del Código de Procedimiento Penal de la Federación de Rusia; los artículos 374 a 394 del Código de Procedimiento Penal de Alemania; el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal de Ucrania; o el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal de Austria. Existen normas según las cuales se pueden interponer causas penales en relación con determinados tipos de delitos solamente por la vía de una querrela privada, a la que no tiene derecho el fiscal, es decir, el Estado que ejerce la jurisdicción carece, en lo esencial, de interés en dar curso al procedimiento penal: véase el párrafo 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Penal de Rusia (se trata en este caso de lesiones físicas leves, actos de violencia sin consecuencias graves, calumnia, injurias).

¹¹² Véase, por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal de Austria y el párrafo 2 del artículo 43 del Código de Procedimiento Penal de Rusia.

¹¹³ Véase el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal de Alemania.

¹¹⁴ En algunos Estados, la querrela privada puede adoptar distintas formas, entre ellas, la mixta. Por ejemplo, en Alemania existe la «acusación privada conjunta» (artículos 395 a 402 del Código de Procedimiento Penal de Alemania), cuando el fiscal desempeña en el proceso una función sustancial, y la querrela particular asume una función de apoyo.

¹¹⁵ Véanse también Buzzini, *loc. cit.*, pág. 474.

¹¹⁶ Véanse los párrafos 18 a 24 *supra*.

D. ¿Puede el Estado del funcionario invocar la inmunidad después de renunciar a ella?¹¹⁸

56. Todo parece indicar que, en caso de una renuncia claramente expresa a la inmunidad, es decir después de que el Estado expresa su consentimiento a que otro Estado ejerza su jurisdicción penal contra su funcionario, es jurídicamente imposible invocar la inmunidad. Esto contravendría, en particular, el principio de integridad¹¹⁹. Por otra parte, la renuncia claramente expresa a la inmunidad en tales casos puede referirse solo a la inmunidad en relación con determinadas medidas. Por ejemplo, el Estado puede renunciar a la inmunidad de su ministro de relaciones exteriores cuando este presta declaración como testigo. Se entiende que esa renuncia a la inmunidad no puede considerarse renuncia a la inmunidad de la persona, si el Estado que lo cita en calidad de testigo, tiene intenciones de exigirle después responsabilidad penal¹²⁰.

57. En párrafos anteriores se señaló que la renuncia implícita a la inmunidad puede producirse cuando no se invoca la inmunidad de personas que no pertenecen a la troika (se sobreentiende, como es natural, que el Estado del

¹¹⁸ Esto es continuación del examen iniciado en otra parte (párrafos 11 a 13 *supra*) de la cuestión del momento de invocar la inmunidad.

¹¹⁹ En el comentario de la Comisión sobre el artículo 30 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas se señala en particular: «Huelga decir que el proceso, en cualquier instancia en que se encuentre, se considera como un todo y que la excepción de inmunidad no se ha de poder invocar en la apelación si se ha renunciado a ella, expresa o tácitamente, en la primera instancia» (*Anuario... 1958*, vol. II, pág. 107, párr. 5 del comentario). Véanse también, por ejemplo, el comentario sobre el artículo 45 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares: «[U]na vez concedida válidamente la renuncia a la inmunidad del funcionario consular no puede invocar la inmunidad en una etapa ulterior del procedimiento (por ejemplo, en apelación)» (*Anuario... 1961*, vol. II, pág. 119, párr. 5 del comentario).

