

Capítulo VI

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

A. Introducción

82. La Comisión, en su 59.º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin²⁹⁸. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema que se facilitó a la Comisión en su 60.º período de sesiones²⁹⁹.

83. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar³⁰⁰ en su 60.º período de sesiones (2008) y los informes segundo³⁰¹ y tercero³⁰² en su 63.º período de sesiones (2011). La Comisión no pudo examinar el tema en su 61.º período de sesiones (2009) ni en su 62.º período de sesiones (2010)³⁰³.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

84. La Comisión, en su 3132.ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012, nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Roman A. Kolodkin, que ya no era miembro de la Comisión.

85. La Comisión tuvo ante sí el informe preliminar de la Relatora Especial (A/CN.4/654). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3143.ª a 3147.ª, celebradas los días 10, 12, 13, 17 y 20 de julio de 2012.

1. PRESENTACIÓN DEL INFORME PRELIMINAR DE LA RELATORA ESPECIAL

86. En el informe preliminar se analizaba la labor realizada por la Comisión hasta el momento, presentando, entre otras cosas, un resumen de la labor realizada por el anterior Relator Especial, así como de los debates que tuvieron lugar sobre el tema en la Comisión y en la Sexta Comisión

²⁹⁸ En su 2940.ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (véase *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58.º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo I del Informe de la Comisión (*Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 257).

²⁹⁹ *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 386. El memorando preparado por la Secretaría sobre el tema figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60.º período de sesiones).

³⁰⁰ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601.

³⁰¹ *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631.

³⁰² *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646.

³⁰³ Véanse *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 207; y *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 343.

de la Asamblea General. También se abordaban las cuestiones sobre las que no hay consenso y que debían examinarse durante el quinquenio actual, centrándose sobre todo en la distinción y la relación entre inmunidad *ratione materiae* e inmunidad *ratione personae*, y la base para dicha inmunidad, la distinción y la relación entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional del individuo y sus consecuencias para la inmunidad, el alcance de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*, incluidas las posibles excepciones, y las cuestiones procesales relacionadas con la inmunidad. El informe también sugería un plan de trabajo.

87. En su presentación del informe, la Relatora Especial destacó que se trataba de un informe de transición, que tenía en cuenta la labor realizada por el anterior Relator Especial en sus tres informes y por la Secretaría en su memorando, que seguirían constituyendo instrumentos útiles para el futuro trabajo de la Comisión, así como los progresos realizados en los debates de la Comisión y de la Sexta Comisión. Al mismo tiempo se identificaban qué cuestiones debían examinarse durante el presente quinquenio, de manera que se pudiera celebrar un debate estructurado y dar una respuesta efectiva a las múltiples cuestiones suscitadas por el tema. A este respecto, la Relatora Especial se concentró en varios aspectos metodológicos. En primer lugar, se subrayó que el tema era complejo y políticamente delicado. A pesar de los tres informes preparados por el anterior Relator Especial y de los debates celebrados en la Comisión y la Sexta Comisión, el tema seguía ofreciendo una gran diversidad de perspectivas y había muchos puntos de discrepancia que requerían un nuevo enfoque, aun teniendo presente la valiosa labor ya realizada. En segundo lugar, se subrayó que el mandato de la Comisión abarcaba tanto la promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional como su codificación. A este respecto, formaba parte de los métodos de trabajo de la Comisión examinar tanto la *lex lata* como *lex ferenda*. Se trataba de un tema clásico del derecho internacional, que, sin embargo, tenía que considerarse a la luz de nuevos problemas y planteamientos. En tercer lugar, se subrayó que al tratar el tema era preciso adoptar un enfoque sistémico, teniendo presente que el resultado de la labor de la Comisión tendría que incorporarse al ordenamiento jurídico internacional para que formara parte de él. Eso quería decir que era crucial adoptar un enfoque sistémico a fin de indagar las diversas relaciones existentes entre las normas relativas a la inmunidad de los funcionarios del Estado y los principios estructurales y valores esenciales de la comunidad internacional y el derecho internacional, incluidos los que tienen por objeto la protección de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad. A este respecto, era necesario mantener un equilibrio entre los diversos intereses existentes. En cuarto lugar, era preciso celebrar un debate bien centrado

y estructurado sobre las diversas cuestiones, distinguiendo grupos claramente delimitados de cuestiones básicas que debían examinarse de manera sucesiva, aunque se reconoció que las cuestiones de fondo que planteaba el tema tenían carácter transversal y estaban interrelacionadas. Se señaló que el plan de trabajo indicado en el informe preliminar se proponía teniendo presente este objetivo.

