

## Capítulo XI

### INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

#### A. Introducción

267. La Comisión, en su 59º 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. Kolodkin<sup>1200</sup>. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema, que se puso a disposición de la Comisión en su 60º período de sesiones (2008)<sup>1201</sup>.

268. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 60º período de sesiones (2008) y los informes segundo y tercero en su 63º período de sesiones (2011)<sup>1202</sup>. La Comisión no pudo examinar el tema en sus períodos de sesiones 61º (2009) y 62º (2010)<sup>1203</sup>.

269. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que ya no era miembro de la Comisión<sup>1204</sup>. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en ese mismo período de sesiones (2012), el segundo informe en el 65º período de sesiones (2013), el tercer informe en el 66º período de sesiones (2014), el cuarto informe en el 67º período de sesiones (2015) y el quinto informe en los períodos de sesiones 68º (2016) y 69º (2017)<sup>1205</sup>. Sobre la base de los proyectos de artículo propuestos por la

<sup>1200</sup> En su 2940ª 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 58º 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 y págs. 209 a 218).

<sup>1201</sup> *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 (disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones).

<sup>1202</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601 (informe preliminar); *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631 (segundo informe); y *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer informe).

<sup>1203</sup> Véanse *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 207; y *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 343.

<sup>1204</sup> *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 266.

<sup>1205</sup> *Ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654 (informe preliminar); *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661 (segundo informe); *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673 (tercer informe); *Anuario... 2015*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/686 (cuarto informe); y *Anuario... 2016*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/701 (quinto informe).

Relatora Especial en sus informes segundo, tercero, cuarto y quinto, la Comisión ha aprobado provisionalmente hasta el momento siete proyectos de artículo con los comentarios. El proyecto de artículo 2, relativo a las definiciones, sigue en proceso de redacción<sup>1206</sup>.

#### B. Examen del tema en el actual período de sesiones

270. La Comisión tuvo ante sí el sexto informe de la Relatora Especial (A/CN.4/722), en el que esta hacía un resumen de las deliberaciones que tuvieron lugar en la Comisión y la Sexta Comisión sobre el proyecto de artículo 7, relativo a los crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no es de aplicación, que fue aprobado provisionalmente por la Comisión en su 69º período de sesiones. A continuación, se abordaban, en los capítulos II y III, los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En particular, en el informe se iniciaba el examen, que se esperaba concluir al año siguiente, de los aspectos procesales de la inmunidad, analizando en primer lugar la forma en que estas cuestiones se habían tratado anteriormente en los trabajos de la Comisión, el significado que los aspectos procesales tenían en el marco general del presente tema y el enfoque que la Relatora Especial pretendía seguir al analizar los aspectos procesales, y, en segundo lugar, tres de los componentes de los aspectos procesales relacionados con el concepto de jurisdicción, a saber: *a*) el momento; *b*) el tipo de actos afectados; y *c*) la determinación de la inmunidad. El informe no contenía nuevos proyectos de artículo.

271. Estaba previsto que el séptimo informe, que se presentaría en 2019, constituyera el último componente del

<sup>1206</sup> En su 3174ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4, y en sus sesiones 3193ª a 3196ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2013, aprobó sus comentarios (véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párrs. 48 y 49). En su 3231ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2014, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2 e y 5, y en sus sesiones 3240ª a 3242ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2014, aprobó sus comentarios (véase *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párrs. 131 y 132). En su 3329ª sesión, celebrada el 27 de julio de 2016, la Comisión aprobó de manera provisional los proyectos de artículo 2 f y 6, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción y de los que la Comisión había tomado nota en su 67º período de sesiones, y en sus sesiones 3345ª y 3346ª, que tuvieron lugar el 11 de agosto de 2016, la Comisión aprobó sus comentarios (véase *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), párrs. 194, 195, 249 y 250). En su 3378ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2017, la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7 en votación registrada, y en sus sesiones 3387ª a 3389ª, que tuvieron lugar los días 3 y 4 de agosto de 2017, aprobó su comentario (*Anuario... 2017*, vol. II (segunda parte), párrs. 74, 76, 140 y 141).

examen de los aspectos procesales. En el séptimo informe se examinarían cuestiones como la invocación de la inmunidad y la renuncia a la inmunidad, y se abordarían aspectos relativos a las garantías procesales referidas tanto al Estado del funcionario como al propio funcionario extranjero, incluidas las garantías y los derechos que deben reconocerse a dicho funcionario, la comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, la transmisión de información por parte del Estado del funcionario, y la cooperación y la asistencia jurídica internacional entre el Estado del funcionario y el Estado del foro. Además, en el informe se analizarían cuestiones relacionadas con la cooperación de los Estados con las cortes y tribunales penales internacionales y su eventual incidencia en la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Asimismo, se propondrían proyectos de artículo sobre las cuestiones abordadas en el sexto informe y el análisis contenido en el séptimo informe. Se esperaba que la Comisión concluyera la primera lectura del proyecto de artículos sobre el tema el año siguiente.

272. La Comisión examinó el sexto informe en sus sesiones 3438<sup>a</sup> a 3440<sup>a</sup>, celebradas los días 30 y 31 de julio de 2018. El debate sobre el informe continuaría y finalizaría en el 71<sup>er</sup> período de sesiones, en 2019.