¹²⁰ En el memorando de la Secretaría (nota 4 *supra*), párr. 269, se subraya, en particular, que: «En lo tocante a los efectos jurídicos de la renuncia a la inmunidad —inclusiva la posible inmunidad residual no comprendida en la renuncia— en el caso de renuncia expresa esta cuestión debería aclararse recurriendo a los términos expresos de la renuncia misma».

funcionario tiene conocimiento de que se está ejerciendo la jurisdicción penal extranjera sobre ese funcionario, pero no ha invocado la inmunidad)¹²¹. El Relator Especial no está convencido de que tras esa renuncia implícita a la inmunidad no se la pueda invocar en una etapa más avanzada del proceso penal¹²². Por una parte, como se señala *supra*¹²³, la cuestión de la inmunidad se deberá tener en cuenta en una etapa inicial del proceso. Por otra, ¿sería correcto invocar la inmunidad, por ejemplo, en una situación en la que el Estado del funcionario no haya invocado la inmunidad del funcionario en la etapa previa al inicio de las actuaciones judiciales, y por esa razón podría considerarse que ha renunciado a la inmunidad en relación con las medidas adoptadas en esa etapa, y decidiese invocar la inmunidad, cuando la causa se pone en manos del tribunal? Todo parece indicar que, en tales circunstancias, sigue siendo posible invocar la inmunidad. Sin embargo, las actuaciones judiciales que ya ha llevado a cabo el Estado que ejerce la jurisdicción en relación con dicho funcionario hasta el momento en que se invoca la inmunidad, no pueden considerarse improcedentes, por cuanto, como se señaló en otros párrafos, en este caso, el Estado que ejerce la jurisdicción penal no está en la obligación de considerar la cuestión de la inmunidad *proprio motu*, y el momento de invocar la inmunidad del funcionario compete a su Estado¹²⁴. Por otra parte, hay dudas acerca de la aplicabilidad de este enfoque cuando no se ha invocado la inmunidad ante el tribunal de primera instancia, pero el Estado del funcionario decide invocarla cuando tiene lugar el proceso de apelación¹²⁵.

¹²¹ Párrafo 54 *supra*.

¹²² Se trata, desde luego, de una situación en la que el Estado del funcionario tiene conocimiento de que otro Estado ha ejercido (o tiene intenciones de ejercer) su jurisdicción penal sobre su funcionario y durante algún tiempo no invoca la inmunidad. Como señala, Buzzini, «no resulta bien claro hasta cuándo puede invocarse la inmunidad en el procedimiento» (*loc. cit.*, pág. 474).

¹²³ Párrafos 11 a 13 *supra*.

¹²⁴ Véase el párrafo 17 *supra*.

¹²⁵ Véase la opinión de la Comisión, que figura en los comentarios en relación con el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, que figura en la nota 119 *supra*.

CAPÍTULO II

Inmunidad del funcionario y responsabilidad del Estado del funcionario

58. La renuncia por el Estado del funcionario a la inmunidad de que este goza abre el camino para que se ejerza plenamente sobre el funcionario la jurisdicción penal extranjera. Esto tiene que ver, entre otras cosas, con la jurisdicción respecto de acciones realizadas por el funcionario a título oficial (incluso es posible que la renuncia a la inmunidad *ratione materiae* no vaya acompañada de una declaración en el sentido de que las presuntas infracciones de la ley fueron cometidas a título personal). Como se señaló en el informe preliminar, atribuir al Estado las acciones realizadas por el funcionario a título oficial no significa que se dejen de imputar esas acciones al funcionario¹²⁶. Solamente el hecho de que esa persona goza

de inmunidad impide que el otro Estado inicie un procedimiento penal contra el funcionario. La renuncia a la

(«Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts», págs. 826 y 827) de esta posición:

«Este tipo de inmunidad constituye (o, tal vez, más apropiadamente, da efecto a) una defensa sustantiva en la que se indica que un funcionario individual no puede tenerse por responsable de actos que, en efecto, son actos del Estado. Esos actos son imputables solamente al Estado y la inmunidad *ratione materiae* es un mecanismo para atribuir la responsabilidad al Estado. Este razonamiento fue expresado por la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Blaškić*:

“Los funcionarios [del Estado] son meros instrumentos de un Estado y su acción oficial solo puede ser atribuida al Estado. No pueden ser objeto de sanciones ni penalidades por una conducta que no es privada sino que tuvo lugar en nombre del Estado. En otras palabras, los funcionarios del Estado no pueden sufrir las consecuencias

