

45. A modo de conclusión, propone que se envíen al Comité de Redacción todos los proyectos de artículo que no se le hayan remitido aún.

El Sr. Kamto vuelve a ocupar la Presidencia.

46. El PRESIDENTE entiende que los miembros de la Comisión desean que se envíen los artículos 19 a 66 al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 11.05 horas.

3086.ª SESIÓN

Martes 10 de mayo de 2011, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Maurice KAMTO

Miembros presentes: Sr. Cafilisch, Sr. Candiotti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sra. Escobar Hernández, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Hassouna, Sra. Jacobsson, Sr. Kolodkin, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Pellet, Sr. Perera, Sr. Petrič, Sr. Singh, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁴² (A/CN.4/638, secc. F, A/CN.4/646⁴³)

[Tema 8 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Kolodkin (Relator Especial) a presentar su segundo informe⁴⁴.

2. El Sr. KOLODKIN (Relator Especial), presentando su segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, dice que su informe, que hubiera debido examinarse en el anterior período de sesiones pero no lo fue por una demora en su presentación, trata de un aspecto fundamental del tema,

⁴² La Comisión, en su 59.º período de sesiones (2007), decidió incluir el tema en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Roman Kolodkin (*Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 95, párr. 376). En su 60.º período de sesiones (2008), la Comisión examinó el informe preliminar del Relator Especial (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601) y tuvo también ante sí un memorando de la Secretaría sobre el tema (A/CN.4/596 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60.º período de sesiones)). La Comisión no pudo examinar el tema en su 61.º período de sesiones (2009) ni en su 62.º período de sesiones (2010) (*Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 207, y *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 343).

⁴³ Reproducido en *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte).

⁴⁴ Reproducido en *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631.

que es el del alcance de esa inmunidad. Tres informes, el informe preliminar⁴⁵, el segundo informe y un tercero (A/CN.4/646) que trata de los aspectos procesales de la inmunidad, comprenden prácticamente todas las cuestiones que es preciso examinar en la etapa preliminar de los trabajos sobre el tema.

3. Como han transcurrido casi tres años desde el examen preliminar en 2008, en el segundo informe se esboza una historia del examen de la cuestión y se resumen la primera y segunda partes del informe preliminar. En el último párrafo se hace un resumen del segundo informe. Por razones de comodidad y para que los miembros de la Comisión tengan a la vista un cuadro completo del tema, el Relator Especial se ha tomado la libertad de hacer distribuir a título oficioso a los miembros de la Comisión un resumen del tercer informe, simplemente como información. De ese modo, los miembros tendrán una visión de conjunto de las cuestiones comprendidas en el tema y de cómo concibe este el Relator Especial.

4. En el segundo informe hay muchas citas del memorando de la Secretaría⁴⁶. En la inmensa mayoría de los casos, no se reproducen las citas de doctrina y de decisiones judiciales que se hacen en el memorando, limitándose a hacer referencia a ellas. Desde la preparación del segundo informe han aparecido nuevas decisiones judiciales y nuevos elementos de doctrina que presentan interés para el tema. Así, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el asunto *Samantar*, dictó una resolución que tiene interés no solo por sí misma sino también, y en mayor medida, por la posición adoptada por el Gobierno de los Estados Unidos en ese asunto. Recientemente, un tribunal británico ha pronunciado su fallo en el asunto *Gorbachev*. Lamentablemente, el anuario del Instituto de Derecho Internacional con los trabajos preparatorios de la resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y las personas que actúan en nombre del Estado con respecto a los crímenes de derecho internacional adoptada por el Instituto en su período de sesiones de Nápoles en 2009⁴⁷ no había aparecido aún en el momento de preparar el segundo informe. Esos documentos, y la propia resolución, presentan interés en el ámbito de las cuestiones que se examinan en el informe.

5. El Relator Especial se detendrá en los aspectos más importantes de su informe. En este se analiza el alcance de la inmunidad de *lege lata*. El punto de partida de esta reflexión para el Relator Especial fue el concepto de derecho internacional positivo reflejado en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos relativos a *Orden de detención de 11 de abril de 2000* y a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*.

6. El informe parte de la idea de que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del

⁴⁵ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601.

⁴⁶ A/CN.4/596 y Corr.1 (véase la nota 42 *supra*).

⁴⁷ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (período de sesiones de Nápoles, 2009), 3.ª Comisión, «Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international: travaux préparatoires», págs. 3 y ss., y resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y las personas que actúan en nombre del Estado con respecto a los crímenes de derecho internacional, pág. 226 (la resolución está disponible en el sitio web del Instituto: www.idi-iiil.org).

Estado, sea personal o funcional, es una norma de derecho internacional general que no necesita ser probada. Es la tesis de la existencia de excepciones a esa inmunidad la que debe serlo.

7. Parte también de la idea de que la inmunidad funcional es, por esencia, una inmunidad del Estado. En opinión del Relator Especial, se extiende a todos los actos del funcionario realizados a título oficial. Esos actos comprenden todos los actos ilegítimos, cualquiera que sea su gravedad, los actos *ultra vires* y los actos sin carácter público. La categoría de los actos realizados por los funcionarios a título oficial es más amplia que la de los actos que realizan en el ámbito de sus funciones oficiales. Al ser oficiales, todos esos actos se atribuyen tanto al funcionario como al Estado. Y, para el Relator Especial, la atribución de un comportamiento a efectos de la inmunidad no es diferente de la atribución de un comportamiento a efectos de la responsabilidad del Estado. La inmunidad funcional no protege al funcionario en ejercicio ni al exfuncionario más que con respecto a los actos realizados a título oficial y, por consiguiente, solo mientras duran sus funciones. Por consiguiente, la inmunidad funcional tiene un carácter limitado.

8. La inmunidad personal que beneficia a la «tríada» (jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores) y probablemente a otros altos funcionarios del Estado cubre los actos realizados a la vez a título oficial y a título privado, y protege al funcionario únicamente durante el período en que desempeña sus funciones, tanto en lo que se refiere a los actos realizados durante ese período como a los realizados antes de ese período. Vinculada a la función, la inmunidad se extingue por lo tanto cuando su titular deja su función y, convertido en exfuncionario, no goza ya de inmunidad funcional por los actos realizados a título oficial cuando desempeñaba su función. Así pues, la inmunidad personal tiene carácter absoluto.

9. En el informe se examina la cuestión de cuáles son los actos del Estado interesado que se oponen a la inmunidad, en otras palabras, cuáles son los actos que constituirían una violación de la inmunidad. Como criterios de definición del conjunto de actos de esa índole se propone aplicar los deducidos de los fallos dictados en los asuntos relativos a *Orden de detención de 11 de abril de 2000* y a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*. En este último fallo, la Corte Internacional de Justicia dijo concretamente: «Así, para estimar si ha habido o no atentado a la inmunidad del jefe de Estado, hay que verificar si este se ha visto sometido a un acto de autoridad vinculante, porque ese es el elemento determinante» [párr. 170].

10. Es evidente que, si se acepta el criterio formulado por la Corte, la inmunidad no se opone —en absoluto— a todas las medidas de procedimiento penal relativas al funcionario, sino solo a aquellas que impongan una obligación jurídica a su persona, es decir, que puedan ir acompañadas de sanciones, de medidas coercitivas en caso de inexecución. Así, por ejemplo, la apertura de una información o la interposición de la acción pública, no solo sobre la presunta materialidad de la infracción sino también, precisamente, contra una persona determinada,

si no suponen para esta alguna obligación de conformidad con el derecho interno aplicable, no pueden considerarse como violación de la inmunidad.