#### 1. PRESENTACIÓN DEL SEXTO INFORME POR LA RELATORA ESPECIAL

273. Antes de iniciar su exposición, la Relatora Especial señaló que, a diferencia de los informes anteriores, el sexto informe contenía en su introducción un resumen detallado, con fines informativos, del debate mantenido en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión en relación con el proyecto de artículo 7, que había sido aprobado provisionalmente por la Comisión en el 69º período de sesiones. Ese planteamiento se justificaba por la intensidad del debate sobre los límites y excepciones a la inmunidad y sobre el proyecto de artículo 7 conexo, teniendo también en cuenta el carácter sensible del tema y las diferencias en las opiniones expresadas. Además, en el debate sobre el proyecto de artículo 7 se había señalado la importancia de abordar aspectos procesales que se centraran también en las salvaguardias procesales, a cuyo examen algunos condicionaban la aprobación del proyecto de artículo 7.

274. Se destacó la importancia de abordar los aspectos procesales en el presente tema y se recordó que dichos aspectos se habían tratado en el memorando de la Secretaría<sup>1207</sup>, el tercer informe del anterior Relator Especial<sup>1208</sup>, informes anteriores de la propia Relatora Especial<sup>1209</sup>, incluido el documento conceptual oficioso sobre las disposiciones y garantías procesales examinado durante las consultas oficiosas del período de sesiones de la Comisión en 2017, así como durante el diálogo interactivo de la Sexta Comisión en 2017. La Relatora Especial señaló que, en sus trabajos anteriores, la Comisión se había centrado en el momento de consideración de la inmunidad, la invocación de la inmunidad, la renuncia a la inmunidad, los actos afectados por la inmunidad y la determinación de

la inmunidad. Además, había abordado el análisis conexo del concepto de jurisdicción, así como la relación entre los límites y excepciones a la inmunidad y las salvaguardias procesales. Ciertamente, la Comisión había partido del supuesto de que, en algún momento, se ocuparía de las disposiciones y garantías procesales aplicables al proyecto de artículos. La Relatora Especial también recordó que la Sexta Comisión había examinado los aspectos procesales, en particular en el sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General.

275. No obstante, la Relatora Especial señaló que, en los años siguientes, el examen de los aspectos procesales de la inmunidad por la Comisión había dejado en cierto modo de centrarse en los aspectos procesales clásicos, como el momento, la invocación y la renuncia, para incorporar la necesidad de establecer garantías procesales a fin de evitar la politización y el abuso del ejercicio de la jurisdicción penal respecto de los funcionarios extranjeros. Ese cambio también se había visto reflejado en los debates de la Sexta Comisión, en los que el interés por los aspectos procesales estaba especialmente vinculado a la garantía y el fortalecimiento del régimen de la inmunidad y el principio de la igualdad soberana de los Estados, así como la seguridad de las debidas garantías procesales. La Relatora Especial insistió en que, si bien la necesidad de analizar y establecer salvaguardias procesales para evitar los procesamientos por motivos políticos y el abuso de la jurisdicción no era un tema nuevo, puesto que ya se había planteado en deliberaciones anteriores, el debate sobre la cuestión había sido más intenso en 2016 y 2017 en el contexto del examen del proyecto de artículo 7.

276. La Relatora Especial destacó la importancia del examen de los aspectos procesales de la inmunidad, teniendo en cuenta que esa inmunidad se invocaba en una jurisdicción penal extranjera. Afirmó que, en el examen de los aspectos procesales, la Comisión podía formular propuestas para respetar la igualdad soberana de los Estados, así como otros principios y valores jurídicos de la comunidad internacional en su conjunto (incluida la lucha contra la impunidad). Señaló también que, al examinar los aspectos procesales, era posible asegurar que un funcionario del Estado que se pudiera ver afectado por el ejercicio de una jurisdicción penal extranjera se beneficiara de todas las garantías procesales reconocidas por el derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos. En opinión de la Relatora Especial, un examen adecuado de los aspectos procesales, mediante la introducción de un elemento de neutralidad en el tratamiento de la inmunidad, aportaría seguridad tanto al Estado del foro como al Estado del funcionario. Además, reduciría el impacto de factores políticos y evitaría denuncias innecesarias de procesamiento abusivo de un funcionario de un Estado extranjero por motivos políticos o de otra índole, al tiempo que contribuiría a generar confianza entre los Estados en cuestión.

277. Por lo que respecta al alcance de las cuestiones que podrían analizarse, la Relatora Especial destacó que, para estudiar los aspectos procesales, era necesario examinar una serie de cuestiones, entre ellas: *a*) qué se entendía por «jurisdicción» penal; *b*) a qué tipo de actos del Estado del foro afectaba la inmunidad de jurisdicción penal extranjera; *c*) quién determinaba la aplicabilidad

<sup>1207</sup> A/CN.4/596 y Corr.1 (véase la nota 1201 *supra*).

<sup>1208</sup> A/CN.4/646 (véase la nota 1202 *supra*).

<sup>1209</sup> A/CN.4/654 (informe preliminar), A/CN.4/661 (segundo informe) y A/CN.4/701 (quinto informe) (véase la nota 1205 *supra*).

de la inmunidad y qué efecto tenía dicha determinación en la inmunidad; *d*) cuándo empezaba a operar la inmunidad frente a la jurisdicción extranjera; *e*) si era necesaria la invocación de la inmunidad y quién podía invocar esa inmunidad; *f*) cómo se podía efectuar la renuncia a la inmunidad y quién podía hacerlo; *g*) qué efectos tenía la renuncia a la inmunidad en el ejercicio de la jurisdicción; *h*) cómo se aseguraría la comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario y a través de qué mecanismos podía llevarse a cabo; *i*) de qué mecanismos disponía, en su caso, el Estado del funcionario para que sus posiciones jurídicas fueran conocidas y tomadas en consideración por las cortes y tribunales del Estado del foro en el momento de determinar la aplicabilidad de la inmunidad en un caso concreto; *j*) cómo se facilitarían la cooperación y la asistencia judiciales internacionales entre el Estado del foro y el Estado del funcionario; *k*) en qué medida, y a través de qué procedimientos, se tomaría en consideración la obligación de cooperar con una corte o tribunal penal internacional; y *l*) cómo se transferiría, en su caso, el procedimiento iniciado en el Estado del foro al Estado del funcionario o a una corte o tribunal penal internacional.

