

internacional»⁴¹¹. 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 Especial⁴¹², 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

⁴¹¹ *Ibíd.*, párr. 450.

⁴¹² *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*.

en 2012. Esta se encargará de examinar si debe establecerse un grupo de trabajo para examinar la cuestión crucial de las excepciones a la inmunidad.

10. El Sr. KOLODKIN (Relator Especial), resumiendo el debate sobre sus informes segundo y tercero, dice que le agrada haber puesto en marcha un vivo debate y agradece las observaciones y también las duras críticas que en ocasiones se han realizado. Las principales cuestiones que se han planteado son qué funcionarios del Estado disfrutaban, no disfrutaban o no deben disfrutar de inmunidad de jurisdicción penal extranjera; el alcance de la inmunidad; si la inmunidad constituye una norma jurídica internacionalmente reconocida y, de ser así, si hay o debe haber alguna excepción o restricción respecto de ella; y si el enfoque de la inmunidad debe graduarse sobre la base del tipo de delito cometido por funcionarios del Estado (delitos ordinarios o los sumamente graves que causan preocupación a toda la comunidad internacional).

11. Los miembros de la Comisión que son partidarios de un enfoque minimalista han subrayado la necesidad de luchar contra la impunidad por considerar que la inmunidad es una institución del pasado y desfasada en relación con las tendencias actuales del derecho internacional. Han criticado al orador por prestar una atención insuficiente a los hechos; por evaluar falsamente algunos hechos; por adoptar un enfoque absolutista respecto de la soberanía del Estado; y por defender la igualdad soberana y la no injerencia en los asuntos internos. Algunos miembros de la Comisión han establecido una distinción entre la inmunidad y la responsabilidad y han identificado aquella con la impunidad, remitiéndose a principio de la igualdad de todos ante la ley. Así pues, las principales conclusiones e incluso la base conceptual del segundo informe del Relator Especial han sido impugnadas con firmeza.

12. Otros miembros de la Comisión han apoyado en términos generales el punto de vista del Relator Especial. Sin restar valor a la importancia de luchar contra la impunidad o a las actuales tendencias del derecho internacional, esos miembros han subrayado la importancia de la inmunidad a los efectos de garantizar adecuadas relaciones internacionales e interestatales y evitar abusos en ese ámbito.

13. Una tercera línea de pensamiento propugnada por algunos miembros de la Comisión ha sido que el análisis que hace el Relator Especial del derecho internacional *de lege lata* puede estar en buena medida justificado, si bien, en interés del desarrollo progresivo del derecho internacional *de lege ferenda* y a los efectos de establecer un equilibrio adecuado entre la lucha contra la impunidad y la garantía de la estabilidad y la previsibilidad de las relaciones internacionales, deben restringirse más la inmunidad y el círculo de personas que la disfrutaban.

14. En respuesta a ciertas críticas generales y concretas de los informes segundo y tercero del Relator Especial, este manifiesta lo que figura a continuación.

15. En defensa de su afirmación de que la mayoría de los intentos de establecer una jurisdicción universal o extraterritorial los hacen los países desarrollados en contra de funcionarios o exfuncionarios de Estados en desarrollo, el orador cita 18 países contra cuyos funcionarios

se ha intentado o se está intentando ejercer una jurisdicción penal extranjera, de los que 15 son países en desarrollo. Entre los países que han puesto en marcha tales actuaciones figuran España, Italia, Bélgica, el Reino Unido, Alemania, Francia, los Países Bajos, los Estados Unidos, Suiza y la Argentina. El orador tal vez se debería haber limitado a incluir las listas en uno de sus informes.

16. El orador no puede aceptar las críticas que se han formulado contra él por haber dejado presuntamente de lado los hechos en favor de un enfoque legalista. Si bien la ley carece ciertamente de sentido sin hechos, no resulta muy difícil identificar tales hechos en relación con los intentos de ejercer la jurisdicción penal sobre determinados funcionarios. No obstante, los hechos pueden observarse desde ángulos diferentes y la Comisión no es un órgano de determinación de los hechos. Sus miembros tienen diferentes visiones del mundo y diferente formación jurídica y personal, que naturalmente influyen en sus posiciones sobre los asuntos que examinan. Esa diversidad de opiniones resulta beneficiosa, aun cuando complica la búsqueda del consenso.