¹²⁶ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 187, párr. 89. Sin embargo, en la doctrina se expresan puntos de vista contradictorios. Véase, por ejemplo, la descripción que hacen Akande y Shah

inmunidad elimina este impedimento. Por otra parte, la renuncia a la inmunidad del funcionario respecto de las acciones realizadas por este a título oficial no significa que se elimine el carácter oficial del comportamiento. Por consiguiente, ese comportamiento se le sigue atribuyendo no solo al funcionario, sino también al Estado para el que presta o ha prestado sus servicios. Se trata de una doble atribución. Por esa razón, la renuncia a la inmunidad no solo crea las condiciones para la invocación de la responsabilidad penal del funcionario, sino que no impide que se exija responsabilidad jurídica internacional al Estado del funcionario, si ese acto atenta contra los compromisos internacionales contraídos por ese Estado¹²⁷. De manera

(Continuación de la nota 126.)

de los actos ilícitos que no les son atribuibles a ellos personalmente sino al Estado en cuyo nombre actuaron: gozan de la así llamada "inmunidad funcional". Esta es una regla bien establecida de derecho internacional consuetudinario desde los siglos XVIII y XIX y confirmada muchas veces desde entonces.»

[*Prosecutor v. Blaškić* (objeción a la cuestión de la *subpoena duces tecum*) IT-95-14-AR108 (1997), ILR, vol. 110 (1997) 607, en la pág. 707, párr. 38.]

Por otra parte, estos autores también se basan en una práctica distinta: «Sin embargo, en el caso *Rainbow Warrior*, 74 ILR (1986) 241, la afirmación del Gobierno francés de que los oficiales militares no debían ser juzgados en Nueva Zelanda una vez que Francia había aceptado su responsabilidad internacional, fue rechazada por Nueva Zelanda» (ibíd., pág. 826, nota 51). Al respecto, véase también van Alebeek, *op. cit.* Uno de los argumentos planteados por Djibouti durante las audiencias del caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), en la CIJ fue la posibilidad de que se atribuyera exclusivamente al Estado el comportamiento oficial del funcionario («Lo que la parte —Djibouti— pide a la Corte es que reconozca que un Estado no consideraría que una persona reviste la calidad de órgano de otro Estado como penalmente responsable, a título individual, de actos cumplidos en esa calidad oficial, es decir, en el ejercicio de sus funciones. Esos actos, en efecto, deben considerarse, en derecho internacional, como atribuibles al Estado a cuenta del cual el órgano actúa, y no del individuo-órgano» (audiencia pública de 22 de enero de 2008, CR 2008/3, párr. 23).

En la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2009 se dedica una cláusula «sin perjuicio de» a la cuestión de la correspondencia entre la pérdida de inmunidad del funcionario y la posible atribución del hecho al Estado, además de los comentarios que formularon algunos miembros del Instituto al respecto («Las disposiciones que anteceden se entienden sin perjuicio de: a) la responsabilidad bajo el derecho internacional de toda persona a que se hace referencia en los párrafos precedentes; b) la atribución del Estado de los actos de esa persona que constituyan crímenes internacionales» («Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agentes en cas de crimes internationaux», art. III 3)).

¹²⁷ Keith, magistrado de la CIJ, describe la relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del funcionario destacando que «aún si los Estados no pueden cometer crímenes internacionales, podrían [...] ser sujetos de las mismas obligaciones que los individuos, sin que las obligaciones sean caracterizadas como criminales; es decir, la obligación puede ser dual, vinculando tanto a los Estados como a los individuos» («The International Court of Justice and Criminal Justice», pág. 896). Y más adelante agrega que «gran parte de la legislación y la práctica muestra que la responsabilidad (penal o civil) del principal (es decir, el empleador, el Estado) y del agente (es decir, el empleado, el funcionario), es a menudo dual» (ibíd., pág. 900). La Corte también se ha referido a la doble responsabilidad de la persona y el Estado en el fallo *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*: «[E]sa dualidad en materia de responsabilidad sigue siendo un rasgo constante del derecho internacional» (*C.I.J. Recueil 2007*, pág. 116, párr. 173). Nollkaemper observa: «La responsabilidad del Estado no depende ni implica la responsabilidad jurídica del individuo» («Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law», pág. 616). Y agrega: «La práctica del Estado no va en el sentido de que en los casos en que la responsabilidad se atribuya a un individuo, no puede haber lugar a la atribución al Estado. [...] El enjuiciamiento y condena del individuo responsable del atentado de Lockerbie, considerado como un agente de Libia, no cierra la posibilidad de reclamos subsiguientes por compensación contra Libia por parte