278. Para responder a esas diversas cuestiones, la Relatora Especial señaló que era necesario tener en cuenta una serie de criterios: *a*) la presencia en la jurisdicción del Estado del foro de un elemento extranjero identificado como «funcionario del Estado» cuyos actos, al menos en lo que respecta a la inmunidad *ratione materiae*, se hubieran «realizado a título oficial»; *b*) la necesidad de establecer un equilibrio entre el derecho del Estado del foro a ejercer su jurisdicción y el derecho del Estado del funcionario a garantizar el respeto de la inmunidad de sus funcionarios; *c*) la necesidad de establecer un equilibrio entre el respeto del carácter funcional y representativo de los funcionarios del Estado y la salvaguardia de la lucha contra la impunidad por la comisión de crímenes graves del derecho internacional; y *d*) la necesidad de asegurar que el funcionario del Estado se beneficie de los derechos y garantías procesales reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

279. A este respecto, la Relatora Especial consideraba importante adoptar un enfoque amplio e integral que tuviera en cuenta cuatro dimensiones distintas pero complementarias:

*a*) Las implicaciones procesales para la inmunidad que se derivan del concepto de jurisdicción, en particular con respecto al momento, la identificación de los actos del Estado del foro que pueden verse afectados por la inmunidad y las cuestiones relacionadas con la determinación de la inmunidad;

*b*) Los elementos procesales que tienen un significado procesal autónomo vinculados con la aplicación o no de la inmunidad en un caso determinado y que funcionan como primera vía de salvaguardia del Estado del funcionario, en particular las cuestiones relacionadas con la invocación de la inmunidad y su renuncia;

*c*) Las garantías procesales para el Estado del funcionario, en particular los mecanismos tendentes a facilitar la comunicación y las consultas entre ese Estado y el Estado

del foro y a asegurar la transmisión de información entre las autoridades judiciales de que se trate, así como los instrumentos de cooperación y asistencia jurídica internacional entre los Estados interesados;

*d*) Las garantías procesales inherentes al concepto de juicio justo, incluido el respeto del derecho internacional de los derechos humanos.

280. La Relatora Especial también consideraba necesario que la Comisión analizara la incidencia que la obligación de cooperar con una corte o tribunal penal internacional podía tener sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

281. La Relatora Especial destacó que el examen de las diversas cuestiones procesales requería información de los Estados sobre su práctica, expresó su agradecimiento por las observaciones recibidas de los Estados y reiteró su solicitud de nuevas contribuciones.

282. Por lo que respecta al contenido del sexto informe, la Relatora Especial señaló que, aunque los distintos aspectos procesales de la inmunidad estaban relacionados entre sí y requerían un tratamiento integral, el informe se centraba en las implicaciones del concepto de jurisdicción para los aspectos procesales de la inmunidad. Recordó la propuesta de definición de «jurisdicción» contenida en su segundo informe, que estaba pendiente de examen en el Comité de Redacción de la Comisión. Aunque el sexto informe no pretendía reabrir un debate general sobre el concepto de jurisdicción, la Relatora Especial destacó la importancia de la jurisdicción para algunos aspectos procesales. Por ello, el sexto informe se centraba en el «cuándo», el «qué» y el «quién», con un examen de: *a*) el momento en que ha de considerarse la inmunidad; *b*) los actos de las autoridades del Estado del foro que pueden verse afectados por la inmunidad; y *c*) la determinación del órgano competente para decidir si la inmunidad es de aplicación.

283. En lo que respecta al momento en que debe considerarse la inmunidad, la Relatora Especial destacó que los órganos competentes del Estado debían considerar la existencia de inmunidad en un momento temprano del proceso, ya que, de lo contrario, esta perdería su utilidad y su razón de ser. No obstante, subrayó que no resultaba fácil definir lo que se entendía por «un momento temprano», en particular debido a la gran variedad de prácticas y procedimientos relacionados con el proceso penal en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales. Así pues, en opinión de la Relatora Especial, el momento de considerar la inmunidad debía determinarse por la combinación de dos elementos: *a*) la etapa de las actuaciones penales (investigación, acusación y juicio); y *b*) la naturaleza vinculante y coercitiva de las medidas que fueran a adoptarse y sus efectos en el funcionario del Estado extranjero.