11. Por consiguiente, el Estado que tiene razones para estimar que el funcionario extranjero ha cometido un acto reprobable en relación con su legislación penal tiene la posibilidad de reunir preliminarmente elementos de prueba en un asunto determinado (recogida de testimonios, documentos, pruebas materiales, etc.), aplicando medidas sin carácter coercitivo para el funcionario extranjero. Después de esa fase, se puede estar concretamente más o menos convencido de la participación (o del grado de participación) del individuo de que se trate en la comisión del presunto delito y decidir si se debe considerar los actos de ese individuo como de carácter oficial, etc. Si hay pruebas suficientes para formular la hipótesis de que el funcionario extranjero ha participado en el delito, entonces, en función de las circunstancias, incumbirá al Estado que ejerza jurisdicción adoptar otras medidas que no afecten a la inmunidad del individuo. Por ejemplo, se puede poner en conocimiento del Estado interesado las circunstancias del asunto y sugerirle que levante la inmunidad del funcionario; se puede formular una demanda de asistencia recíproca en el asunto penal de que se trate; o se puede enviar a ese Estado los elementos recogidos en el marco de la investigación preliminar o de la acción pública interpuesta, proponiéndole que inicie actuaciones contra el individuo en cuestión. Si se trata de la presunción de un delito de la competencia de un tribunal penal internacional o de la Corte Penal Internacional, ese método permitirá transmitir los elementos recogidos a la instancia penal competente. Por último, tras haber recogido los elementos de prueba, se puede, absteniéndose de toda medida a la que se oponga la inmunidad, esperar a que el funcionario del Estado deje de ejercer e interponer luego una acción penal contra él (si se trata de actos de individuos con inmunidad personal cometidos antes de que entren en funciones o, a título privado, cuando estaban en funciones).

12. Por lo que se refiere al alcance territorial de la inmunidad, en el informe se expresa la opinión de que la inmunidad no está en vigor solo durante la estancia del funcionario en el extranjero. En opinión del Relator Especial, las medidas de procedimiento penal que imponen una obligación al funcionario extranjero violan la inmunidad de que goza, se encuentre o no en el territorio de un Estado determinado. La violación de la obligación de no tomar esa medida contra el funcionario extranjero nace de la adopción de la medida, y no solo cuando el individuo afectado se encuentra en el extranjero.

13. Por lo que se refiere a las posibles excepciones a la inmunidad, hay que observar que la opinión dominante es que la inmunidad personal de la «tríada» es absoluta y no admite excepciones.

14. Cuando se habla de excepción, se trata en general de la inmunidad *ratione materiae*, pero hay opiniones más radicales. A ese respecto, el discurso se centra en la cuestión de la ausencia de inmunidad funcional en caso de comisión por el funcionario de delitos de derecho internacional, o de delitos internacionales.

15. En el informe se examinan algunas excepciones a la inmunidad propuestas por la doctrina y algunas decisiones de tribunales nacionales. Se trata sobre todo de intentos de fundar el levantamiento de la inmunidad en referencias a normas de *jus cogens*, a una jurisdicción penal universal, a la aparición de una norma de derecho consuetudinario internacional que establece una excepción a la inmunidad, etc.

16. Desde la terminación del segundo informe, se ha hecho evidente, por desgracia, que el informe no cubría todas las excepciones. No se examina, por ejemplo, la afirmación de que el Estado que ejerza jurisdicción tendrá derecho a negarse a reconocer la inmunidad como contramedida por una violación de derecho internacional cometida por el Estado del funcionario. Se trata de una justificación de esa índole, por ejemplo, en el artículo de Andrea Gattini publicado en 2011 en el *Leiden Journal of International Law*⁴⁸.

17. En opinión del Relator Especial, ninguno de los fundamentos de excepción de la inmunidad o de ausencia de inmunidad examinados en el informe resulta suficientemente convincente y ninguno puede considerarse como norma establecida de derecho internacional.

18. A este respecto, hay que señalar lo que sigue. En apoyo de la tesis de ausencia de inmunidad, se habla con frecuencia, en un plano general, de decisiones de justicia internas. En una nota del párrafo 56 del segundo informe se menciona brevemente una invocación de esta índole dirigida al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por un grupo de organizaciones no gubernamentales⁴⁹ sobre las demandas *Jones y otros c. el Reino Unido*. Si se profundiza, se constata que no todo en esos casos milita en contra de la inmunidad. Se pueden citar otros ejemplos. Así, en apoyo del principio de excepciones a la inmunidad, cabe recordar el asunto *Guatemala por genocidio* juzgado por el Tribunal Supremo de España en 2003 y el asunto *Xuncax v. Gramajo*, juzgado por un tribunal de primera instancia de los Estados Unidos en 1995. Al parecer (la Sra. Escobar Hernández corregirá al Relator Especial si se equivoca), en la decisión del Tribunal Supremo español la cuestión de la competencia se estudió a fondo, pero no se abordó la de la inmunidad (tal vez porque, entre otras razones, el Gobierno de Guatemala no la tenía). Y en la decisión del asunto *Gramajo* se señaló claramente que ni el antiguo ni el nuevo Gobierno de Guatemala plantearon la cuestión del carácter oficial de los actos de sus exfuncionarios. Por otra parte, la ausencia de inmunidad se reconoció sobre la base de que los actos reprochados a un exfuncionario de Guatemala no podían considerarse cometidos en su calidad oficial.

19. Cuando se menciona de una forma general este tipo de decisiones judiciales, no siempre se invocan

⁴⁸ A. Gattini, «The dispute on jurisdictional immunities of the State before the ICJ: 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.

⁴⁹ «Jones v. United Kingdom (application number 34356/06), Mitchell and others v. United Kingdom (application number 40528/06): Written comments by Redress, Amnesty International, Interights and Justice», cartas fechadas los días 14 y 25 de enero de 2010 (disponible en el sitio web de Redress: www.redress.org).

de forma sistemática decisiones que reconozcan claramente la inmunidad de exfuncionarios extranjeros con respecto a delitos internacionales que se les imputan sobre la base de que los actos fueron realizados por ellos a título oficial. Sin embargo, hay ejemplos bien conocidos de esas decisiones. Por ejemplo, las de las autoridades alemanas y francesas (en Alemania, de la fiscalía; en Francia, de la fiscalía y del Ministerio de Justicia) sobre la solicitud de iniciar actuaciones penales contra exfuncionarios de los Estados Unidos, concretamente Donald Rumsfeld, antiguo Secretario de Defensa, tomadas en los años 2005 a 2008; y la decisión de jurisdicciones de primera instancia y de apelación de los Estados Unidos en el asunto *Belhas v. Ya'alon* en 2008. Por otra parte, un comentarista (Jason Morgan-Foster⁵⁰) estimó poder afirmar que la decisión *Belhas* era importante por diversas razones. En primer lugar, al conceder inmunidad a un antiguo jefe de los servicios de información militar, reforzaba aún más la posición, cada vez más ampliamente aceptada, de que, en derecho consuetudinario, las inmunidades *ratione materiae* cubren las actividades ejercidas por todo funcionario del Estado en el ejercicio de sus funciones. En segundo lugar, la decisión llegaba a la conclusión (aunque basándose en el texto de una ley titulada *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* [Ley relativa a la inmunidad del Estado extranjero] y no en el derecho consuetudinario de la inmunidad de los funcionarios del Estado), de que una violación de las normas de *jus cogens* no anulaba necesariamente la inmunidad⁵¹. Solo por inadvertencia se han dejado de citar en el segundo informe esas decisiones bien conocidas, que se inclinan por una inmunidad sin excepciones, y por ello el Relator Especial estima necesario recordarlas ahora.

20. En el informe se examina por separado la situación en que la competencia penal es ejercida por el Estado en cuyo territorio tuvo lugar el presunto delito y ese Estado no dio su acuerdo para que se ejerciera en su territorio la actividad que condujo al delito, ni accedió a la presencia en su territorio del funcionario extranjero que cometió ese presunto delito. En tal situación, al parecer, existen razones suficientes para hablar de ausencia de inmunidad.

21. En cambio, en opinión del Relator Especial, la cuestión de las actuaciones penales contra militares y de la inmunidad de estos con respecto a los delitos cometidos en el territorio del Estado que ejerce la jurisdicción es un caso particular que no debe examinarse dentro del tema.

