

proponer varias soluciones. Por consiguiente, el orador recomienda que el nuevo relator especial que se nombre comience desde cero sus trabajos sobre el tema y encuentre un término medio entre la cultura de la impunidad, hacia la que se inclina el Relator Especial, y el rechazo total de la inmunidad de los dirigentes de los Estados, que obviamente no puede contemplarse.

79. El Sr. McRAE dice que el tercer informe del Relator Especial contiene un gran número de análisis convincentes, aunque sus conclusiones, como él mismo reconoce, son más extrapolaciones que claras conclusiones basadas en la práctica de los Estados.

80. El examen del tercer informe pone de relieve la persistencia de algunas de las dudas de la Comisión sobre los informes primero y segundo; como ha dicho el Sr. Pellet, tal vez esas cuestiones deberían haberse resuelto antes de examinar el tercer informe. Por ejemplo, se vuelve a plantear la cuestión de si debe ampliarse la troika para incluir a otros altos funcionarios, como los ministros de comercio o de defensa. El Relator Especial sostiene que, cuando se trata de personas con inmunidad funcional, compete al Estado que invoca la inmunidad plantear la cuestión ante el Estado que inicia las actuaciones, mientras que si se trata de miembros de la troika, que gozan de inmunidad personal, es el propio Estado que inicia las actuaciones quien tiene la responsabilidad de reconocer la inmunidad. Las razones del Relator Especial parecen atractivas: el hecho de que determinadas personas son jefes de Estado o de gobierno o ministros de relaciones exteriores y gozan de inmunidad personal es generalmente bien conocido. Sin embargo, suscribe la observación del Sr. Dugard de que, si bien puede ser así cuando se trata de grandes Estados importantes, ello es poco probable en el caso de algunos otros Estados.

81. Dado que actualmente el ministro de relaciones exteriores no es el único que representa al Estado en el extranjero, parece que tiene sentido ampliar las categorías de funcionarios que deben gozar de inmunidad personal. No obstante, la ampliación de la troika entraña difíciles decisiones sobre los funcionarios que conviene incluir, y, por principio, esto probablemente no sea aconsejable. Tal vez la responsabilidad de hacer valer la inmunidad deba recaer en todos los casos en el Estado que la invoca, con independencia de que la persona sea o no miembro de la troika. Parece muy improbable que un Estado no se dé cuenta de que un jefe de Estado está siendo perseguido penalmente ante un tribunal extranjero, a menos que haga deliberadamente caso omiso de ese hecho. En la práctica, no parece muy difícil exigir al Estado de un funcionario que haga valer la inmunidad ante el Estado que ha iniciado las actuaciones. Por consiguiente, es preciso volver a examinar las conclusiones del Relator Especial que figuran en los apartados *e, f y g* del párrafo 61 de su informe.

82. Además, la afirmación en el párrafo 61 *i* de que la prerrogativa de calificar el comportamiento del funcionario como comportamiento oficial del Estado compete al Estado del funcionario va demasiado lejos. No cabe duda de que el Estado que ha iniciado las actuaciones también tiene derecho a determinar si un acto puede

calificarse de oficial: ello no es solo «prerrogativa» del Estado del funcionario. En el párrafo 30, el Relator Especial reconoce que el Estado que ha iniciado las actuaciones puede investigar si tal pretensión es razonable. Basando su argumento en la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a la *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, sugiere que el nombramiento de una persona como funcionario crea la presunción de que actúa en ejercicio de sus funciones oficiales. A este respecto, el Relator Especial va más lejos que la Corte, que se refería a una presunción creada por la declaración del Secretario General de las Naciones Unidas de que la persona en cuestión actuaba a título oficial, y no a una presunción basada en el mero nombramiento. En realidad, la cuestión es determinar hasta dónde debe llegar el Estado que ha iniciado las actuaciones al examinar la alegación de que un funcionario ha actuado en ejercicio de sus funciones oficiales. Obviamente, será necesario evaluar los hechos de cada caso, pero la sugerencia de que el mero nombramiento de un funcionario crea una «presunción» va demasiado lejos y carece de fundamento.

83. La completa serie de informes<sup>399</sup> elaborados sobre el tema por el Relator Especial ha proporcionado una excelente base para que la Comisión pueda avanzar. Sin embargo, hay una importante cuestión sobre la que el Relator Especial y muchos miembros de la Comisión siguen divididos: el alcance de las posibles excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado, en particular respecto de crímenes internacionales graves. Esta cuestión debería ser la primera que se examine en el 64.º período de sesiones y debería ser estudiada inicialmente por un grupo de trabajo. Hasta que no se resuelva satisfactoriamente, la Comisión no podrá realizar verdaderos progresos.

84. En conclusión, da las gracias al Relator Especial por su valiosísima contribución a los trabajos de la Comisión.

*Se levanta la sesión a las 12.50 horas.*

## 3114.ª SESIÓN

*Jueves 28 de julio de 2011, a las 10.00 horas*

*Presidente saliente:* Sr. Maurice KAMTO

*Miembros presentes:* Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sra. Escobar Hernández, Sr. Fomba, Sr. Galicki, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kolodkin, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Murase, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Pellet, Sr. Perera, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

<sup>399</sup> El informe preliminar aparece reproducido en *ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601.

**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]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que prosigan el examen del tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/646).

2. El Sr. PETRIČ constata con satisfacción que el Relator Especial ha recopilado, en su tercer informe, todas las normas pertinentes *de lege lata* derivadas esencialmente del derecho consuetudinario y ha expuesto los aspectos procesales de la inmunidad de los funcionarios del Estado. Las opiniones del Relator Especial se basan firmemente en la práctica pertinente de los Estados y en la práctica judicial internacional y nacional, así como en la doctrina, y su enfoque se caracteriza por una lógica jurídica aguzada. Como indicó durante el examen del segundo informe<sup>400</sup>, el Sr. Petrič sigue convencido de que la Comisión debería adoptar un enfoque equilibrado en lo que respecta al tema objeto de examen. La inmunidad se ha establecido sólidamente a lo largo de los siglos, por un lado porque refleja la soberanía del Estado y, por lo tanto, el principio *par in parem non habet imperium* —de donde se deriva en particular la inmunidad *ratione personae*— y por otro debido a la mayor necesidad de garantizar la seguridad de las comunicaciones internacionales —fuente en particular de la inmunidad *ratione materiae*. En la actualidad y sin duda más aún en el futuro, el principio de no impunidad de los crímenes de derecho internacional, el concepto de la jurisdicción universal y los esfuerzos por que el estado de derecho sea un valor común accesible a todos los pueblos deberían incidir en la noción de inmunidad y su aplicabilidad. Por consiguiente, cuando la Comisión elabore proyectos de artículo sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado durante el quinquenio siguiente, deberá no solo codificar las normas consuetudinarias existentes, sino también no dudar en encargarse del desarrollo progresivo. Por lo tanto, tendrá que examinar seriamente la opinión expresada en la sesión anterior por el Sr. Dugard, para quien es importante tener en cuenta la distinción entre «crímenes ordinarios» y «crímenes más graves».

3. Más concretamente, en varios párrafos, básicamente los párrafos 23 a 31 de su tercer informe, el Relator Especial trata la cuestión de la justificación de la invocación de la inmunidad por el Estado del funcionario. En su opinión —bastante aceptada—, esta justificación no es necesaria y no puede ser exigida ni por el Estado del foro ni por su tribunal. El Relator Especial no ve ninguna diferencia notable entre la inmunidad personal y la inmunidad funcional. Afirma especialmente, en el párrafo 26, que se basa fundamentalmente en el hecho de que, si se acepta que la invocación de la inmunidad debe estar justificada, «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». Aunque se aceptara de forma general que, en caso de invocación de la inmunidad *ratione materiae*, esta justificación es necesaria, nada impediría que el Estado del funcionario no justificara esta invocación más que en la medida en la que lo considerara necesario para ser convincente y eficaz. En cualquier caso, como indica también el Relator Especial, el Estado del funcionario debe al menos invocar el hecho de que la persona afectada es uno de sus funcionarios y que ha actuado a título oficial. Por lo tanto, la justificación podría, en muchos casos, no ser más que una invocación suficientemente elaborada de la inmunidad, lo cual no obligaría al Estado del foro a «aceptar ciegamente» (párr. 30) ni a ignorar esta invocación.

4. Se podría afirmar que, en el caso de la inmunidad funcional, si no está claro si el autor del presunto acto ilícito es un funcionario del Estado que haya actuado a título oficial, puede ser necesario o incluso obligatorio que se justifique la invocación de la inmunidad. Esta cuestión fue planteada en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)* por Francia, que destacó que la ausencia de justificación

significaría que bastaría con que cualquier funcionario, independientemente de su grado y sus funciones, afirmara que actuó en el marco de sus funciones para escapar a todo proceso penal en un Estado extranjero [párr. 189 del fallo].

Esta advertencia, digna de ser tomada en consideración, es particularmente apropiada en el marco del desarrollo progresivo. Por lo que se ve, si un Estado no tiene que justificar la invocación de la inmunidad de sus funcionarios, la inmunidad *ratione materiae* se podría conceder arbitrariamente, sin tener en cuenta la razón de esta inmunidad, con el riesgo de crear inseguridad jurídica. Además, si un Estado puede invocar la inmunidad de todos sus funcionarios sin justificar que el acto presuntamente ilícito tenía carácter oficial, ello vendría a ser lo mismo que conceder una inmunidad *ratione personae* de hecho a todos los funcionarios de ese Estado y se podría conceder también la inmunidad por actos cometidos en realidad a título personal. Por lo tanto, la inmunidad *ratione materiae* perdería su carácter funcional y se convertiría en un privilegio del que disfrutarían también personas que no formarían parte de la troika. Si un Estado no tiene la obligación de explicar los motivos por los que invoca la inmunidad *ratione materiae*, se corre el riesgo de favorecer una impunidad injustificada. Por lo tanto, el Sr. Petrič desearía que el Relator Especial aportara precisiones al respecto.

5. En el párrafo 31 e implícitamente en otros, el Relator Especial afirma que

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.

