



Asamblea General

Distr. general
10 de junio de 2010
Español
Original: ruso

Comisión de Derecho Internacional

62º período de sesiones

Ginebra, 3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio
a 6 de agosto de 2010

Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

Preparado por Roman Anatolevitch Kolodkin,
Relator Especial

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción.....	2
II. Alcance de la inmunidad de un funcionario del Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera.....	9
A. Consideraciones preliminares.....	9
B. Inmunidad <i>ratione materiae</i>	12
C. Inmunidad <i>ratione personae</i>	21
D. Medidas del Estado que ejerce jurisdicción cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad del funcionario del Estado.....	23
E. Alcance territorial de la inmunidad.....	29
F. ¿Existen excepciones a la norma de inmunidad?.....	31
1. Consideraciones preliminares.....	31
2. Criterios para el establecimiento de excepciones.....	33
3. Conclusiones sobre las excepciones.....	59
G. Resumen.....	61

* Se publica nuevamente por razones técnicas el 15 de febrero de 2011.



I. Introducción

1. El tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, la Comisión) en su 58° período de sesiones (2006), atendiendo a una propuesta formulada por el autor del presente informe¹. En el 59° período de sesiones (2007) la Comisión decidió incluir ese tema en su programa de trabajo². En ese mismo período de sesiones, se nombró al Relator Especial para el tema³, y se solicitó a la secretaría que preparara un estudio básico sobre el tema⁴.

2. En su 60° período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar (más precisamente, su primera parte y el comienzo de su segunda parte)⁵ y el memorando de la Secretaría sobre el tema⁶.

3. En la primera parte y el comienzo de la segunda parte del informe preliminar se exponía de forma sucinta la historia de la consideración de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado por la Comisión y el Instituto de Derecho Internacional (en adelante, el Instituto) y se definían las diversas cuestiones propuestas para su consideración por la Comisión durante la etapa de trabajo preliminar sobre el tema. Entre estas cuestiones figuraba la cuestión relativa a las fuentes de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; la cuestión relativa al contenido de los conceptos de “inmunidad” y “jurisdicción”, “jurisdicción penal” e “inmunidad de jurisdicción penal”; la cuestión de la relación entre la inmunidad y la jurisdicción; la cuestión de los tipos de inmunidad de los funcionarios del Estado (inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*); y la cuestión del fundamento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y la relación entre la inmunidad de los funcionarios y la inmunidad del Estado, y entre la inmunidad diplomática y consular y la inmunidad de los miembros de misiones especiales⁷.

4. Además, en la parte del informe preliminar presentado a la Comisión en su 60° período de sesiones, se definían las cuestiones que el Relator Especial consideraba necesario examinar para determinar el alcance del tema. Esas cuestiones incluían, en particular, la cuestión de si todos los funcionarios del Estado o sólo algunos de ellos (por ejemplo, sólo los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores) debían estar incluidos en los futuros proyectos de directrices o proyectos de artículos que podía elaborar la Comisión como resultado del examen del presente tema; la cuestión de la definición del concepto de “funcionario del Estado”; la cuestión del reconocimiento en el contexto

¹ Figura en el anexo A del informe de la Comisión sobre la labor de su 59° período de sesiones. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/61/10)*, párr. 257.

² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/62/10)*, párr. 376.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, párr. 386.

⁵ Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, A/CN.4/601 (en adelante, informe preliminar).

⁶ A/CN.4/596 (en adelante, memorando de la Secretaría).

⁷ Informe preliminar, párrs. 27 a 101.

del presente tema; y la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de los funcionarios del Estado⁸.

5. Asimismo, entre las cuestiones que, en opinión del Relator Especial, debían examinarse para determinar el alcance del tema, figuraban: la cuestión del alcance de la inmunidad de que gozarían los funcionarios en activo y los ex funcionarios del Estado que estuvieran incluidos en futuros proyectos de directrices o proyectos de artículos; y la cuestión de la renuncia a la inmunidad a los funcionarios del Estado (y, posiblemente, otros aspectos de procedimiento relativos a la inmunidad)⁹.

6. Las conclusiones formuladas por el Relator Especial como resultado del análisis realizado en la parte del informe preliminar presentada a la Comisión figuran en los párrafos 102 a 130 de dicho informe¹⁰.

⁸ *Ibid.*, párrs. 125 a 129.

⁹ *Ibid.*, párr. 4.

¹⁰ “102. ... a) La fuente principal de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es el derecho internacional, en particular el derecho internacional consuetudinario;

b) La jurisdicción y la inmunidad son fenómenos interrelacionados pero diferentes. En el marco del presente tema es necesario ceñirse al examen de la inmunidad y no examinar a fondo la cuestión de la jurisdicción como tal;

c) La jurisdicción penal del Estado, tanto como todos los demás aspectos de su jurisdicción, se ejerce mediante la jurisdicción legislativa, ejecutiva y judicial (lo mismo en el plano legislativo que ejecutivo, si por este último se entiende tanto la jurisdicción ejecutiva como la judicial);

d) Aunque la jurisdicción penal ejecutiva (o ejecutiva y penal) posee rasgos comunes con la jurisdicción civil, se diferencia de ésta, entre otras cosas, por el hecho de que muchos procedimientos penales alcanzan la fase judicial del proceso jurídico. Por consiguiente, ya en la fase de instrucción reviste una gran importancia la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado;

e) La inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado abarca tanto la norma del derecho internacional como la relación jurídica que le es inherente, en virtud de las cuales, al derecho del beneficiario a que sobre él no se ejerza la jurisdicción extranjera se contraponen la obligación del Estado extranjero de no ejercer su jurisdicción respecto del beneficiario;

f) La inmunidad de jurisdicción penal es solamente una inmunidad de jurisdicción ejecutiva y judicial (o exclusivamente ejecutiva, si por esta última se entiende tanto la jurisdicción ejecutiva como la penal). Por tanto, es una inmunidad respecto del procesamiento penal o de actuaciones penales, pero no del derecho sustantivo del Estado extranjero;

g) La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es de carácter procesal y no sustantivo. Constituye un impedimento a la aplicación de la responsabilidad penal, aunque en principio no la excluye;

h) La actuación de un funcionario en el desempeño de sus funciones oficiales es atribuible al Estado. Por tanto, el funcionario goza de inmunidad de jurisdicción penal del Estado extranjero *ratione materiae*. No obstante, ello no excluye al mismo tiempo la atribución de dichos actos a la persona responsable de su comisión;

i) Detrás de la inmunidad del funcionario, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, y de sus beneficiarios, se encuentra, en última instancia el Estado, único titular del derecho a renunciar a la inmunidad del funcionario;

j) La inmunidad de jurisdicción extranjera del funcionario posee varios fundamentos complementarios e interrelacionados: funcional y representativo; principios del derecho internacional relativos a la igualdad soberana de los Estados y la no injerencia en sus asuntos internos; necesidad de velar por la estabilidad de las relaciones internacionales y por la independencia de los Estados en la realización de sus actividades.

7. La Comisión hizo suyas la mayoría de las conclusiones. En sus observaciones finales el Relator Especial pudo constatar, en particular, el amplio consenso respecto de lo siguiente:

- a) La fuente principal de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es el derecho internacional consuetudinario;
- b) El concepto de “inmunidad” implica una relación jurídica y una correlación entre los derechos y obligaciones correspondientes;
- c) La inmunidad es de índole procesal;
- d) La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es una inmunidad de jurisdicción ejecutiva y judicial y no de jurisdicción legislativa;
- e) La cuestión de tal inmunidad se plantea ya en la fase de instrucción de un proceso penal;
- f) La distinción entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae* es útil para fines de análisis;
- g) El tema no abarca las cuestiones relativas a la jurisdicción penal internacional;
- h) En lo que respecta al grupo de personas que abarca el tema, es preciso examinar el estatuto de todos los funcionarios del Estado;
- i) Debe emplearse y definirse el término “funcionario del Estado”;
- j) Gozan de inmunidad *ratione personae*, por lo menos, los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores.