22. En general, la cuestión de las excepciones a la norma de la inmunidad funcional en caso de comisión de delitos internacionales es, sin lugar a dudas, una cuestión central y sumamente controvertida cuando se examina la cuestión del alcance de la inmunidad. No se puede dejar de mencionar al respecto que la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2009 mencionada ya por el Relator Especial y en cuya elaboración participaron también algunos de los miembros ahora presentes en la sala contiene una disposición concebida en estos términos:

⁵⁰ J. Morgan Foster, «Introductory note to *Belhas v. Ya'alon*, 515 F.3d 1279 (D.C. Cir. 2008)», *International Legal Materials*, vol. 47 (2008), págs. 141 a 143.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 142.

«Salvo la inmunidad personal de que pueda beneficiarse un individuo en virtud del derecho internacional, ninguna inmunidad será aplicable en caso de delitos internacionales»⁵² (art. III, párr. 1). Salvo error, la disposición fue propuesta por el Sr. Gaja.

23. Por otra parte, los trabajos preparatorios reunidos en el anuario del Instituto no permiten comprender plenamente las razones en que se apoyaba la disposición citada. Además, en su preámbulo, esa resolución se remite a disposiciones de derecho internacional *de lege lata* y *de lege ferenda*. Siendo así las cosas, las disposiciones en que se basó la disposición que el Relator Especial acaba de citar figuraban en secciones de proyectos de resolución relativos precisamente al derecho internacional positivo.

24. Según una opinión bastante difundida, las excepciones a la inmunidad en el caso de los delitos internacionales, aunque no formen parte del derecho internacional positivo, deben aceptarse como resultantes del desarrollo progresivo de este. En el informe se plantea la cuestión de saber en qué medida resulta deseable ese desarrollo del derecho internacional. El Relator Especial sigue sin estar convencido de que tal desarrollo sea un signo de progreso. Da testimonio de ello especialmente la situación resultante de las tentativas de establecer una competencia universal y la limitación de la inmunidad de los funcionarios extranjeros en las relaciones entre algunos países desarrollados y países en desarrollo.

25. Por regla general, los intentos de proceder contra funcionarios extranjeros por delitos cometidos en su Estado, y no en el Estado que ejerce la jurisdicción, sin acuerdo del Estado del que son nacionales, terminarán en fallos dictados en rebeldía. Sin la cooperación del Estado del funcionario es difícil tener acceso a los elementos de prueba del presunto delito. Ello, combinado con la perspectiva de un juicio *in absentia*, no habla a favor de la generalización de ese tipo de justicia. La posibilidad de actuar penalmente contra los funcionarios de un Estado en otro Estado por hechos cometidos en su calidad oficial lleva en sí el germen de la práctica de una justicia de motivación política, selectiva.

26. Para el Relator Especial, la Comisión tiene por tarea, ante todo, codificar el derecho internacional en la materia examinada. La cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es una cuestión de derecho internacional. La Comisión podría aportar su contribución a la aplicación uniforme por las diferentes jurisdicciones nacionales de las normas de derecho internacional relativas a la inmunidad de los funcionarios. Ello permitiría abstenerse de idear fundamentos a veces bastante dudosos de la inmunidad o la ausencia de inmunidad de los funcionarios del Estado.

27. El Relator Especial espera presentar a la Comisión para su examen, en la segunda parte del período de sesiones, un tercer informe sobre el tema (A/CN.4/646), acabando así la etapa preliminar de los trabajos a él dedicados. Ese informe trata en general de los aspectos procesales: validez de la inmunidad, denegación de la

inmunidad, etc. Además, se aborda en él la cuestión del vínculo entre la validez o denegación de la inmunidad y la responsabilidad potencial del Estado del funcionario. A este respecto, el Relator Especial desea poner en conocimiento de la Comisión un resumen de ese tercer informe, al que dará lectura en su traducción oficiosa al inglés. Naturalmente, el texto podrá sufrir ligeras modificaciones.

28. El contenido de ese tercer informe puede resumirse así:

a) La cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario de un Estado debería examinarse en principio al iniciarse el procedimiento judicial, incluso en la etapa prejudicial, en el momento en que el Estado que ejerza la jurisdicción prevea adoptar contra el interesado alguna medida de procedimiento penal a la que se oponga la inmunidad de este.

b) El hecho de no tomar en consideración la cuestión de la inmunidad *in limine litis* puede considerarse como una violación por el Estado de las obligaciones que le impone la norma de la inmunidad. Esto se aplica también a la etapa prejudicial, en el momento en que se prevé adoptar medidas de procedimiento penal a las que la inmunidad se opone.

c) La invocación de la inmunidad es jurídicamente válida, es decir, produce efectos por sí misma, solo si se hace por el Estado extranjero interesado y no por el funcionario de este.

d) Para que el Estado extranjero pueda invocar la inmunidad de su funcionario debe tener conocimiento del hecho de que se han tomado ya o podrían tomarse medidas de procedimiento penal. En consecuencia, el Estado que se proponga tomar esas medidas contra el funcionario de un Estado extranjero deberá informar al Estado de que se trate.

e) Cuando el funcionario del Estado extranjero sea el jefe del Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores, el Estado que ejerza su competencia deberá plantear *motu proprio* la cuestión de la inmunidad del interesado y determinar luego lo que deba hacerse. En un caso así, la única medida adecuada podría ser consultar con el Estado extranjero sobre el posible levantamiento de la inmunidad. De esa forma, el Estado extranjero no podría invocar la inmunidad de su funcionario ante las autoridades del Estado que ejerce jurisdicción.

f) Cuando el funcionario del Estado extranjero goce de inmunidad funcional, incumbirá al Estado interesado invocar la inmunidad. Si este Estado está dispuesto a proteger a su funcionario de actuaciones penales en el extranjero invocando la inmunidad, deberá informar al Estado que ejerza jurisdicción, en primer lugar, de que el interesado es su funcionario y, en segundo, de que este disfruta de inmunidad porque los actos que se le imputan fueron realizados en el ejercicio de sus funciones oficiales. A falta de esa notificación, el Estado que ejerza jurisdicción no estará obligado a plantear *motu proprio* la cuestión de la inmunidad y por consiguiente podrá iniciar una acción penal.

⁵² *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (véase la nota 47 *supra*), pág. 230.

g) Cuando el funcionario del Estado extranjero goce de inmunidad personal pero no forme parte de la «tríada» antes mencionada, incumbirá al Estado del funcionario invocar la inmunidad. Si ese Estado está dispuesto a proteger a su funcionario de actuaciones penales en el extranjero, invocando la inmunidad, deberá informar al Estado que ejerza jurisdicción de que el interesado es su funcionario y de que esa persona goza de inmunidad personal porque desempeña una función elevada, lo que, además de su participación en las relaciones exteriores, implica el ejercicio de otras funciones esenciales para garantizar la soberanía del Estado.

h) El Estado extranjero —cualquiera que sea el rango de su funcionario— no está obligado a informar directamente a la jurisdicción extranjera para que esta examine la cuestión de la inmunidad. Ese Estado puede invocar la inmunidad de su funcionario por las vías diplomáticas, informando del hecho al Estado que ejerce jurisdicción, lo que bastará para que la jurisdicción de este último examine la cuestión de la inmunidad. La ausencia de obligación del Estado de informar directamente a la jurisdicción extranjera se deriva del principio de soberanía, de la igualdad soberana de los Estados.

i) El Estado que invoque la inmunidad de sus funcionarios no está obligado a justificar su actuación, a no ser comunicando las informaciones previstas en los apartados f y g *supra*. No parece que el Estado que ejerza jurisdicción (ni la jurisdicción de que se trate) deba aceptar ciegamente cualquier declaración del Estado extranjero relativa a la inmunidad de su funcionario. Sin embargo, no podrá dejar de tener en cuenta esa declaración, a menos que las circunstancias del asunto demuestren claramente lo contrario. La calificación como oficiales de los actos realizados por el interesado o la evaluación de las funciones ejercidas por un funcionario de alto rango para garantizar la soberanía del Estado es una prerrogativa del Estado extranjero y no del Estado que ejerce jurisdicción.

j) El derecho a levantar la inmunidad del funcionario corresponde al Estado extranjero que representa el funcionario y no al funcionario mismo.