284. Al aplicar esos criterios, la Relatora Especial concluyó lo siguiente:

*a*) La inmunidad debía ser considerada por las cortes y tribunales del Estado del foro al comienzo del ejercicio de su jurisdicción, tan pronto como fuera posible y antes de emitir cualquier pronunciamiento sobre el fondo del

asunto, y, en todo caso, antes de adoptar contra el funcionario medidas que le fueran dirigidas expresamente y que le impusieran obligaciones de cuyo incumplimiento se pudieran derivar medidas coercitivas y que le pudieran impedir el correcto desempeño de sus funciones estatales. Por consiguiente, las cortes y tribunales debían considerar la inmunidad del funcionario del Estado: i) antes de iniciar la fase de enjuiciamiento de un funcionario extranjero; ii) antes de emitir un auto de acusación o procesamiento del funcionario; o iii) antes del inicio del juicio;

b) La aplicación de la inmunidad en la fase de investigación o instrucción suscitaba mayores dudas, pero debía considerarse antes de adoptar medidas expresamente dirigidas contra el funcionario imponiéndole obligaciones que, en caso de incumplimiento, pudieran dar lugar a medidas coercitivas y que le pudieran impedir el correcto desempeño de sus funciones estatales, en particular una orden de detención, un auto de acusación o determinadas medidas cautelares;

c) No parecía posible concluir que la inmunidad de jurisdicción debía ser tomada en consideración automáticamente desde el momento en que se iniciaba una investigación, en particular porque, por lo general, los actos de naturaleza meramente investigadora no tenían fuerza vinculante ni afectaban directamente a los funcionarios del Estado o al desempeño de sus funciones.

285. Por último, la Relatora Especial subrayó la importancia de mantener la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* en lo que se refiere al momento para la consideración de la inmunidad, en particular teniendo en cuenta los diversos requisitos para la identificación de un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores, por una parte, y cualquier otro funcionario del Estado, por la otra.

286. En cuanto a los tipos de actos afectados por la inmunidad, la Relatora Especial señaló que, entre los actos que se veían directamente afectados por la inmunidad, destacaban la acusación penal, la citación para comparecer ante un tribunal en condición de investigado o para asistir a una vista de confirmación de cargos, la decisión sobre confirmación de cargos o la orden de procesamiento, la citación para comparecer como acusado en un proceso penal, una orden judicial de detención o una solicitud de extradición o entrega de un funcionario extranjero. Todos estos actos eran de carácter jurisdiccional, afectaban directamente a un funcionario del Estado y podían influir o interferir en el desempeño de sus funciones estatales.

287. La Relatora Especial también señaló otros tipos de actos de una autoridad del Estado del foro que podían afectar al funcionario extranjero y a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Se trataba de: a) los actos que tenían un carácter esencialmente ejecutivo, entre los que cabía citar, por ejemplo, la detención de un funcionario extranjero en el marco de una operación policial en territorio del Estado del foro o en cumplimiento de una orden internacional de detención, o la inscripción de una orden de registro o detención en los sistemas internacionales de cooperación policial internacional; b) los actos que, a pesar de su calificación como jurisdiccionales, no iban dirigidos necesariamente a ejercer la jurisdicción penal

sobre el funcionario extranjero sino, normalmente, sobre un tercero, como, por ejemplo, la citación para comparecer como testigo o la orden para poner a disposición de la corte o tribunal del Estado del foro información que obrara en poder del funcionario; c) las medidas cautelares que pudieran ser dictadas por una corte o tribunal del Estado del foro en el ejercicio de su jurisdicción respecto de un funcionario extranjero, pero que en sí mismas no fueran dirigidas a determinar su responsabilidad penal, como, por ejemplo, los actos de carácter cautelar destinados a embargar activos de ese funcionario extranjero.

288. En opinión de la Relatora Especial, que esos actos se vieran afectados por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera dependería de diversos factores, entre ellos, teniendo presente la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*: a) la distinción entre inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad; b) la separación entre la persona del funcionario y los bienes que se pretenden aprehender; y c) el carácter obligatorio y coercitivo de la medida y su efecto en el ejercicio por el funcionario extranjero de sus funciones. Así pues, era preciso estudiar caso por caso si esos actos se veían afectados por la inmunidad.

289. En lo que respecta a la determinación de la inmunidad, en particular la identificación del órgano competente en el Estado del foro para examinar y decidir sobre la aplicabilidad de la inmunidad, la Relatora Especial observó que serían las cortes y tribunales del Estado del foro los competentes para pronunciarse de modo definitivo sobre esta cuestión, aunque sería posible que también pudieran pronunciarse otros órganos distintos de los jueces (como los fiscales) cuando estuvieran encargados de la investigación o instrucción y se suscitara la cuestión de la inmunidad en relación con alguno de los actos afectados por la inmunidad.

290. La Relatora Especial destacó que afirmar que una corte o tribunal extranjero era competente para pronunciarse de modo definitivo sobre la determinación de la inmunidad no implicaba necesariamente que otros órganos o poderes del Estado no pudieran emitir sus opiniones al respecto, coadyuvando con las cortes y tribunales en la determinación de la inmunidad. En cualquier caso, la posibilidad de que otros órganos o poderes del Estado emitieran sus opiniones dependía del derecho interno. La Relatora Especial expresó una opinión similar con respecto a la información proporcionada por el Estado del funcionario, que podía tener una gran importancia para que la corte o tribunal pudiera determinar la inmunidad. Señaló que esta cuestión se analizaría en el séptimo informe desde la perspectiva de la cooperación.

291. En opinión de la Relatora Especial, la determinación de la inmunidad por parte de las cortes y tribunales del Estado del foro debería tomar en consideración diferentes elementos, según se tratase de la determinación de la inmunidad *ratione personae* o de la determinación de la inmunidad *ratione materiae*. En relación con la inmunidad *ratione personae*, bastaría con que la corte o tribunal valorase si el funcionario del Estado respondía a la categoría de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores y si se encontraba en el ejercicio de sus funciones en el momento en que la inmunidad

debía ser considerada. En cuanto a la inmunidad *ratione materiae*, la corte o tribunal debería evaluar: *a)* si la persona era un funcionario del Estado; *b)* si los actos en cuestión habían sido realizados a título oficial; *c)* si los actos habían sido realizados por el funcionario cuando se encontraba en ejercicio; y *d)* si los actos en cuestión entraban dentro de alguna de las categorías de crímenes de derecho internacional a los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplicaba.