8. En el examen del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 60º período de sesiones, en la Sexta Comisión de la Asamblea General, en 2008, numerosas delegaciones se pronunciaron sobre este tema¹¹.

130. ... a) El presente tema sólo abarca la inmunidad de los funcionarios de un Estado respecto de la jurisdicción nacional (no internacional) penal (no civil ni administrativa) de otro Estado (y no del Estado a cuyo servicio trabaja el funcionario).

b) Se propone que el presente tema abarque a todos los funcionarios del Estado.

c) Se puede tratar de definir el concepto de “funcionario del Estado” a los efectos del presente tema o de determinar el grupo de personas abarcadas por este concepto a los efectos del presente tema.

d) Entre los altos funcionarios que gozan de inmunidad personal en virtud de su cargo figuran, en primer lugar, los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores.

e) Se puede tratar de definir el grupo de altos funcionarios que, además de la tríada antes mencionada, gozan de inmunidad *ratione personae*. Se podrá distinguir a estas personas entre todos los altos funcionarios si se logra definir el criterio o los criterios para determinar la condición especial de esta categoría de funcionarios.

f) Es dudosa la conveniencia de seguir examinando la cuestión del reconocimiento y la cuestión de la inmunidad de los familiares de los altos funcionarios en el marco del examen del presente tema.

¹¹ Véase Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 60º período de sesiones (2008). La Secretaría de las Naciones Unidas preparó un resumen temático del debate celebrado en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante el sexagésimo tercer período de sesiones. A/CN.4/606, págs. 19 a 22.

9. En el examen del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 61° período de sesiones, que se llevó a cabo en la Sexta Comisión de la Asamblea General en 2009, varias delegaciones destacaron en sus declaraciones la importancia de continuar los trabajos sobre el tema¹², pese a que el Relator Especial no había presentado la continuación del informe preliminar y que, en consecuencia, la Comisión no había examinado el tema en su 61° período de sesiones. La delegación de Sudáfrica, en particular, subrayó la importancia del tema a la luz de las deliberaciones en curso sobre el ejercicio de la jurisdicción nacional universal y destacó las cuestiones que, en su opinión, debía resolver la Comisión¹³.

10. En las deliberaciones entre la Unión Africana y la Unión Europea sobre la jurisdicción penal universal, como resultado de las cuales se preparó un informe de expertos, la cuestión de la inmunidad también ocupó un lugar importante¹⁴. Lo propio ocurrió en el examen de la cuestión de la jurisdicción penal universal, que se llevó a cabo en la Sexta Comisión de la Asamblea General, en 2009¹⁵.

11. En el tiempo transcurrido desde que se examinó el informe preliminar, la Corte Internacional de Justicia empezó a examinar las causas que, en mayor o menor medida, estaban relacionadas con el tema, a saber, la causa sobre las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*¹⁶; y la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*¹⁷. La Corte Internacional de Justicia continúa examinando la causa relativa a

¹² Véase, en particular, las declaraciones de las delegaciones de Austria y Sudáfrica de 26 de octubre de 2009 (A/C.6/64/SR.15, párrs. 30 y 69 a 70), Hungría y Portugal, 27 de octubre de 2009 (A/C.6/64/SR.16, párrs. 35 y 41), Ghana y Libia, 28 de octubre de 2009 (A/C.6/64/SR.17, párrs. 6 y 16).

¹³ Entre las cuestiones que la Comisión tenía ante sí, el representante de Sudáfrica puso de relieve las siguientes: si los ministros de relaciones exteriores y otros altos funcionarios del Estado disfrutaban de plena inmunidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario; si esa inmunidad era aplicable al genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad; si había un límite temporal para esa inmunidad y, en caso de haberlo, si ese límite es el mismo para todas las categorías de funcionarios; y si el hecho de que los delitos mencionados pudieran entrar en la categoría de *jus cogens* afectaba de alguna manera el alcance de las inmunidades. La delegación de Sudáfrica también expresó interés en la cuestión relativa a la relación entre la inmunidad y las facultades de las autoridades nacionales para detener a un alto funcionario de Estado en cumplimiento de una orden de detención emitida por un tribunal internacional. Véase la declaración formulada por el representante de Sudáfrica en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de octubre de 2009, A/C.6/64/SR.15, párrs. 69 y 70.

¹⁴ Véase Report of the Technical ad hoc African Union-European Union Expert Group on the Principle of Universal Jurisdiction, Consejo de la Unión Europea, documento 8672/1/09 Rev.1, 16 de abril de 2009.

¹⁵ Véanse las declaraciones de las delegaciones de Túnez, el Irán (República Islámica del), Costa Rica, Swazilandia, Sudáfrica, China, el Perú, Austria, Finlandia, el Sudán, Indonesia, la Federación de Rusia, Liechtenstein, Rwanda, el Senegal y Etiopía, de 20 y 21 de octubre de 2009 (A/C.6/64/SR.12 y 13). Algunas delegaciones destacaron especialmente la relación entre el concepto de jurisdicción universal y las normas del derecho internacional sobre la inmunidad del Estado y de sus funcionarios, señalando la necesidad de adoptar un enfoque ponderado al abordar la cuestión de la responsabilidad de las personas que cometen delitos tipificados por el derecho internacional.

¹⁶ Causa sobre *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, (puede consultarse en <http://www.icj-cij.org>).

¹⁷ Causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, (puede consultarse en <http://www.icj-cij.org>).

*Determinados procedimientos penales en Francia (Congo c. Francia)*¹⁸, en la que también se abordan cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios superiores y altos funcionarios del Estado.

12. En el período posterior al examen del informe preliminar, esas cuestiones han sido objeto de examen en el marco de jurisdicciones nacionales en varias ocasiones¹⁹.

13. En reiteradas ocasiones, en el marco de la labor de la Corte Internacional de Justicia y en otros casos relacionados con la inmunidad de jurisdicción extranjera, los Gobiernos han declarado su posición respecto de las deliberaciones mencionadas sobre la jurisdicción universal y del examen de las cuestiones relativas a la inmunidad de los funcionarios en las jurisdicciones nacionales²⁰. También se introdujeron modificaciones en la legislación de algunos Estados²¹.

¹⁸ Causa relativa a *Determinados procedimientos penales en Francia (República del Congo c. Francia)*, (puede consultarse en <http://www.icj-cij.org>).