k) Cuando el jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores levante la inmunidad de alguno de los otros dos altos funcionarios del Estado, el Estado que ejerza jurisdicción podrá considerar que expresa la voluntad del Estado extranjero de que se trate, al menos mientras no haya recibido indicación en contrario por parte de este.

l) El levantamiento de la inmunidad de un jefe de Estado, de un jefe de gobierno o de un ministro de relaciones exteriores debe ser expreso. Tal vez exista una excepción cuando el Estado interesado solicite de un Estado extranjero que tome medidas de procedimiento penal contra ese funcionario. Toda solicitud de esa índole equivale plenamente a un levantamiento de inmunidad, con el mismo alcance que las medidas solicitadas, y que resulta entonces implícito.

m) El levantamiento de la inmunidad de un funcionario del Estado que no forme parte de la «tríada» pero

que disfrute de inmunidad personal o de un funcionario del Estado que disfrute de inmunidad funcional, como la de los exfuncionarios del Estado que disfrutaban de inmunidad funcional, puede ser expreso o implícito. Cuando es implícito, puede revestir en particular la forma de ausencia de invocación de la inmunidad por el Estado representado por el interesado.

n) Cuando se levante expresamente la inmunidad, esta no podrá ser invocada legítimamente. En algunos casos, el levantamiento expreso de la inmunidad podrá aplicarse únicamente a determinadas medidas específicas.

o) Cuando haya un levantamiento implícito de la inmunidad en forma de ausencia de invocación de la inmunidad funcional de un funcionario del Estado o de la inmunidad personal de un funcionario del Estado que no forme parte de la «tríada», parece que la inmunidad podrá ser invocada aún en una etapa ulterior del procedimiento penal (en particular cuando el asunto ha sido remitido a una jurisdicción superior). Sin embargo, es poco probable que el Estado que no haya invocado la inmunidad ante la jurisdicción de primera instancia lo haga en apelación. En cualquier caso, las medidas de procedimiento ya tomadas contra el funcionario por el Estado que ejerza jurisdicción, antes de la invocación de la inmunidad del funcionario, no deberían considerarse ilícitas.

p) El levantamiento por el Estado de la inmunidad de su funcionario abre la vía al ejercicio de la acción penal extranjera contra ese funcionario. Esto se aplica sobre todo en lo que se refiere a los actos cometidos por el funcionario en el ejercicio de sus funciones oficiales.

q) El Estado extranjero, aunque haya levantado la inmunidad de su funcionario, no quedará libre de responsabilidad internacional por los actos cometidos por este en el ejercicio de sus funciones oficiales.

r) El Estado que invoque la inmunidad de su funcionario alegando que los actos que se imputan a este son de naturaleza oficial reconoce con ello que los actos de que se trata son sus propios actos. Sienta así el fundamento de su responsabilidad internacional, que podrá ser invocada entonces por cualquier actor habilitado para hacerlo.

29. El Sr. DUGARD señala que, aunque en su segundo informe el Relator Especial ha presentado un conjunto exhaustivo de elementos de práctica judicial, ha omitido mencionar la decisión del segundo tribunal de apelación itinerante de los Estados Unidos en el asunto *Matar v. Dichter*, en 2009. El Sr. Dugard hubiera hecho lo mismo si se le hubiera encargado la misma tarea. El Sr. Dichter, ex Director de los Servicios de Seguridad israelíes, fue responsable del bombardeo de un barrio residencial en Gaza. Se alcanzó el objetivo, pero resultaron muertos 14 inocentes y hubo más de 50 heridos. El tribunal de apelación consideró que el bombardeo se había producido en el marco de funciones oficiales no comprendidas en el ámbito de la ley estadounidense relativa a la inmunidad del Estado extranjero, pero que quedaban ampliamente cubiertas por el *common law* de los Estados Unidos. De esa forma, ese exfuncionario de un Estado extranjero, que no era siquiera ministro, pudo gozar de inmunidad.

30. Si el Sr. Dugard menciona ese asunto para comenzar, es porque desea que, en su debate, la Comisión se atenga a los hechos. En efecto, el Relator Especial parece examinar el derecho olvidando la realidad de que se trata. Ahora bien, no se trata de accidentes de circulación ni de hurtos sino, en la mayoría de los casos, de delitos de la mayor gravedad: torturas, genocidios, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, etc. Crímenes cometidos por los dignos sucesores de Hitler, Eichmann, Idi Amin Dada o Pol Pot. Este es el primer reproche que el Sr. Dugard quiere hacer al Relator Especial. Debe quedar bien claro: en primer lugar, se trata de delitos graves, horribles, principalmente perpetrados contra civiles inocentes por funcionarios del Estado, con violación de normas de *jus cogens*. En segundo lugar, se trata de situaciones en que el Estado del territorio se niega a iniciar actuaciones porque aprueba los actos de sus funcionarios. En el párrafo 76 de su informe, el Relator Especial escribe que «los intentos de ejercer la jurisdicción penal universal, en la gran mayoría de los casos, tienen lugar en países en desarrollo respecto de funcionarios en ejercicio o exfuncionarios de países desarrollados». Esto es absurdo, porque se sabe muy bien que, hoy, la mayoría de esos asuntos se refieren a funcionarios del Estado israelí que, en 2008-2009, cometieron en Gaza crímenes que Israel —apoyado por los Estados Unidos— se niega a enjuiciar. No hay ninguna razón para que los torturadores de países en desarrollo —los Qadhafi, Mugabe, etc.— gocen de inmunidad por la simple razón de ser originarios de uno de esos países. Esa actitud resulta demasiado condescendiente. En tercer lugar, la Corte Penal Internacional ofrece pocas posibilidades en esos casos, porque los Estados situados al margen de la ley no son partes en el Estatuto de Roma. Tampoco se puede contar con el sometimiento a la Corte de esos casos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: en el caso de los crímenes cometidos en Gaza, por ejemplo, los funcionarios israelíes fueron protegidos por el veto de los Estados Unidos.

31. Hay que plantear la pregunta siguiente: ¿debe prevalecer la obligación de rendir cuentas o la inmunidad? De esa forma se llega a la función de la Comisión. Como escribió el juez estadounidense Felix Frankfurter, «legislar no es cuestión de lógica ni de dialéctica»⁵³, sino de elección⁵⁴. Por ello, la Comisión tendrá que elegir entre la obligación de rendir cuentas y la impunidad. Tanto en un caso como en el otro, se ocupará del desarrollo progresivo, porque no podrá aducir el pretexto de la codificación para justificar el mantenimiento del antiguo derecho, el que prevalecía antes de la Corte Penal Internacional, antes de los derechos humanos, antes de las esperanzas actuales en materia de responsabilidad de los dirigentes.

32. No es la primera vez que la Comisión debe abordar esa difícil cuestión. En 1950, rechazó la inmunidad al formular los Principios de derecho internacional consagrados por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg

(«Principios de Nuremberg»)⁵⁵. Lo mismo hizo en 1954, en su proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad⁵⁶. Lo hizo otra vez en 1996, en el artículo 7 de su versión final del mismo proyecto de código⁵⁷. Y lo hizo por fin en 1999, cuando su Grupo de Trabajo sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes subrayó la necesidad de tener en cuenta los acontecimientos del asunto *Pinochet*⁵⁸. Por ello, el Sr. Dugard se siente profundamente consternado por el hecho de que el Relator Especial proponga ahora hacer tabla rasa del pasado y apartarse de la posición sistemáticamente adoptada al respecto por la Comisión.