que el Estado del funcionario, aunque renuncie a la inmunidad de su funcionario, no está exento de responsabilidad jurídica internacional por los actos realizados por su funcionario a título oficial¹²⁸.

59. Si la renuncia a la inmunidad del funcionario en relación con actos llevados a cabo a título oficial no exime al Estado del funcionario de su responsabilidad jurídica internacional, la invocación de la inmunidad del funcionario con referencia a que el delito que se le imputa al funcionario fue cometido a título oficial es motivo para que se exija la responsabilidad jurídica internacional correspondiente. Al analizar en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* la cuestión de la inmunidad funcional (o la falta de inmunidad) de los funcionarios de Djibouti, la CIJ manifestó que «el Estado que solicita a una jurisdicción extranjera no continuar, por razones de inmunidad, un procedimiento judicial incoado contra sus órganos, asume la responsabilidad por todo acto internacionalesmente ilícito cometido

del Reino Unido y los Estados Unidos. La atribución de responsabilidad individual a agentes de Yugoslavia por actos cometidos durante el conflicto armado entre 1991 y 1995 en el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y en los tribunales nacionales no excluye los reclamos de Bosnia y Herzegovina, y Croacia ante la Corte. No parece que en ninguno de estos casos, los Estados demandados invocaran el argumento de que esos actos no podrían ser atribuidos al Estado desde el momento en que ya habían sido atribuidos a agentes individualmente. [...] [L]a responsabilidad individual no necesariamente significa que la del Estado desaparezca y que el Estado pueda negar su propia responsabilidad argumentando que la responsabilidad fue transmitida a los órganos estatales individuales; la responsabilidad del Estado puede existir junto a la responsabilidad individual (ibíd., págs. 619 a 621). Vale la pena tener presente, no obstante, que la ausencia de inmunidad del funcionario no prejuzga la responsabilidad de la propia persona ni la del Estado (respecto de este último tampoco es significativo el hecho de que el funcionario esté protegido por la inmunidad, véase el párrafo 60 *infra*) («[D]ebe tenerse en cuenta que la negación de la inmunidad jurisdiccional no implica necesariamente que exista responsabilidad como cuestión de derecho sustantivo» (Tomonori, *loc. cit.*, pág. 266)).

¹²⁸ En el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76), no hay señalamiento alguno en el sentido de que, la responsabilidad del Estado depende de alguna manera de circunstancias como llevar ante la justicia a una persona que sea culpable directa de haber cometido determinado delito. Por lo demás, los procedimientos nacionales aplicables en relación con esa persona puede ayudar en lo esencial a exigir responsabilidad al Estado. Como dice Van der Wilt («The Issue of Functional Immunity of Former Heads of State», pág. 105): «Se podría asumir que la prueba obtenida en procedimientos penales contra individuos que cometieron delitos podría dar argumentos para la evaluación de la responsabilidad del Estado también, como lo ilustra el reciente fallo de la CIJ» (se refiere a la admisión por la Corte sin más pruebas de las circunstancias del genocidio cometido, establecidas previamente por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Krstić*, en el caso *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Véase *C.I.J. Recueil 2007*, pág. 166, párr. 296). Por otra parte, Nollkaemper escribe: «Finalmente, las averiguaciones de responsabilidad individual en relación con el atentado de Lockerbie sirvieron de base para reclamos posteriores de responsabilidad del Estado. Por otra parte, si el Tribunal de Escocia, reunido en los Países Bajos, hubiera concluido que los individuos imputados no estaban ni remotamente relacionados con el atentado, la base factual para el reclamo por la responsabilidad del Estado de Libia no hubiera procedido. Resulta difícil suponer que un tribunal encargado de la determinación de la responsabilidad del Estado hubiera, en un procedimiento ulterior, encontrado pruebas de una implicación individual, que un tribunal encargado de determinar la responsabilidad individual no hubiera identificado» (*loc. cit.*, pág. 628). Además, añade: «Si un tribunal determinara que no existe base factual para la responsabilidad individual, ello no evitaría identificar la responsabilidad del Estado» (ibíd., pág. 630).