17. Los conceptos contemporáneos de derecho internacional en general y de soberanía en particular difieren mucho de las ideas imperantes hace 20 o 30 años. La lucha contra la impunidad ocupa actualmente un lugar clave en los planes internacionales del mundo contemporáneo. La responsabilidad penal individual por la comisión de graves crímenes con arreglo al derecho internacional y la jurisdicción penal internacional han pasado a ser innegables. Todas esas afirmaciones son axiomas. No obstante, también resulta obvio, por lo menos para el orador, que la evolución de los derechos humanos ha afectado profundamente a los principios de la igualdad soberana de los Estados y la no injerencia en sus asuntos internos, aunque sin menoscabarlos. El problema que ha de examinarse no es en qué medida las transformaciones del mundo contemporáneo y del derecho internacional han influido en la soberanía estatal en general, sino, de manera más concreta, cómo se han visto afectadas la inmunidad de los funcionarios del Estado en general y la inmunidad frente a la jurisdicción penal nacional de otros Estados en particular.

18. En la actualidad, el derecho internacional se inclina claramente hacia el surgimiento de la jurisdicción penal internacional y está en contra de la inmunidad de tal jurisdicción. No obstante, ha de distinguirse entre la inmunidad de los funcionarios frente a la jurisdicción penal extranjera y la inmunidad en el contexto de la jurisdicción penal internacional. El artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que ha sido citado como prueba del cambio de actitud frente a la inmunidad, no es realmente pertinente para el tema, ya que se ocupa de la inmunidad frente a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y no frente a la jurisdicción penal extranjera. No obstante, dado que se ha mencionado el Estatuto de Roma, cabe recordar su artículo 98, que confirma que las obligaciones impuestas por el derecho internacional de resultados de la inmunidad que tienen en los Estados partes en el Estatuto de Roma los funcionarios de Estados no partes han de cumplirse aun cuando los funcionarios sean sospechosos de haber cometido delitos incluidos dentro de la jurisdicción de la Corte.

19. Ciertamente el orador tiene firmes opiniones sobre el tema de la inmunidad y ha considerado más adecuado expresarlas en sus informes en lugar de hacer una relación de posibles enfoques, como ya se hecho exhaustivamente en el excelente memorando de la Secretaría⁴¹³. El orador ha formado sus opiniones no *a priori*, sino mediante un estudio empírico. Su formación personal y jurídica, particularmente su dilatada experiencia en el departamento de asuntos jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia, han influido sin duda en su visión primordialmente positivista del derecho, visión que contiene algunas ideas valiosas.

20. Su análisis de la práctica y la posición de los Estados, los fallos de la Corte Internacional de Justicia y de los tribunales nacionales y la literatura especializada no indican que la soberanía del Estado y la inmunidad de los funcionarios del Estado hayan perdido importancia en el contexto de la jurisdicción penal extranjera. La interacción entre la soberanía y la inmunidad es particularmente importante respecto de la jurisdicción penal extranjera por contraposición con la jurisdicción civil extranjera. Las medidas adoptadas durante las investigaciones penales frecuentemente entrañan restricciones, privación de libertad o interrogatorios de funcionarios, que abarcan hechos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales. Los funcionarios, incluidos los de alto nivel, pueden ser detenidos o arrestados. Todos esos factores afectan directamente al ejercicio de la soberanía estatal y a la competencia nacional. De ahí la importancia del consentimiento del Estado, manifestado de una forma u otra, al ejercicio por otro Estado de la jurisdicción penal sobre sus funcionarios. Las modificaciones del derecho internacional aún no han alterado esas bases fundamentales del sistema internacional.

21. Se han manifestado diferentes opiniones en relación con el alcance de la inmunidad y el enfoque «generalista» del orador. Este ha actuado sobre la base de que todos los funcionarios y exfuncionarios estatales disfrutan de inmunidad funcional frente a la jurisdicción penal extranjera, es decir, inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales. Esa hipótesis cuenta con fundamentos suficientes en el segundo informe, particularmente los párrafos 21 y 23. En tales casos, los actos realizados por funcionarios no son exclusivamente de ellos, sino que son de hecho actos del Estado.