33. Como escribieron la Sra. Higgins, el Sr. Kooijmans y el Sr. Buergenthal en el párrafo 75 de su voto particular común en el asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*:

Por un lado, está el interés de la comunidad humana, es decir, prevenir y hacer cesar la impunidad de los autores de delitos graves cometidos contra sus miembros; por otro, el interés de la comunidad de Estados, es decir, permitirles actuar libremente en el plano interestatal sin injerencias injustificadas. Por consiguiente, hay que encontrar un equilibrio entre esas dos series de funciones, ambas inestimables para la comunidad internacional. Por esas preocupaciones, lo que se considera como competencia autorizada y lo que se considera como derecho de inmunidad son conceptos en evolución constante. El peso dado a los dos platillos de la balanza no es siempre el mismo. Además, en un mundo que rechaza cada vez más la impunidad para los delitos más horribles, surge una tendencia en el sentido de que la atribución de responsabilidad y la obligación de rendir cuentas se hacen más firmes, y la posibilidad de establecer una competencia más amplia y la de invocar la inmunidad para protegerse más limitada.

34. El Sr. Dugard no desea entrar en un debate para saber si la denegación de la inmunidad por los delitos graves es la regla o la excepción. Es evidente que hay que distinguir entre dos cuestiones: por una parte, la extensión de la inmunidad a los ministros de relaciones exteriores y otros funcionarios del Estado y, por otra, el argumento de que no hay inmunidad para los jefes de Estado o los jefes de gobierno en el caso de delitos internacionales graves. La cuestión de saber si existe una nueva norma se plantea en el primer caso. La razón es que, antes del asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, se aceptaba en general que los ministros de relaciones exteriores y otros ministros no debían gozar de inmunidad. El Sr. Dugard no está convencido de que, en ese asunto, la Corte Internacional de Justicia haya tenido razón. La Corte no proporcionó ningún elemento de práctica de los Estados para apoyar sus conclusiones de que los ministros de relaciones exteriores debían gozar de inmunidad. Por otra parte, en su período de sesiones de 2001 en Vancouver, el Instituto de Derecho Internacional declaró que no debía ser así⁵⁹. La Comisión lo hizo en 1991, en el

⁵⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento n.º 12 (A/1316)*, párrs. 95 a 127. El texto de los Principios de Nuremberg aparece reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 12 y 13, párr. 45.

⁵⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento n.º 9 (A/2693)*, párrs. 49 a 54. El texto del proyecto de código de 1954 aparece reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

⁵⁷ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 29.

⁵⁸ *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), anexo, pág. 182 (párrafos 11 a 13 del apéndice).

⁵⁹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (período de sesiones de Vancouver, 2001), pág. 742.

⁵³ F. Frankfurter, «Some reflections on the reading of statutes», *Columbia Law Review*, vol. 47, n.º 4 (mayo de 1947), págs. 527 a 546, en particular pág. 529.

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 532.

marco de sus trabajos relativos al proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes⁶⁰, y el propio Relator Especial reconoce, en su segundo informe, que muchos autores son muy críticos en lo que se refiere al mencionado fallo de la Corte. Sin duda, están también las críticas formuladas por la Magistrada Van den Wyngaert en su voto particular en el mismo asunto⁶¹. Hay que recordar que la Corte Internacional de Justicia no cuenta con muchos especialistas en derecho penal internacional, y por ello resulta tanto más indicado oírlos.

35. Siendo así las cosas, la verdadera cuestión que se plantea es si existe una inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado ante los tribunales nacionales o, dicho de otro modo, si hay una excepción a la norma de la inmunidad en el caso de delitos graves y de violaciones de normas de *jus cogens*.

36. Hay dos supuestos posibles que las fuentes exponen. El primero, favorable a la inmunidad, es el que propone el Relator Especial. Prevé, en primer lugar, que la inmunidad sea absoluta, salvo que haya una excepción clara, como en el caso de *acta gestionis* (actos comerciales); en segundo lugar, que se aplique a los jefes de Estado y de gobierno y a los ministros de relaciones exteriores, y posiblemente a otros funcionarios; en tercer lugar, se refiere a la inmunidad *ratione materiae*, o inmunidad funcional, y a la inmunidad *ratione personae*, o inmunidad personal; en cuarto lugar, como ha subrayado el Relator Especial, la inmunidad de jurisdicción no significa impunidad por los delitos cometidos —la inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad individual son conceptos diferentes, ya que la primera es de carácter procesal mientras que la segunda es una cuestión de derecho sustancial: la inmunidad jurisdiccional puede impedir las actuaciones judiciales, pero no exonera a la persona de su responsabilidad penal—, al menos en teoría, porque, en la práctica, nadie ignora que el interesado no será jamás procesado, ya que no comparecerá ante un tribunal nacional ni tampoco ante un tribunal penal internacional; y quinto, ninguna de las excepciones aducidas a favor del rechazo de la inmunidad es válida, es decir, que la inmunidad se aplica a actos tan odiosos que no pueden considerarse como actos oficiales, a actos que constituyen violaciones de normas de *jus cogens* o a los que son de la competencia universal.

37. En el otro supuesto —contrario a la inmunidad—, hay que decir, en primer lugar, que la inmunidad no es absoluta, lo que muestra la evolución del derecho internacional en lo que se refiere a los actos comerciales. Está en evolución constante de conformidad con los valores del conjunto de la comunidad internacional. En segundo lugar, si se aplica efectivamente a los casos de delitos graves de derecho internacional, no se aplica indudablemente a los ministros de relaciones exteriores. En tercer lugar, los partidarios de la responsabilidad aceptan en general que la inmunidad *ratione personae* se sigue aplicando a los jefes de Estado y de gobierno mientras estén en ejercicio, porque la práctica de los Estados y la

jurisprudencia son muy claros al respecto. Sin embargo, esa posición es ilógica, como indica muy claramente y con razón el Relator Especial en los párrafos 67 y 77 de su segundo informe, basándose en la doctrina y en algunas decisiones; si el *jus cogens* prevalece sobre la inmunidad, debe prevalecer tanto sobre la inmunidad funcional como sobre la inmunidad personal, en lo que está de acuerdo el Sr. Dugard, aunque los partidarios de la responsabilidad se opongan a ello por lo general. En cuarto lugar, el argumento de que la inmunidad es de carácter procesal y no suprime por consiguiente la responsabilidad penal no es fundado; la consecuencia de la inmunidad, tanto si se considera de carácter procesal como de cualquier otro, es que suprime la responsabilidad penal porque, en la práctica, no hay otra jurisdicción, ni habrá otra jurisdicción, nacional o internacional, para juzgar a la persona interesada, que quedará libre. Evidentemente, la teoría sostenida por el Relator Especial es defendida por la Corte Internacional de Justicia, pero ese razonamiento, además de no estar fundamentado, contradice el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, en cuyo comentario la Comisión indicó que

[I]a ausencia de toda inmunidad procesal frente a la persecución o castigo en el procedimiento judicial correspondiente es una consecuencia esencial de la ausencia de cualquier inmunidad o excepción sustantivas⁶². Sería paradójico impedir a un individuo que invoque su carácter oficial para evitar la responsabilidad por un crimen y, en cambio, permitirle que invoque el mismo argumento para evitar las consecuencias de esa responsabilidad⁶².

Por consiguiente, hay aquí un conflicto manifiesto entre la Corte Internacional de Justicia y la Comisión. En quinto lugar, la lógica, la práctica, la jurisprudencia y la doctrina apoyan la idea de que hay excepciones a la inmunidad en el caso de delitos graves de derecho internacional. El Relator Especial se equivoca al indicar, en el párrafo 80 de su segundo informe, que los partidarios de las excepciones alegan generalmente varios motivos, porque ninguno es irrefutable, ya que, en realidad, los argumentos en apoyo de esa tesis están todos estrechamente relacionados. Los dos argumentos principales a favor de la excepción son, por una parte, que los delitos graves no corresponden a las funciones del Estado —no es función del Estado ni de sus funcionarios cometer actos de tortura o un genocidio— argumento que encuentra cierto fundamento en opiniones judiciales, aunque el Sr. Dugard no lo encuentre muy convincente porque, como observó Lord Steyn en el asunto *Pinochet*, «la orden dada por Hitler de recurrir a la «*solution finale*» debe considerarse como un acto realizado a título oficial en el marco de sus funciones de jefe de Estado»⁶³. Por otra parte, el principal argumento a favor de las excepciones a la inmunidad se basa en el principio de que las normas de *jus cogens* son jerárquicamente superiores a la inmunidad y prevalecen sobre ella. El Relator Especial aduce otros argumentos, pero todos derivados del argumento del *jus cogens*. Por ejemplo, indica que los delitos que son de la competencia universal no pueden ser objeto de inmunidad, lo mismo que los delitos a los que se aplica el principio *aut dedere aut*

⁶² *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 30 (párrafo 6 del comentario del artículo 7).