¹⁹ En noviembre de 2008, en Frankfurt (Alemania) en cumplimiento de una orden de detención emitida por un tribunal francés, se detuvo a la Sra. Rosa Kabuye, Jefa de Protocolo del Presidente de Rwanda, que estaba acusada de estar involucrada en el asesinato del ex Presidente de Rwanda, perpetrado en 1994, a raíz del cual se desencadenaron las matanzas en ese país. En marzo de 2009 Kabuye fue puesta en libertad bajo fianza. (BBC News, 23.12.2008, <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/africa/7797024.stm>). Según informaciones de la prensa, la causa se desestimó (The New Times, <http://www.newtimes.co.rw/index.php?issue=14030&article=20425>). En diciembre de 2009, el tribunal de primera instancia de Westminster emitió una orden de detención contra la dirigente de la oposición de Israel, Sra. Tzipi Livni, acusada de haber cometido crímenes de guerra en Gaza. En el período en el que ocurrieron los hechos de los que se la acusaba, la Sra. Livni ocupaba el cargo de Ministra de Relaciones Exteriores de Israel. Poco después, según informaciones de los medios de información, se retiró la orden de detención al determinarse que la Sra. Livni se encontraba fuera del territorio del Reino Unido. (The Guardian, 15.12.2009, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/dec/15/tzipi-livni-arrest-warrant-israeli>). Anteriormente, en el Reino Unido, se había intentado detener al Sr. Ehud Barak, Ministro de Defensa de Israel, pero se reconoció que disfrutaba de inmunidad diplomática. (The Guardian, 29.09.2009, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/sep/29/ehud-barak-war-crimes-israel>). En España, en el período 2008-2009, se emprendieron investigaciones en relación con los cargos de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos en el Tibet, formulados contra altos funcionarios del Estado y dirigentes políticos de la República Popular China (el ex Presidente de la República Popular China, Jiang Zemin, el Ministro de Defensa Liang Guangli, entre otros). Teniendo en cuenta de modificaciones introducidas en la legislación de España, que limitaban el alcance de la “jurisdicción universal”, se sobreyeron las causas. (El País, 27.02.2010, http://www.elpais.com/articulo/espana/Pedraz/archiva/investigacion/genocidio/Tibet/elpepuesp/20100227elpepinac_7/Tes). En diciembre de 2009, en la Argentina, se emitió una orden de detención contra Jiang Zemin y contra el jefe del Servicio de Seguridad Luo Gan, acusados de crímenes de lesa humanidad en relación con la persecución del movimiento Falun Gong (Argentina judge asks China arrests over Falun Gong, 22.02.2010, <http://www.reuters.com/assets>).

²⁰ Véanse las notas 12 y 15 *supra*. Los altos representantes del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y de Israel se pronunciaron en relación con la orden de detención emitida en Londres contra T. Livni. Véanse también los materiales de las audiencias de la Corte Internacional de Justicia sobre la cuestión de las medidas provisionales en la causa sobre *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, Audiencias orales, 6 a 8 de abril de 2009. Pueden consultarse en <http://www.icj-cij.org>.

²¹ Así, se introdujeron modificaciones en la legislación de España relativa al ejercicio de la jurisdicción universal. Se estableció el requisito de que debía existir un vínculo entre la causa y el Estado de España (Spanish Congress Enacts Bill Restricting Spain’s Universal Jurisdiction,

14. En 2009, después de la publicación del memorando de la Secretaría y del informe preliminar, se aprobó la resolución del Instituto de Derecho Internacional, titulada “Inmunidad de jurisdicción de los Estados y personas que actúan en nombre del Estado con respecto a crímenes de derecho internacional”²². Además, se han publicado nuevos trabajos sobre el tema²³.

15. El aspecto fáctico es muy importante a los fines del examen del tema por la Comisión. A fin de obtener resultados efectivos en nuestra labor, es preciso tomar la realidad como punto de partida y no confundir lo que se desea con la situación real. Como se describe en el libro titulado *Prosecuting Heads of State*²⁴, que contiene una información fáctica muy interesante sobre el tema que se examina, en el período de 1990 a junio de 2008, se intentó procesar penalmente al menos a 67 jefes de Estado y jefes de gobierno en diferentes jurisdicciones, y unos 65 de esos casos se referían a jurisdicciones nacionales. Además, de esos 65 casos unos 10 fueron intentos de procesar penalmente a antiguos jefes de Estado o de gobierno en Estados extranjeros, como los intentos de procesar penalmente a los ex jefes de Estado o de gobierno de la Argentina en España (5 causas), en Italia y Alemania (1 causa); de Chile en España (1 causa); del Chad en el Senegal y Bélgica (1 causa); y de Suriname en los Países Bajos (1 causa)²⁵. Esta lista de casos está lejos de ser exhaustiva. A ella podrían añadirse por lo menos los cargos presentados recientemente contra un dirigente chino en España²⁶ y en la Argentina²⁷, así como

www.cja.org/article.php?id=740&printsafe=1; The New York Times, 21 de mayo de 2009 (www.nytimes.com).

²² Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes, Instituto de Derecho Internacional, período de sesiones de 2009, Nápoles (puede consultarse en www.idi-iiil.org/), en adelante resolución del Instituto de 2009.

²³ Por ejemplo: K. R. O'Donnell, “Note: Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France) and Head of State Immunity: How Impenetrable should the Immunity Veil Remain?”, *Boston Univ. Int'l Law Journal* 375 (2008); M. M. Penrose, “The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law”, 7 *Santa Clara J. Int'l L.* 85 (2010); *Prosecuting Heads of State*, ed. by E. I. Lutz and C. Reiger. Cambridge Univ. Press, 2009; Buzzini G. P., “Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the Djibouti v. France Case”, *Leiden Journal of International Law*, 22 (2009), págs. 455 a 483; Rensmann Th., “Impact on the Immunity of States and their Officials” in *The impact of human rights law on general international law*, Oxford Univ. Press, 2009, págs. 151 a 170; A. J. Colangelo, “Universal jurisdiction as an international ‘false conflict’ of laws”, 30 *Mich. J. Int'l L.* 881 (2008-2009), págs. 885 a 925; N. Roht-Arriaza, “Making the State Do Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Armed Conflict Guatemala”, 9 *Chi. J. Int'l L.* 79 (2008-2009), págs. 79 a 106; M. Summers, “Diplomatic Immunity *ratione personae*: did the International Court of Justice create a new customary law rule in Congo v. Belgium”, 16 *Mich. St. J. Int'l L.* 473 (2007-2008), págs. 459 a 473; K. Ambos, “Prosecuting Guantanamo in Europe: can and shall the masterminds of the ‘torture memos’ be held criminally responsible on the basis of universal jurisdiction?”, 42 *Case W. Res. J. Int'l L.* 405 (2009), págs. 405 a 447; W. Kaleck, “From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008”, 30 *Mich. J. Int'l L.* 927 (2008-2009), págs. 927 a 980; M. Alderton, “Immunity for Heads of State acting in their private capacity—Thor Shipping A/S V The Ship ‘Al Duhail’”, *ICLQ* vol. 58, julio de 2009, págs. 702 a 711; K. Gallagher, “Efforts to hold Donald Rumsfeld and other high-level United States officials accountable for torture”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2009), págs. 1087 a 1116.

²⁴ *Prosecuting Heads of State*, *op. cit.*, nota 23 *supra*.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Véase la nota 19 *supra*.

las causas mencionadas en el informe preliminar²⁸. Ahora bien, en la gran mayoría de casos, los intentos de encausar penalmente a antiguos jefes de Estado o de gobierno y a antiguos altos dirigentes de menor categoría²⁹ han resultado infructuosos. Estos hechos son de por sí bastante reveladores.

16. Si bien, por una parte, continúan los intentos de encausar penalmente a altos funcionarios extranjeros, por otra, estos intentos tienen lugar en un número muy reducido de Estados y están relacionados casi exclusivamente con ex funcionarios, y únicamente se han obtenido resultados en los casos en que el Estado del cual proviene el funcionario que se intenta procesar da su consentimiento para su procesamiento, y esto sucede muy rara vez. Los únicos casos en que un Estado ha dado tal consentimiento en los últimos años han sido el del Chad, para procesar al ex Presidente de ese país, H. Habre, en el Senegal³⁰, y el de la Argentina, para procesar al ex oficial Adolfo Scilingo (enjuiciado en España por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la “Guerra Sucia” de 1976-1983)³¹. Se observa que, hasta hoy, sólo han tenido éxito los intentos de ejercer la jurisdicción universal en los casos en que el Estado interesado ha dado su consentimiento³². En otros casos, los Estados suelen responder negativamente a los intentos de ejercer la jurisdicción penal extranjera contra uno de sus funcionarios, aun cuando si se trata de un ex jefe de Estado o de gobierno, o de cualquier otro alto funcionario. Si el Estado del cual proviene el funcionario que se intenta procesar no coopera, es prácticamente imposible enjuiciar penalmente a esa persona de una forma debida y jurídicamente

²⁷ Ibid.