Se trata de inmunidad personal y no de inmunidad funcional. En lo que respecta a la segunda, no cabe ninguna duda de que el Estado del funcionario es soberano para nombrar a sus funcionarios, determinar los actos que pueden realizar en su nombre, etc. La inmunidad personal,

<sup>400</sup> *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631. Por lo que respecta al examen del segundo informe en el actual período de sesiones, véanse las sesiones 3086.<sup>a</sup> a 3088.<sup>a</sup> *supra*.

en lo relativo a los actos llevados a cabo a título oficial por miembros de la troika, abarca en parte esta inmunidad funcional. Sin embargo, la inmunidad *ratione personae* de estos funcionarios, que comprende no solo los actos realizados a título oficial y mientras están en el cargo, sino también los actos llevados a cabo a título personal y una vez que ya no están en el cargo, es, según el Sr. Petrič, un privilegio basado en el derecho internacional y no en el derecho interno. Este privilegio enorme, limitado a los tres más altos funcionarios del Estado, es el reflejo directo de la soberanía de los Estados, encarada simbólicamente por el jefe del Estado y el jefe del gobierno, y de la posición especial del ministro de relaciones exteriores en el marco de las relaciones entre Estados. Los tres gozan del *jus representationis omnimodae* en virtud del derecho internacional, de manera que no es el Estado (a diferencia de lo que parece sugerir el Relator Especial en el párrafo 31) quien debería, según el Sr. Petrič, estar facultado para ampliar la troika que tiene la inmunidad *ratione personae*. Este grupo restringido de tres personas se puede ampliar —lo cual tendría repercusiones en el derecho internacional y en el ámbito de la inmunidad— mediante una nueva convención o una práctica general convergente de los Estados que cree una nueva *opinio juris*, es decir, una nueva norma consuetudinaria de derecho internacional, pero no por iniciativa exclusiva del Estado del funcionario.

6. En el minidebate celebrado en la sesión anterior, se expresaron opiniones sobre la inmunidad *ratione personae* del ministro de relaciones exteriores y de otras personalidades que puedan pretender esta inmunidad. Se debería respetar la posición de los ministros de relaciones exteriores en las relaciones internacionales, tradicionalmente especial y bastante bien establecida en el derecho internacional. La ampliación de la troika a nuevos beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* se debería examinar en el contexto actual, en el que se espera que la inmunidad se reduzca y no se refuerce, en particular en lo que respecta a los crímenes de derecho internacional, y que estos crímenes no queden impunes.

7. En conclusión, el Sr. Petrič espera que sus observaciones contribuyan a que se aclaren determinadas cuestiones. En cuanto al resto, comparte las opiniones y las conclusiones expresadas por el Relator Especial en su tercer informe, que es notable.

8. El Sr. HMOUD señala que, al igual que las conclusiones del informe preliminar<sup>401</sup>, el segundo informe suscitó en el seno de la Comisión divergencias que reflejan la división que prevalece en el seno de la comunidad internacional y en la doctrina en lo que respecta al alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Aunque el Relator Especial ofrezca argumentos muy sólidos en favor de sus principales conclusiones, eso no impide que el concepto tradicional de inmunidad esté a la defensiva. El estado de derecho ya no es lo que era en el siglo XIX. Aunque ya casi no se cuestiona la necesidad de respetar, en las relaciones internacionales, los principios de la igualdad soberana y de la no injerencia, el contenido de los derechos y los deberes derivados de esos principios tiene en cuenta los cambios

en el plano internacional y la concepción diferente que la comunidad internacional tiene al respecto. Se trata de principios fundamentales de las relaciones internacionales cuyo objeto es proteger a los Estados, independientemente de su condición, su tamaño y su peso en la escena internacional, pero que no autorizan que se abuse de los derechos subyacentes. Al contrario, la igualdad soberana y la no injerencia se pueden, en determinadas circunstancias, invocar contra la inmunidad absoluta. Cuando un Estado comete actos contra el territorio, la población o los intereses nacionales de otro Estado en violación del derecho internacional y del derecho interno de ese otro Estado, viola los principios de la igualdad soberana y de la no injerencia. Así, al invocar la inmunidad absoluta para proteger a sus funcionarios sobre la base de los mismos principios que viola, debilita considerablemente su posición jurídica. En cuanto tal, la inmunidad de los funcionarios de un Estado de la jurisdicción penal de otro Estado se aprecia caso por caso y no es una inmunidad general. Aunque el Relator Especial afirme aquí y allá lo contrario, su segundo informe, más aún que su informe preliminar, tiene como consecuencia la concesión de una inmunidad general que afectaría a las relaciones internacionales y crearía de hecho más tensiones de las que suscita la aplicación «general» de la jurisdicción universal. Si un Estado lesionado, consistente de que no tiene ningún recurso en el plano internacional, no puede ejercer su jurisdicción penal cuando el comportamiento delictivo de un funcionario de otro Estado haya violado su soberanía, se corre el riesgo de que se venga con represalias ilícitas contra ese otro Estado, lo cual afectaría a las relaciones internacionales. La Comisión debe tenerlo en cuenta y llegar a conclusiones sobre el particular que garanticen efectivamente la igualdad soberana y protejan de los abusos. Ese es el motivo por el que, como se ha propuesto, la Comisión debería crear un grupo de trabajo encargado de estudiar los principios fundamentales relacionados con la inmunidad de los funcionarios del Estado, independientemente de que esta inmunidad sea la norma o la excepción, como ha señalado el Sr. Murase, la relación con la jurisdicción nacional, el alcance de las inmunidades funcional y absoluta y la relación entre estos tipos de inmunidad y las diversas infracciones, incluidos los crímenes internacionales más graves. De este modo, el grupo de trabajo deberá tener en cuenta la jurisprudencia internacional y observar que los fallos dictados por la Corte Internacional de Justicia en las causas *Orden de detención de 11 de abril de 2000* y *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* no han avalado el principio de la inmunidad absoluta y de hecho han asignado límites a la inmunidad. Efectivamente, el fallo dictado en la causa de la *Orden de detención* hace pensar que en determinadas situaciones se puede ejercer la jurisdicción y resuelve en favor de la inmunidad en el caso en cuestión porque la Corte consideró que el ejercicio de la jurisdicción universal por un Estado impedía que el ministro de relaciones exteriores de otro Estado ejerciera normalmente sus funciones. Pero la Corte no excluyó la posibilidad de que el Estado extranjero pudiera ejercer su jurisdicción una vez que el alto funcionario hubiera cesado en sus funciones en el caso de los crímenes internacionales más graves ni subordinó el ejercicio de esta jurisdicción a la retirada de la inmunidad por el Estado del funcionario. Eso es lo que confirmó la opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal. Por lo tanto,

<sup>401</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601.

el grupo de trabajo deberá preguntarse si, en el caso de los crímenes internacionales más graves, la inmunidad funcional subsiste una vez que el funcionario del Estado haya cesado en sus funciones. En la causa *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, la Corte no excluyó la aplicación de la inmunidad funcional, pero tampoco definió los elementos de esta inmunidad ni indicó si había inmunidad cuando el funcionario hubiera actuado a título oficial.

9. El grupo de trabajo deberá también estudiar la cuestión de la atribución en el caso de la inmunidad funcional. El Relator Especial destaca que los actos de un funcionario del Estado son actos del Estado del funcionario para contrarrestar el argumento de que esos actos se pueden someter a la jurisdicción penal de un Estado soberano extranjero. A continuación destaca que se trata de una «doble» atribución, lo cual confirma la idea de que el Estado del foro puede, en determinadas circunstancias, ejercer su jurisdicción penal respecto del funcionario extranjero sin pronunciarse sobre la atribución del acto en cuestión al Estado del funcionario. Aunque se atribuya el acto al Estado del funcionario, no se puede considerar, en virtud del derecho internacional general, que este Estado haya cometido un crimen internacional. Pero sí se puede considerar que lo ha cometido su funcionario y hay que estudiar más adelante las circunstancias en las que un funcionario del Estado que actúe a título oficial no se puede sustraer a la jurisdicción penal extranjera.

10. El Relator Especial formula una propuesta con una excepción muy limitada —que denomina ausencia de inmunidad— en el caso de un acto realizado por el funcionario de un Estado que se encuentre en el territorio de otro Estado sin su consentimiento, en contra de la soberanía de ese Estado. De hecho, si se sigue la lógica de los tres informes, incluso en ese caso el Estado del funcionario puede invocar la inmunidad: se trata en definitiva de un acto de este otro Estado que no se debería someter, en virtud del derecho internacional, a la jurisdicción penal extranjera.

11. Un Estado cuya soberanía haya sido violada por un funcionario de otro Estado debe poder ejercer su jurisdicción penal, lo cual no se le debe impedir en ningún caso en nombre de la inmunidad «procesal». El Estado tiene el derecho y el deber de proteger a sus nacionales y su territorio de las violaciones del derecho internacional cometidas por otro Estado, incluidas las cometidas por mediación de sus funcionarios. Si bien se supone que el derecho internacional consuetudinario concede la inmunidad a los funcionarios del Estado, un principio igual o superior se desprende de la inmunidad soberana, que confiere al otro Estado derechos y deberes de derecho internacional respecto a su territorio y a sus nacionales. Si un Estado es víctima de un acto de sabotaje cometido por funcionarios de un Estado extranjero cuya presencia en su territorio sea irregular o ve que una parte de su población en el extranjero es víctima de una depuración étnica a manos de funcionarios de otro Estado, ¿le impide la «inmunidad procesal» ejercer su derecho y cumplir su obligación, en virtud del derecho internacional, de proteger su territorio y a sus nacionales? No se trata de una situación de *lex lata* contra *lex ferenda*, sino solo de *lex lata*. Como mínimo, el Estado lesionado tiene el derecho, en virtud de la teoría

de las contramedidas, de suspender el cumplimiento de la obligación contraída con el Estado que le haya causado el daño de conceder la inmunidad al funcionario de este último que haya cometido el acto en cuestión. Y no se trata de *lex ferenda*. Ello es ciertamente mejor para la estabilidad de las relaciones internacionales que si el Estado lesionado recurre a la fuerza porque el Estado que le ha causado un daño invoca la «inmunidad procesal». Esta solución es incluso mejor para el principio de la igualdad soberana cuando el Estado no puede recurrir a la fuerza.

12. La Comisión en el futuro y tal vez el grupo de trabajo que se pueda crear deberán también examinar la cuestión de los procesos entablados por crímenes internacionales graves en violación del *jus cogens* y preguntarse si prevalecen sobre la inmunidad procesal. En caso de conflicto entre dos principios de derecho internacional, se aplica el de más valor, incluso cuando ambos principios sean de naturaleza diferente. La resolución de la Corte Internacional de Justicia en la causa de *Timor Oriental* no es comparable, porque la cuestión que se planteaba era la competencia de la Corte y porque, para decidir el carácter *erga omnes* de determinadas obligaciones, la Corte se debería haber pronunciado sobre el comportamiento de un Estado que no era parte.

13. El orador indica que, de forma general, está de acuerdo con la mayoría de las propuestas del Relator Especial sobre los aspectos procesales de la inmunidad, salvo cuando estas propuestas tienen por objeto reforzar las conclusiones de fondo del segundo informe. Coincide con el Relator Especial en que la cuestión de la inmunidad debe examinarse en la fase inicial del procedimiento judicial y resolverse rápidamente debido al daño que se puede causar con cualquier retraso. De forma general, si el funcionario en cuestión forma parte de la troika, el Estado del foro debe invocar la inmunidad de oficio, sin que tenga que hacerlo el Estado del funcionario. Sin embargo, hay que examinar más adelante la propuesta de que ambos Estados —el Estado del foro y el del alto funcionario— colaboren. Cuando el Estado del foro se dé cuenta de que el funcionario puede formar parte de la troika, debe, si tiene motivos para dudar del estatuto del funcionario, solicitar la confirmación al respecto a su Estado, que debe confirmar ese estatuto o desmentirlo. El Estado del funcionario debe también informar al Estado del foro cuando este no tenga conocimiento de dicho estatuto.