⁶³ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 1)*, *International Law Reports*, vol. 119 (2002), pág. 104.

⁶⁰ *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 23 (párrafo 7 del proyecto de artículo 3).

⁶¹ *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 142 a 151.

judicare o los delitos graves, argumentos que solo confirman que existe una tensión entre inmunidad y normas de *jus cogens*, y que son estas las que deben prevalecer.

38. La cuestión que hay que examinar es si las fuentes apoyan o no la existencia de esas excepciones, y el Sr. Dugard no cree que nadie pueda afirmar que esas fuentes son absolutamente claras. Así, algunos tratados —los tratados que instituyeron tribunales especiales y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* de 1973— consideran que no debería haber ninguna inmunidad. No hay razón lógica para que el principio afirmado en esos tratados internacionales, algunos de los cuales se aplican en tribunales internacionales y otros en todos los tribunales, no se aplique en las jurisdicciones nacionales. Por lo que sabe el Sr. Dugard, ningún tratado prevé la inmunidad de los delitos de derecho internacional. Ninguna de las convenciones relativas a la lucha contra el terrorismo y contra la corrupción hace tampoco referencia a ella, y no se puede inferir de su silencio que la inmunidad deba existir. En cuanto a la legislación tampoco hay nada decisivo: algunos Estados, concretamente Sudáfrica, el Níger, el Congo, Burkina Faso, el Uruguay, Panamá, Filipinas y sin duda Nueva Zelanda, excluyen expresamente la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales nacionales, mientras que otros —los Países Bajos, como cabía esperar— son partidarios de la inmunidad. En el párrafo 74 de su segundo informe, el Relator Especial se ha remitido al caso de Bélgica, que modificó su Ley de competencia universal a principios de los años 2000, y ha puntualizado que tomó esa decisión «tras dictarse el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*» —pero nadie ignora que Bélgica no se retractó para respetar un principio sino porque los Estados Unidos ejercieron sobre ella un chantaje, amenazando con desplazar la sede de la OTAN a otro país si Bélgica no modificaba su legislación. Por último, en lo que se refiere a la jurisprudencia, el Relator Especial, en los párrafos 69 y 70 de su informe, enumera muchos asuntos en los que la cuestión de la inmunidad no se planteó ni se examinó. El Sr. Dugard no sabe exactamente qué puede inferirse de las decisiones recaídas en esos asuntos, pero ciertamente no que debe reconocerse la inmunidad. Hay también asuntos en los que los jueces estaban divididos: el asunto *Pinochet n.º 3*, en el que una mayoría de los jueces se opuso a la inmunidad; el asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, en el que la mayoría se pronunció a favor de la inmunidad y una importante minoría en contra, y que forma parte de las decisiones desacertadas tomadas por la Corte Internacional de Justicia: esa decisión es a los derechos humanos y la responsabilidad lo que la del asunto del *África Sudoccidental (segunda fase)* de 1966 fue para la no discriminación; el asunto *Al Adsani c. el Reino Unido*, del que conoció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que ocho magistrados, entre ellos el Sr. Caffish, contra nueve, estimaron en opiniones discrepantes que el *jus cogens* debía prevalecer sobre la inmunidad; el asunto *Ferrini c. República Federal de Alemania*, en el que el fallo dictado por la Corte de Casación italiana ha sido

impugnado por Alemania ante la Corte Internacional de Justicia; o bien el asunto *Jones c. el Ministerio del Interior Al-Mamlak al Arabia as Saudiya (Reino de la Arabia Saudita)*, en el que la Corte de Apelación del Reino Unido dictó un fallo diferente del de la Cámara de los Lores.

39. En cuanto a la sociedad civil, que suele ser apartada, cuando la realidad es que tiene una influencia notable, ya que favoreció en gran parte, entre otras cosas, la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional o de la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción de 1997, no es posible dejar de tener en cuenta a las organizaciones no gubernamentales y sus tomas de posición en el desarrollo del derecho. Ahora bien, las organizaciones no gubernamentales, ya sean prudentes —como la Asociación de Derecho Internacional o el Instituto de Derecho Internacional, que debatió esta cuestión durante más de una semana en su período de sesiones de Nápoles— o más radicales —como Amnistía Internacional o Human Rights Watch— son todas de la misma opinión, es decir, hostiles al principio de inmunidad. Aunque el Relator Especial haga poco caso de ellas, no hay que perder de vista que si la competencia universal, o su sucedáneo llamado actualmente «guerra del derecho» (*lawfare*) en los Estados Unidos, no permite necesariamente llevar a los tribunales a las personas, resulta en cambio muy eficaz para dar a conocer las atrocidades y para impedir a los criminales trasladarse —lo que, por ejemplo, estorbó los planes de viaje de Tzipi Livni⁶⁴—.

40. Además, las propias autoridades están divididas. Para el Sr. Dugard, es un error que el Relator Especial llegue a la conclusión de que «no existen argumentos convincentes que justifiquen de manera suficiente las excepciones a la inmunidad examinadas», que esos argumentos «no son suficientemente convincentes» o que son «indeseables» (párrafo 78 del segundo informe). En realidad, como reconoce en el párrafo 90 de su informe, «la práctica de los Estados está lejos de ser uniforme en ese sentido». Por consiguiente, la Comisión puede elegir: aprobar la inmunidad y, por consiguiente, la impunidad, como desean los Estados delincuentes, los dictadores y los verdugos, o elegir la responsabilidad, de conformidad con los valores de la comunidad internacional y con su propia historia. A riesgo de no ser muy bien acogido, el Sr. Dugard señala que hay dos culturas enfrentadas en ese desacuerdo: la de los funcionarios del Estado, que consiste en considerar las cuestiones jurídicas a través del prisma del interés del Estado, y la de los juristas, profesionales y universitarios, y las organizaciones no gubernamentales, a los que no ciega el interés del Estado. En efecto, en lo que quizá sea un lapsus freudiano, el Relator Especial, en el párrafo 80 de su informe, se lamenta de que «[n]umerosos juristas y organizaciones no gubernamentales continúan planteando la cuestión de

⁶⁴ En diciembre de 2009, el Tribunal de primera instancia de Westminster (Reino Unido) emitió una orden de detención contra Tzipi Livni, líder de la oposición israelí, acusada de haber cometido crímenes de guerra en Gaza. En el período en el que ocurrieron los hechos que se le atribuían, la Sra. Livni ocupaba el cargo de Ministra de Relaciones Exteriores de Israel. Según los medios de comunicación, la orden se retiró poco después, al determinarse que la Sra. Livni se encontraba fuera del territorio del Reino Unido («Tzipi Livni arrest warrant prompts Israeli government travel 'ban'», *The Guardian*, 15 de diciembre de 2009).

las excepciones a la inmunidad *ratione materiae* en casos de delitos graves tipificados en el derecho internacional». Por ello, al Sr. Dugard, que quizá se equivoque, le parece que el Relator Especial se sitúa en el campo de los funcionarios del Estado y no en el de los juristas, cuando los miembros de la Comisión son principalmente juristas y no funcionarios del Estado. La escuela estadounidense del realismo jurídico ha puesto de relieve que los jueces, cuando hacen elecciones en el marco de sus actividades normativas, deben tener conciencia de sus hipótesis no formuladas, y este aspecto es muy importante. Por su parte, el Sr. Dugard es claramente partidario de la responsabilidad y contrario a la inmunidad. Dicho de otro modo, ya que el derecho es incierto, la Comisión puede inclinarse, fiel a su historia, por la responsabilidad, o pronunciarse a favor del interés del Estado.