292. La Relatora Especial también se refirió al futuro programa de trabajo indicado en el párrafo 271 *supra*.

## 2. RESUMEN DEL DEBATE

293. Dado el escaso tiempo de que se disponía para examinar el informe en el período de sesiones en curso, el debate sobre el sexto informe continuaría en el 71<sup>er</sup> período de sesiones. Así pues, los miembros que hicieron uso de la palabra destacaron el carácter preliminar de sus intervenciones, reservándose el derecho a formular nuevos comentarios sobre el informe el año siguiente.

### a) Comentarios generales

294. Los miembros felicitaron a la Relatora Especial por su excelente y sólido informe, aunque algunos lamentaron el retraso en su publicación, así como el hecho de que los proyectos de artículo pertinentes sobre las cuestiones analizadas en el informe no fueran a presentarse hasta el año siguiente. Se observó que en el informe no se abordaban todos los aspectos procesales ni se trataba la relación entre los aspectos procesales y sustantivos del tema. Otros miembros indicaron que, si bien en el sexto informe no se proponían proyectos de artículo, el análisis expuesto permitía avanzar de manera fundamental en la comprensión de las cuestiones procesales. Varios miembros expresaron la esperanza de que, el año siguiente, el séptimo informe se presentara a tiempo para su examen.

295. Los miembros insistieron en la importancia del tema para los Estados. A este respecto, algunos miembros mencionaron el interés de la Unión Africana en que se incluyera en el programa de la Asamblea General una solicitud de opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la cuestión de las inmunidades y la relación entre los artículos 27 y 98 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional respecto de los Estados partes con arreglo al derecho internacional. Se reiteró que el tema era políticamente delicado y jurídicamente complejo y que podía afectar no solo a las relaciones internacionales, sino también a la práctica de las cortes y tribunales a nivel nacional, lo que ofrecía la oportunidad de ayudar a los Estados a armonizar sus procedimientos con respecto a la inmunidad de los funcionarios del Estado. También se destacó que el examen del tema requería tanto un análisis como una consideración y un tratamiento detenidos de la práctica de los Estados. A este respecto, algunos miembros lamentaron la falta de práctica de ciertas regiones o de práctica con respecto a determinados aspectos de la inmunidad *ratione materiae*. Otros miembros reconocieron que la práctica y la doctrina sobre asuntos relacionados con los aspectos y las salvaguardias procesales era escasa en general.

296. Algunos miembros también destacaron la relación entre el tema y otros temas del actual programa de trabajo de la Comisión, como los crímenes de lesa humanidad y las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*), así como la jurisdicción penal universal, incluida en el programa a largo plazo de la Comisión en el período de sesiones en curso. Esto afectaba a la labor de la Comisión porque requería la adopción de un enfoque común a fin de asegurar la coherencia y evitar la fragmentación del derecho internacional. Algunos miembros recordaron la necesidad de tratar la labor sobre el presente tema de manera coherente con lo establecido en otros regímenes pertinentes, en particular el artículo 27, párrafo 1, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

297. Se consideró que el análisis de las cuestiones procesales era importante para asegurar que las inmunidades, cuando procedieran, fueran respetadas, a fin de salvaguardar la estabilidad de las relaciones internacionales y velar por el respeto de la igualdad soberana de los Estados. También era fundamental tener en cuenta la jurisdicción del Estado del foro, la importancia de la lucha contra la impunidad y los derechos del funcionario del Estado en cuestión. Por consiguiente, algunos miembros consideraron necesario reflexionar cuidadosamente sobre los tipos de procedimientos que debían establecerse. Se indicó que esos procedimientos debían tratar de lograr un delicado equilibrio entre los distintos intereses, incluido el respeto de la inmunidad y la garantía de la estabilidad de las relaciones internacionales, y tener en cuenta los límites a la inmunidad en la lucha contra la impunidad.

298. Varios miembros expresaron su apoyo al enfoque propuesto por la Relatora Especial para abordar los aspectos procesales de manera amplia e integral. Además, los miembros mencionaron la importancia de tratar el doble componente de los aspectos procesales: las consideraciones tradicionales relativas a cuestiones como el momento en que se consideraba la inmunidad, su invocación y su renuncia, y, más importante aún, una amplia variedad de consideraciones en relación con las salvaguardias, teniendo en cuenta en particular, aunque no exclusivamente, la aprobación del proyecto de artículo 7.

### b) Comentarios acerca del resumen del debate sobre el proyecto de artículo 7

299. Los miembros que hicieron uso de la palabra expresaron su agradecimiento por el resumen del debate contenido en el sexto informe con respecto al proyecto de artículo 7 y recordaron las circunstancias en que se aprobó dicho proyecto de artículo, y algunos miembros destacaron diversos elementos del debate que consideraban esenciales. Varios miembros reiteraron su descontento con la manera en que se había aprobado el proyecto de artículo 7 y el efecto que ello tendría en los métodos de trabajo de la Comisión. Otros recordaron la importancia de que los Estados Miembros tuvieran una clara indicación por parte de la Comisión sobre si el proyecto de artículo 7 reflejaba el derecho internacional consuetudinario existente o constituía desarrollo progresivo. Dado que estaba previsto finalizar el tema en primera lectura el año siguiente, algunos miembros consideraron que la Comisión podía permitirse darse otra oportunidad para examinar el contenido del proyecto de artículo 7, no solo para abordar la