por tales órganos»¹²⁹. En el contexto de esta causa, esto significaba que, si Djibouti había informado al tribunal francés (o a otras autoridades pertinentes de Francia) de que los hechos cometidos por sus funcionarios eran acciones (oficiales) del propio Estado y que esas personas estaban actuando a título oficial (en su condición de órganos o algo parecido de Djibouti), y sobre esta base se invocaba la inmunidad de esos funcionarios, Djibouti estaba asumiendo la responsabilidad por esas contravenciones del derecho internacional.

60. Posiblemente sea más exacto hablar de que el Estado que invoca la inmunidad de su funcionario afirmando que el hecho que se le imputa tiene carácter oficial, está reconociendo que el hecho es atribuible al propio Estado, pero que no asume la responsabilidad por ese hecho. No cabe duda de que atribuir ese comportamiento al Estado es un elemento importante y motivo para que se exija responsabilidad jurídica internacional, pero aun así no significa que se admita. Como es sabido, otro elemento necesario para exigir la responsabilidad del Estado es que el hecho que se atribuya al Estado constituya una violación de sus obligaciones jurídicas internacionales¹³⁰. Hay que tener presente en este sentido que, por regla general, el Estado invoca la inmunidad de su funcionario en la etapa del proceso judicial en la que todavía no se ha demostrado ante un tribunal la ilegitimidad del hecho cometido por

¹²⁹ Fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 244, párr. 196.

¹³⁰ Véase el artículo 2 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que estipula: «Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado: «Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado» (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76).

el funcionario, y que de por sí la invocación de la inmunidad no significa que el Estado esté de acuerdo con que el hecho que le hace invocar la inmunidad constituya una violación del derecho internacional. Por otra parte, reconocer que el hecho que se le imputa al funcionario es un hecho cometido por el propio Estado, es decir atribuir al Estado la comisión del hecho, es, naturalmente, un paso importante para que el Estado llegue a asumir esa responsabilidad. En cualquier caso es motivo para que quienes tengan derecho a ello le exijan responsabilidad jurídica internacional¹³¹. Cabe señalar que la necesidad de reconocer como oficial la conducta de su funcionario, si el Estado del funcionario desea invocar esa inmunidad, en muchos casos coloca al Estado ante una difícil disyuntiva. Al declarar el carácter oficial de las acciones de su funcionario y la inmunidad de que goza, el Estado actúa para proteger a ese funcionario, aunque crea premisas serias para que se le pueda exigir responsabilidad por los actos cometidos; de manera que al no invocar la inmunidad del funcionario, el Estado abre el camino al procesamiento de ese funcionario en el Estado extranjero y, en consecuencia, hace posible una grave intrusión en sus asuntos internos por parte de ese Estado.

¹³¹ En el 60.º período de sesiones de la Comisión, durante su intervención, la Sra. Jacobsson preguntó sobre la posible responsabilidad del Estado que invoca la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de su funcionario, en caso de que no proceda después al enjuiciamiento penal de ese funcionario (*Anuario... 2008*, vol. I, 2985.ª sesión, párr. 6). Todo parece indicar que esa responsabilidad jurídica internacional puede surgir solo cuando, por ejemplo, el Estado deba cumplir las siguientes obligaciones: ya sea que renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de su funcionario o cuando se invoca esa inmunidad para ejercer su propia jurisdicción penal contra su funcionario. El Relator Especial no tiene conocimiento de que haya pruebas de la existencia de esa obligación en el derecho internacional en general. Si así lo desea, la Comisión podrá, como es natural, examinar la posibilidad de desarrollar el derecho internacional en ese sentido.