22. Las opiniones difieren en cuanto a quién debe disfrutar de inmunidad personal. En opinión del orador, la afirmación de que los ministros de relaciones exteriores o incluso la troika no disfrutan o no deben disfrutar de inmunidad no puede verse respaldada por análisis políticos y jurídicos objetivos. Los debates al respecto han mostrado que existe escaso apoyo a esa posición dentro de la Comisión. Varios miembros han dicho que el grupo de funcionarios que disfruta de inmunidad personal debe limitarse a la troika. No obstante, el orador ya ha señalado un fallo de la Corte Internacional de Justicia en el que se sugiere que, además de la troika, hay otros funcionarios de alto nivel que disfrutan de inmunidad personal. Hay sentencias de tribunales nacionales que se basan

en ese fallo y que reconocen que disfrutan de inmunidad personal no solo los miembros de la troika, sino también otros altos funcionarios, como los ministros de defensa y de comercio. La disposición favorable de los gobiernos ha sido tenida en cuenta por los tribunales nacionales para dictar tales fallos, que tienen ahora fuerza de ley. La lógica en que se basan tales fallos dimana en parte de modificaciones globales: hay importantes funciones del Estado, incluida la representación del Estado en las relaciones internacionales, que ya no son exclusivas de la troika. El orador no tiene conocimiento de ningún fallo judicial en el que se establezca tajantemente que no hay otros funcionarios, aparte de los de la troika, que disfruten de inmunidad personal. ¿En qué medida, pues, se trata de un enfoque restrictivo basado en la ley?

23. Varios miembros de la Comisión han subrayado la necesidad de proceder con cautela y rigor al abordar la cuestión y ese es ciertamente el enfoque adecuado. De hecho, el orador lo ha aplicado para formular las propuestas que figuran en su informe preliminar⁴¹⁴, en relación con el establecimiento del criterio de que los altos funcionarios distintos de los de la troika han de reunirse para disfrutar de inmunidad personal, y en su tercer informe, en el sentido de que debe distinguirse entre tales personas y las de la troika en cuanto a los aspectos procesales de la inmunidad, a pesar de que la inmunidad personal es la misma para ambos grupos.

24. Las diferencias de opinión más acusadas guardan relación con las excepciones a la inmunidad. Ha generado numerosos debates la afirmación de que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es una norma firmemente arraigada en el derecho internacional y de que las excepciones a la inmunidad han de probarse, particularmente por lo que respecta a los crímenes más graves. Cuando algunos dicen que la inmunidad es una norma, en tanto que otros están en desacuerdo, tal vez están simplemente refiriéndose a diferentes cuestiones y situaciones. El derecho de los Estados a ejercer su jurisdicción respecto de los delitos cometidos en su territorio es indudablemente una norma, aunque el hecho de que determinadas personas, como los funcionarios extranjeros, estén protegidas frente a la jurisdicción territorial en virtud de su inmunidad constituye una excepción a la norma. Por otra parte, por lo que respecta a la pregunta de si un Estado puede adoptar medidas procesales penales que impongan una obligación a un funcionario de otro Estado o sean coercitivas, el orador dice que, en general, ha de responderse negativamente a esa pregunta, aunque ha de responderse afirmativamente en algunos casos; la inmunidad es la norma y la falta de inmunidad es la excepción.

25. A pesar de las divergencias de opinión manifestadas, el orador considera difícil imaginar, incluso por lo que respecta al núcleo básico de crímenes, que la Comisión se desvíe de la posición jurídica de la Corte Internacional de Justicia en sus fallos en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* y, cinco años después, en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*. Esos

⁴¹³ A/CN.4/596 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60.º período de sesiones, 2008).

⁴¹⁴ *Anuario...* 2008, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601.

dos fallos no solo se refieren a la inmunidad personal inalienable de los altos funcionarios frente a la jurisdicción penal extranjera, sino que en el último fallo se manifiesta lo siguiente:

en derecho internacional está firmemente establecido que, lo mismo que los agentes diplomáticos y consulares, algunos titulares de altos cargos del Estado, como jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores, gozan de inmunidad de jurisdicción, tanto civil como penal, de los Estados extranjeros [párr. 170].