88. La Relatora Especial destacó también varias cuestiones de fondo que era crucial abordar para desentrañar las cuestiones que el tema genera. La primera era la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*. Aunque la distinción estaba bien fundada en la doctrina, era necesario tener en cuenta además las consecuencias que se derivarían de dicha distinción y sus efectos. En segundo lugar, era necesario precisar la dimensión funcional de la inmunidad a fin de que no se produjeran contradicciones innecesarias con otros principios y valores de la comunidad internacional. En tercer lugar, sería necesario determinar cuáles eran los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* y si resultaba oportuno elaborar una lista, abierta o cerrada. En cuarto lugar, convendría determinar qué se entendía por «acto oficial» a efectos de la inmunidad, teniendo en cuenta sus implicaciones con respecto a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito y la responsabilidad penal internacional del individuo. En quinto lugar, sería preciso analizar si había posibles excepciones a la inmunidad y las normas aplicables al respecto. En sexto lugar, era de vital importancia examinar la cuestión de los delitos internacionales teniendo en cuenta la cuestión general de los valores esenciales de la comunidad internacional, y por último sería oportuno examinar los aspectos procesales relativos al ejercicio de la inmunidad. La Relatora Especial recordó que el anterior Relator Especial se había ocupado en buena medida de estos aspectos. Con todo, al no haberse alcanzado un consenso sobre los mismos, sería útil que la Comisión se replanteara las cuestiones controvertidas desde una nueva perspectiva. A tal efecto, la Relatora Especial anunció su voluntad de presentar desde su próximo informe proyectos de artículos.

2. RESUMEN DEL DEBATE

a) *Observaciones generales*

89. Los miembros de la Comisión acogieron favorablemente el informe preliminar de la Relatora Especial y la prioridad dada a los aspectos metodológicos, teóricos y estructurales, a fin de fijar una hoja de ruta para la labor futura de la Comisión. Los miembros coincidieron con la Relatora Especial en reconocer la valiosa y erudita contribución del Sr. Roman A. Kolodkin, anterior Relator Especial, cuya labor, junto con el memorando de la Secretaría, seguiría siendo de suma utilidad para los trabajos de la Comisión.

90. Los miembros recordaron también la complejidad del tema y las complicaciones políticas que creaba a los Estados. A este respecto, algunos miembros advirtieron que era importante que el enfoque metodológico y teórico que se adoptara fuera neutral y no prejuzgara los debates sobre cuestiones de fondo. Se señaló también que el cambio de Relator Especial no entrañaba necesariamente un cambio radical de enfoque.

91. Algunos otros miembros expresaron la esperanza de que los resultados de la labor de la Comisión contribuyeran de manera positiva a la lucha contra la impunidad y no fueran en detrimento de todo lo logrado hasta el momento en este campo.

b) *Consideraciones metodológicas*

i) *El desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación*

92. Algunos miembros consideraron que la distinción entre el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación era especialmente importante en el examen del presente tema. Se sugirió que en lo posible la Comisión distinguiera entre lo que era codificación y las propuestas que se hacían a los Estados con miras a un desarrollo progresivo del derecho; convenía hacerlo sobre todo porque este sector del derecho era aplicada principalmente por tribunales nacionales en asuntos políticamente delicados. Esa especificación diferenciada contribuiría a dar orientación a esos tribunales.

93. Además, como en el examen del presente tema la Comisión debería abordar probablemente cuestiones relativas a la evolución de diversos aspectos del derecho internacional, se sostuvo que, para una mayor transparencia, deberían distinguirse analíticamente las normas que constituyen *lex lata* de las propuestas *de lege ferenda*.

94. Algunos miembros estuvieron de acuerdo con la Relatora Especial en que, al examinar el tema, sería útil centrarse al principio en las consideraciones que reflejan la *lex lata* y más adelante tener en cuenta eventuales propuestas *de lege ferenda*.

95. Algunos otros miembros, por otra parte, subrayaron que era esencial que la diferencia entre codificación y desarrollo progresivo no se transformara en una contraposición forzada entre un derecho conservador y un derecho progresista, ni se identificara la *lex lata* con la codificación o el desarrollo progresivo con la *lex ferenda*. Cuando la Comisión trabaja en el desarrollo progresivo del derecho no se limita simplemente a establecer lo que cree que ese derecho es o debería ser; procede mediante una evaluación de la práctica de los Estados aun cuando el derecho pueda no estar suficientemente desarrollado o ser poco claro, o bien la cuestión no esté regulada. El desarrollo progresivo del derecho internacional forma parte del mandato de la Comisión tanto como la codificación. Todo este proceso es demasiado sutil y uniforme para que pueda trazarse una línea divisoria clara.

96. A este respecto, se expresaron dudas de que hubiera un argumento concluyente para establecer una neta distinción, a efectos metodológicos, entre la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Se recordó que en la práctica de la Comisión no se había establecido tal diferenciación entre codificación y desarrollo progresivo; se trataba probablemente de una distinción basada más en la retórica que en la práctica, aunque ocasionalmente al comentar proyectos de artículo se indicara que la vía seguida por la Comisión en una cuestión determinada representaba un desarrollo progresivo.

97. Se consideró de importancia crucial que la Relatora Especial llevara a cabo un análisis objetivo de la evidencia pertinente de la práctica, la doctrina y eventuales nuevas tendencias, a la luz de los valores y principios pertinentes del derecho internacional contemporáneo y que, sobre esa base, propusiera proyectos de artículo apropiados sobre el tema.

ii) *Enfoque sistémico*

98. Algunos miembros estimaron que el enfoque sistémico propuesto por la Relatora Especial, aunque aparentemente útil, era abstracto y deductivo. Se resaltó como contraste que un enfoque inductivo y basado en la práctica era el más adecuado para tomar decisiones bien fundadas en cuestiones de derecho, ya se tratara de determinar la *lex lata* o de presentar propuestas *de lege ferenda*. Se insistió en que incluso las categorizaciones abstractas tenían fundamentos empíricos y debían justificarse de este modo.