²⁸ Véase Informe preliminar, por ejemplo, la nota 219.

²⁹ Por ejemplo, los intentos realizados en Francia y Alemania por encausar al Ministro de Defensa de los Estados Unidos de América D. Rumsfeld (“French Prosecutors throw out Rumsfeld torture case”, Reuters, 23.11.2007 (www.reuters.com/article/idUSL238169520071123); K. Gallagher, nota 23 *supra*, págs. 1109 a 1112). También es conocido el caso “Bush Six” (seis altos funcionarios del Gobierno de G. Bush, entre los cuales se encontraban el antiguo Fiscal General y el Viceministro de Defensa) en España (ibid.). Pese a la recomendación del Fiscal General de España, en enero de 2010, el Juzgado Central de lo Penal número cinco, Corte Nacional de Madrid, confirmó la jurisdicción de España en este caso y autorizó la continuación de las actuaciones en relación con las denuncias contra los funcionarios de los Estados Unidos de América (Esta causa está basada en la denuncia presentada en nombre de varias organizaciones no gubernamentales de derechos humanos de España, que representan los intereses de varias personas que fueron víctimas de torturas y otros tipos de tratos crueles y degradantes por parte de militares estadounidenses. La jurisdicción de España en esta causa fue confirmada, pese a la limitación de la “jurisdicción universal” en ese país de 2009, ya que el tribunal consideró suficiente el hecho de que una de las víctimas tuviera la ciudadanía española).

³⁰ Cabe señalar, en primer lugar, que incluso cuando el Chad renunció a la inmunidad de H. Habre, el tribunal senegalés se refirió a la inmunidad del ex jefe de Estado, y en segundo lugar, que el Senegal, al ejercer su jurisdicción penal en esta causa, se basaba en la decisión pertinente de la Unión Africana (véase: Decision on the Hissene Habre case and the African Union Doc. Assembly/AU/3 (VII), 02.07.2006, Assembly/AU/Dec.127 (VII), que puede consultarse en <http://www.africa-union.org/root/au/Conferences/Past/2006/July/summit/summit.htm>). Véase también la *Causa sobre cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar* (Bélgica c. Senegal), medidas provisionales, mandamiento 28.05.2009 (puede consultarse en: www.icj-cij.org).

³¹ Argentina Recognizes Spain’s Jurisdiction to Try Rights Abuser, IPS Inter Press Service, 18.04.2005, (<http://ipsnews.net>).

³² Chandra Lekha Sriram, The “Pinochet Precedent”: A Mixed Legacy for Human Rights, Jurist Legal News and Research, <http://jurist.law.pitt.edu>.

correcta. En consecuencia, por lo general, tales intentos sólo complican las relaciones entre los Estados³³.

II. Alcance de la inmunidad de un funcionario del Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera

A. Consideraciones preliminares

17. En relación con el examen de las cuestiones relacionadas con el alcance de la inmunidad, cabe recordar algunas de las disposiciones formuladas en la primera parte del informe preliminar. En particular, el análisis que figura en los párrafos 56 a 59, 64 a 70 y 84 a 96 sirvió de base para formular las conclusiones que se presentan en los apartados e) a j) del párrafo 102. A efectos de examinar las cuestiones relativas al alcance de la inmunidad, son importantes las siguientes consideraciones:

- “La inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción extranjera abarca tanto la norma del derecho internacional como la relación jurídica que le es inherente, en virtud de las cuales, al derecho del beneficiario a que sobre él no se ejerza la jurisdicción extranjera se contraponen la obligación del Estado extranjero de no ejercer su jurisdicción respecto del beneficiario ...³⁴;

³³ Como consecuencia de la amenaza de detención de T. Livni, fueron canceladas varias visitas de altos representantes de Israel al Reino Unido y el empeoramiento de las relaciones bilaterales se abordó en una serie de publicaciones y en declaraciones formuladas por funcionarios del Estado (Israel fury at UK's Livni warrant, BBC News, 15.12.2009, <http://news.bbc.co.uk>). China protestó contra las decisiones que atentan contra dirigentes del país en España y Argentina (The New York Times, 6 de junio de 2006, www.nytimes.com/2006/06/06/world/europe/06iht-briefs.1904656.html?scp=1&sq=China%20warns%20Spain%20over%20Tibet&st=cse; Voice of America News, 24.12.2009, www1.voanews.com/english/news/asia/China-Criticizes-Arrest-Request-of-Jiang-Zemin-Support-of-Falun-Gong--80053822.html). El intento de lograr la detención del Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo en Bélgica dio lugar a una controversia entre Estados, cuyo examen se remitió a la Corte Internacional de Justicia (causa sobre *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*, véase en: <http://www.icj-cij.org>). Los mandamientos de detención emitidos en Francia contra varios altos funcionarios rwandeses dieron lugar a que en 2006 se rompieran las relaciones diplomáticas entre Rwanda y Francia (The New York Times, 24.11.2006, www.nytimes.com).

³⁴ Obviamente, sería más preciso hablar de los derechos del Estado al servicio del cual se encontraba o se encuentra la persona que de los derechos de la persona. Es el Estado, y no la persona, que tiene principalmente el derecho a invocar la inmunidad. La controversia sobre la violación de los derechos y obligaciones que se desprenden de la inmunidad surge entre el Estado que invoca la inmunidad y el Estado que ejerce la jurisdicción. Véase, por ejemplo, *Arrest Warrant*, Judgement, párr. 40: “[d]espite the change in professional situation of Mr. Yerodia, the character of the dispute submitted to the Court by means of the Application has not changed: the dispute still concerns the lawfulness of the Arrest Warrant issued ... against a person who was at the time Minister for Foreign Affairs of the Congo, and the question whether the rights of the Congo have or have not been violated by that warrant.”, que puede consultarse en: www.icj-cij.org. En la causa relativa a *Determinados procedimientos penales en Francia* (República del Congo c. Francia), el Congo basó su solicitud de medidas provisionales en su derecho de “respect by France for the immunities conferred by international law on ... the Congolese Head of State”, Provisional Measures, Order of 17 June 2003, párr. 28. Véanse también las observaciones formuladas por Lord Phillips of Worth Matravers: “It is common

- La inmunidad de jurisdicción penal ... es una inmunidad respecto del procesamiento penal o de las actuaciones penales, [pero no del derecho sustantivo del Estado extranjero];
- La inmunidad ... constituye un impedimento a la aplicación de la responsabilidad penal, aunque en principio no la excluye;
- La actuación de un funcionario en el desempeño de sus funciones oficiales es atribuible al Estado. Por tanto, el funcionario goza de inmunidad de jurisdicción penal del Estado extranjero *ratione materiae*. No obstante, ello no excluye al mismo tiempo la atribución de dichos actos a la persona responsable de su comisión;
- Detrás de la inmunidad del funcionario, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, y de sus beneficiarios, se encuentra, en última instancia el Estado ...;
- La inmunidad ... posee varios fundamentos complementarios e interrelacionados: funcional y representativo; principios del derecho internacional relativos a la igualdad soberana de los Estados y la no injerencia en sus asuntos internos; necesidad de velar por la estabilidad de las relaciones internacionales y por la independencia de los Estados en la realización de sus actividades³⁵.