Así pues, en los dos fallos, dictados en el transcurso de seis años, la inmunidad se considera una norma firmemente establecida, por lo menos por lo que respecta a la inmunidad personal de la troika. Además, según la Corte Internacional de Justicia, no puede haber excepciones a esa norma y dicha posición es objeto de un amplio apoyo por parte de los Estados, así como en los fallos de los tribunales nacionales y en la literatura especializada, aunque en esta se exponen evidentemente otros puntos de vista.

26. El orador está de acuerdo en que ha sido erróneo utilizar el calificativo de «absoluta» para la inmunidad, ya que, aunque aparece frecuentemente, está fuera de lugar cuando se aplica a la inmunidad personal. Esta tiene una limitación temporal. Se aplica únicamente mientras una persona ocupa uno de los cargos más altos del Estado. Al igual que la inmunidad funcional, la inmunidad personal entraña protección no frente a todas las medidas procesales penales, sino solamente frente a las que imponen una obligación al funcionario o son coercitivas.

27. Así pues, si la Comisión examina la cuestión de las excepciones a la inmunidad, lo más probable es que tenga que hacerlo únicamente respecto de la inmunidad *ratione materiae*. Incluso quienes propugnan excepciones a la inmunidad no se ponen de acuerdo sobre las razones de las posibles excepciones: ha corrido mucha tinta sobre ese asunto. Además, la práctica de los Estados y los fallos de los tribunales nacionales no muestran una tendencia hacia tales excepciones, aunque, tal como ha mencionado el orador en su segundo informe, en determinadas circunstancias la inmunidad funcional puede no aplicarse mientras ejerce su jurisdicción territorial un Estado en que se ha cometido un delito. Habida cuenta del debate sobre el tema, sería útil examinar con más detenimiento las circunstancias en que puede ejercerse la jurisdicción territorial.

28. Para que pueda abrirse paso una nueva norma que restrinja la inmunidad, ha de predominar la práctica correspondiente. En su análisis, el orador ha mostrado que ese no es el caso. No obstante, hay cierto margen para considerar ciertas excepciones que no se mencionan en el segundo informe (por ejemplo, cuando la inmunidad se suspende como contramedidas).

29. Si la Comisión no recibe nueva información de los Estados que arroje luz sobre las posibles excepciones a la inmunidad, será difícil sostener, *de lege lata*, que no hay excepciones a la inmunidad personal o funcional aparte de la mencionada por el orador en su segundo informe. Ello no impide que la Comisión redacte normas jurídicas internacionales, como, por ejemplo, en forma de un tratado internacional, si considera que ello es apropiado.

30. En relación con el contexto en que muchos miembros de la Comisión han examinado el tema, a saber, las razones para establecer nuevas restricciones a la inmunidad, el orador dice que no es viable la idea de que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera debe reducirse al mínimo, en consonancia con el principio de igualdad de todos ante la ley. A pesar del principio de igualdad, los funcionarios y miembros de los parlamentos de un gran número de países siguen disfrutando de inmunidad de jurisdicción penal ante los tribunales nacionales. ¿Por qué, pues, no deben disfrutar los funcionarios de inmunidad de jurisdicción penal extranjera?

31. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera se ha contrastado con la lucha contra la impunidad y con la responsabilidad. En opinión del orador, esa no es tampoco una posición viable. Se ha dicho acertadamente que, en el plano internacional, la lucha contra la impunidad tiene lugar en un frente muy amplio, en cuya vanguardia se encuentran órganos con jurisdicción penal internacional y Estados que cooperan en la lucha contra la delincuencia. El derecho internacional ha realizado inmensos avances en los últimos años en esa esfera concreta. En cuanto al procesamiento de los funcionarios de un Estado bajo la jurisdicción de otro, en este caso el concepto que está surgiendo de jurisdicción penal universal tropieza con graves problemas y no solo en lo concerniente a la inmunidad. Ese tipo de procesamiento constituye un aspecto bastante discreto y limitado de los esfuerzos que se realizan a nivel internacional para luchar contra la impunidad y no está muy generalizado entre los propios Estados. Tiene poco fundamento el argumento de que los funcionarios del Estado deben ser juzgados en otros Estados por la comisión de los delitos internacionales más graves. Si los Estados hubiesen considerado adecuado es enfoque, no habría sido necesario establecer la Corte Penal Internacional.