14. Por último, en lo que respecta a la inmunidad funcional, con la excepción de la troika, la conclusión de que el Estado del funcionario es la entidad habilitada a invocar la inmunidad es plausible y cuenta con el apoyo de la práctica y la jurisprudencia internacionales.

15. La Sra. JACOBSSON dice que el tercer informe sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado es fundamental para seguir estudiando el tema, puesto que permite comprender muy claramente la orientación propuesta por el Relator Especial. La oradora, que procede de un país en el que se distingue claramente entre el derecho a establecer su jurisdicción respecto de las infracciones por vía legislativa y el derecho a aplicar las medidas legislativas por medio de medidas procesales, aprecia particularmente que el Relator Especial haya hecho hincapié en el proceso. Aunque es evidente que este no se

puede separar del derecho sustantivo, es uno de sus elementos particulares. El Relator Especial ha propuesto una línea de argumentación bien estructurada que interesa desarrollar.

16. La Sra. Jacobsson, que se limitará a comentar las tesis resumidas en el párrafo 61 del tercer informe, precisa que sus observaciones sobre los aspectos procesales de la inmunidad no significan que comparta la opinión generosa del Relator Especial en lo que respecta a las personas que se benefician o se deberían beneficiar de esta inmunidad. Suscribe la tesis, enunciada en el apartado *a* del párrafo 61, de que la cuestión de la inmunidad se debe plantear, en principio, lo antes posible. En la práctica, este objetivo puede ser difícil de conseguir, porque las autoridades policiales pueden incoar un procedimiento prejudicial mucho antes de que se sepa que la persona afectada por el procedimiento puede gozar de inmunidad. Según el enfoque propuesto por el Relator Especial, es indudable que habrá que aprobar una ley. Aunque el derecho interno disponga que esta cuestión se debe plantear lo antes posible, las autoridades nacionales pueden tener dificultades para valorar una situación particular.

17. En lo que respecta al apartado *b*, la Sra. Jacobsson no cree, a diferencia del Relator Especial, que «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», al menos no en todos los casos, puesto que eso sería llevar la obligación demasiado lejos. El Estado del foro —y en particular sus funcionarios— debe tener cierta libertad para examinar si procede plantear la cuestión de la inmunidad en algún caso. Además, sería muy difícil determinar el punto concreto a partir del cual se debería establecer la responsabilidad del Estado del foro. El problema de la responsabilidad derivada del hecho de no haber planteado la cuestión de la inmunidad se debe estudiar en una fase posterior.

18. En cuanto al apartado *c*, la Sra. Jacobsson comprende los motivos por los que se ha redactado, pero está convencida de que el texto de esta regla general debería ser más prudente. El elemento temporal tiene un papel que desempeñar en este contexto. Si el Estado del funcionario no está en condiciones de invocar la inmunidad —es posible que no tenga conocimiento del asunto—, se debe autorizar al funcionario, si no a invocar la inmunidad, al menos a informar al Estado del foro de que tiene inmunidad. El Estado del foro y sus funcionarios deberán tener en cuenta este elemento, lo cual no significa que constituya una invocación de la inmunidad jurídicamente vinculante, pero sería indudablemente «válida».

19. En lo que respecta al apartado *d*, la Sra. Jacobsson coincide con el Relator Especial en que el hecho de ser informado es una condición para invocar la inmunidad. Queda por saber en qué momento se debe comunicar esta información y por quién. En primer lugar, no parece factible establecer la obligación de que el Estado del foro, desde el momento en el que prevea adoptar medidas, informe al Estado del funcionario. En la mayoría de las sociedades democráticas basadas en el equilibrio de poderes, el gobierno desconoce lo que la policía o el Ministerio Fiscal tienen previsto hacer. En realidad, la

investigación preliminar llevada a cabo por la policía sería probablemente secreta. Si el derecho internacional previera la obligación de informar en una fase demasiado temprana, probablemente habría que modificar la legislación nacional, puesto que los representantes del poder judicial se deberían poner de acuerdo con el gobierno. Ahora bien, sería difícil que el Parlamento adoptara disposiciones que se percibirían como una amenaza para la independencia de la policía y del Ministerio Fiscal.

20. En lo que respecta al apartado *e*, la Sra. Jacobsson no suscribe totalmente la tesis del Relator Especial. Todos los jefes de Estado o de gobierno y todos los ministros de relaciones exteriores no son tan conocidos como los funcionarios de las principales potencias políticas. Por lo que se ve, el Estado que ejerce su jurisdicción penal tiene, en el caso de uno de los miembros de la troika, la responsabilidad especial de informar al Estado del funcionario. Hecho lo cual, habrá cumplido su obligación. Habrá que tener en cuenta también el deber de colaborar, al que, de forma general, habría que otorgarle una mayor importancia en el tema objeto de estudio.

21. Si bien está de acuerdo con las conclusiones del apartado *f*, la Sra. Jacobsson no comparte las hipótesis en las que se basa el apartado *g*, a saber, que esta categoría de personas existe efectivamente y que el Estado del funcionario solo puede declarar que una persona se beneficia de la inmunidad y que esta inmunidad se debe respetar. Por lo tanto, se abstendrá de comentar este apartado, que, como se ha señalado, concierne, al igual que el apartado *f*, al ámbito de aplicación *ratione materiae* de la inmunidad. En cuanto al apartado *h*, la Sra. Jacobsson conviene en que basta con que la inmunidad se invoque por la vía diplomática, pero no está ni mucho menos convencida de que esta invocación impida que el tribunal del Estado que ejerza su jurisdicción continúe con el proceso. Sin embargo, observa que el Relator Especial ha utilizado la fórmula «para que el tribunal de ese Estado examine la cuestión de la inmunidad», que parece más prudente que decir simplemente que se impedirá al tribunal continuar con el proceso. En lo que respecta al apartado *i*, está de acuerdo a medias con la posición del Relator Especial: el Estado que invoca la inmunidad no está efectivamente «obligado» a justificar esa inmunidad, salvo en los casos previstos en los apartados *f* y *g*, pero no puede entonces partir del principio de que esta invocación se aceptará en todos los casos. Habría que alentarle al menos a motivar esta invocación, lo cual se puede hacer en términos simples sin atentar contra el principio de la igualdad entre los Estados ni contra otros principios importantes.

22. La tesis enunciada en el apartado *j* parece la regla general, pero habría que precisar la conclusión, así como en el apartado *k*. En cambio, la Sra. Jacobsson no entiende bien el razonamiento del apartado *l*, por un lado porque es la primera vez que el Relator Especial hace referencia al concepto de jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores «en funciones» y por otro porque la situación descrita en la segunda frase no está necesariamente relacionada con la condición de que la renuncia sea objeto de una declaración expresa, a pesar de lo cual, está de acuerdo con el ejemplo dado. Suscribe también las disposiciones del apartado *m*, aunque no comparte la opinión del Relator Especial respecto de los funcionarios

del Estado que gozan de inmunidad, y las del apartado *n*. Del mismo modo, en el apartado *o*, conviene en que la inmunidad se debe haber invocado antes del inicio del proceso penal, salvo en los casos en los que el Estado no tenga conocimiento de las actuaciones.

23. La oradora aprueba el apartado *p*, pero desearía subrayar que, si renuncia a la inmunidad de su funcionario, el Estado no se libera necesariamente de su responsabilidad en virtud del derecho internacional. El Estado, si uno de sus funcionarios comete actos ilícitos en aplicación de una política de depuración étnica *de facto* y el propio Estado (que niega que aplique dicha política) reconoce que su funcionario ha actuado ilegalmente pero está dispuesto a renunciar a su inmunidad, no puede pretender no ser responsable de esa política ilegal ni de los actos cometidos en su marco. Por lo tanto, la Sra. Jacobsson agradece al Relator Especial que haya planteado esta cuestión en el apartado *q* y concede mucha importancia a la conclusión enunciada en él. Por último, aprueba plenamente los apartados *q* y *r* y agradece al Relator Especial su informe, bien elaborado y documentado. Espera que la nueva Comisión conceda prioridad al examen de este tema, de manera que se resuelva la principal cuestión que plantea, a saber el alcance de la inmunidad, y pueda pasar a la redacción de proyectos de artículo.

24. El Sr. NOLTE observa que, una vez más, el informe presentado por el Relator Especial está bien documentado y es estimulante. Ofrece un panorama completo de las fuentes pertinentes y establece un equilibrio entre ideas interesantes. El Relator Especial no se aparta demasiado de la lógica y se apoya en una práctica lo suficientemente abundante como para que su informe constituya una base excelente para los futuros trabajos. Como aprueba, de forma general, el enfoque del Relator Especial y sus conclusiones, el Sr. Nolte se limitará a formular unas cuantas observaciones. Sin embargo, como algunos miembros de la Comisión han reabierto el debate sobre las cuestiones planteadas en el segundo informe, examinado en la primera parte de la sesión, él también formulará observaciones complementarias.

25. El Sr. Dugard ha finalizado su apasionada intervención con una advertencia: la reputación de la Comisión estará en peligro si no responde a las expectativas puestas en ella reconociendo una excepción a la inmunidad en caso de que se cometan los crímenes o las violaciones más graves de los derechos humanos. Ahora bien, no hay motivo para inquietarse por dos razones: en primer lugar, la Comisión busca siempre un justo equilibrio entre diferentes consideraciones legítimas y no se deja influir exageradamente por ninguna de ellas; en segundo lugar, ni la Corte Internacional de Justicia ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se comprometieron al dictar sus sentencias en las causas de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* y *Al-Adsani c. el Reino Unido*, respectivamente. Sea como fuere, el Sr. Nolte desearía recordar que, si bien se observa una tendencia a restringir la inmunidad con la creación de tribunales internacionales, hay una tendencia contraria a reconocer la inmunidad ante los tribunales nacionales, como demuestran las causas de la *Orden de detención* y *Al-Adsani c. el Reino Unido*. Estas dos tendencias no son contradictorias sino complementarias desde el punto de vista más general de la lucha

contra la impunidad, que implica restringir la inmunidad, en primer lugar ante los tribunales internacionales y de una manera que no constituya una amenaza contra la paz de las relaciones internacionales, de ahí el principio de la legitimidad de la inmunidad ante los tribunales internos. Para el Sr. Nolte, el equilibrio deseado consiste en última instancia en saber luchar eficazmente contra la impunidad sin correr el riesgo de desacreditarse y sin pagar un alto precio por ello.