18. El hecho de que la inmunidad de jurisdicción extranjera constituya la norma, es decir, la regla general o la situación normal, y que su ausencia en un caso particular constituya una excepción a esa regla, se reconoce de forma bastante general, aunque en la doctrina exista un punto de vista distinto³⁶. En este contexto, lo importante no es si el Estado deba o no invocar la inmunidad de su funcionario para que el Estado que ejerce la jurisdicción examine o considere la cuestión de la inmunidad (en la sección dedicada a los aspectos procesales se examinará más a fondo la cuestión de la invocación de la inmunidad). Es importante que, en el caso de los altos funcionarios y de otros funcionarios en activo o de actos cometidos por ex funcionarios cuando se encontraban ejerciendo oficialmente su cargo, se demuestre que existe una exención o una excepción a esa norma, es decir, la inexistencia de la inmunidad, y no la existencia de esa norma y, por consiguiente, la existencia de la inmunidad. Dado que la inmunidad se basa en el derecho internacional general, su ausencia (naturalmente, cuando en caso concreto no se renuncia a la inmunidad) puede ser demostrada ya sea por una norma especial o por la existencia de la práctica y *opinio juris*, que demuestran que se han dado o se dan excepciones a la norma general. Es en esta consideración en que se basó la decisión

ground that the basis of the immunity claimed is an obligation owed to Chile, not to Senator Pinochet. The immunity asserted is Chile's" *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (núm. 3) (en adelante "Pinochet III") (puede consultarse en: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino8.htm>).

³⁵ Informe preliminar, párr. 102.

³⁶ Desde esta perspectiva, en el memorando de la Secretaría (párr. 88) se hace referencia, en particular, a la necesidad de examinar la cuestión de si el derecho internacional prevé alguna exclusión o limitación de la inmunidad. Cabe también señalar que en el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados de 1972 y en la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004 se establece el principio general de la inmunidad del Estado y se formulan disposiciones sobre las excepciones a ese principio. En cuanto al punto de vista según el cual la inmunidad no existe como norma general, véase, por ejemplo, el memorando de la Secretaría, nota 608.

de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención*³⁷. Por tanto no se puede convenir con las críticas formuladas contra este fallo en el sentido de que la Corte, en lugar de demostrar la existencia de la inmunidad, empezó por examinar la práctica de los Estados, las decisiones judiciales, los tratados internacionales, etc. para ver si existían pruebas de la ausencia de inmunidad³⁸. La Corte tampoco debía que buscar pruebas para demostrar la inmunidad del Ministro de Relaciones Exteriores, ya que, según la opinión prevaleciente, esa era la norma existente. La Corte intentó demostrar la existencia de una norma sobre excepciones a la norma de la inmunidad, pero no lo consiguió.

19. Otra consideración preliminar que se desprende de las conclusiones arriba expuestas es que la inmunidad de un funcionario, ya sea un funcionario en ejercicio o un ex funcionario, no le pertenece al funcionario sino al Estado. Por ejemplo, difícilmente podría decirse que goza de inmunidad un funcionario de un Estado que ha dejado de existir³⁹.

20. La última consideración preliminar es que el Relator Especial todavía no ve la necesidad de considerar la inmunidad de las medidas cautelares y la inmunidad de ejecución separadamente de la inmunidad de jurisdicción penal en general⁴⁰. Desde

³⁷ *Arrest Warrant*, Judgment, párr. 58.

³⁸ En su opinión disidente en la causa relativa a la *Orden de detención*, la Magistrada Van den Wyngaert presenta esta crítica (*Orden de detención*, fallo, opinión disidente de la Magistrada Van den Wyngaert, párr. 11). En su artículo, M. Frulli presenta un análisis al respecto. En su opinión, la inmunidad absoluta del Ministro de Relaciones Exteriores respecto de la jurisdicción extranjera sigue siendo objeto de controversia, al tiempo que la Corte Internacional de Justicia “did not adequately build its conclusions on the existence of rules of customary law granting such absolute immunities to foreign ministers”, “... it did not substantiate its findings through State practice nor evidence of opinio juris, as it has accurately done in previous cases”. M. Frulli “The ICJ Judgment on the Belgium v. Congo Case (14 February 2002): a Cautious Stand on Immunity from Prosecution for International Crimes”, en *German Law Journal*, Vol. 3, No. 3 (2002) párrs. 3 y 4 (puede consultarse en: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=138>). D. S. Koller también cuestiona la existencia de fundamentos para el reconocimiento de la inmunidad absoluta del Ministro de Relaciones Exteriores, al señalar que la Corte Internacional de Justicia no demuestra la existencia de la norma correspondiente en el derecho internacional. (“the Court’s decision lacks any clarity as to why the functions of foreign ministers necessitate such absolute immunity, particularly with regard to private visits to foreign countries. Head of State immunity before foreign courts is derived from the dignity of the state, not the function of the position. The Court needs to determine a functional basis for the extension of such immunity to foreign ministers; it is unclear, however, that such a basis exists”). D. S. Koller ‘Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court’, 20 *Am.U.Int’l L.Rev.* (2004) 7, pág. 15).

³⁹ Véase, por ejemplo, la decisión del Tribunal Federal Constitucional de Alemania sobre la causa del antiguo dirigente de la República Democrática Alemana Honneker, de 1992, y sobre la causa contra los miembros del Gobierno de la ex República Democrática Alemana, que fueron declarados culpables de asesinatos, de 1996, así como la decisión del Tribunal Federal Supremo de Alemania sobre la causa relativa a los guardias fronterizos, de 1992 (Memorando de la Secretaría, pág. 179, nota 497).

⁴⁰ En la resolución de 2001 del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y del jefe de gobierno en derecho internacional, se dedica una disposición separada a la inmunidad de ejecución (párr. 1). No obstante, el objeto de la resolución no es solo la inmunidad de jurisdicción penal sino también de otros tipos de jurisdicción. En el memorando de la Secretaría (párr. 230) también se señala que tal distinción se hace cuando se trata de otros tipos de jurisdicción, si bien se expresa asimismo la opinión de que la separación de la inmunidad de ejecución y la inmunidad de jurisdicción plantea algunas cuestiones específicas (“specific issues”), y señala que tal vez valga la pena explorar una

el comienzo, en este estudio se entiende por jurisdicción penal la totalidad de actuaciones procesales penales que las autoridades aplican a un funcionario extranjero.

B. Inmunidad *ratione materiae*⁴¹

21. La cuestión de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios de Estado distintos y de los que forman parte de la denominada triada, fue examinada por la Corte Internacional de Justicia en relación con la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia recíproca en asuntos penales (Djibouti c. Francia)*⁴². Se examinó la inmunidad del Fiscal General y del Jefe del Servicio de Seguridad Nacional de Djibouti. La Corte estimó que éstos eran altos funcionarios amparados por la inmunidad *ratione personae*. La Corte observó que “there are no grounds in international law upon which it could be said that the officials concerned were entitled to personal immunities, not being diplomats within the meaning of the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961, and the Convention on Special Missions of 1969 not being applicable in this case”⁴³. Al constatar así que las personas no gozaban de inmunidad personal en este caso con arreglo al derecho internacional tanto consuetudinario como especial, la Corte no indicó expresamente que dichos funcionarios gozaran de inmunidad funcional. Por otra parte, de la lógica de lo expuesto en los párrafos 195 y 196 del fallo de la Corte se desprende que si Djibouti hubiese informado oportunamente a Francia de que los actos de dichas personas, que eran objeto de examen por parte de las autoridades francesas, eran actos de índole oficial, es decir, actos del propio Estado de Djibouti, y de que, por consiguiente, esas personas gozaban de inmunidad de la jurisdicción penal francesa respecto de esos actos, entonces podía plantearse la cuestión de que Francia garantizara el cumplimiento de las obligaciones que se desprendían de la inmunidad. En una formulación general al respecto, el tribunal inclusive equiparó a los funcionarios con los órganos del Estado⁴⁴. En el memorando de la Secretaría se presentan varios fallos de los tribunales en que se reconoce la inmunidad de los funcionarios con respecto a actos realizados con carácter oficial⁴⁵. Por lo visto, en la doctrina también existe consenso respecto de la cuestión relativa a la categoría de personas que gozan de inmunidad *ratione materiae*, a saber, todos los funcionarios del Estado, independientemente de su posición en la estructura de los órganos de poder del Estado⁴⁶.