CAPÍTULO III

Resumen

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

a) La cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debería examinarse en principio en la fase inicial del procedimiento judicial o incluso antes, en la fase de instrucción, cuando el Estado que ejerce la jurisdicción decide adoptar las medidas previstas en el procedimiento penal cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad de que goza el funcionario;

b) El hecho de no examinar la cuestión de la inmunidad *in limine litis* puede considerarse una violación de las obligaciones del Estado del tribunal, que dimanar de las normas sobre la inmunidad. Esto último guarda relación con el examen de la cuestión de la inmunidad respecto del ejercicio de la jurisdicción penal en la etapa anterior al juicio, en el momento en que se va a adoptar una determinación sobre si se adoptan medidas cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad. Sin embargo, esto no se aplica a una situación en la que el Estado del funcionario

que goza de inmunidad *ratione materiae* no invoca su inmunidad o la invoca en una etapa posterior del proceso;

c) Desde el punto de vista jurídico es importante, es decir tiene consecuencias jurídicas, si la invocación de la inmunidad o la declaración de la inmunidad es solo una invocación o declaración del Estado del funcionario y no del propio funcionario;

d) Para que el Estado del funcionario pueda declarar la inmunidad de este, deberá tener conocimiento de las medidas de procedimiento penal que se están aplicando o se proyecta aplicar a ese funcionario. Por consiguiente, el Estado que aplique o proyecte aplicar esas medidas, deberá informar al respecto al Estado del funcionario;

e) Cuando se trata del jefe de Estado o de gobierno o del ministro de relaciones exteriores de otro país, el Estado que ejerce la jurisdicción penal deberá preguntarse acerca de la inmunidad de ese funcionario, y decidir las medidas ulteriores que ha de adoptar de conformidad con el derecho internacional. En este caso conviene preguntar

al Estado del funcionario al menos si renuncia a la inmunidad. Por consiguiente, en este caso el Estado del funcionario no determina en qué momento habrá de plantear la cuestión de la inmunidad ante las autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción penal;

f) Cuando se trata de un funcionario que goza de inmunidad funcional, el Estado del funcionario determina en qué momento ha de invocar la inmunidad. Si el Estado del funcionario desea protegerlo de un procedimiento penal de otro Estado invocando la inmunidad, deberá informar al Estado que ejerce la jurisdicción que se trata de un funcionario cuyo goza de inmunidad, y que los hechos que se le imputan fueron llevados a cabo en cumplimiento de sus funciones oficiales. Si no lo hace, el Estado que ejerce la jurisdicción no estará obligado a examinar la cuestión de la inmunidad *proprio motu*, y, por tanto, podrá dar curso al procedimiento penal;

g) Cuando se trata de un funcionario que goza de inmunidad personal, pero que no pertenece a la troika, el Estado del funcionario determina el momento en que ha de invocar la inmunidad. Si el Estado de ese funcionario desea protegerlo de la jurisdicción penal del otro Estado invocando la inmunidad, deberá informar al Estado que ejerce la jurisdicción, que se trata de un funcionario cuyo goza de inmunidad personal, ya que ocupa un cargo de alto nivel que, además de la participación en las relaciones internacionales, conlleva el desempeño de funciones importantes para garantizar la soberanía del Estado;

h) El Estado del funcionario, independientemente de la categoría de este, no está en la obligación de informar de su inmunidad al tribunal de otro Estado para que este examine la cuestión de la inmunidad. El Estado del funcionario puede invocar la inmunidad del funcionario por la vía diplomática, y de esta manera informar al Estado que ejerce la jurisdicción; esto solo bastará para que el tribunal de ese Estado examine la cuestión de la inmunidad. El hecho de que el Estado no esté en la obligación de dirigirse directamente al tribunal del otro Estado dimana del principio de soberanía y de la igualdad soberana de los Estados;