26. A falta de tiempo, el Sr. Pellet se ha limitado a afirmar con fuerza que la inmunidad no abarcaba los crímenes más graves. Se ha quedado en un plano muy general y abstracto sobre esta cuestión, al igual que el Sr. Murase. La Comisión deberá profundizar en esta cuestión a lo largo del próximo quinquenio, centrándose en los eventuales pormenores de esa afirmación. Ese es el motivo por el que la propuesta del Sr. McRae sobre la manera de proceder al respecto es digna de apoyo.

27. En lo que respecta a la inmunidad personal, el Sr. Nolte conviene en que no es necesario reabrir el debate sobre la inmunidad personal del ministro de relaciones exteriores y que la Comisión no debería extenderla a otros cargos oficiales. Es cierto que en la era de la globalización, las relaciones internacionales ya no están necesariamente centradas en la troika y que la Comisión no debería descartar la eventualidad de que otros funcionarios del Estado estén, dependiendo de las circunstancias, en una situación lo suficientemente próxima a la de los miembros de la troika como para que gocen de la inmunidad personal.

28. En cuanto a las cuestiones tratadas por el Relator Especial en su tercer informe, en particular la de saber si el Estado del foro tiene la obligación de examinar la cuestión de la inmunidad *proprio motu*, el Sr. Nolte dice que el análisis prudente del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, en los párrafos 16 a 18 del informe, se debería llevar un poco más lejos. Aprueba la hipótesis de salida del Relator Especial, a saber la declaración de la Corte de que se supone que el Estado que tenga la intención de invocar la inmunidad para uno de sus órganos debe informar al respecto a las autoridades del otro Estado. Es cierto que esta afirmación, habida cuenta de las circunstancias en las que se formuló, no significaba que un Estado pudiera ejercer la acción penal contra uno de los tres cargos más altos de otro Estado antes de que este invocara su inmunidad personal. Como indica el Relator Especial con razón, el hecho es que la identidad de estos funcionarios suele ser conocida por todos o que se puede verificar inmediatamente. Como se señala en el párrafo 19 del informe, «el Estado que ejerce la jurisdicción penal debe», en ese caso, «precisar qué tipo de inmunidad ampara a esa persona», «determinar» y «preguntar al Estado del funcionario» únicamente para solicitar la retirada de la inmunidad.

29. El argumento de que corresponde al Estado del foro plantear la cuestión de la inmunidad *proprio motu* no puede valer únicamente para las causas relativas a la inmunidad de los tres más altos funcionarios del Estado. Es también válido cuando sea evidente, habida cuenta de los hechos, que se emprenderán acciones contra un

funcionario que haya actuado a título oficial. En ese caso, el Estado del funcionario debería tener la posibilidad de invocar la inmunidad antes de que se adopten las medidas necesarias que podrían violarla, con la condición de que se cumplan los requisitos de la inmunidad. Sin embargo, el Sr. Nolte conviene con el Relator Especial en que si el Estado afectado, después de que se lo haya informado de la situación o de que haya tenido conocimiento de ella, no expresa su posición en un plazo razonable, el Estado del foro puede considerar que no invoca la inmunidad de su funcionario. Se trata de otro aspecto del aumento del carácter procesal de la inmunidad, reconocido por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, que ilustra el principio de la buena fe que debe regir las relaciones internacionales.

30. El Sr. Nolte admite que la utilización de la palabra «claramente» como criterio en las causas relativas a la inmunidad *ratione materiae* no impide, en algunos casos, la discrepancia sobre la cuestión de saber si está claro que lo que se cuestiona es un acto oficial llevado a cabo por un funcionario del Estado. Sin embargo, no es raro encontrar en las normas de admisibilidad esa palabra, que permite, en cualquier caso, mantener la buena marcha de las relaciones internacionales e impedir las acusaciones mutuas de ejercicio inicial de la jurisdicción con fines políticos. Se deduce que, cuando el funcionario del Estado haya realizado claramente el acto a título oficial, el Estado que ejerza su jurisdicción debe indicar *proprio motu* al Estado del funcionario que se ha previsto la adopción de medidas judiciales para darle así la posibilidad de invocar la inmunidad antes de que se adopten esas medidas. Esta exigencia no es incompatible con la de la Corte Internacional de Justicia de que el Estado del funcionario afectado debe invocar la inmunidad. Al contrario, se encuadra en la lógica de ese enfoque procesal y cumple la norma del respeto y de la cooperación mutuas en las relaciones internacionales. El Sr. Nolte aprueba también la argumentación general del Relator Especial en los párrafos 25 y siguientes del informe. La carga para el Estado del funcionario de fundamentar su solicitud de inmunidad *ratione materiae* no es excesiva, en particular cuando está claro que el interesado ha actuado a título oficial y que sus actos tienen carácter oficial. El Sr. Nolte no llegaría a decir que el carácter oficial del acto llevado a cabo por el funcionario del Estado haga nacer una presunción, compartiendo de ese modo la opinión expresada por el Relator Especial al respecto en los párrafos 29 y 30 del informe. La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia titulada *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos* no se presta a una interpretación tan amplia. Confirma en cambio la propuesta general de que, cuando una persona actúe a título oficial y la naturaleza oficial de sus actos esté clara, la carga de la prueba se reduce considerablemente. En efecto, como señala el Relator Especial en el párrafo 31 de su informe: «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». Ello significa, para retomar las hipótesis formuladas por el Sr. Dugard en la sesión anterior, que un Estado que procese al Sr. Mladić no debe aceptar una simple carta de Serbia en la que

indique que el interesado es uno de sus funcionarios y que los actos en cuestión son oficiales. Le correspondería más bien a Serbia refutar lo que parece que todo el mundo sabe sobre el Sr. Mladić. Por otro lado, si está claro que la persona en cuestión es comandante de las fuerzas armadas de un país y que la acusación se refiere a las actividades de las fuerzas armadas de ese país, debería bastar con que el Estado del funcionario lo indique. Hay que tener en cuenta que el objetivo de toda obligación de fundamentación es simplemente determinar si el funcionario del Estado ha actuado a título oficial y no obligar indirectamente a un Estado a que responda de sus actos ante un tribunal extranjero. Ello significa también que no es muy útil preguntarse si es el Estado del foro o el Estado que invoque la inmunidad quien tiene la potestad de resolver la cuestión de la inmunidad. Es el Estado del foro el que determina en última instancia si concede la inmunidad, pero con límites estrictos y precisos.

31. En cuanto a la renuncia a la inmunidad, el Sr. Nolte piensa que habría que distinguir más claramente dos casos, la renuncia individual a la inmunidad y las renunciaciones a la inmunidad por determinados hechos que puede prever una regla convencional de alcance general. Admite que para determinar la excepción a la inmunidad, se aplica la regla general según la cual la renuncia debe ser «cierta», como afirma el Instituto de Derecho Internacional en su resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los jefes de Estado y de gobierno en derecho internacional<sup>402</sup>, y no un criterio formal particular como una presunción, independientemente de cuál se trate. El punto en común entre esos dos tipos de renuncia no debe ocultar que la manera de determinar que se ha excluido la inmunidad no es la misma en ambos casos. Si una norma convencional prevé la renuncia general a la inmunidad por determinados hechos, la certeza necesaria se obtiene fundamentalmente mediante la interpretación de las normas sustantivas, mientras que, en caso de renuncia individual, de lo que se trata es de valorar un acto procesal determinado. En definitiva, el Sr. Nolte tiende a considerar que para saber si ha habido renuncia en un caso determinado, la norma de la certeza implica cierta buena fe que consiste en pedir información al Estado del funcionario cuando se tenga la menor duda. Se corre el riesgo de que los Estados y sus órganos no acepten fácilmente que un comportamiento por parte de otro Estado se considere una renuncia a la inmunidad. Por otro lado, de conformidad con la norma del respeto y de la cooperación mutuas en materia de relaciones internacionales, los Estados tienen también el deber de expresarse claramente en un plazo razonable cuando prevean invocar la inmunidad y se enfrenten a una situación que requiera una respuesta por su parte.

32. En lo que respecta a «si cabe considerar la no invocación de la inmunidad por parte del Estado del funcionario como renuncia implícita a esta», el Sr. Nolte conviene con el Relator Especial en que, en el asunto *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, la Corte Internacional de Justicia no consideró que «al no invocar la inmunidad, Djibouti había renunciado a ella». Conviene también en que el hecho de si no haber invocado la

<sup>402</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (período de sesiones de Vancouver, 2001), pág. 742.

inmunidad se puede considerar o no una renuncia a ella se determina en relación con las circunstancias de cada caso concreto. Se deduce que el principal problema es saber a partir de qué momento se plantea la cuestión de la renuncia implícita. Mientras que un Estado no tenga cierto conocimiento de la acción interpuesta contra uno de sus funcionarios o si todavía no ha tenido tiempo suficiente para darle respuesta, el hecho de no invocar la inmunidad no se puede considerar una renuncia. Sin embargo, si se ha informado plenamente al Estado y ha pasado un plazo de reflexión suficiente (que no debe ser muy largo), el hecho de no invocar la inmunidad se suele considerar una renuncia implícita o una aquiescencia válida a la extinción de la reclamación en el sentido del artículo 45 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, relativo a la renuncia al derecho a invocar la responsabilidad<sup>403</sup>. La Comisión tal vez podría inspirarse en este pasaje del comentario del apartado *b* de este proyecto de artículo (párr. 11):

Por lo general, los tribunales internacionales proceden a una ponderación flexible de las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta cuestiones tales como el comportamiento del Estado demandado y la importancia de los derechos de que se trate. El factor decisivo es si el Estado demandado ha sufrido algún perjuicio como resultado de la demora, en el sentido de que el Estado demandado podía razonablemente esperar que no se insistiría en la reclamación. Aunque se haya causado algún perjuicio, quizás sea posible tenerlo en cuenta al determinar la forma o el alcance de la reparación<sup>404</sup>.

33. Por razones de seguridad jurídica y procesal, la renuncia es definitiva. Ese es el motivo por el que el Sr. Nolte no aprueba la propuesta del Relator Especial de que, en determinados casos de renuncia implícita, el Estado del funcionario pueda invocar posteriormente la inmunidad. La considera inútil y errónea. Al parecer, el Relator Especial solo la necesita en los casos en los que ha reconocido que el Estado del foro puede adoptar medidas hasta que el Estado del funcionario invoque la inmunidad. Ahora bien, este caso no es el de una renuncia implícita. Se trata en cambio de un momento en el que la cuestión de la inmunidad queda abierta y en el que hay que determinar lo más rápidamente posible, en el marco de un proceso de cooperación mutua entre los dos Estados afectados, si se cumplen los requisitos de la inmunidad y si esta se ha invocado. Si hay indicios serios de que se puede invocar la inmunidad, el Estado del foro debe actuar con moderación y dar al Estado del funcionario la posibilidad de hacerlo. Las medidas judiciales proporcionadas adoptadas a lo largo de este período no serán ilegales si al final se invoca legítimamente la inmunidad, pero su validez no está relacionada con la renuncia implícita, sino que se deriva de la potestad limitada para emprender una acción, incluso cuando es posible que se invoque la inmunidad. El carácter de acto jurídico unilateral de la renuncia por el que se expresa *in fine* la posición del Estado sobre uno de sus derechos no se debería cuestionar.