99. Por otra parte, se advirtió de que no había que precipitarse al determinar lo que un enfoque sistémico entrañaba. Era importante que la Comisión eligiera sus opciones jurídicas teniendo en cuenta la necesidad de establecer un equilibrio entre el respeto de la soberanía y la preocupación por las personas vulnerables, en particular las víctimas de crímenes de extrema gravedad. Era esencial que la Comisión fuese sensible a los valores incorporados en el derecho internacional contemporáneo que, si bien seguía respetando la soberanía y los conceptos relacionados con ella como la inmunidad, también favorecía el humanismo jurídico y reconocía la existencia de una sociedad internacional.

iii) *Tendencias en derecho internacional*

100. Algunos miembros señalaron que la Comisión debía ser cautelosa a la hora de mantener que había una «tendencia» a limitar las inmunidades ante las jurisdicciones nacionales y su alcance. Se recordó ciertamente que en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*³⁰⁴, la Corte Internacional de Justicia había rechazado el argumento referente a la práctica de los tribunales italianos de que existía una tendencia en derecho internacional según la cual la inmunidad del Estado se estaba restringiendo cada vez más en la aplicación del principio de responsabilidad civil territorial por *acta jure imperii*, cuando en realidad existía la tendencia contraria de reafirmar la inmunidad ante las jurisdicciones penales nacionales. Además, se observó que la decisión *Pinochet*³⁰⁵, emitida en 1999, no había tenido gran seguimiento. Algunos otros miembros se refirieron al voto particular conjunto emitido por los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en la causa relativa a *Orden de detención*, en la que estos parecían indicar que, en el mejor de los casos, no existía norma alguna respecto de la inmunidad *ratione materiae* en lo que se refiere a los crímenes internacionales más

graves y que podía haber una tendencia que indicaba la ausencia de inmunidad³⁰⁶.

iv) *Valores de la comunidad internacional*

101. Acerca de la cuestión conexas de los valores de la comunidad internacional, algunos miembros señalaron la posible dificultad de convertir un argumento basado en los valores en normas operativas y principios de derecho internacional. Se opinó que el tema decisivo a este respecto no era tanto si era necesario dar efectividad a los principios y valores de la comunidad internacional que estaban igualmente en fase de integración en el derecho internacional, en particular los valores relativos a la lucha contra la impunidad, como había sugerido la Relatora Especial, sino saber cómo se debía hacer. A este respecto se señaló que las normas relativas a la inmunidad representaban también valores de la comunidad internacional. Si quería procederse de manera equilibrada, se trabajaría sobre una base más sólida si el examen se realizaba en el marco de las normas generales sobre la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario.

102. También se hizo una advertencia acerca de la utilización de expresiones como «sistema de valores», ya que pueden entenderse como eufemismos cuya finalidad es dar prioridad a determinados valores en detrimento de otros.

103. Otros miembros expresaron una opinión contraria y observaron que el derecho no existía en el vacío ni era necesariamente neutral. En cualquier caso, el enfoque propuesto por la Relatora Especial era más revelador de sus intenciones de proceder de manera transparente que indicador de un giro radical con respecto a lo que ha hecho siempre la Comisión, es decir ocuparse de los principios y valores de la comunidad internacional, que es una de las funciones típicas del derecho en la sociedad. De hecho, en el programa del tema se ponen de relieve estos aspectos y los posibles enfoques³⁰⁷. La cuestión central en relación con el tema, es decir, si había que realzar el valor de la inmunidad en las relaciones entre Estados o bien optar por promover el valor que da prioridad a la lucha contra la impunidad, era básicamente un debate acerca de los principios y valores de la comunidad internacional.

v) *Identificación de las cuestiones básicas*

104. Se reconoció que identificar cuáles eran las cuestiones básicas para el examen analítico y su estudio, siguiendo un enfoque de análisis paso a paso, era una técnica útil. Se señaló, sin embargo, la importancia de tener presente la interrelación e interconexión de determinadas cuestiones entre las que quizás quisieran establecerse distinciones, aunque solo fuera por motivos analíticos. Ello adquiriría aún mayor importancia si se reconocía que la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* derivaban de una fuente jurídica común de las normas sobre la inmunidad, a saber la inmunidad del Estado. De manera análoga, se señaló que había una estrecha relación

³⁰⁴ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, fallo de 3 de febrero de 2012, *C.I.J. Recueil 2012*, pág. 99.

³⁰⁵ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte* (N.º 3), Reino Unido, Cámara de los Lores, 24 de marzo de 1999, *International Law Reports*, vol. 119 (2002), págs. 135 y ss.

³⁰⁶ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, fallo de 14 de febrero de 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 3 y ss., en particular págs. 88 y 89, opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 85.