32. En general, el tercer informe ha sido menos controvertido que el segundo, aunque las semejanzas conceptuales entre los dos han generado similares divergencias de opiniones, particularmente por lo que respecta a cómo se reparten las prerrogativas entre el Estado del funcionario y el Estado que ejerce la jurisdicción.

33. Algunas de las conclusiones formuladas por el orador son objeto de un amplio apoyo. Eso es así por lo que respecta a la idea de que la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de funcionarios de un Estado ha de abordarse en principio en una de las etapas iniciales de las actuaciones judiciales o incluso antes, en la etapa prejudicial. En relación con este tema, se ha manifestado la opinión de que el hecho de no hacerse así no siempre puede considerarse una violación de las obligaciones dimanantes de la inmunidad, observación esta con la que está de acuerdo el orador. También se han formulado observaciones útiles en relación con la pertinencia de la cuestión de la inviolabilidad de los funcionarios, sobre todo en las primeras etapas de las actuaciones penales.

34. Se ha alcanzado también un acuerdo razonablemente amplio por lo que respecta a la idea del orador de que la inmunidad ha de ser invocada por el Estado del funcionario y no por el propio funcionario a fin de que tenga validez jurídica. No obstante, se ha destacado que la invocación de la inmunidad por un funcionario debe producir algún

tipo de consecuencias. El orador está de acuerdo con esa posición: de hecho, en el párrafo 15 de su tercer informe indica que la declaración por un funcionario de que disfruta de inmunidad tiene cierta validez. El Estado que ejerce la jurisdicción no puede hacer simplemente caso omiso de esa declaración, que constituye la base para que pueda examinar la cuestión de la inmunidad del funcionario. Incluso puede verse obligado a hacerlo con arreglo a su legislación interna. No obstante, desde el punto de vista del derecho internacional, no se puede atribuir a la declaración de inmunidad realizada por la persona en cuestión la misma validez que a la declaración realizada por el Estado del funcionario, ya que este es únicamente el beneficiario de una inmunidad que realmente pertenece al Estado.

35. Se ha expresado un amplio apoyo a la idea de que la renuncia a la inmunidad es una prerrogativa del Estado del funcionario y no del propio funcionario.

36. En lo concerniente a la carga de invocar la inmunidad, se manifestó cierto apoyo a la idea de diferenciar entre las personas que disfrutaban de inmunidad en calidad de miembros de la troika y los demás funcionarios. No obstante, también se manifestó la opinión de que esa distinción carece de sentido, dado que es igual de fácil para un Estado invocar la inmunidad de los funcionarios pertenecientes a la troika como la de los demás funcionarios. El orador no está totalmente de acuerdo con esta observación. Es cierto que los Estados frecuentemente plantean la cuestión de la inmunidad de los altos funcionarios, pero eso no significa que estén obligados a hacerlo.

37. Además, se ha señalado que la policía y otras autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción no siempre saben quiénes son los más altos funcionarios de ciertos Estados y que no tienen por qué ser responsables de plantear la cuestión de la inmunidad en relación con la troika. El orador no está convencido de que el hecho de que un policía de un Estado desconozca que ha detenido al Presidente de otro Estado exonere al primer Estado de responsabilidad por ese acto. Se trata realmente de una cuestión de coordinación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y los ministerios de relaciones exteriores. Se ha subrayado la importancia de la comunicación entre Estados, haciendo especial hincapié en la necesidad de que el Estado que ejerce la jurisdicción informe al Estado del funcionario de las medidas que se están adoptando.

38. La cuestión de las razones de la inmunidad funcional ha generado divergencias. El orador está de acuerdo en que es menester precisar la cuestión a fin de establecer un equilibrio entre la prerrogativa del Estado del funcionario de declarar que una persona actúa en el desempeño de sus funciones oficiales y la prerrogativa del Estado que ejerce la jurisdicción de no aceptar a ciegas esa declaración. Todo dependerá en gran medida de las circunstancias concretas del caso. Puede ocurrir que el comportamiento de un funcionario sea manifiestamente tan oficial que el Estado que ejerce la jurisdicción puede llegar a esa conclusión por sí mismo, aunque eso no significa que tenga la obligación de hacerlo.