34. Es cierto que el objeto de la renuncia puede ser más o menos amplio. Por consiguiente, una renuncia inicialmente parcial por la que se autorice al Estado del foro a

<sup>403</sup> Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el comentario en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 130 a 132.

<sup>404</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 131 y 132.

adoptar algunas medidas preliminares no excluye la posibilidad de que el Estado del funcionario solicite posteriormente que se amplíe la inmunidad al procedimiento penal ordinario. Por último, el Sr. Nolte suscribe la opinión del Relator Especial sobre la cuestión de la responsabilidad del Estado, en particular cuando afirma 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» (párr. 60). Conviene también en que el Estado no reconozca necesariamente que incurra en responsabilidad internacional en razón de ese acto. En conclusión, agradece al Relator Especial su excelente informe, que sienta las bases de los trabajos que llevará a cabo la Comisión sobre el asunto a lo largo del próximo quinquenio.

35. El Sr. DUGARD dice que el Sr. Nolte ha trazado un retrato ideal de la situación al hablar de restricción de la inmunidad ante los tribunales internacionales y de aplicación de esta ante los tribunales internos. Sin embargo, se ha abandonado la utilización de tribunales especiales y solo 116 Estados han ratificado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de manera que, por lo tanto, las acciones contra funcionarios del Estado por crímenes internacionales graves se interponen ante los tribunales internos, en los que se debe centrar la reflexión.

36. El Sr. NOLTE dice que solo ha querido recordar, en el plano de los principios, la legitimidad de la inmunidad ante los tribunales internos, sin hablar de su alcance, y subrayar la relación recíproca entre dos tendencias que la Comisión deberá estudiar más adelante.

37. El Sr. WISNUMURTI agradece al Relator Especial su tercer informe y su presentación lúcida. El informe es el resultado de un importante trabajo de documentación y de un examen en profundidad de la jurisprudencia, de la práctica de los Estados y de la doctrina. Se examinan en él los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, así como la importante cuestión de la inmunidad personal de la responsabilidad del Estado del funcionario. Se enmarca en la lógica del informe anterior, en el que se trataban importantes cuestiones sustantivas sobre las que el Sr. Wisnumurti tuvo ocasión de expresarse, en particular el alcance de la inmunidad *ratione personae*. A este respecto, desearía decir que solo los funcionarios de la troika tienen la inmunidad personal, es decir, el jefe del Estado, el jefe del gobierno y el ministro de relaciones exteriores. No se debe extender a otros funcionarios del Estado. Además, no debería haber ninguna excepción a la inmunidad personal del ministro de relaciones exteriores si se lo acusa de haber cometido uno de los delitos más graves, incluso en el marco de sus funciones oficiales.

38. De forma general, el Sr. Wisnumurti comparte la opinión expresada por el Relator Especial sobre los diferentes aspectos de las diversas cuestiones examinadas en el tercer informe y desearía formular algunas observaciones al respecto. En cuanto al momento del examen de la cuestión de la inmunidad, conviene en que la inmunidad de jurisdicción penal del funcionario del Estado debe examinarse en principio en la fase inicial del procedimiento judicial o incluso antes, en la fase de instrucción. Como se señala en el párrafo 11 del informe, la inmunidad se debe examinar



lo antes posible para que se cumpla su principal objetivo, que es que se mantengan relaciones normales entre los Estados, así como su soberanía. De forma más concreta, el examen temprano de la inmunidad garantiza la seguridad jurídica y permite en particular proteger al funcionario del Estado que actúa a título oficial, aunque el derecho a invocar la inmunidad le asiste al Estado del funcionario y no al propio funcionario del Estado. Según el Sr. Wisnumurti, ello no debería impedir el ejercicio por el funcionario del Estado afectado del derecho a declarar a las autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción penal que tiene inmunidad antes de que se interponga una acción contra él. Es cierto que el Estado del funcionario debe confirmar oficialmente la inmunidad del funcionario afectado al Estado del foro. El reconocimiento del derecho del funcionario del Estado a declarar su inmunidad antes incluso de que se interponga una acción en su contra es fundamental para evitar que sufra malos tratos.

39. El Sr. Wisnumurti aprueba también el párrafo 32 del informe, en el que se dice que el Estado es el único que puede invocar legalmente la inmunidad de sus funcionarios, tanto si pertenecen a la troika y gozan de la inmunidad personal como si son otros funcionarios del Estado los que se benefician de una inmunidad funcional. Por consiguiente, la invocación de la inmunidad solo tiene consecuencias jurídicas cuando la invoca o declara el Estado del funcionario. El Sr. Wisnumurti aprueba el análisis del fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*. Corresponde al Estado que desee proteger a su funcionario de la jurisdicción penal invocar la inmunidad mientras que, en el caso de la inmunidad personal aplicable al jefe del Estado, al jefe del gobierno y al ministro de relaciones exteriores, es el propio Estado del foro quien debe plantear la cuestión de la inmunidad del interesado y decidir las medidas que puede adoptar respecto del derecho internacional. Sin embargo, no habría que interpretar la conclusión del Relator Especial de que el Estado del funcionario no debe, en este caso, plantear la cuestión de la inmunidad personal ante las autoridades del Estado del foro en el sentido de que se priva al Estado del funcionario de su derecho natural a plantear la cuestión de la inmunidad ante las autoridades del Estado del foro y, en caso necesario, a invocar la inmunidad personal de sus funcionarios. Como señala el Relator Especial en el resumen que figura en el párrafo 61 *i* del informe, el Estado que invoca la inmunidad de su funcionario no está obligado a justificar esa inmunidad, pero debe informar al Estado del foro de que la persona en cuestión es uno de sus funcionarios y que está protegido por la inmunidad personal o funcional, siempre que haya actuado en el marco de sus funciones.

40. En lo que respecta a la renuncia de la inmunidad, es importante subrayar que tanto la inmunidad *ratione personae* como la inmunidad *ratione materiae* competen al Estado y no a sus funcionarios. El Relator Especial se plantea la cuestión de si la renuncia deber ser siempre expresa o si basta con que sea tácita. A este respecto, el Sr. Wisnumurti conviene en que, por lo general, en el caso del jefe del Estado, del jefe del gobierno y del ministro de relaciones exteriores, la inmunidad debe ser expresa, mientras que puede ser expresa o tácita cuando se trate de los demás funcionarios del Estado que hayan

cesado en sus funciones o estén en su ejercicio y gocen de una inmunidad funcional. Sin embargo, no termina de comprender lo que entiende el Relator Especial por «funcionarios en ejercicio que no pertenecen a la «troika», pero que gozan de inmunidad personal».

41. En la última parte del informe, el Relator Especial trata la cuestión de la relación entre la inmunidad de un funcionario y la responsabilidad del Estado del funcionario y menciona la doble atribución de la responsabilidad. La retirada de la inmunidad de un funcionario que haya actuado a título oficial, seguida del inicio de una acción por el Estado del foro, puede conducir a que se exija la responsabilidad del Estado del funcionario cuando el acto realizado por el funcionario constituya una violación de las obligaciones de ese Estado en virtud del derecho internacional. Se considera que los actos del funcionario del Estado en el marco del cumplimiento de sus funciones son actos del Estado del funcionario. Sin embargo, el Sr. Wisnumurti debe insistir en el hecho de que este principio solo se puede aplicar caso por caso, teniendo en cuenta los hechos que rodearan el acto y las circunstancias pertinentes del caso. Antes de concluir, desearía subrayar que los informes sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tratan cuestiones controvertidas que la Comisión debe solucionar antes de que comience a elaborar proyectos de artículo. Ese es el motivo por el que aprueba la propuesta del Sr. McRae de que la Comisión establezca un grupo de trabajo en 2012.

42. Sir Michael WOOD subraya que los tres informes presentados por el Relator Especial seguirán siendo, con el memorando establecido por la Secretaría en 2008<sup>405</sup>, una lectura esencial para cualquiera que tenga que solucionar cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. El tercer informe constituye una parte importante del panorama general trazado por el Relator Especial y, a ese respecto, el orador subraya que no comparte la preocupación expresada el día anterior por el Sr. Pellet: es cierto que, por falta de tiempo, la Comisión no pudo sacar conclusiones del segundo informe, pero eso no tiene apenas importancia, puesto que el tercero habría podido perfectamente formar parte o constituir una adición del segundo. Además, las adiciones son habituales en el estudio de otros temas.

43. El orador señala que, como los demás oradores, aprueba en gran parte el informe objeto de examen. El Relator Especial explicó, al presentarlo, que se había utilizado una metodología diferente, puesto que se basaba en gran parte en la deducción y la lógica más que en la práctica, que era bastante escasa. Además, es evidente que se basa también en la vasta experiencia del Relator Especial. El orador suscribe lo que dice sobre el momento del examen de la cuestión de la inmunidad y casi todo lo que dice sobre la invocación de la inmunidad y aprueba además las dos secciones dedicadas a la renuncia de la inmunidad. Sin embargo, a la luz de las observaciones formuladas por la Sra. Jacobsson sobre las conclusiones y de la respuesta del Relator Especial, es evidente que todavía queda mucho por hacer. A este respecto, sería

<sup>405</sup> A/CN.4/596 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60.º período de sesiones, 2008).

interesante disponer, llegado el momento, de descripciones más amplias de los procedimientos en vigor en los diferentes sistemas jurídicos nacionales.

44. No obstante, el informe requiere cuatro observaciones. En primer lugar, no parece tratar expresamente de la inviolabilidad de la persona, por oposición a la inmunidad en el sentido estricto del término. Ahora bien, la inviolabilidad puede ser muy importante en la práctica y especialmente pertinente en lo que respecta al momento de la invocación de la inmunidad.

45. En segundo lugar, en lo relativo a la invocación de la inmunidad, no está seguro de que, como afirma el Relator Especial, se pueda distinguir claramente entre la troika, por un lado, y los demás altos funcionarios del Estado que puedan gozar de la inmunidad *ratione personae*, por otro. Como se dice de otros miembros, puede ocurrir perfectamente que las autoridades de un Estado, por ejemplo la policía o los tribunales, no conozcan a todos los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores de los 193 Estados existentes, al igual que puede ocurrir que conozcan el estatuto de determinados altos funcionarios del Estado que no formen parte de la troika. Por lo tanto, se puede dudar de que sea posible establecer a este respecto normas rígidas y universales, puesto que muchas cosas dependen de las circunstancias concretas de cada caso. Sea como fuere, si un Estado quiere que se respete la inmunidad de su funcionario, le interesa hacerlo saber claramente. Además, si bien las cuestiones jurídicas o factuales que rodean a la inmunidad son complejas, puede interesar también al Estado, aunque probablemente no deba estar obligado a ello, participar directamente si puede en el proceso para explicar su posición, en lugar de esperar a que las autoridades del Estado del foro o el propio tribunal planteen estas cuestiones.