³⁰⁷ *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), anexo I.

entre la inmunidad en asuntos penales y en asuntos civiles, ya que podía existir una influencia mutua.

c) *Consideraciones sustantivas*

105. Algunos miembros consideraron que, si bien la inmunidad del Estado y la inmunidad de los funcionarios del Estado no eran idénticas, tenían su origen en la misma premisa de que, en el campo del derecho internacional, resultaba problemático que un Estado se erigiese fácilmente en juez, en sus tribunales internos, de otro Estado o de sus funcionarios; tanto los funcionarios como el Estado al que pertenecen se ven implicados cuando un tribunal nacional de otro Estado celebra un juicio semejante. En la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, la Corte Internacional de Justicia reconoció que esta demanda de inmunidad para un funcionario público era esencialmente una demanda de inmunidad para el Estado, de la que el funcionario se beneficiaba³⁰⁸.

106. Haciéndose eco de los sentimientos expresados por la Relatora Especial en su informe, se destacó que, al abordar el fondo de la cuestión, podía ser útil basarse en hechos recientes, como el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, junto con los votos particulares y disidentes, aun reconociendo que se refería a la inmunidad de jurisdicción civil del Estado.

107. En sus observaciones, los miembros consideraron también útil mantener la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*. Sin embargo, algunos miembros se refirieron a la afirmación de la Relatora Especial en el informe preliminar de que la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* obedecían a un mismo y único fin, que no era otro que «preservar principios, valores e intereses de la comunidad internacional considerada en su conjunto», y tenían como clave de bóveda su «carácter funcional», y pidieron aclaraciones acerca de la significación práctica de estas propuestas para el tema³⁰⁹, señalando en particular que no había exclusividad en el carácter funcional de la inmunidad. Además, era importante que la funcionalidad se observara a la luz de otros principios de derecho internacional, como la igualdad soberana de los Estados y la no intervención. Otros miembros sugirieron que ambos tipos de inmunidad tenían una justificación común, sobre todo garantizar la estabilidad de las relaciones entre Estados y facilitar el desempeño sin interrupciones de las funciones de representación y otras funciones gubernamentales. También se señaló que la justificación de los dos tipos de inmunidad quizás no fuera exactamente la misma y se indicó que podría ser útil seguir examinando la cuestión a fin de determinar si las eventuales diferencias existentes en las justificaciones posibles eran de tal magnitud que pudieran tener consecuencias diferentes. No obstante, algunos miembros de la Comisión señalaron que, tanto la inmunidad *ratione personae* como la inmunidad *ratione materiae* tienen un inequívoco carácter funcional.

³⁰⁸ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, fallo de 4 de junio de 2008, *C.I.J. Recueil 2008*, págs. 177 y ss., en particular pág. 242, párr. 188.

³⁰⁹ Párrafos 57 y 58 del informe preliminar (A/CN.4/654).

Algunos otros miembros se cuestionaron si el término «funcional» era suficientemente inequívoco para ayudar a resolver cuestiones sustantivas subyacentes.

i) *Alcance del tema*

108. Se reconoció que la Comisión se había ocupado ya de determinados aspectos de la inmunidad en lo que se refiere a las relaciones diplomáticas y consulares, las misiones especiales, la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales, y la inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes. Por consiguiente, estas iniciativas de codificación debían tenerse en cuenta para mantener la consistencia y la armonía de los principios y la coherencia del ordenamiento jurídico internacional. Asimismo, se observó que la Comisión no debía intentar ampliar o reducir las inmunidades a que ya tenían derecho las personas por su condición de miembros de misiones diplomáticas, oficinas consulares o misiones especiales, o de visitantes oficiales, representantes ante organizaciones internacionales, o como personal militar.

109. Se recordó asimismo que el alcance del tema se limitaba, y debía seguir limitándose, a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Por consiguiente, no se refería a la inmunidad de los funcionarios del Estado con respecto a la jurisdicción de tribunales penales internacionales, ni de la jurisdicción de su propio Estado, ni de la jurisdicción civil. Además, tampoco se tenía que abordar necesariamente la cuestión de si el derecho internacional exigía que un Estado ejerciera su jurisdicción penal en determinadas circunstancias, sino más bien la de si un Estado al ejercer su jurisdicción penal había de tener presentes ciertas cuestiones de inmunidad previstas en el derecho internacional y conceder a un funcionario del Estado la inmunidad que le correspondiera.

110. Algunos miembros consideraron útil que la Relatora Especial llevara a cabo un análisis de los aspectos jurisdiccionales, en particular de la medida en que la jurisdicción universal y la jurisdicción penal internacional y su desarrollo guardaban relación con el tema, prestando atención a la labor realizada por la Comisión acerca del proyecto de principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg³¹⁰, el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad³¹¹, y el establecimiento de la Corte Penal Internacional³¹². Otros miembros, sin embargo, recordaron que, aunque la jurisdicción y la inmunidad estaban relacionadas, como se observó en la causa relativa a la *Orden de detención*³¹³, eran conceptos distintos y

³¹⁰ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 374; en español véase Informe de la Comisión de Derecho Internacional, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento n.º 12 (A/1316)*, párrs. 95 a 127. Por lo que respecta al Estatuto del Tribunal de Nuremberg, véase el Acuerdo en relación con el Procesamiento y Castigo de los Grandes Criminales de Guerra de las Potencias Europeas del Eje.