cuestión de si reflejaba el derecho internacional consuetudinario o si era un ejercicio de desarrollo progresivo, sino también para mejorar la forma en que se había aprobado. No obstante, otros miembros recordaron que el examen de los límites y excepciones era la esencia del tema. A este respecto, se consideró que el examen de los aspectos procesales aseguraría un funcionamiento justo y efectivo del proyecto de artículo 7. Al mismo tiempo, se destacó que las disposiciones y garantías procesales eran pertinentes para el conjunto del proyecto de artículos, y no solo con respecto al proyecto de artículo 7. Varios miembros esperaban con interés el examen de esos aspectos en el séptimo informe del año siguiente. También se puso en duda la viabilidad de subsanar con salvaguardias procesales lo que se consideraban deficiencias sustantivas fundamentales del proyecto de artículo 7.

c) *Comentarios sobre los aspectos procesales examinados en el sexto informe*

300. En lo que respecta al concepto de jurisdicción, algunos miembros, si bien agradecieron las propuestas de la Relatora Especial sobre el proyecto de artículo 2, que se habían remitido al Comité de Redacción, señalaron que no era totalmente necesario definir la «jurisdicción» penal a los efectos del proyecto de artículos sobre el tema. Bastaría un enfoque funcional para esbozar los parámetros de la jurisdicción con respecto a los aspectos procesales. Se sugirió, como cuestión general de metodología, que se distinguiera entre el concepto general de jurisdicción, incluidos los fundamentos básicos de la jurisdicción del Estado, y la cuestión de los órganos competentes para ejercer la jurisdicción penal de un Estado determinado. En opinión de otros miembros, esa definición era necesaria porque aportaría seguridad en cuanto al alcance de la jurisdicción penal afectada por las normas relativas a la inmunidad.

301. Desde el punto de vista metodológico, se consideró útil mantener la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* al abordar las disposiciones procesales, así como posteriormente las garantías, aunque algunos miembros señalaron que la distinción no debía exagerarse.

302. En general, los miembros esperaban con interés los proyectos de artículo que la Relatora Especial propondría en el séptimo informe sobre los aspectos procesales examinados en el sexto informe.

i) *Momento*

303. En relación con el momento de examinar la inmunidad, en general se consideró que se trataba de una cuestión de la que podía ocuparse la Comisión y con respecto a la cual esta podía ofrecer una valiosa orientación tomando como base la jurisprudencia y la práctica existentes.

304. En cualquier caso, los miembros destacaron la importancia de abordar las cuestiones relativas a la inmunidad en un momento temprano de las actuaciones a fin de evitar toda confusión en una etapa ulterior. Tomando como base la jurisprudencia, quedaba confirmado que las cuestiones de la inmunidad eran de carácter preliminar, y que debían resolverse con rapidez y decidirse *in limine*

*litis*. Se recordó que, en la opinión consultiva relativa a la *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos*, la Corte Internacional de Justicia había afirmado que ese principio era «un principio de derecho procesal comúnmente reconocido» cuya finalidad era impedir que «se vaciara de contenido la esencia de la norma sobre inmunidad»<sup>1210</sup>.

305. No obstante, algunos miembros consideraron importante abordar, como sugería la Relatora Especial, varios aspectos prácticos, como qué se entendía por «momento temprano» o «tan pronto como sea posible», ya que se trataba de expresiones vagas y llenas de ambigüedad. Se confirmó que, al menos en lo que respecta a la inmunidad *ratione personae*, la resolución aprobada en 2001 por el Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional indicaba que debía concederse la inmunidad y la inviolabilidad a la que tenía derecho un Jefe de Estado desde el momento en que se tenía conocimiento de tal condición<sup>1211</sup>. Así pues, se señaló que la inmunidad debía considerarse sin demora y, en todo caso, en el momento inicial del procedimiento y antes de que se adoptaran medidas vinculantes contra el funcionario del Estado que obstaculizaran el ejercicio de sus funciones. Asimismo, se sugirió que la causa relativa a *Avena*<sup>1212</sup> podía ofrecer alguna orientación sobre la forma de abordar aspectos prácticos en relación con la urgencia de actuar «sin demora»; en esa causa concreta, la Corte Internacional de Justicia interpretó que la expresión no significaba necesariamente «inmediatamente después de la detención y antes del interrogatorio»<sup>1213</sup>.

306. Algunos miembros que hicieron uso de la palabra reconocieron la dificultad de determinar la aplicación de las normas relativas a la inmunidad durante las fases de investigación debido a la diversidad de la legislación y la práctica nacionales en materia de investigación y procesamiento. Seguía siendo necesario que la Comisión estudiara la cuestión y ofreciera orientación práctica a los Estados.

307. Se sugirió que las consideraciones de la inmunidad debían abarcar, en principio, todo el procedimiento penal: la investigación, la detención, la reclusión, la extradición, el traslado, el procesamiento, la revisión del procesamiento, la fase previa al juicio y las medidas cautelares, así como las actuaciones y decisiones judiciales oficiales y su ejecución.

308. Algunos miembros cuestionaron que debiera concluirse necesariamente que la inmunidad no tenía aplicación inmediata durante las fases de investigación, ya que ello dependía en gran medida de las circunstancias de

<sup>1210</sup> *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1999, págs. 62 y ss., en especial pág. 88, párr. 63.