41. Por último, el Relator Especial ha propuesto que la Comisión considere la elaboración de un protocolo facultativo que excluya la inmunidad. Todo el mundo sabe lo que ocurriría con un protocolo así: ningún Estado lo firmaría y, desde luego, no los Estados delincuentes, como ocurre con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Por consiguiente, no se trata de una auténtica posibilidad y la Comisión debe elegir: es de esperar que decida limitar claramente la inmunidad cuando los funcionarios del Estado hayan cometido delitos de derecho internacional que correspondan al *jus cogens*. Esta decisión, evidentemente, no se tomará en el actual período de sesiones, y ni el Sr. Kolodkin ni el Sr. Dugard estarán presentes en el próximo. La Comisión, por consiguiente, deberá ser prudente al designar un nuevo Relator Especial: sería un error nombrar a un militante —lo que es poco probable, porque Paula Escarameia era la única en la Comisión— pero también confiar el tema a un funcionario del Estado.

42. El Relator Especial se ha referido a la presentación de su próximo informe, pero, para que se presente el próximo se requiere aún que la Comisión acepte el que se examina. Al no haber presentado el Relator Especial proyectos de artículo, el Sr. Dugard quisiera saber lo que conviene hacer, concretamente, si los miembros deben pronunciarse a favor o en contra de los principios expuestos por el Relator Especial. Sin duda es el Presidente quien habrá de pronunciarse, pero el Sr. Dugard no ve cómo podría pasar la Comisión al siguiente informe sin haber aceptado el que examina: al Sr. Dugard y, espera, a otros miembros de la Comisión, no le resulta imaginable.

43. Sir Michael WOOD dice que, evidentemente, los miembros de la Comisión no se reúnen en calidad de funcionarios o exfuncionarios de un Estado, lo mismo que no representan a organizaciones no gubernamentales. Sobre todo, no cree que haya que tratar esta cuestión de una forma emocional ni le parece útil volver al ejemplo de Gaza. Además, la función de la Comisión no es legislar sino, simplemente, proponer textos que otros decidirán convertir o no en leyes. En cuanto a su historia, además de que sus elecciones anteriores no vinculan necesariamente a la Comisión, al parecer la mayoría de las ocasiones, sino todas, en que se pronunció fue en relación con delitos de derecho internacional con respecto a los cuales reflexionó sobre la competencia internacional de los tribunales, de forma que los ejemplos no resultan quizá pertinentes.

44. El Sr. DUGARD reconoce que, en efecto, ha abordado el tema de una forma «emocional», y puntualiza que ello ha sido deliberado, porque el tema emociona. Recuerda que todo el mundo está marcado por su historia y que la suya es sombría, porque se crió en Sudáfrica en la época del *apartheid*: al jurista que se arriesgaba a criticar al régimen sus colegas le reprochaban que se dejara llevar por la emoción y lo exhortaban a volver al derecho, y en eso estriba el problema, porque los delitos muy graves de que se trata provocan emoción, y hay que saber si unos individuos sumamente perniciosos deben escapar a todo enjuiciamiento simplemente porque son funcionarios del Estado. Por lo que se refiere a la historia de la Comisión, en 1950 y en 1954, es decir en una época de esperanza, se esperaba la creación de un tribunal penal internacional. En cambio, cuando en 1996 se aprobó el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad no había esa espera, y la Comisión habló claramente de tribunales nacionales y de tribunales internacionales.

45. El Sr. MELESCANU felicita al Relator Especial por su segundo informe. Bien redactado y claro, ofrece un análisis detallado de la doctrina, de la práctica de los Estados y de las decisiones de instancias jurisdiccionales internas e internacionales en la materia. El tema dista de ser fácil o exclusivamente técnico, porque sus implicaciones políticas y morales son evidentes, lo mismo que su incidencia en las relaciones internacionales contemporáneas, como demuestra el gran número de asuntos de que conocen los tribunales internos y las jurisdicciones internacionales.

46. En ese contexto, el primer objetivo de la Comisión es determinar el procedimiento que debe seguirse y, sobre todo, dedicarse cuanto antes a la elaboración de proyectos de artículo. A este respecto, el segundo informe es muy útil, en particular el párrafo 94, en donde aparece un resumen de las tesis que pueden constituir, una vez aceptadas por la mayoría de los miembros de la Comisión, el marco necesario para pasar al proceso de redacción.

47. La primera de esas tesis es la siguiente: «En general, la inmunidad de los funcionarios del 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» (párr. 94, apartado a). El Relator Especial subraya por otra parte que la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado es una norma de derecho internacional que «constituye un impedimento a la aplicación de la responsabilidad penal, aunque en principio no la excluya» (párrafo 17 del informe), antes de añadir que «el hecho de que la inmunidad de jurisdicción extranjera constituya la norma, es decir, la regla general o la situación normal, y que su ausencia en un caso particular constituya una excepción a esa regla, se reconoce de forma bastante general, aunque en la doctrina exista un punto de vista distinto» (párr. 18). El Relator Especial puntualiza además que «La inmunidad [...] posee varios [...] principios del derecho internacional relativos a la igualdad soberana de los Estados y la no injerencia en sus asuntos internos [así como la] necesidad de velar por la estabilidad de las relaciones internacionales y por la independencia de los Estados en la realización de sus actividades» (párr. 17).

48. Según el Sr. Melescanu, es evidente que la inmunidad desempeña un papel importante en la estabilización de las relaciones internacionales y el ejercicio de las prerrogativas del Estado. Se trata de un principio claramente codificado en el derecho diplomático; el hecho de que en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963, lo mismo que en la Convención sobre Misiones Especiales, de 1969, se admita el principio de la inmunidad de los funcionarios diplomáticos y consulares, así como de las misiones especiales demuestra que se trata de una norma consuetudinaria de derecho internacional público, codificada muy claramente en el derecho diplomático. No obstante, el Sr. Melescanu estima que no se podría transformar esa norma de derecho diplomático en una norma general válida para todos los funcionarios del Estado. Esa es, sin embargo, la primera ambigüedad en la argumentación del informe: el Relator Especial se sirve de normas específicas relativas a la inmunidad de los funcionarios diplomáticos y consulares, propias del derecho diplomático, para establecer una norma general de derecho público aplicable a la responsabilidad de los funcionarios del Estado.

49. El Sr. Melescanu señala por otra parte que el contenido del principio de la no injerencia en los asuntos internos de otros Estados ha tenido una evolución muy interesante en los últimos años, en los que se ha llegado a hablar de un derecho, e incluso de un deber, de injerencia. Además, como consecuencia de la creación de los tribunales de Nuremberg y de Tokio, y luego de la Corte Penal Internacional, ha surgido una teoría según la cual hay delitos internacionales que, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la agresión, son de la competencia de la justicia internacional.

50. En respuesta a la tesis que se expone en el apartado *a* del párrafo 94 del informe, el Sr. Melescanu estima que sería más claro no hablar de una norma consuetudinaria sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado sino de un principio cuyo contenido tratará de definir la Comisión. Este enfoque tiene también la ventaja de permitir que la Comisión se ocupe de las «excepciones a la inmunidad» mencionadas por el Relator Especial en sus tesis de los apartados *n* y *o*, que el Sr. Melescanu no comparte. En efecto, la idea de que existe una norma consuetudinaria sobre la inmunidad, y las excepciones a esa norma no existen o deben demostrarse ante una jurisdicción, le parece excesiva y eminentemente discutible. Ya se trate de los actos criminales más graves con respecto al derecho internacional, de normas obligatorias de derecho internacional público (*jus cogens*), de actos realizados a título privado o de otros actos, no es posible aceptar que el principio de inmunidad no pueda limitarse *ratione materiae* o *ratione temporis* en algunos casos. La idea de que los jefes de Estado, los primeros ministros y los ministros de relaciones exteriores gocen de una inmunidad absoluta por los hechos cometidos durante su mandato, y también antes y después de su mandato, le parece al Sr. Melescanu a un tiempo excesiva e injustificada por la necesidad de preservar la armonía de las relaciones interestatales.