39. También han surgido controversias respecto del alcance que ha de atribuirse a la razones de la inmunidad funcional o personal de los funcionarios no pertenecientes

a la troika. La propia idea de que existe la troika ha sido negada repetidamente. No obstante, se ha destacado y se ha acordado que el objetivo de la obligación de exponer las razones de la inmunidad funcional es únicamente determinar si un funcionario ha actuado en el desempeño de sus funciones oficiales y no obligar a un Estado a defender sus intereses ante un tribunal extranjero. Se ha expresado un apoyo considerable a la idea de que las razones de la inmunidad no han de exponerse ante un tribunal extranjero, ya que bastan a tal efecto los cauces diplomáticos.

40. Se han manifestado diferentes opiniones que se hacen eco de enfoques conceptuales divergentes en relación con los párrafos 44 y 45 del informe, en el sentido de si la firma por un Estado de un acuerdo internacional en el que se tipifican ciertos actos entraña una renuncia a la inmunidad de los funcionarios que realicen tales actos.

41. En general, el orador tiene la impresión de que, al margen de las cuestiones planteadas en los párrafos 44 y 45, la renuncia a la inmunidad personal de quienes no pertenecen a la troika y la existencia de esa categoría per se, existe un importante respaldo a las ideas del orador acerca de los modos en que puede renunciarse a la inmunidad.

42. El concepto de la doble responsabilidad o de la doble atribución parece haber generado un mayor apoyo una vez que ha sido explicado con más detalle en su tercer informe. El resto de las opiniones divergentes guarda relación con precisiones sobre la cuestión y no con el principio subyacente.

43. Se ha planteado la cuestión del equilibrio en relación con los informes segundo y tercero del orador.

44. Tal como ha confirmado acertadamente la Corte Internacional de Justicia, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no entraña la impunidad ni la falta de responsabilidad. Por ello, es erróneo distinguir entre responsabilidad e impunidad. La distinción correcta es entre inmunidad y jurisdicción penal extranjera y, de hecho, no es la jurisdicción en general, sino únicamente las medidas procesales las que imponen una obligación al funcionario o son coercitivas. La inmunidad ofrece protección únicamente frente a tales medidas y no frente a la jurisdicción penal extranjera en general.

45. El equilibrio buscado por muchos, incluido el orador, se obtendrá no cuando se consiga que el máximo número de funcionarios del Estado pueda estar sujeto a la jurisdicción de otro, sino tal vez cuando se utilice el razonamiento que se expone a continuación.

46. En primer lugar, la inmunidad personal puede ser disfrutada por funcionarios no pertenecientes a la troika; no obstante, su número ha de ser limitado y la inmunidad ha de circunscribirse al período en el que desempeñaron su cargo.

47. En segundo lugar, la inmunidad funcional ofrece protección solo respecto de los actos realizados en el desempeño de funciones oficiales. No quedan abarcados los actos realizados a título personal, incluidos los realizados durante el desempeño de altos cargos en el gobierno.

48. En tercer lugar, las restricciones a la inmunidad personal limitan la protección de que disfrutaban los funcionarios respecto de los actos realizados antes de ocupar su cargo.

49. En cuarto lugar, la carga de invocar la inmunidad funcional y exponer las razones en que esta se basa corresponde al Estado del funcionario, que ha de declarar que el comportamiento de que se trate tuvo carácter oficial y que la persona en cuestión es o fue funcionario de ese Estado y actuó siguiendo sus instrucciones. Tal declaración establece las bases para que se invoque la responsabilidad de ese Estado con arreglo al derecho internacional. La necesidad de hacer tal declaración frecuentemente sitúa al Estado ante una difícil opción.

50. En quinto lugar, si el Estado de un funcionario no hace ninguna declaración de inmunidad ni, por consiguiente, del carácter oficial del comportamiento de su funcionario, se estará renunciando tácita o implícitamente a la inmunidad funcional del funcionario.

51. En sexto lugar, la inmunidad ofrece protección únicamente frente a las medidas procesales penales que imponen una obligación al funcionario o son coercitivas. Un Estado que ejerce su jurisdicción puede incoar acciones penales contra un funcionario; reunir pruebas apropiadas del comportamiento del funcionario y esperar a que se extinga su inmunidad personal en caso de que sea un alto funcionario y posteriormente incoar acciones penales; remitir las pruebas a la Corte Penal Internacional; sugerir al otro Estado que renuncie a la inmunidad del funcionario; o proporcionarle las pruebas reunidas y sugerirle que incoe por sí mismo acciones penales. Los Estados suelen preferir ocuparse por sí mismos de sus exfuncionarios.