22. Si partimos del supuesto de que los funcionarios de Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera, entonces se debe

división de la inmunidad de ejecución en medidas coercitivas anteriores al fallo y posteriores al fallo (pág. 234).

⁴¹ Véase el memorando de la Secretaría, págs. 154 a 212.

⁴² Causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia recíproca en asuntos penales (Djibouti c. Francia)*, fallo de 4 de junio de 2008 (en adelante, *Djibouti c. Francia*) (la versión inglesa puede consultarse en: <http://www.icj-cij.org>).

⁴³ Véase *Djibouti c. Francia*, fallo, párr. 194.

⁴⁴ “The State which seeks to claim immunity for one of its State organs is expected to notify the authorities of the other State concerned. This would allow the court of the forum State to ensure that it does not fail to respect any entitlement to immunity and might thereby engage the responsibility of that State.” *Ibid.*, párr. 196.

⁴⁵ Véase el memorando de la Secretaría, párr. 169.

⁴⁶ Véase el memorando de la Secretaría, párr. 166 (nota 471).

responder a varias cuestiones relacionadas con el alcance de la inmunidad. Se debe determinar qué actos pueden ser considerados actos de índole oficial, a diferencia de los actos de índole personal, si se trata de una inmunidad del Estado, y si su alcance es igual al de la inmunidad del Estado (en particular, si los funcionarios gozan de inmunidad respecto de actos de índole oficial *jus gestionis*). Es preciso aclarar si los actos *ultra vires* y los actos ilícitos pueden considerarse oficiales y, en consecuencia, están abarcados en la inmunidad *ratione materiae*. Se debe resolver la cuestión de si los funcionarios gozan de inmunidad *ratione materiae* con respecto a actos realizados antes del período en que ejercieron el cargo, en el período en que ejercieron el cargo y después de él. Es necesario comprender si la inmunidad *ratione materiae* depende del carácter de la estancia en el extranjero de la persona que goza de tal inmunidad en el momento en que se adopta la decisión de ejercer la jurisdicción penal extranjera respecto de esa persona. Cabe destacar que se trata en este caso de funcionarios que no gozan de inmunidad *ratione personae*. Es decir que estos funcionarios no gozan de inmunidad de jurisdicción extranjera respecto de actos realizados a título privado. Al mismo tiempo, las respuestas a estas cuestiones se aplican también a los funcionarios de alto rango que gozan de inmunidad *ratione personae*. Además, se tratará aquí de la situación como regla general. La cuestión relativa a las posibles excepciones se examinará más adelante.

23. Al considerar la cuestión de la inmunidad de los funcionarios, las partes en la causa *Djibouti c. Francia* convinieron en que, en general, los funcionarios de Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera, es decir, de inmunidad con respecto a los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones oficiales, ya que esos actos se consideran actos del propio Estado al que prestan servicios⁴⁷. Esta inmunidad, en esencia, se equipara a las partes que gozan de inmunidad del Estado⁴⁸. Al parecer, en esta causa el tribunal basó en este supuesto su fallo, en el que señaló que “such a claim [Djibouti’s reformulated claim of functional immunity in respect of the procureur de la Republique and the Head of National Security] is, in essence, a claim of immunity for the Djiboutian State, from which the procureur de la Republique and the Head of National Security would be said to benefit”⁴⁹. P. Buzzini destaca esto en su análisis del fallo⁵⁰. La Comisión también hizo referencia a esta cuestión en las observaciones que formuló hace casi 50 años respecto del proyecto de artículo sobre la inmunidad de los miembros del consulado. “La norma según la cual los miembros del consulado no están sometidos a la jurisdicción del ... Estado de residencia por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones (actos oficiales) forma parte del derecho internacional consuetudinario. Esta exención constituye una inmunidad que se reconoce al Estado que envía por aquellos actos que corresponden a un Estado soberano. Por su naturaleza, tales actos están fuera de la jurisdicción del Estado de residencia, tanto de la jurisdicción civil como de la penal o la administrativa. Como los actos

⁴⁷ Véase Informe preliminar, nota 173.

⁴⁸ “What Djibouti requests of the Court is to acknowledge that a State cannot regard a person enjoying the status of an organ of another State as individually criminally liable for acts carried out in that official capacity, that it to say in the performance of his duties”, *Djibouti v. France*, Oral proceedings, Verbatim Records, CR 2008/3, párr. 24. El Asesor Jurídico de Francia también abordó esta cuestión (véase Informe preliminar, nota 173).

⁴⁹ *Djibouti v. France*, Judgement, párr. 188.

⁵⁰ Buzzini G. P. nota 23 *supra*, págs. 462 y 463.

oficiales no están sujetos a la jurisdicción del Estado de residencia, no pueden ser objeto de procedimiento penal”⁵¹.

24. El Relator Especial estima que es correcto utilizar el criterio de atribución de un comportamiento de un funcionario al Estado para determinar si el funcionario goza de inmunidad *ratione materiae* y cuál es el alcance de esa inmunidad⁵². A este respecto, el Relator Especial considera que no existen razones objetivas para hacer una distinción entre la atribución de un comportamiento a efectos de determinar la

⁵¹ Informe de la Comisión a la Asamblea General, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1961*, vol. II, pág. 117, párr. 2. Esta opinión también está muy difundida en la doctrina. Por ejemplo, E. David señala “[L]’immunité des agents étatiques n’est qu’une application du principe de l’immunité des Etats ...”. David E., *Éléments de Droit International Pénal et Européen*, Bruylant, Bruselas, 2009, pág. 58. “Conduct that is directly attributable to state action is considered an act of state. As the person in question does not commit such acts for his own personal benefit, foreign domestic courts have to grant such acts immunity. Although the person in question commits the act, he is considered to be immune from prosecution for such conduct because it is his state that has acted. The act itself is non-justiciable in a foreign court for an indefinite period”, en Y. Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, Aldershot, England; Burlington, Vt.: Ashgate, 2004, pág. 109. R. van Alebeek observa que “[t]he functional immunity of (former) foreign state officials is often approached as a corollary of the rule of state immunity.” A este respecto, van Alebeek se basa en el conocido pronunciamiento del Tribunal de Apelaciones del Reino Unido en la causa *Propend Finance c. Sing*: “[t]he protection afforded by the [State Immunity Act] to States would be undermined if employees, officers or ... ‘functionaries’ could be sued as individuals for matters of State conduct in respect of which the State they were serving had immunity. [The relevant provisions of the SIA] must be read as affording individual employees or officials of a foreign State protection under the same cloak as protects the State itself” (UK Court of Appeal, *Propend Finance Ltd. v. Sing* (1997), 111 ILR 611, pág. 669). R. van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, 2006, pág. 153. No obstante, van Alebeek considera que “[t]he application of the rule of state immunity to foreign state officials can be explained in different terms. As a rule, foreign state officials do not incur personal responsibility for acts committed under the authority of their home state. ... The non-personal responsibility of state official for acts committed on behalf of the state may be seen to be an autonomous principle that precedes in its operation the application of the rule of state immunity to the facts of the case.” *Ibid.*, págs. 156 y 157. El Relator Especial no está convencido de que tal comparación de planteamientos sea correcta, con mayor razón por que éstos dan lugar al mismo resultado (más adelante, R. van Alebeek señala: “In sum, foreign state officials enjoy immunity in regard to official acts. Acts committed as a mere arm or mouthpiece of a foreign state are acts of that state rather than acts of the officials personally. Accordingly state officials cannot be called to account for them in their personal capacity.” *Ibid.*, 163.). Además, sólo puede hablarse de la “no responsabilidad de los funcionarios extranjeros” (más aún, como un principio) bajo ciertas condiciones. En el derecho, como ya se señaló en el informe preliminar, la inmunidad y la responsabilidad son esencialmente dos cosas distintas. El comportamiento oficial de un funcionario se atribuye desde luego al Estado, pero ello no significa que ese comportamiento no pueda atribuirse al mismo tiempo a esa persona. Por ejemplo, el Estado al cual la persona presta servicios sólo tiene que renunciar a la inmunidad para que el Estado extranjero tenga la posibilidad de ejercer jurisdicción penal sobre dicha persona. (No obstante, véase Alebeek, pág. 188, en que señala que no se puede invocar la inmunidad en esos casos. En primer lugar, no se puede declarar la inmunidad. En segundo lugar, qué se puede hacer respecto del ejercicio de la responsabilidad sobre la base del derecho internacional con la jurisdicción penal internacional por el mismo acto. ¿Acaso esto cambia la atribución o la clasificación de un comportamiento como oficial?)