³¹¹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 50.

³¹² Véase *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), párrs. 90 y 91.

³¹³ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, fallo de 14 de febrero de 2002 (véase la nota 306 *supra*), párr. 59.

probablemente no se ganaría mucho con ampliar el examen de las consideraciones jurisdiccionales a los efectos del presente tema.

111. También se sugirió que, dado que la inviolabilidad de la persona estaba estrechamente relacionada con la inmunidad, tenía una importancia práctica inmediata y su incumplimiento conllevaba un posible riesgo de dañar las relaciones entre Estados, el trato dado a la inviolabilidad merecía ser tenido en cuenta al examinar el tema.

ii) Empleo de determinados términos

112. Algunos miembros señalaron que el empleo de determinados términos para describir ciertas relaciones, como por ejemplo calificar la inmunidad de «absoluta» o ver la inmunidad como una «excepción», podría no resultar útil para dilucidar el tema, ya que la cuestión esencial era si había inmunidad en un determinado caso y en qué medida estaba o debería estar restringida. Algunos miembros subrayaron la importancia de que la Comisión adoptara un «enfoque restrictivo» al tratar el tema y no diera la impresión de que la inmunidad era «absoluta». Se destacó asimismo que era necesario evitar toda sugerencia de que la teoría funcional de justificación de la inmunidad era de algún modo más intrínsecamente restrictiva que la teoría de la representación u otras teorías. Algunos miembros destacaron que, si había habido alguna iniciativa para limitar la inmunidad, esta había sido de carácter «vertical», tendencia que se ponía de manifiesto en la creación del sistema de justicia penal internacional. A nivel «horizontal», en las relaciones entre Estados, la tendencia apuntaba a una reafirmación de la inmunidad.

113. También se observó que era preciso definir términos como «funcionario del Estado» y que debía haber concordancia entre las versiones en distintos idiomas, asegurándose de que el sentido que se pretendía era el mismo. También afirmaron algunos miembros que, al definir a un funcionario a efectos de la inmunidad *ratione materiae*, debería adoptarse un enfoque restrictivo.

iii) Inmunidad *ratione personae*

114. Se observó que la inmunidad *ratione personae*, basada en la condición de la persona, se aplicaba a la persona en cuestión y expiraba una vez terminado su mandato, y tan solo beneficiaba a un número limitado de personas. Si bien por su naturaleza la inmunidad tenía un alcance amplio, estaba limitada *ratione temporis*.

115. Algunos miembros sugirieron que la afirmación de la Relatora Especial de que la práctica de los Estados, la doctrina y la jurisprudencia parecían indicar la formación de un consenso acerca de la inmunidad *ratione personae* para la troika, con inclusión, en particular, del ministro de relaciones exteriores, debía ser objeto de ulterior examen, al igual de que la cuestión de si otros funcionarios además de la troika gozaban de inmunidad *ratione personae*. Aunque en la causa relativa a la *Orden de detención*³¹⁴ la Corte Internacional de Justicia examinó ambos aspectos y concluyó que estaba firmemente establecido en derecho internacional que determinados altos cargos del Estado,

como el jefe del Estado, el jefe del gobierno y el ministro de relaciones exteriores gozaban de inmunidad de jurisdicción en otros Estados, tanto en asuntos civiles como penales, este aspecto del fallo no había estado exento de críticas de otros miembros de la Corte, en la doctrina y también por parte de miembros de la Comisión en debates anteriores.

116. Algunos miembros, sin embargo, consideraron el asunto resuelto. Si bien algunos estaban dispuestos a aceptar la inmunidad *ratione personae* para la troika, y exclusivamente para la troika, otros apuntaron la posibilidad de ampliar su alcance más allá de la troika, con arreglo a los *dicta* de la causa relativa a la *Orden de detención*³¹⁵, a fin de abarcar a un estrecho círculo de altos cargos del Estado. Dadas las diferencias existentes en la forma de nombrar funcionarios entre los diversos Estados y la complejidad actual de la organización del gobierno, se reconoció también la dificultad de preparar una lista de esos otros altos cargos. A este respecto, algunos miembros, aun reconociendo la necesidad de proceder con cautela al aumentar el grupo de personas protegidas, sugirieron que sería apropiado que la Comisión fijara los criterios necesarios, que por ejemplo incluirían a la troika y, sobre la base de la orientación impartida en la causa relativa a la *Orden de detención*³¹⁶, a otros altos cargos cuando la inmunidad fuera necesaria para garantizar el desempeño efectivo de sus funciones en representación de sus respectivos Estados. Otra opción propuesta consistió en establecer un régimen modificado de inmunidad *ratione personae* para un segundo grupo de personas no pertenecientes a la troika.

117. La mención ocasional de que puede haber excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera para las personas que gozan de inmunidad *ratione personae* fue cuestionada por algunos miembros por carecer de fundamento en el derecho internacional consuetudinario. Se expresaron asimismo dudas de que resultara útil adoptar este enfoque incluso en concepto de desarrollo progresivo.