51. La tesis enunciada en el apartado *j* del párrafo 94, según la cual «[l]a 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» es también muy discutible, porque no se basa en disposiciones codificadas o consuetudinarias. En esos casos, se podría hablar de normas protocolarias o de normas de cortesía internacional, pero no de normas jurídicas. Además, cuando se han cometido infracciones penales sumamente graves, esos actos no podrían considerarse como propios de las funciones oficiales del jefe de Estado, como se deduce de la decisión del Tribunal de Apelación de Ámsterdam en el asunto *Bouterse* y como manifestaron Lord Steyn y Lord Nicholls en el asunto *Pinochet n.º 1* y Lord Hutton y Lord Phillips en el asunto *Pinochet n.º 3*.

52. La segunda ambigüedad importante del informe, que el Sr. Melescanu no suscribe en absoluto, es la tesis, enunciada en los apartados *c* y *d* del párrafo 94 del informe, que consiste en preconizar el recurso a las normas sobre la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito cuando se trata de atribuir el comportamiento, y aplicarlas a la inmunidad de los funcionarios del Estado. Según el Sr. Melescanu, si las disposiciones relativas a la atribución del comportamiento de los funcionarios del Estado en la esfera de la responsabilidad son necesariamente muy amplias y cubren en particular los actos *ultra vires* es para que pueda aplicarse la responsabilidad del Estado, dado que se trata de una responsabilidad por hechos ilícitos y no de una responsabilidad personal por culpa. Sin esas disposiciones, la institución de la responsabilidad del Estado quedaría disminuida, incluso inoperante, ya que los hechos ilícitos no son perpetrados por el Estado mismo, que es una entidad abstracta, sino por los funcionarios del Estado. Utilizar el mismo enfoque para la inmunidad de los funcionarios del Estado resulta discutible, ya que ello no se basaría en la práctica internacional y se correría el riesgo de limitar grandemente la responsabilidad de los funcionarios del Estado. Efectivamente, es importante no mezclar dos cuestiones distintas: por una parte, la atribución del comportamiento de los funcionarios a efectos de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos y, por otra, la inmunidad de los funcionarios del Estado. Los argumentos dados en los párrafos 25, 26 y 27 del informe, tendientes a atribuir los actos del funcionario del Estado al Estado mismo, se apoyan en ejemplos que, en opinión del Sr. Melescanu, no son aplicables a la inmunidad.

53. Los apartados *k* y *l* del párrafo 94 suscitan igualmente problemas, por su redacción categórica. Una afirmación como «Todo funcionario en ejercicio goza de inmunidad respecto de los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales» (apartado *k*) solo puede hacerse como resultado de debates en la Comisión y no puede servir de premisa para esos debates. En cambio, el Sr. Melescanu comparte las tesis enunciadas en los apartados *m* y *p*, que le parecen sensatas y basadas en la práctica del derecho diplomático y consular, y podrían servir de base para una labor de codificación y de desarrollo progresivo.

54. El Sr. Melescanu menciona finalmente la vinculación que existe entre la cuestión de la inmunidad y la cláusula *aut dedere aut judicare*. Comparte la preocupación expresada por el Sr. Galicki, Relator Especial sobre la cuestión

de la obligación de extraditar o juzgar, quien, en su informe preliminar de 2006, asimilaba las inmunidades a uno de los «obstáculos para que resulten eficaces unos sistemas de enjuiciamiento que no son apropiados para [los] delitos [de derecho internacional]»⁶⁵. Aunque el Relator Especial sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado afirme que «no tiene pruebas de ninguna práctica generalizada entre los Estados, incluida la práctica judicial, o su *opinio juris*, que pueda confirmar la existencia de excepciones a la inmunidad de los funcionarios extranjeros en lo que respecta al ejercicio de jurisdicción penal extranjera sobre esos funcionarios en virtud de la norma *aut dedere aut judicare*» (párrafo 79 de su informe), el Sr. Melescanu considera que la preocupación del Sr. Galicki sigue siendo legítima. En el marco de sus trabajos sobre esos dos temas, la Comisión podría considerar la introducción en el proyecto de artículos sobre la inmunidad de una cláusula «sin perjuicio» que cubriera las reglamentaciones relativas a la aplicación de la norma *aut dedere aut judicare*.

55. En conclusión, el Sr. Melescanu manifiesta que comparte la opinión del Sr. Dugard en el sentido de que no resulta oportuno prever el examen de un tercer informe cuando la Comisión no se ha pronunciado todavía sobre el segundo, del que conoce actualmente.

Se levanta la sesión a las 11.45 horas.

3087.ª SESIÓN

Jueves 12 de mayo de 2011, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Maurice KAMTO

Miembros presentes: Sr. Caffisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sra. Escobar Hernández, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Hassouna, Sra. Jacobsson, Sr. Kolodkin, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Pellet, Sr. Perera, Sr. Petrič, Sr. Singh, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sr. Michael Wood.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (continuación) (A/CN.4/638, secc. F, A/CN.4/646)

[Tema 8 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar su examen del segundo informe del Relator Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁶⁶.

⁶⁵ *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571, pág. 283, párr. 14.

⁶⁶ Reproducido en *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte) documento A/CN.4/631.

2. La Sra. JACOBSSON dice que, antes de expresar sus opiniones acerca del segundo informe del Relator Especial, desea dar la bienvenida al nuevo miembro de la Comisión, la Sra. Concepción Escobar Hernández, de España. El hecho de que España haya propuesto la candidatura de una mujer para integrar la Comisión de Derecho Internacional sienta un ejemplo que los demás Estados deben seguir, ya que la composición de la Comisión debe reflejar la de la comunidad del derecho, en que no faltan mujeres cualificadas que son experimentadas juristas internacionales.

3. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es un tema importante, como queda de manifiesto en el consenso que hubo en la Sexta Comisión de la Asamblea General en que la Comisión de Derecho Internacional asignase elevada prioridad a su examen. Las opiniones expresadas por el Relator Especial en su informe son claras y coherentes; además, el informe es producto de una correcta investigación y una valiosa actualización de la jurisprudencia en la materia.

4. La cuestión de la inmunidad es delicada, como puede observarse en la apasionada defensa que hace el Relator Especial de la lógica de su informe y en el animado debate de la Comisión sobre el tema. De hecho, ningún abogado puede sostener que aplica la ley sin una predisposición ideológica o emocional, porque ni el derecho ni su aplicación están exentos de valores. Por lo tanto, la oradora no está de acuerdo en que se pueda decir que una determinada postura jurídica se justifica más si se defiende sin emoción. Las conclusiones a que llega el Relator Especial, por más que puedan ser puramente lógicas como sostiene, no son más que un corolario de su hipótesis declarada. En consecuencia, es más importante evaluar esa hipótesis que determinar si las conclusiones que de ella dimanar son meramente lógicas y la Comisión tiene que decidir si la acepta o no.

5. El punto de partida del Relator Especial es el principio de la soberanía del Estado y sus efectos, uno de los cuales es la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Básicamente, el Relator Especial sostiene que la inmunidad es absoluta. Por más que es evidente que la soberanía del Estado ocupa un lugar central en el derecho internacional, la forma en que se enfoca ese principio ha evolucionado en los últimos decenios. Se trata entonces de saber si también sus efectos han evolucionado y, en la afirmativa, hasta qué punto.

6. La oradora está de acuerdo con el argumento de que la índole de la inmunidad es procesal; sin embargo, sus consecuencias no lo son. Por lo tanto, la Comisión debe tener en cuenta sus consecuencias, ya que no solo sería ingenuo sino también irresponsable que se ocultara tras una mera referencia clínica a la índole procesal de la inmunidad.

7. En cuanto a la afirmación del Relator Especial de que hay necesariamente un vínculo entre la inmunidad derivada del principio de la soberanía del Estado, por una parte, y la responsabilidad del Estado, por la otra, la oradora no está totalmente convencida de que así ocurra siempre. La cuestión había sido planteada por el Sr. Melescanu en la sesión anterior. La oradora quiere citar dos ejemplos que indican que el argumento del Relator Especial adolece de problemas y puede refutarse.