46. En cuanto a la troika, el orador subraya una vez más que, para él, no se puede dudar de que, en lo que respecta al derecho internacional consuetudinario actual, los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores tienen la inmunidad *ratione personae* mientras estén en el ejercicio de sus funciones. Los intentos de la doctrina o incluso de miembros de la Comisión de cuestionar el fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre el particular no son más que una ilusión. En la causa de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, la Corte falló en virtud de una mayoría importante y explicó muy bien su posición en la resolución. La verdadera cuestión es la manera de decidir qué otros funcionarios del Estado gozan de la inmunidad *ratione personae*. Además, no es cierto que la inmunidad de los miembros en funciones de la troika no sea absoluta, al menos si se quiere describir el estado de la *lex lata*, y el orador subraya a este respecto que suscribe la opinión expresada por el abogado de Francia en la causa *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*.

47. En lo que respecta, en tercer lugar, a la invocación de la inmunidad, el Relator Especial indica con razón que el Estado del funcionario debe normalmente invocar la inmunidad *ratione materiae*. Algunas de las críticas de la argumentación del Relator Especial de las funciones respectivas del Estado del funcionario y del Estado del foro parecen inoportunas. La utilización del término

técnico «prerrogativa» no tiene nada de malo, aunque se podría haber evitado, y los términos utilizados por el Relator Especial, en general, se han escogido cuidadosamente y son apropiados. Sin embargo, no está seguro de que la deferencia concedida por la Corte Internacional de Justicia a la declaración del Secretario General de las Naciones Unidas<sup>406</sup> en la causa *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos* sea necesariamente oportuna frente a las declaraciones de los Estados, puesto que en ocasiones hay que investigar lo que estas ocultan.

48. En lo que respecta, en cuarto lugar, a la sección del tercer informe dedicada a la renuncia, en los párrafos 44 a 46 el Relator Especial trata la posibilidad de considerar que los Estados renuncian implícitamente a la inmunidad al convertirse en partes en determinados tratados. Sir Michael comparte las conclusiones generales del Relator Especial al respecto, puesto que considera que la opinión contraria se basa en un enfoque poco realista de la interpretación de los tratados. Al mismo tiempo, considera como el Sr. Pellet que la referencia, al final del párrafo 44, a la intención del Estado afectado no tiene razón de ser. O un tratado implica necesariamente la renuncia para todas las partes o no lo hace. La Cámara de los Lores británica llegó en la causa *Pinochet* a esta conclusión en lo que respecta a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, pero solamente después de haber analizado detalladamente los términos de esta Convención. Su razonamiento no se puede aplicar de manera irreflexiva a otros tratados.

49. El tema objeto de examen presenta un gran interés para los Estados, entre otros. Los ministerios de relaciones exteriores y sus asesores jurídicos se enfrentan constantemente, a este respecto, a cuestiones jurídicas graves que requieren una respuesta inmediata. La labor realizada por el Relator Especial puede ayudar mucho a los expertos, habida cuenta de que se basa en la experiencia y trata de ofrecer soluciones concretas a cuestiones concretas. En la sesión anterior se dijo que la Comisión pondría en peligro su reputación si no adoptaba un enfoque determinado del tema. Según el orador, la Comisión se desacreditaría si adoptaba posiciones irrealistas acogiendo favorablemente las posiciones extremas de determinados órganos que se dedican a este ámbito. Sus miembros lo son en efecto a título individual, como juristas, y su labor es contribuir a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional y no ser los portavoces de grupos o de intereses particulares.

50. La Comisión deberá decidir el próximo período de sesiones la manera de continuar su labor sobre el tema. Tiene básicamente dos opciones: puede tratar de codificar el derecho existente o puede adoptar una decisión consciente y proponer nuevas normas para que sean objeto del examen de los Estados. Cabe esperar que los Estados puedan aceptar nuevas normas con un enunciado meditado y cuidadosamente equilibrado e incluso que las acojan con satisfacción. Probablemente, llegado el momento, estas normas se deberán incorporar en una convención.

<sup>406</sup> Corte Internacional de Justicia, 2 de octubre de 1998, «Written statement submitted on behalf of the Secretary-General of the United Nations» (disponible en el sitio web de la Corte [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)).

Todas estas opciones tienen ventajas e inconvenientes. La codificación puede ser útil. Aclararía el derecho y colmaría las lagunas, como las que revelan las cuestiones de procedimiento examinadas en el tercer informe. Por otro lado, elaborar nuevas normas sería más difícil y solo sería útil si los Estados las aceptaran en gran medida. Sería interesante que los Estados indicaran, antes de la sesión siguiente de la Comisión, qué esperan de ella.

51. El Sr. PELLET indica que ha lamentado que la Comisión examine el tercer informe sobre el tema debido a un problema metodológico. Normalmente, el Relator Especial prepara un informe preliminar que sienta las bases de la reflexión futura. Ahora bien, en este caso, algunos elementos del informe preliminar han resultado controvertidos, pero la Comisión ha continuado sin ponerse de acuerdo sobre esas bases.

52. Por otro lado, en cuanto a las opciones propuestas por Sir Michael, convendría subrayar que, en el mandato de la Comisión, el desarrollo progresivo precede a la codificación.

**Las reservas a los tratados (conclusión\*) (A/CN.4/638, secc. A, A/CN.4/639 y Add.1, A/CN.4/647 y Add.1, A/CN.4/L.779, A/CN.4/L.793, A/CN.4/L.795)**

[Tema 2 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO (conclusión\*\*)

53. El PRESIDENTE invita al Presidente del Grupo de Trabajo sobre las reservas a los tratados a que presente su segundo informe sobre la labor del Grupo de Trabajo.

54. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ (Presidente del Grupo de Trabajo sobre las reservas a los tratados) recuerda que, en su 3099.ª sesión, celebrada el 6 de julio de 2011, la Comisión sometió al examen del Grupo de Trabajo sobre las reservas a los tratados el texto de un «Proyecto de recomendación o de conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional acerca del diálogo sobre las reservas», que figuraba en el párrafo 68 del 17.º informe del Relator Especial sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/647 y Add.1). Después de examinar cuidadosamente la cuestión y a la luz de la práctica seguida por la Comisión en el pasado, el Grupo de Trabajo convino en que era más apropiado que la Comisión, en lugar de dirigir recomendaciones directamente a los Estados, elaborara una serie de conclusiones sobre la cuestión del diálogo sobre las reservas acompañadas de una recomendación a la Asamblea General. Las nueve conclusiones aprobadas provisionalmente por el Grupo de Trabajo, precedidas de un preámbulo con ocho apartados y seguidas de una recomendación a la Asamblea General, se publicaron con la signatura A/CN.4/L.793.

55. Algunas de las modificaciones realizadas por el Grupo de Trabajo en el texto propuesto por el Relator Especial son dignas de aprobación. En el preámbulo, el Grupo de Trabajo añadió el segundo apartado, incluida la referencia al 17.º informe del Relator Especial. El tercer

apartado es una reformulación del segundo apartado original y dice ahora lo siguiente: «la necesidad de lograr un equilibrio satisfactorio entre los objetivos de la preservación de la integridad de los tratados multilaterales y la participación más amplia posible en ellos». Los apartados cuarto y quinto son el resultado de la división y de la reformulación del tercer apartado del preámbulo original. En cuanto al último apartado, la referencia a las organizaciones regionales se ha sustituido por una referencia general a las organizaciones internacionales.

56. En lo que respecta a las conclusiones que figuran bajo la sección I, la primera parte del texto de la tercera conclusión es nueva. En ella se subraya la importancia de la motivación de las reservas por el autor para determinar su validez. El Grupo de Trabajo consideró que era importante incluir este elemento como contrapeso a la afirmación que figuraba en la quinta conclusión de que las inquietudes acerca de las reservas que expresaban los Estados y las organizaciones internacionales podían ser útiles para la evaluación de la validez de las reservas. El contenido de la cuarta conclusión procede de la última frase del párrafo 1 propuesto por el Relator Especial, a la que se ha añadido una referencia, entre los resultados del examen periódico de las reservas, a la posibilidad de limitar su alcance. Por último, la recomendación que figura en la sección II es el párrafo 9 del texto original propuesto por el Relator Especial con algunos cambios de menor importancia. El Grupo de Trabajo recomienda a la Comisión que adjunte el texto publicado con la signatura A/CN.4/L.793 a la Guía de la Práctica.

57. En lo que respecta a la recomendación sobre mecanismos de asistencia en relación con las reservas, el Presidente del Grupo de Trabajo recuerda que la Comisión sometió a su examen el proyecto de recomendación sobre asistencia técnica y asistencia para la solución de controversias en materia de reservas que figura en el párrafo 101 del 17.º informe del Relator Especial. El Grupo de Trabajo recibió también una versión revisada del proyecto de recomendación preparada por el Relator Especial a la luz de las observaciones formuladas durante el debate en el pleno. El Grupo trabajó sobre la base de ese texto revisado, que examinó párrafo por párrafo.

58. Habida cuenta de las posiciones expresadas por algunos miembros en el debate en el pleno, el Grupo de Trabajo consideró que el texto de la recomendación debía adoptar la forma de una sugerencia a la Asamblea General y que las propuestas de la Comisión debían conservar un carácter general para dejar en gran medida abiertas las modalidades del mecanismo que se podría establecer. El texto de la recomendación aprobada provisionalmente por el Grupo de Trabajo se publicó con la signatura A/CN.4/L.795 y el Grupo de Trabajo propone que esta recomendación se incluya en el capítulo IV del proyecto de informe de la Comisión sobre la labor de su período de sesiones en curso.

59. En cuanto a las modificaciones del texto inicialmente propuesto, el Grupo de Trabajo consideró preferible limitar el alcance del mecanismo recomendado a los Estados y, por lo tanto, se han suprimido las menciones a las organizaciones internacionales del texto de la recomendación y del anexo.

\* Reanudación de los trabajos de la 3106.ª sesión.

\*\* Reanudación de los trabajos de la 3090.ª sesión.

60. En lo que respecta al preámbulo, se ha incluido una referencia a la formulación de las reservas en el segundo apartado y en el último apartado se prevé ahora el establecimiento de «mecanismos flexibles», fórmula que engloba el «observatorio» previsto en el párrafo 1 y el mecanismo de asistencia previsto en el párrafo 2 y en el anexo.