118. Algunos otros miembros consideraron la cuestión desde la perspectiva de que se aplicaba la plena inmunidad *ratione personae* sin que ello perjudicara el desarrollo del derecho penal internacional.

iv) Inmunidad *ratione materiae*

119. Se reconoció que la inmunidad *ratione materiae*, que se basaba en la conducta, seguía existiendo y podía invocarse aun después de que hubiera expirado el mandato de un funcionario. A diferencia de la inmunidad *ratione personae*, beneficiaba a un mayor número de funcionarios. Se sugirió, con todo, que, en vez de intentar establecer una lista de los funcionarios que podían acogerse a la inmunidad *ratione materiae*, se prestara atención al acto en sí.

120. Por lo general, se reconoció la importancia fundamental de definir qué era un acto oficial. Algunos miembros convinieron con la Relatora Especial en que era

³¹⁴ *Ibid.*, párrs. 52 a 55.

³¹⁵ *Ibid.*, párr. 51.

³¹⁶ *Ibid.*, párrs. 51 y 53.

importante estudiar con atención la relación entre las normas sobre la atribución de responsabilidad al Estado y las normas sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado al determinar si un funcionario del Estado actuaba o no en el ejercicio de sus funciones oficiales. Se estimó que había una relación entre la invocación de inmunidad por parte de un Estado y su responsabilidad por una determinada conducta³¹⁷.

121. Según algunos miembros, un acto atribuible al Estado a efectos de su responsabilidad por un acto internacionalmente ilícito, incluido un acto ilegal o *ultra vires*, debía considerarse un acto oficial a efectos de la inmunidad.

122. Sin embargo, se argumentó también que podía ser útil seguir reflexionando acerca de si la inmunidad *ratione materiae* se aplicaba a «actos oficiales» que eran ilegales o *ultra vires*. Se sugirió que, en relación con el presente tema, la atención se centrara en la responsabilidad penal individual, sobre la base del principio de la culpabilidad personal. Algunos miembros consideraron, sin embargo, que este enfoque era insostenible puesto que, por definición, la inmunidad presumía que la persona podía gozar de inmunidad para la comisión de tales actos. Se observó que la Comisión estaría en posición de contribuir de manera positiva a elaborar una definición de «acto oficial», señalándose que, de no haber acuerdo en la existencia de inmunidad respecto de un crimen determinado, la posición por defecto debería ser la falta de inmunidad.

123. Según otra opinión, las normas sobre la atribución de responsabilidad al Estado parecían tener un valor limitado porque su finalidad era posiblemente distinta de la inmunidad. Como la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis* estaba ya bien establecida en el derecho de la inmunidad de los Estados, se sugirió que podía servir de inspiración para formular una definición de actos oficiales a efectos de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado. Esta manera de proceder podría evidenciar una tendencia hacia un enfoque más restrictivo que la noción general de atribución de responsabilidad al Estado.

124. También se observó que era importante tener en cuenta que, si bien la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional de las personas estaban relacionadas, estos dos conceptos planteaban dos cuestiones distintas, que debían tratarse como tales.

125. Por lo general, se alentó a la Relatora Especial a que siguiera analizando con detalle todas las posibilidades. Se sugirió que, si podía darse una respuesta negativa a la pregunta de si una conducta presumiblemente delictiva podía atribuirse al Estado del funcionario en virtud de la responsabilidad de los Estados, la consecuencia inevitable era que esa conducta del funcionario no podía tratarse de un «acto oficial» por el que pudiera invocarse la inmunidad *ratione materiae*. Si, por otra parte, esa conducta podía atribuirse realmente al Estado, entonces podía ocurrir que: a) la conducta constituyera *per se* un «acto oficial» y por lo tanto el funcionario gozara en todos

los casos de inmunidad *ratione materiae*; b) la conducta siguiera constituyendo un «acto oficial», pero hubiera algunas circunstancias excepcionales en que pudiese denegarse la inmunidad *ratione materiae*, como cuando la presunta conducta constituyese un delito internacional grave; o c) el hecho de que la conducta pudiera atribuirse a un Estado no revelase si se trataba o no de un «acto oficial» a efectos de la inmunidad *ratione materiae*; lo que obligaba a basarse, en cambio, en alguna otra norma, quizás derivada de otros aspectos del derecho internacional relativo a la inmunidad.

v) Posibles excepciones a la inmunidad

126. Se reconoció asimismo que la cuestión de las posibles excepciones a la inmunidad *ratione materiae* era un problema difícil que merecía la mayor atención. Algunos miembros dudaban de que en el derecho internacional consuetudinario existiera una excepción a la inmunidad *ratione materiae* basada en los derechos humanos o el derecho penal internacional.