<sup>1211</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (período de sesiones de Vancouver, 2001), págs. 743 y ss., en particular pág. 746, art. 6; puede consultarse en el sitio web del Instituto en [www.idi-iiil.org](http://www.idi-iiil.org), en el apartado «Résolutions».

<sup>1212</sup> *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, I.C.J. Reports 2004, pág. 12.

<sup>1213</sup> *Ibid.*, pág. 48, párr. 85.

cada caso y del derecho y la práctica de los Estados concretos en cuestión. Se trataba de un asunto que era preciso estudiar más a fondo.

## ii) Actos afectados

309. En lo que respecta a los actos de los Estados del foro respecto de los que se aplicaba la inmunidad, los miembros aceptaron en general las tres categorías planteadas por la Relatora Especial en su sexto informe, a saber, la detención, la comparecencia como testigo y las medidas cautelares que requirieran un examen. Algunos miembros señalaron que era necesario aclarar qué se entendía por «actos afectados por la inmunidad». Según varias opiniones, convenía distinguir entre la investigación penal de una situación y la investigación penal de un caso determinado a los efectos de la inmunidad. Habría que centrar la atención en este segundo contexto. Al respecto, se hizo hincapié en los actos vinculantes que impusieran medidas coercitivas al funcionario del Estado. Así pues, se señaló que la inmunidad debía considerarse antes de que se adoptaran medidas vinculantes contra el funcionario del Estado que constituyeran un obstáculo para el ejercicio de sus funciones.

310. A juicio de algunos miembros, entre estas medidas cabía citar la orden de detención, la acusación penal, la orden de comparecer ante una corte o tribunal como persona investigada o de asistir a la vista de confirmación de cargos, y la solicitud de extradición o de entrega. También se señaló que no todos los actos realizados durante las actuaciones penales implicaban la imposición de medidas coercitivas restrictivas a un funcionario. Por ejemplo, se dijo que una denuncia por la vía penal en sí misma no influía directamente en el ejercicio por un funcionario de sus funciones.

311. Algunos miembros insistieron en la importancia de la naturaleza coercitiva de las medidas restrictivas y el consiguiente obstáculo que suponían para el ejercicio por un funcionario de sus funciones. Se recordó que, en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, la Corte se refirió a la protección de la persona en cuestión contra todo acto de autoridad de otro Estado que constituyera un obstáculo para el desempeño de sus funciones<sup>1214</sup>, mientras que en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* destacó que «el factor determinante para apreciar si ha habido o no un atentado contra la inmunidad del Jefe de Estado radica en la sujeción [...] a un acto de autoridad restrictivo»<sup>1215</sup>.

312. Algunos miembros propusieron que se examinaran más a fondo los efectos de la inviolabilidad sobre la inmunidad, en particular sobre la inmunidad *ratione materiae*, en lugar de recurrir en exceso a la aplicación de una metodología deductiva o sacar determinadas conclusiones de la práctica pertinente para la inmunidad *ratione personae*. También se sugirió que la función de la Organización Internacional de Policía Criminal y su práctica,

en particular con respecto a su sistema de «notificaciones rojas», requería un análisis más exhaustivo.

313. Varios miembros consideraron necesario estudiar otras cuestiones relacionadas con la comparecencia como testigo, en particular con respecto a la inmunidad *ratione materiae*, entre otras cosas en lo tocante a la aportación de material y documentos probatorios.

314. Algunos miembros consideraron también que había que seguir estudiando la cuestión de las medidas cautelares.

## iii) Determinación de la inmunidad

315. Varios miembros convinieron con la Relatora Especial en que correspondía a las cortes y tribunales del Estado del foro determinar si existía inmunidad y, de ser así, si había excepciones a dicha inmunidad. No obstante, se sugirió que la Comisión examinara el requisito procesal de que todo ejercicio de la jurisdicción respecto de un funcionario debía estar sujeto a la decisión de un tribunal superior, y no a la del tribunal de primera instancia de rango más bajo.

316. Algunos miembros se hicieron eco de la importancia de no desdeñar el papel que desempeñaba el ejecutivo. A este respecto, se puso de manifiesto el papel desempeñado a nivel nacional por los ministerios encargados de las relaciones exteriores.

317. Otros miembros insistieron en la importancia de abordar, dentro del alcance del presente tema y con miras a avanzar en el examen de los posibles límites, las cuestiones relativas a la discrecionalidad en relación con el procesamiento. Ello era necesario para evitar los procesamientos abusivos o motivados por razones políticas. Se señaló que el establecimiento de directrices para los encargados del procesamiento tendría la ventaja de mejorar el ejercicio arbitrario o agresivo de la discrecionalidad en relación con el procesamiento en el caso de la troika y de otros funcionarios del Estado. A la inversa, esas directrices proporcionarían un mecanismo de salvaguardia contra el ejercicio negativo de la discrecionalidad en relación con el procesamiento en los casos en que un funcionario del Estado que hubiera cometido un crimen grave del derecho internacional no fuera procesado.

318. Algunos miembros destacaron la importancia de velar por la seguridad en las normas relativas al procedimiento aplicable para el cumplimiento de la ley. Se indicó que, en caso de duda o ambigüedad, debería haber un órgano estatal encargado de dar las instrucciones adecuadas a los organismos encargados del cumplimiento de la ley, y se reconoció a este respecto el papel desempeñado por los ministerios encargados de las relaciones exteriores.

319. También se sugirió que se examinara la cuestión del arreglo de controversias relativas a cuestiones de inmunidad por parte de las cortes y tribunales internacionales. Asimismo, sería necesario estudiar el posible papel del Consejo de Seguridad en lo que respecta al cumplimiento de órdenes de detención o de órdenes de entrega de documentación.