⁵² Véase el párrafo 89 del informe preliminar, así como la conclusión que figura en el apartado h) del párrafo 102 de la primera parte del informe preliminar. En este sentido, el Relator Especial comparte el punto de vista de la Secretaría respecto de la atribución, que se define en el párrafo 156 del memorando de la Secretaría.

responsabilidad, por un lado, y a efectos de la inmunidad, por el otro. Difícilmente pueden haber motivos para afirmar que, a efectos de determinar la responsabilidad del Estado, el mismo acto del funcionario deba atribuirse al Estado y se considere al mismo tiempo un acto del funcionario mientras que, a efectos de la inmunidad de jurisdicción, el acto sólo se considere un acto del funcionario y no se atribuya al Estado.

25. La cuestión de determinar si el carácter del comportamiento de un funcionario es de índole oficial o personal y, por consiguiente, si ese comportamiento puede o no atribuirse al Estado, debería examinarse por lógica antes de examinar la cuestión de la inmunidad del funcionario en relación con dicho acto. Al formular observaciones sobre la cuestión relativa a la inmunidad funcional, en el párrafo 2 del artículo 39 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, E. Denza señala “the correct test to be applied ... is one of imputability. If the conduct in question is imputable or attributable to the sending State—even if it did not expressly order or sanction it— then continuing immunity *ratione materiae* should apply”⁵³.

26. En general, se reconoce que todo acto de un funcionario del Estado que actúe en calidad de tal es atribuible a dicho Estado⁵⁴. Como observó la Corte Internacional de Justicia en la causa sobre la *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, “es una norma de derecho internacional comúnmente reconocida que el comportamiento de cualquier órgano del Estado debe considerarse un comportamiento de ese Estado. Esta norma [es] de carácter consuetudinario”⁵⁵. En consecuencia, la cuestión es cuál comportamiento de un funcionario puede (o debe) considerarse de índole oficial y, por lo tanto, es atribuible al Estado, es decir que debe considerarse un comportamiento del Estado, y cuál no puede considerarse como tal y puede (o debe) considerarse comportamiento de índole personal. Por lo tanto, se trata del criterio sobre la base del cual se puede determinar que el funcionario del Estado ha actuado como tal y no a título personal.

27. La Comisión de Derecho Internacional ya ha examinado también esta cuestión⁵⁶. En su comentario sobre el artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se señala: “A este efecto es indiferente que la persona tenga motivos ulteriores o impropios o abuse del poder público. Cuando tal persona actúe aparentemente en calidad oficial, o bajo las

⁵³ E. Denza, *Diplomatic Law, A commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2nd ed., 1998, pág. 363. Véase también E. Denza, *Ex parte Pinochet: Lacuna or Leap?*, 48 ICLQ (1999) 949, pág. 951.

⁵⁴ Véanse los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional sobre el artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionales ilícitos. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II, Segunda Parte, págs. 40 a 42.

⁵⁵ *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, opinión consultiva, Informe de la Corte Internacional de Justicia, 1999, párr. 62.

⁵⁶ “Un problema particular es el de determinar si una persona que sea un órgano del Estado actúa en calidad de tal”. Comentario al proyecto de artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, párr. 13. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones, nota 54 *supra*, pág. 41.

apariencias de autoridad, sus acciones serán atribuibles al Estado”⁵⁷. Por lo tanto, la Comisión, es de la opinión de que, para que los actos de un funcionario se consideren actos que éste ha realizado en su calidad de tal, es decir, actos oficiales, éstos tienen que haberse realizado de manera aparente en esa calidad o “bajo las apariencias de autoridad”⁵⁸. De todo esto se desprende que la caracterización del comportamiento de un funcionario como comportamiento oficial no depende de los motivos de la persona ni del contenido del comportamiento, sino que se define por el hecho de que el funcionario actúe como tal. Para juzgar si los actos de un funcionario son de carácter oficial o personal es necesario tener en cuenta las circunstancias de cada situación concreta⁵⁹.

⁵⁷ *Ibid.* Véanse los ejemplos de la distinción entre “unauthorized conduct of a State organ and purely private conduct” en las decisiones de arbitrajes internacionales. Un criterio un tanto diferente aplicó el tribunal japonés que entendió en las causas penales incoadas contra soldados estadounidenses que prestaban servicios en el territorio del Japón, a fin de determinar si los actos que eran objeto de examen se habían realizado con carácter oficial o personal. En su análisis, se consideró si esos actos se habían cometido en interés del servicio. Así, en la causa *Japón c. William S. Girard*, en los cargos formulados contra un soldado estadounidense de haber causado daños a la salud que provocaron la muerte, el tribunal señaló que “[a]lthough the Court is able to recognize that this case took place while the accused was on official duty and that it occurred at the place of duty, the case has no direct connection whatever with the execution of the duty of guarding a light machine gun, etc. as ordered by a senior officer. ... [T]he act was not committed in the process of carrying out one’s official duty”, y más adelante: “the act can only be regarded as excessive mischief, ... an action simply carried out for the sole purpose of satisfying the momentary caprice of the accused himself”. *Japón c. William S. Girard*, Tribunal de Distrito de Maebashi, 19 de noviembre de 1957, publicado en *The Japanese Annual of International Law*, No. 2 (1958) 128, págs. 132 y 133. En el examen del recurso de apelación al fallo del Tribunal Superior de Osaka en la causa contra otro soldado de los Estados Unidos de América (a quien se le acusaba de haber infligido daños físicos durante un intento de violación), el Tribunal Supremo del Japón confirmó que “the Court in the first instance is proper that the provision ‘in the performance of official duty’ in Paragraph 3 (a) (ii) of Article XVII of the Administrative Agreement (dicho artículo del Acuerdo entre el Japón y los Estados Unidos establece la prioridad de la jurisdicción de los Estados Unidos en el caso de que un soldado estadounidense cometa un delito como resultado de acciones realizadas en el desempeño de sus funciones — R. K.) should be interpreted to mean ‘in the course of the performance of official duty’, rather than ‘during the hours of official duty’; and as applied to the instant case, the accused, even though performed during the hours of his official duty, was of a private nature independent of his official duty, and it therefore did not constitute an offense ‘arising out of any act or omission done in the performance of official duty’.” *Japón c. Dennis Cheney*, Tribunal Supremo del Japón, 3 de marzo de 1955, *ibid.*, pág. 137.

Este criterio tiene sus seguidores en la doctrina. Y. Simbeye, por ejemplo, observa que “[i]n order to act as state organs in their official function, heads of state and government must act in line with their state’s position in a given subject matter, or act within that state’s given boundaries for action. Then and only then can their acts be deemed official”. Simbeye, nota 51 *supra*, pág. 128.

⁵⁸ Véase la nota anterior. Como señala van Alebeek, “[i]n general it can be said that ostensible authority is accepted as actual authority.” *Op. cit.*, pág. 164. Véase también Watts A., *The legal position in international law of Heads of State, Heads of government and Foreign Ministers*, 247, RdC, 1994-III, 13, págs. 56 y 57.