127. Otros miembros observaron que había algunas peculiaridades de que debía ocuparse la Comisión al abordar la cuestión de la definición de los términos «actos oficiales» o «en el ejercicio de sus funciones oficiales». Cabía elegir entre considerar que los delitos internacionales no eran «actos oficiales» o reconocer que los delitos internacionales se cometían de hecho en aplicación de la política del Estado y debían por tanto calificarse de actos «oficiales» por los que no se concedería inmunidad. En ambos casos, era necesario analizar la de los Estados y la jurisprudencia. A este respecto, se subrayó que, si bien en la causa de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, la Corte Internacional de Justicia se ocupó de un asunto relativo a la inmunidad de los Estados, el razonamiento básico de la Corte parecía aplicarse también al examen del presente tema. No obstante se dijo que la Corte había hecho hincapié en que, en esa causa, se abordaba únicamente la cuestión de la inmunidad del propio Estado de la jurisdicción de los tribunales de otros Estados, y que no se entraba en la cuestión de si podría caber la inmunidad en el supuesto del inicio de actuaciones penales contra un funcionario del Estado ni en la de la medida en que, de caber dicha inmunidad, sería aplicable.

128. El fallo de la Corte suscitó diferentes opiniones entre los miembros acerca de las cuestiones que debían ser objeto de ulterior análisis.

129. Algunos miembros estimaron útil, para abordar el fondo del tema, que la Comisión conceda analógicamente el mismo valor a la totalidad del fallo, incluidos los votos particulares y disidentes. De este modo se prestó especial atención y se atribuyó importancia a: a) la necesidad de acentuar la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*, lo que, para la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado, implicaría una restricción en comparación con los años correspondientes del inicio del siglo XX; b) la necesidad de reconocer la dificultad de concebir un derecho internacional moderno que, por una parte, adoptara una concepción absoluta de la soberanía al responder a delitos graves que preocupaban a la comunidad internacional, mientras que, por otra, permitía restricciones a la soberanía por intereses comerciales;

³¹⁷ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, fallo de 4 de junio de 2008 (véase la nota 308 *supra*), párr. 196.

c) el hecho de derivar del examen de la práctica estatal en lo tocante a la «excepción por responsabilidad civil» a la inmunidad del Estado la restricción correspondiente a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios extranjeros, en particular cuando no hay una práctica estatal claramente definida en uno u otro sentido.

130. Algunos otros miembros señalaron que el caso de presuntas contravenciones de normas de *jus cogens* que podían constituir una excepción debía tratarse por separado del caso de la comisión de crímenes internacionales, dando también aquí un tratamiento distinto a cada crimen, y definiendo con precisión términos como «crímenes internacionales», «crímenes contemplados en derecho internacional», «crímenes graves contemplados en derecho internacional» o crímenes que constituyen vulneraciones del *jus cogens* o de obligaciones *erga omnes*. También se observó que la metodología básica de la Corte era útil para examinar el tema, ya que había estudiado la práctica de los tribunales nacionales y no había encontrado fundamentación suficiente del argumento de que había una limitación de la inmunidad del Estado basada en la gravedad de la infracción que señalara la necesidad de asumir la existencia de una inmunidad *ratione materiae*, salvo que hubiera una práctica generalizada de los Estados que pusiera de manifiesto una limitación basada exclusivamente en la gravedad de la presunta infracción.

131. En cuanto al *jus cogens*, se recordó que en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, la Corte Internacional de Justicia había afirmado que no había ningún conflicto entre una norma de *jus cogens* y una norma de derecho consuetudinario que exigiera que un Estado concediera inmunidad a otro. Las dos series de normas se ocupaban de asuntos distintos, ya que las normas sobre la inmunidad del Estado tenían carácter procesal y se limitaban a determinar si los tribunales de un Estado podían ejercer o no jurisdicción sobre otro Estado, y no guardaban relación alguna con la cuestión de las normas sustantivas, que podrían ser de *jus cogens*, ni con la cuestión de si la conducta que daba lugar a la acción judicial era lícita o ilícita³¹⁸. No obstante, otros miembros de la Comisión observaron que en algunos votos particulares y votos disidentes de los magistrados se entendía que el *jus cogens* afectaba a las normas relativas a la inmunidad.

132. Se sugirió también que, aunque no había una práctica establecida de los Estados, era posible, como cuestión de desarrollo progresivo, y después de sopesar el potencial de perturbación de las relaciones amistosas entre Estados junto con el deseo de impedir la impunidad por crímenes abominables, examinar la viabilidad de: a) permitir solo al Estado donde se cometió el delito o al Estado cuyos nacionales fueron perjudicados por el delito denegar una alegación de inmunidad; b) permitir a un Estado denegar una demanda de inmunidad tan solo en casos en que el infractor estuviese físicamente presente en el territorio del Estado; y/o c) permitir a un Estado denegar una demanda de inmunidad tan solo cuando el procesamiento haya sido autorizado por el ministro de justicia o una autoridad comparable de ese Estado.

³¹⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État*, fallo de 3 de febrero de 2012 (véase la nota 304 *supra*), párrs. 92 a 95.

133. Reconociendo que había cuestiones de fondo relativas a las garantías procesales, se hizo también la sugerencia de que podría ser útil que la Comisión examinara, en el contexto del presente tema, la discrecionalidad de la Fiscalía y la posibilidad de exigir al fiscal que, en una fase inicial del procedimiento, decidiera, tras un primer examen, que el funcionario no tiene derecho a la inmunidad. Teniendo en cuenta estos aspectos un tribunal podría ejercer su jurisdicción penal para desestimar acusaciones infundadas.

d) Aspectos procesales

134. Algunos miembros consideraron que los aspectos de fondo y de procedimiento del tema estaban estrechamente relacionados y que quizás hubiera más posibilidades de llegar a un consenso sobre algunos aspectos si se abordaban en primer lugar los aspectos procesales. Sin embargo, algunos miembros sostuvieron que la atención debía centrarse en los aspectos de fondo de la inmunidad antes de proceder al examen de sus aspectos procesales. Otra posibilidad consistía en abordar tanto las cuestiones de fondo como las de procedimiento al tratar la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*.