<sup>1214</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial pág. 22, párr. 54.

<sup>1215</sup> *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, págs. 177 y ss., en especial pág. 237, párr. 170.

320. Algunos miembros se mostraron partidarios de seguir estudiando la posibilidad de que el Estado del funcionario tuviera la opción de renunciar a la inmunidad.

d) *Comentarios sobre las salvaguardias y garantías procesales*

321. Los miembros consideraron que el examen de las salvaguardias y garantías procesales era esencial para la conclusión satisfactoria de los trabajos sobre el tema. Se señaló que había que distinguir entre, por un lado, las salvaguardias que aseguraban a la persona el respeto de las debidas garantías procesales y, por otro, otras garantías previstas en el derecho internacional de los derechos humanos, así como salvaguardias que tenían por objeto proteger la estabilidad de las relaciones internacionales y evitar procesamientos motivados por razones políticas y abusivos. Era preciso abordar ambos aspectos y se sugirió que, para que las salvaguardias fueran efectivas, no solo debían ocuparse de las consecuencias de la denegación de la inmunidad del funcionario del Estado en el Estado del foro en general, sino también en el contexto específico del proyecto de artículo 7.

322. En cuanto a las salvaguardias procesales que afectaban al funcionario extranjero en cuestión, se hizo referencia, por ejemplo, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y especialmente a las disposiciones que garantizaban normas internacionales mínimas en actuaciones penales como la detención y la privación de libertad (art. 9), el trato justo de los sospechosos y los procesados (art. 10) y el derecho a un juicio imparcial (art. 14).

323. Por lo que respecta a las salvaguardias que podían afectar a la estabilidad de las relaciones internacionales, y al proyecto de artículo 7 conexo, se señaló que era crucial que la Comisión hiciera lo posible por llegar a un entendimiento. A este respecto, se sugirió que se elaborasen salvaguardias específicas para abordar cuestiones dimanantes del proyecto de artículo 7. En virtud de esas salvaguardias, únicamente se podría ejercer la jurisdicción penal sobre la base del proyecto de artículo 7 si: a) el funcionario extranjero se hallaba presente en el Estado del foro; b) las pruebas de que el funcionario había cometido el presunto delito, habida cuenta de su excepcional gravedad, eran «plenamente concluyentes»<sup>1216</sup>; c) la decisión del Estado del foro de iniciar actuaciones penales contra el funcionario extranjero se adoptaba al más alto nivel del Gobierno o de las autoridades encargadas del procesamiento; y d) el Estado del foro estaba obligado a cooperar con el Estado del funcionario.

324. Además, se dijo que la obligación de cooperar en este sentido significaba que el Estado del foro había de notificar al Estado del funcionario si tenía la intención de iniciar actuaciones penales y preguntarle si deseaba renunciar a la inmunidad de su funcionario, y, en caso de

que el Estado del funcionario pudiera y quisiera someter el asunto a sus propias cortes o tribunales para su enjuiciamiento, el Estado del foro había de dar traslado de las actuaciones y extraditar al presunto infractor al Estado del funcionario o, en caso de acordarlo así los Estados interesados, trasladar al funcionario a una corte o tribunal internacional competente. Alternativamente, en caso de que el Estado del funcionario no pudiera o no quisiera someter el asunto a sus propias cortes o tribunales o a una corte o tribunal internacional para su enjuiciamiento, el Estado del foro, antes de autorizar la continuación del enjuiciamiento por sus instancias nacionales, había de manifestar su disposición a trasladar al presunto infractor a una corte o tribunal internacional competente si dicha corte o tribunal tenía jurisdicción.

325. Algunos miembros destacaron la importancia que podía tener el Estado del funcionario en el ejercicio de la jurisdicción respecto de sus propios funcionarios. También se dijo que difícilmente podrían resolverse las cuestiones dimanantes del proyecto de artículo 7 con salvaguardias y garantías procesales.

e) *Labor futura*

326. En general, los miembros que hicieron uso de la palabra apoyaron el plan de trabajo futuro propuesto por la Relatora Especial y pusieron de relieve la necesidad de disponer de un conjunto completo de proyectos de artículo sobre los aspectos procesales en el séptimo informe. Se expresó el deseo de que se concluyera la primera lectura del proyecto de artículos en el siguiente período de sesiones.

327. No obstante, si bien algunos miembros se mostraron partidarios de estudiar el efecto que la obligación de cooperar con la Corte Penal Internacional podría tener sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, otros se opusieron a ese examen, al considerar que dicho estudio era incompatible con el alcance acordado y con el proyecto de artículo 1, según el cual el proyecto de artículos se entendía sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional. También, se señaló que podría ser útil estudiar las implicaciones procesales para la inmunidad derivadas de disposiciones convencionales que contemplaban la posibilidad de que un funcionario público pudiera cometer crímenes tipificados en ellas.

328. Algunos miembros destacaron la importancia de elaborar un posible mecanismo de comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario sobre la base de un sistema de subsidiariedad o complementariedad. Dicho sistema promovería la investigación y el procesamiento por el Estado del funcionario.

329. Varios miembros consideraron útil que se aclarase la relación entre la invocación por motivos de carácter procesal, en particular de la inmunidad *ratione materiae*, y las consecuencias de esa invocación, entre otras cosas para la responsabilidad internacional del Estado en cuestión.

330. El debate sobre el sexto informe continuaría y concluiría en el 71º período de sesiones de la Comisión.

<sup>1216</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial pág. 129, párr. 209.