52. Por último, cuando se ha realizado un acto en el desempeño de funciones oficiales, surge la posibilidad de invocar la responsabilidad del Estado del funcionario con arreglo al derecho internacional.

53. Ciertamente hay otras opciones. El debate ha alertado al orador sobre la falta de referencia en sus informes a la importancia de la cooperación entre Estados en asuntos relativos a la inmunidad de los funcionarios extranjeros y al ejercicio de la jurisdicción penal. En el marco de su futura labor, la Comisión podría ocuparse de las obligaciones relacionadas con la cooperación. Los informes del orador tampoco se refieren al arreglo de controversias entre Estados por lo que respecta a aspectos concretos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios. Si surge una controversia de esa índole, debe ser examinada por un tribunal internacional o un órgano de arbitraje y no por un tribunal nacional, dado que esas controversias están reguladas por el derecho internacional. La Comisión también podría examinar esa cuestión.

54. El orador confía en que sus tres informes y los correspondientes debates, incluidos los de la Sexta Comisión, constituirán una base útil para avanzar. Las ideas que ha expuesto el orador, particularmente al final de sus informes segundo y tercero, no obedecen en absoluto al propósito de que se tomen como base del proyecto de artículos. Se trata simplemente de un resumen de sus informes, en el que se exponen las conclusiones a que llegó el orador

en su labor sobre el tema hasta ese momento, básicamente para comodidad del lector. El orador no se opone a que se utilicen para preparar proyectos de artículo en el futuro, aunque considera que primeramente hay que proseguir la labor sobre el tema a fin de resolver cuestiones básicas.

55. La Comisión ya puede abordar dos asuntos con los Estados, en el sentido de pedirles en primer lugar que presten especial atención a las cuestiones planteadas en el segundo informe y en los debates de la Comisión al respecto; y, en segundo lugar, pedirles que faciliten información sobre su legislación y su práctica, incluida la práctica judicial, por lo que respecta a los asuntos abarcados en los informes segundo y tercero y en los debates de la Comisión al respecto.

56. Se ha planteado la cuestión de la reputación de la Comisión, que siempre resulta pertinente. El orador desea a su vez hablar sobre la responsabilidad de la Comisión y ciertamente de todos quienes escriben sobre el derecho internacional. Para ilustrar sus ideas sobre el asunto, el orador cita un artículo del profesor A. Gattini⁴¹⁵, que muestra cómo sucesivas ediciones del libro de texto más popular en Italia sobre el derecho internacional han adoptado, en diferentes momentos históricos, puntos de vista diametralmente opuestos sobre las cuestiones de la inmunidad del Estado, con la consiguiente influencia—adversa en el caso en cuestión— en un fallo de un tribunal italiano. Como señaló el profesor Gattini, la causa *Ferrini* y sus consecuencias deben servir de recordatorio a los abogados internacionales de su responsabilidad como fuentes subsidiarias del derecho internacional.

57. El Sr. DUGARD acoge favorablemente el resumen imparcial realizado por el Relator Especial de los debates, en el que reconoce la existencia de opiniones contrarias a la suya y lleva a cabo una excelente exposición del tema. El orador sugiere que, junto con los tres informes preparados por el Relator Especial, el resumen constituya la base del futuro examen del tema.

58. El PRESIDENTE manifiesta agradecimiento al Relator Especial por la excelente labor que ha realizado al sentar las bases del futuro estudio de la cuestión de la inmunidad.

Se levanta la sesión a las 11.25 horas.

3116.ª SESIÓN

Martes 2 de agosto de 2011, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Maurice KAMTO

Más tarde: Sra. Marie G. JACOBSSON (Vicepresidenta)

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sra. Escobar Hernández, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Hmoud,

⁴¹⁵ A. Gattini, «The dispute on jurisdictional immunities of the State before the ICJ: Is the time ripe for a change of the law?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n.º 1 (marzo de 2011), págs. 173 a 200.