i) El Estado que invoca la inmunidad de su funcionario no está obligado a justificar esa inmunidad, como se explica además en los apartados *f* y *g supra*. El Estado (incluido su tribunal) que ejerce la jurisdicción, como es evidente, no está obligado a «aceptar ciegamente cualquier» declaración del Estado del funcionario acerca de la inmunidad. Pero el otro Estado tampoco puede pasar por alto esas declaraciones, a menos que las circunstancias del caso exijan claramente otra cosa. La prerrogativa de calificar el comportamiento del funcionario en su carácter oficial o de determinar la importancia de las funciones que desempeña un alto funcionario para garantizar la soberanía del Estado compete al Estado del funcionario y no al Estado que ejerce la jurisdicción;

j) El derecho a renunciar a la inmunidad del funcionario compete al Estado y no al propio funcionario;

k) Cuando un jefe de Estado o de gobierno o un ministro de relaciones exteriores renuncia a su inmunidad, el Estado que ejerce la jurisdicción penal contra ese funcionario tiene derecho a creer que esa es la voluntad

del Estado del funcionario, por lo menos, hasta que reciba de ese Estado información en contrario;

l) La renuncia a la inmunidad de un jefe de Estado o de gobierno y de un ministro de relaciones exteriores en funciones se deberá expresar con claridad. Constituye posiblemente una excepción la situación hipotética en que el Estado de ese funcionario pide a otro Estado que aplique determinadas medidas de procedimiento penal contra ese funcionario. Dicha solicitud presupone, sin lugar a dudas, la renuncia a la inmunidad en lo que se refiere a esas medidas, en cuyo caso es una renuncia tácita;

m) La renuncia a la inmunidad de los funcionarios que no pertenecen a la troika, pero que gozan de inmunidad personal y de los funcionarios que gozan de inmunidad funcional, así como de los altos funcionarios que también gozan de inmunidad funcional puede ser tanto expresa como implícita. La inmunidad quedará implícita en este caso en particular, cuando el Estado del funcionario no invoca la inmunidad;

n) Cabe suponer que, después de renunciar a la inmunidad, es imposible desde el punto de vista jurídico invocarla. Por otra parte, en determinados casos, la renuncia expresa a la inmunidad posiblemente guarde relación solo con la inmunidad respecto de determinadas medidas;

o) En caso de renuncia implícita preliminar a la inmunidad, expresada al invocar la inmunidad funcional del funcionario o la inmunidad personal del alto funcionario que no pertenezca a la troika, es evidente que se puede invocar la inmunidad en una etapa más avanzada del proceso penal (en particular, cuando se pone el caso en manos de un tribunal). Por otra parte, hay dudas acerca de que el Estado que no invoque esa inmunidad ante un tribunal de primera instancia pueda invocarla durante el proceso de apelación. En cualquier caso, no se podrán considerar ilegales las actuaciones judiciales ya iniciadas en tales circunstancias por el Estado que ejerce la jurisdicción contra dicho funcionario en el momento de invocarse la inmunidad;

p) La renuncia del Estado del funcionario a la inmunidad que goza este abre el camino para que se ejerza sobre ese funcionario la plena jurisdicción penal extranjera. Esto guarda relación, entre otras cosas, con la jurisdicción respecto de actos realizados por el funcionario a título oficial;

q) Aunque haya renunciado a la inmunidad de su funcionario, el Estado del funcionario no está exento de responsabilidad jurídica internacional por los actos cometidos por ese funcionario a título oficial;

r) El Estado que invoca la inmunidad de su funcionario basándose en que el hecho que se le imputa al funcionario tiene carácter oficial, reconoce que ese hecho ha sido cometido por el propio Estado. Esto sienta las bases de la responsabilidad jurídica internacional de ese Estado y para que quienes tengan derecho a ello le exijan esa responsabilidad¹³².

¹³² El Relator Especial desea expresar su agradecimiento a la Sra. S. Sarenkova y al Sr. M. V. Musijin por la ayuda prestada en la preparación del presente informe.