61. El párrafo 1 es nuevo. A propuesta del Relator Especial, contiene una sugerencia sobre el eventual establecimiento de un «observatorio» mundial en materia de reservas a los tratados en el seno de la Sexta Comisión y otra consistente en que la Asamblea General recomiende a los Estados que prevean el establecimiento de tales mecanismos en los planos regional y subregional. Como se indica en la nota, esos observatorios podrían inspirarse en el del CAHDI del Consejo de Europa.

62. En lo que respecta al anexo, a propuesta del Relator Especial a la luz de las observaciones formuladas durante el debate en el pleno, el mecanismo estaría compuesto ahora por «expertos» a secas y no por «expertos gubernamentales». El párrafo ii) se ha simplificado y se refiere ahora a las reservas, las objeciones a las reservas y la aceptación de las reservas y ya no se mencionan la interpretación, la validez ni los efectos de las reservas. En el párrafo iii), la palabra «controversia» se sustituyó por la palabra más general «diferencias». Por último, se añadió una nota de pie de página en la que se indica que los expertos que fueran designados para prestar asistencia a los Estados con respecto a la solución de las diferencias de opinión deberían ser distintos de los que hubieran prestado asistencia a una de las partes.

63. En conclusión, el Presidente del Grupo de Trabajo expresa la esperanza de que la Comisión tome nota del informe que acaba de presentar y de las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre un anexo de la Guía de la Práctica dedicado al diálogo sobre las reservas e incluya en su proyecto de informe una recomendación sobre mecanismos de asistencia en relación con las reservas.

64. El Sr. VASCIANNIE se sorprende, en lo que respecta a la recomendación sobre mecanismos de asistencia en relación con las reservas, de que el «observatorio», cuya naturaleza tampoco es muy clara, preceda al «mecanismo de asistencia» en las propuestas a la Asamblea General. Desearía recibir explicaciones al respecto.

65. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ (Presidente del Grupo de Trabajo) indica que ambas propuestas no se excluyen mutuamente y que, además, debido a motivos de lógica de redacción, la propuesta relativa al establecimiento de un mecanismo de asistencia precede directamente el anexo en el que se define ese mecanismo.

66. El Sr. VASCIANNIE propone, si no importa el orden en el que se presenten las sugerencias, invertirlo.

67. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que, aunque considera, como se desprende de su informe, que el mecanismo previsto en el párrafo 2 es más importante que el «observatorio» previsto en el párrafo 1, no tiene una opinión firme sobre el orden de estos párrafos.

68. El Sr. CANDIOTI dice que en la nota se podría, por comodidad, incluir la dirección del sitio web del CAHDI,

del que se pregunta además si constituye en sí mismo el observatorio o si comprende un órgano que ejerza esa función. Subraya asimismo que convendría alentar a los depositarios a mejorar constantemente los medios de comunicación de las reservas, por ejemplo creando bases de datos o sitios en Internet fácilmente accesibles, a fin de ayudar a los países con recursos limitados en este ámbito.

69. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ, en calidad de Vicepresidenta del CAHDI, dice que es el propio CAHDI quien ejerce permanentemente las funciones de observatorio en materia de reservas, con la colaboración de la secretaría del Consejo de Europa.

70. El Sr. NOLTE dice que prefiere que las propuestas se dejen en el orden que les dio el Grupo de Trabajo. Dar seguimiento a la primera propuesta, a saber establecer un «observatorio sobre las reservas», es más fácil que dar seguimiento a la segunda y por lo tanto el orden actual es más realista.

71. El Sr. DUGARD apoya la propuesta del Sr. Vasciannie —puesto que el párrafo 1 es bastante «eurocéntrico»—, con la referencia al CAHDI, mientras que el párrafo 2 se refiere a un mecanismo general.

72. El Sr. PETRIČ se suma al deseo del Sr. Nolte de que se conserve el orden actual de los párrafos.

73. El Sr. PELLET (Relator Especial) expresa su malestar por la razón dada por el Sr. Nolte y, más aún, por la ofrecida por el Sr. Dugard, pero reitera que el orden de los párrafos le importa poco.

74. Después de un debate en el que participan los Sres. NOLTE, PETRIČ, VÁZQUEZ-BERMÚDEZ (Presidente del Grupo de Trabajo) y PELLET (Relator Especial), el PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea tomar nota del informe oral del Presidente del Grupo de Trabajo sobre las reservas a los tratados, con la modificación propuesta por el Sr. Vasciannie sobre el orden de los párrafos en el documento A/CN.4/L.795, en el entendimiento de que la Comisión examinará, párrafo por párrafo, el contenido del anexo relativo al diálogo sobre las reservas y el de la recomendación relativa al mecanismo de asistencia, cuando apruebe su informe anual.

*Así queda acordado.*

**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]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

75. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que el tercer informe del Relator Especial presenta una gran coherencia con los dos informes anteriores<sup>407</sup> y se basa en una

<sup>407</sup> El informe preliminar aparece reproducido en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, y el segundo informe en *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631.

lógica rigurosa. Como los aspectos sustanciales del tema se examinaron en el informe preliminar y el segundo informe, el tercer informe, que se dedica a los aspectos procesales, se presta mucho menos a la controversia.

76. Sin embargo, algunas de las tesis formuladas en el tercer informe y resumidas en el párrafo 61 del documento son discutibles.

77. Cabe señalar, en particular, la indefinición respecto de los funcionarios o los representantes del Estado a los que se aplica la inmunidad, en especial cuando se hace referencia a una categoría ya establecida en los informes anteriores, la de «otros funcionarios que gozarían de inmunidad personal», y la voluntad persistente de definir una inmunidad en términos claramente expansivos, incluyendo también a los exfuncionarios del Estado.

78. Cabe subrayar que, en su tercer informe, el Relator Especial mantiene una concepción absoluta de la primacía de la voluntad del Estado del funcionario que, en este caso, se refleja en la primacía de esta voluntad respecto de la determinación de las personas que gozan de inmunidad, así como respecto de la exclusividad en la determinación de los que hayan de calificarse como «actos oficiales».

79. Aunque es cierto que el Relator Especial introduce ciertos elementos que pretenden incluir un equilibrio entre el Estado del funcionario y el Estado territorial, estas «cláusulas de salvaguardia» son insuficientes, por tres razones. En primer lugar, la determinación de los beneficiarios de la inmunidad es una materia propia del derecho internacional y no puede quedar exclusivamente reservada a normas de derecho interno y, menos aún, a una interpretación libérrima de las autoridades del Estado extranjero. En segundo lugar, el concepto de «acto oficial» debe objetivarse y someterse a criterios definidos por el derecho internacional, no pudiendo quedar sometido exclusivamente a decisión unilateral del Estado del funcionario. Esta exclusividad ni siquiera puede justificarse por el hecho —señalado por el Relator Especial— de que el reconocimiento del acto como «oficial» puede traducirse en el nacimiento de la responsabilidad del Estado extranjero. En tercer lugar, el principio de igualdad soberana y el principio *par in parem non habet imperium* obligan a tomar en consideración la opinión del Estado territorial. Ya que si bien es cierto que un Estado no puede quedar sometido a la jurisdicción de otro Estado de forma obligatoria y sin tener en cuenta su voluntad, no es menos cierto que la primacía absoluta de la voluntad del Estado del funcionario se traduce automáticamente en una limitación de los derechos soberanos del Estado territorial, cuyos tribunales no podrán ejercer jurisdicción sobre una persona sobre la base de la mera decisión de un tercer Estado cuya validez y buena fundamentación ni siquiera puede contestar.

80. En consecuencia, la Sra. Escobar Hernández no puede compartir todos los elementos contenidos en los apartados *d*, *g* e *i* del párrafo 61 del tercer informe del Relator Especial. Por el contrario, comparte plenamente lo señalado en relación con la necesidad de que la inmunidad se tome en consideración lo más pronto posible, incluso antes de que el procedimiento judicial haya sido iniciado.

81. Igualmente la Sra. Escobar Hernández comparte la idea de que el derecho de renuncia a la inmunidad del funcionario del Estado le corresponde al Estado en cuestión. Sin embargo, manifiesta sus reservas respecto de la posibilidad de invocar la inmunidad en cualquier momento, incluso cuando el Estado no ha realizado ningún acto de renuncia con anterioridad o cuando ha procedido a una renuncia parcial de la inmunidad de uno de sus funcionarios. Menos aún puede compartir la conclusión de que el Estado del funcionario podrá alegar la inmunidad en fase de apelación incluso cuando haya renunciado explícita o implícitamente en la fase de primera instancia. La renuncia a la inmunidad tiene importantes consecuencias en el plano jurídico y no solo en el plano político y, por tanto, debe regirse por la más estricta interpretación del principio de seguridad jurídica. Por ello, la Sra. Escobar Hernández no puede compartir todo lo que se dice en el apartado *o* del párrafo 61 del tercer informe.

82. Respecto del nacimiento de la responsabilidad para el Estado territorial por no tomar en consideración la inmunidad, podría aceptarse lo dicho por el Relator Especial en el tercer informe, aunque parece excesiva la afirmación que se contiene en la primera frase del apartado *b*.

83. Por último, por lo que se refiere a la relación entre inmunidad de jurisdicción penal del funcionario del Estado extranjero, de un lado, y la propia responsabilidad del citado Estado, de otro, la Sra. Escobar Hernández comparte —en general— lo señalado en los apartados *q* y *r* del párrafo 61.

84. Sin embargo, le resulta más difícil compartir la advertencia que figura al final del párrafo 60, conforme a la cual, 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. A su juicio, esta referencia a la injerencia en asuntos internos de un Estado como consecuencia del ejercicio de la jurisdicción de otro Estado es excesiva.

85. En conclusión, la Sra. Escobar Hernández lamenta profundamente que el Sr. Kolodkin no prosiga su labor de Relator Especial sobre el tema objeto de examen y expresa su deseo de que la nueva Comisión elegida en noviembre de 2011 siga atribuyendo un lugar preferente al tratamiento de este tema.

86. El Sr. VASCIANNIE apoya la mayoría de las conclusiones formuladas por el Relator Especial en su tercer informe. Como ha señalado el Sr. McRae, el Relator Especial se ha guardado de todo dogmatismo cuando la práctica era insuficiente o no sugería respuestas definitivas.

87. En lo que respecta a las tesis expuestas en el párrafo 61 del tercer informe, el Sr. Vasciannie aprueba plenamente la idea de que la cuestión de la inmunidad debe examinarse en la fase inicial del procedimiento judicial o en la fase de instrucción, como han admitido otros miembros. Está de acuerdo también con la idea de que el hecho de no plantear la cuestión de la inmunidad *in limine litis* puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado del foro.