135. También se sugirió que la Comisión abordara también la cuestión de la discrecionalidad de la Fiscalía para garantizar suficientes salvaguardias que evitaran posibles abusos. De hecho, se observó que si se resolvían pronto determinadas cuestiones de procedimiento —como el grado de discrecionalidad concedido al fiscal— podría ser más fácil realizar progresos en las cuestiones de fondo.

e) Forma final

136. Algunos miembros estimaron esencial que la Comisión trabajara partiendo de la base de que iba a prepararse un instrumento vinculante. Otros miembros consideraron prematuro decidir la forma final que iba a tomar la labor de la Comisión sobre el presente tema. Sin embargo, en general, se apoyó la intención de la Relatora Especial de preparar y presentar proyectos de artículos sobre el tema, que se completarían en primera lectura durante el presente quinquenio. Aun reconociendo que era demasiado pronto para indicar el número de proyectos de artículos que iban a presentarse, se sugirió que se debería hacer hincapié en el análisis de las cuestiones básicas en vez de establecer normas detalladas sobre todos los aspectos del tema.

3. OBSERVACIONES FINALES DE LA RELATORA ESPECIAL

137. La Relatora Especial expresó su agradecimiento por las observaciones útiles y constructivas hechas por los miembros de la Comisión, haciendo hincapié en que la Comisión trabajaba como un órgano colegiado, y las observaciones formuladas enriquecían el debate y se tendrían plenamente en cuenta en sus futuros trabajos. La Relatora Especial reiteró su voluntad de tomar en consideración la labor realizada por el anterior Relator Especial y por la Secretaría en su memorando³¹⁹, y también la labor anterior de la Comisión sobre temas afines, proporcionando al mismo tiempo un nuevo enfoque que facilitase el consenso de la Comisión sobre los aspectos controvertidos del tema.

³¹⁹ Véase la nota 299 *supra*.

138. La Relatora Especial también acogió favorablemente la receptividad general mostrada por los miembros en sus observaciones, y el amplio apoyo prestado a la metodología y los enfoques que pensaba seguir, en particular a la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*, que se pretendía aplicar en el desarrollo del tema, el enfoque sistemático propuesto y el tratamiento de los distintos bloques de temas de forma sucesiva. En este marco, recordó que ningún enfoque metodológico es absolutamente neutral en los trabajos de la Comisión. La Relatora Especial confirmó que tenía previsto proceder sobre la base de un examen exhaustivo de la práctica de los Estados, la doctrina y la jurisprudencia, tanto en el plano nacional como en el internacional. También afirmó que era necesario tomar en consideración los valores y principios, debiendo concentrarse en aquellos que gozaban de amplia aceptación y reflejaban un consenso internacional. El objetivo general sería adoptar un enfoque equilibrado al ocuparse de la inmunidad que no entrase en contradicción con los esfuerzos de la comunidad internacional por combatir la impunidad en relación con los más graves crímenes internacionales. También señaló que la cuestión de las posibles excepciones a la inmunidad iba a ser extremadamente importante en los debates de la Comisión. Se observó que, si bien conceptos como inmunidad «absoluta» o «relativa» tenían limitaciones desde un punto de vista analítico, si bien podían ser útiles para explicar y ofrecer una distinción clara cuando la Comisión se ocupara del régimen de las posibles excepciones. A su juicio, tan solo los crímenes que

preocupan a la comunidad internacional en su conjunto, son crímenes de extrema gravedad y son considerados en general como tales, habiéndose alcanzado un amplio consenso al respecto, por ejemplo el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, merecerían ser tenidos en cuenta en cualquier debate sobre posibles excepciones. También en ese contexto sería crucial examinar la práctica de los Estados y la labor anterior de la Comisión.

139. La Relatora Especial concluyó que, a la vista de los debates mantenidos, consideraba que el plan de trabajo contenido en el párrafo 72 de su informe preliminar (A/CN.4/654) seguía siendo plenamente válido. En consecuencia, expresó su intención de proceder de manera sistemática y estructurada al examen y análisis de los cuatro bloques de cuestiones indicados en el plan de trabajo propuesto, a saber, las cuestiones generales de carácter metodológico y teórico, la inmunidad *ratione personae*, la inmunidad *ratione materiae* y los aspectos procesales de la inmunidad, de un modo práctico y concreto, acompañando a cada informe sustantivo los correspondientes proyectos de artículos. Señaló que, de modo tentativo, su intención sería ocuparse el año próximo de las cuestiones generales contenidas en el título 1 de su plan de trabajo, así como de los diversos aspectos relativos a la inmunidad *ratione personae*. También expresó la esperanza de que fuera posible terminar una primera lectura del proyecto de artículos durante el presente quinquenio.