88. El Relator Especial tiene razón cuando dice que, en principio, la invocación de la inmunidad debe emanar del Estado del funcionario (en el apartado *c*), aunque se podría prever cierto grado de flexibilidad. En el párrafo 15 de su informe, el Relator Especial indica que la invocación de la inmunidad o la declaración de la inmunidad no es jurídicamente vinculante, es decir, no tiene consecuencias jurídicas, si no emana del Estado del interesado. El Sr. Vasciannie se suma al Sr. Dugard y a los demás miembros que han preguntado si podía haber excepciones a esa regla. El Relator Especial podría estudiar la cuestión de si la invocación de la inmunidad por el propio funcionario puede tener efectos jurídicos. Debería, por ejemplo, tener un efecto suspensivo en el proceso hasta que el Estado del que sea funcionario confirme el estatuto del interesado. Esta idea puede estar implícita en la afirmación del Relator Especial de que el Estado del foro debe saber que se han previsto medidas de procedimiento penal para que se aplique la regla relativa a la invocación, pero podría resultar útil a las personas imputadas saber que pueden señalar su estatuto a la atención del tribunal en una fase temprana del proceso.

89. En relación con una cuestión conexas, el Relator Especial señala, basándose en parte en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, que el tribunal del Estado del foro no tiene la obligación de examinar de oficio la cuestión de la inmunidad. El Sr. Vasciannie aprueba esta conclusión y pregunta si se podrían ofrecer directrices sobre las circunstancias en las que el tribunal del Estado del foro puede ejercer su potestad de oficio. Ello no iría necesariamente en contra de la norma principal, que consiste en que el tribunal puede optar por examinar la inmunidad únicamente previa invocación por el Estado del funcionario.

90. El Sr. Vasciannie aprueba de forma general las conclusiones del Relator Especial sobre el procedimiento que debe seguir el Estado del funcionario para informar al Estado del foro y, en particular, la idea de que no es necesario que se invoque la inmunidad ante el tribunal extranjero y que se puede hacer por la vía diplomática. Sin embargo, convendría no formular una norma demasiado estricta en virtud de la cual, en el caso de la troika, el propio Estado del foro deba examinar la cuestión de la inmunidad independientemente de su invocación por el Estado del funcionario.

91. En cuanto a la renuncia, el Sr. Vasciannie está satisfecho con el enfoque recomendado por el Relator Especial. La renuncia a la inmunidad de los miembros de la troika debe ser expresa (y, en opinión del Sr. Vasciannie, ello debería incluir los casos en los que el Estado del funcionario solicite a otro Estado que adopte medidas de procedimiento penal). En el caso de los demás funcionarios, la renuncia puede ser expresa o tácita. La renuncia tácita plantea determinadas cuestiones de orden técnico, pero la Comisión podría estudiarlas cuando se centre en los proyectos de artículo.

92. En las conclusiones que formula en el apartado *r* del párrafo 61 y en la sección de su informe que precede al resumen, el Relator Especial examina la relación entre la inmunidad del funcionario del Estado y la responsabilidad

del Estado del funcionario. Indica que un Estado que invoque la inmunidad de un funcionario al que se atribuyan determinados actos reconoce que esos actos son suyos y que pueden dar lugar a responsabilidad en virtud del derecho internacional. El Sr. Vasciannie no está de acuerdo al respecto. Como ha señalado el Sr. Singh, diversos motivos pueden explicar que el Estado del funcionario invoque la inmunidad del interesado, incluido el deseo de examinar la cuestión en la que se base su imputación. El Estado del funcionario también puede desear invocar rápidamente la inmunidad para evitarle incomodidades innecesarias, antes de tener una opinión clara sobre su responsabilidad. En esas circunstancias, tal vez haya que tener en cuenta la invocación de la inmunidad para determinar si se cumple el requisito de la atribución en lo que respecta al Estado extranjero, pero el Sr. Vasciannie no aprueba la norma tan estricta que el Relator Especial parece prever en el apartado *r* del párrafo 61.

93. Por último, algunas cuestiones importantes abordadas en el segundo informe del Relator Especial siguen pendientes, especialmente la de la naturaleza y el alcance de la inmunidad que deberían tener los miembros de la troika. Como han propuesto el Sr. McRae y otros miembros, esta cuestión se podría confiar en 2012 a un grupo de trabajo que la examinaría más adelante habida cuenta de las diferentes opiniones expresadas en el seno de la Comisión. Esta también podría esperar a la designación de un nuevo Relator Especial y darle la posibilidad de expresar su opinión sobre esta cuestión antes de remitirla a un grupo de trabajo. En el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1989* (vol. II, segunda parte), en el capítulo dedicado a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, se indica que el párrafo 2 del artículo 4 del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión dice lo siguiente: «Los presentes artículos se entenderán asimismo sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los jefes de Estado»<sup>408</sup>. ¿Por qué no los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores? El Sr. Sucharitkul, Relator Especial, respondió que

los privilegios e inmunidades de que gozaban esas personas, así como los de los miembros de la familia de los jefes de Estado, se concedían más bien por razones de cortesía internacional que de conformidad con normas reconocidas de derecho internacional<sup>409</sup>.

Parece que algunos insistieron sobre el particular, porque más adelante se indica lo siguiente:

Con respecto al párrafo 2, varios miembros sugirieron que se hiciera extensivo el alcance de la disposición a los jefes de Estado cuando actuaban a título privado y a los jefes de gobierno, los ministros de relaciones exteriores y otras personalidades de rango elevado<sup>410</sup>.

Se puede leer a continuación que el Relator Especial no veía ninguna objeción a que se mencionara a los jefes de gobierno, los ministros de relaciones exteriores y otros funcionarios de rango elevado, pero sí a los miembros de la familia de los jefes de Estado, puesto que seguía dudando de que gozaran de un estatuto especial «con arreglo a las normas reconocidas de derecho

<sup>408</sup> *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 109, párr. 443.

<sup>409</sup> *Ibíd.*, pág. 110, párr. 446.

<sup>410</sup> *Ibíd.*, párr. 448.

internacional»<sup>411</sup>. Ello hace pensar que el Relator Especial había cambiado de opinión sobre la cuestión de si los miembros de la troika gozaban de la inmunidad *de lege lata*.

94. Se ve que la cuestión no es nueva y que no es la primera vez que la Comisión debe abordarla. Por lo tanto, no se puede imaginar que la reputación de la Comisión pueda resultar afectada por la manera en la que tratará de resolverla.

*Se levanta la sesión a las 13.00 horas.*

### 3115.ª SESIÓN

*Viernes 29 de julio de 2011, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Maurice KAMTO

*Miembros presentes:* Sr. Cafilich, Sr. Candiotti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sra. Escobar Hernández, Sr. Fomba, Sr. Galicki, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kolodkin, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Murase, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Perera, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

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

[Tema 8 del programa]

##### TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

1. El Sr. FOMBA felicita al Relator Especial por la considerable labor de investigación y de análisis que ha realizado a fin de proporcionar a la Comisión un marco lógico y coherente para su examen del tema. Es lamentable que no se haya formulado un proyecto de artículos, aunque habría sido prematuro hacerlo antes del examen del segundo informe del Relator Especial<sup>412</sup>, dado que el enfoque adoptado para las cuestiones sustantivas repercutiría en los aspectos de procedimiento abordados en el tercer informe.

2. En lo concerniente a la cuestión fundamental de las excepciones a la inmunidad, el orador dice que en el párrafo 94 *o* de su segundo informe, el Relator Especial afirma que no se ha establecido una norma de derecho internacional para tales excepciones ni existe una tendencia al establecimiento de esa norma. Esa afirmación debe fundamentarse mediante un examen metodológico y riguroso de la práctica pertinente. De no mediar esa fundamentación, el derecho internacional debe desarrollarse

progresivamente previendo una excepción a la inmunidad relacionada con los graves crímenes internacionales.

3. En relación con el tercer informe (A/CN.4/646), el orador dice que, en lo que se refiere a conocer la identidad de la troika, las palabras «por lo general» que figuran en el párrafo 19 resultan bastante apropiadas, dado que también puede darse el caso de que no se conozca la identidad de tales personas. Evidentemente se producen fallos de protocolo.

4. El orador está de acuerdo con la conclusión del párrafo 55 del informe acerca de la forma de la renuncia a la inmunidad. En el párrafo 60 figura una magnífica descripción del dilema al que se enfrenta un Estado al decidir si reconoce que el comportamiento de un funcionario es oficial, con lo que establece las premisas de su posible propia responsabilidad por tal comportamiento.

5. En general, ha de establecerse una distinción entre la inmunidad personal y funcional. Por lo que respecta a la inmunidad personal, también es necesario distinguir entre lo que puede denominarse «inmunidad primaria», a saber, la que disfruta la troika, y la «inmunidad secundaria». Ha de hacerse una segunda distinción entre los casos en que la cuestión de la inmunidad ha de plantearse o no plantearse *proprio motu* por el Estado que ejerce la jurisdicción. Hay una tercera distinción entre los casos en que el Estado del funcionario ha informado o no ha informado de la situación de su funcionario.

6. Es lógico inferir del argumento de que la inmunidad ha de plantearse *in limine litis* el hecho de que puede invocarse únicamente ante un tribunal de primera instancia y no en la etapa de la apelación. Sin embargo, ese es un enfoque absolutista: debe considerarse la posibilidad de permitir que pueda invocarse la inmunidad en la etapa de la apelación si resulta necesario en ciertos casos. De todas formas, la función de la inmunidad ha de tenerse en cuenta y será necesario determinar cómo funcionará la inmunidad en los distintos tipos de tribunales.

7. Los 18 puntos que figuran en el resumen del informe (párr. 61) se hacen eco de las principales cuestiones planteadas en relación con el tema. En el párrafo 61 *c* se sugiere que la invocación de la inmunidad por el propio funcionario no tiene trascendencia jurídica; no obstante, sería acertado tener en cuenta esa situación al redactar el proyecto de artículos, especialmente porque, en el párrafo 15, el Relator Especial indica que esa declaración de inmunidad por un funcionario no carece de validez en las actuaciones judiciales. La tercera oración del párrafo 61 *f* es tal vez demasiado categórica al señalar que el Estado que ejerce la jurisdicción no está obligado a examinar la cuestión de la inmunidad *proprio motu*. Tal vez convenga reflexionar más sobre este asunto.

8. El orador está de acuerdo con las descripciones del párrafo 61 *l* respecto de la situación en que la renuncia a la inmunidad tal vez no tenga que ser expresada y respecto de la no renuncia a la inmunidad.

9. Para concluir, el orador dice que es partidario de tomar nota de las conclusiones que figuran en los informes y de pasar la antorcha a la nueva Comisión elegida

<sup>411</sup> *Ibíd.*, párr. 450.

<sup>412</sup> *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631. Por lo que respecta al examen del segundo informe en el actual período de sesiones, véanse las sesiones 3086.ª a 3088.ª *supra*.