⁵⁹ “Al aplicar este criterio, naturalmente, cada caso tendrá que tratarse a la luz de sus propios hechos y circunstancias”. Observación al artículo 4. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor de su 53º período de sesiones, nota 54 *supra*, pág. 42, párr. 13. Al mismo tiempo, no se puede soslayar el hecho de que en la doctrina no se ha llegado a un consenso a este respecto. Está muy difundida la opinión de que, al menos debe tenerse en cuenta el contenido del comportamiento para determinar el carácter oficial de ese comportamiento y

28. Otra cuestión que debe considerarse es la de si la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*, que parece pertinente en el contexto de la inmunidad de los Estados, también se aplica en el contexto de la inmunidad de los funcionarios del Estado. Al señalar que en la doctrina existen opiniones encontradas sobre esta cuestión, la Secretaría concluye en su memorando que “parecería haber fundamentos razonables para considerar que un órgano del Estado que realice un acto *jure gestionis* que es atribuible al Estado está efectivamente actuando en su carácter oficial y consiguientemente gozaría de inmunidad *ratione materiae* con respecto a dicho acto”⁶⁰. Podemos convenir con esto. Como ya ha señalado la Comisión, a efectos de atribuir un comportamiento a un Estado “... no hace al caso que el comportamiento del órgano del Estado pueda clasificarse como ‘comercial’ o como *acta iure gestionis*”⁶¹. En tal caso, el alcance de la inmunidad del Estado y el alcance de la inmunidad de su funcionario no son iguales, pese a que se trata fundamentalmente⁶² de la misma inmunidad. El funcionario que realiza un acto de índole comercial, cuando ese acto se atribuye al Estado, goza de inmunidad de jurisdicción extranjera, mientras que el propio Estado no goza de tal inmunidad con respecto a ese acto (si se trata de la jurisdicción civil o penal aplicable al funcionario, respecto del Estado sólo puede aplicarse la jurisdicción civil)⁶³.

29. Otra cuestión es si un comportamiento *ultra vires* o comportamiento ilícito puede atribuirse al Estado y, por consiguiente, quedar amparado por la inmunidad. Se debe establecer una distinción entre el concepto de “acto de un funcionario en su calidad de tal”, es decir un “acto oficial”, del concepto de “acto comprendido en las funciones oficiales”. El primer concepto abarca al segundo, pero es más amplio. Ya en 1961, en su comentario sobre el proyecto de artículos relativos a la inmunidad de los funcionarios consulares, de conformidad con el cual “Los miembros del Consulado no están sometidos a la jurisdicción del ... Estado de residencia por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares”⁶⁴, la Comisión observó: “In the opinion of some members of the Commission, the article should have provided that only official acts within the limits of the consular functions enjoy immunity of jurisdiction. The Commission was unable to accept this view”⁶⁵. Los actos realizados al margen de las funciones del funcionario que actúa en calidad de tal, no se convierten en actos personales. Estos actos, si se realizan en el marco de

para resolver la cuestión de su atribución al Estado. A este respecto, véase el debate sobre los actos que constituyen delitos en virtud del derecho internacional, así como sobre las circunstancias que excluyen la inmunidad de los funcionarios. Véase el párrafo 57 del presente informe y párrafos subsiguientes.

⁶⁰ Memorando de la Secretaría, párr. 161.

⁶¹ Comentario al artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, nota 54 *supra*, párr. 6.

⁶² Cabe destacar que, en el pasaje del fallo que se presenta en el párrafo 25 del presente informe en relación con la causa *Djibouti c. Francia*, la Corte Internacional de Justicia emplea la frase “in essence”. Véase también la nota 51 *supra*.

⁶³ A este respecto, cabe recordar que, tal como se señala en la primera parte del informe preliminar (párr. 89), esto no significa que dicho acto no pueda atribuirse simultáneamente al funcionario.

⁶⁴ Informe de la Comisión a la Asamblea General, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1961*, vol. II, pág. 117.

⁶⁵ *Ibid.* Más adelante, en el mismo informe, la Comisión señaló que “It is in fact often very difficult to draw an exact line between what is still the consular official’s act performed within the scope of the consular functions and what amounts to a private act or communication exceeding those functions”. Esto último sólo confirma la necesidad de evaluar las circunstancias de cada caso concreto.

las funciones, y adquieren, por ejemplo, carácter *ultra vires*, siguen siendo actos oficiales y, por consiguiente, se atribuyen al Estado. El artículo 7 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados está dedicado a esa cuestión⁶⁶. Como señala la Comisión en el comentario al artículo 5 del proyecto de artículos, “El caso del comportamiento puramente privado no debe confundirse con el de un órgano que actúa como tal pero excediéndose en sus atribuciones (*ultra vires*) o infringiendo las normas que regulan su actividad. En este último caso, no obstante, el órgano actúa en nombre del Estado ...”⁶⁷. En consecuencia, la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera se aplica a los funcionarios que han cometido tales actos. Como observa D. Buzzini, “excluding in general terms *ultra vires* acts from the scope of immunity *ratione materiae* from foreign criminal jurisdiction would be problematic, since this might lead to defeating the whole purpose of such immunity; in most cases, official conduct giving rise to a criminal offense should probably also be regarded as *ultra vires*”⁶⁸.

30. Difícilmente se puede convenir en que el comportamiento de un funcionario que está fuera de los límites de las funciones del Estado pueda considerarse igual a

⁶⁶ “Artículo 7. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa calidad, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.”

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53° período de sesiones, nota 54 *supra*, pág. 86.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 13. Véase también el comentario al artículo 7. *Ibid.*, párrs. 7 y 8.

⁶⁸ G. Buzzini, nota 23 *supra*, pág. 466. Al mismo tiempo, se debe tener en cuenta la jurisprudencia nacional, que se basa en el enfoque contrario a los actos *ultra vires*. Ejemplo de ello es el fallo de la Corte Suprema de Filipinas en la causa *Estados Unidos de América y otros c. Luis R. Reyes y otros* (G. R. núm. 79253, 1 de marzo de 1993). En esa causa, se recurrió contra la decisión de la Corte de denegar la solicitud de los Estados Unidos de desestimar la demanda civil contra la parte demandada (una ciudadana estadounidense que estaba prestando servicios en una sección del Grupo Mixto de Asistencia Militar de los Estados Unidos (Joint United States Military Assistance Group, JUSMAG)). La solicitud se basaba en el argumento de que los Estados Unidos gozaban de inmunidad jurisdiccional respecto de esa demanda, así como en la inmunidad de enjuiciamiento de la parte demandada en razón de que los actos fueron cometidos por ella en el desempeño de sus funciones oficiales. Por su parte, el demandante insistía en que los actos cometidos por la parte demandada (inspección personal e inspección de un automóvil en presencia de personas ajenas y de forma discriminatoria) no formaban parte de sus funciones oficiales, constituían actos *ultra vires* y debían considerarse actos de índole privada. Los Estados Unidos alegaban que “... even if the latter's [la parte demandada -R. K.] act were *ultra vires* she would still be immune from suit for the rule that public officers or employees may be sued in their personal capacity for *ultra vires* and tortious acts is “domestic law” and not applicable in International law. It is claimed that the application of the immunity doctrine does not turn upon the lawlessness of the act or omission attributable to the foreign national for if this were the case, the concept of immunity would be meaningless as inquiry into the lawlessness or illegality of the act or omission would first have to be made before considering the question of immunity; in other words, immunity will lie only if such act or omission is found to be lawful.” Sin embargo, la Corte no consideró convincentes los argumentos presentados por los Estados Unidos y desestimó el recurso, señalando que “[t]he cloak of protection afforded the officers and agents of the government is removed the moment they are sued in their individual capacity. This situation usually arises where the public official acts without authority or in excess of the powers vested in him. It is a well-settled principle of law that a public official may be liable in his personal private capacity for whatever damage he may have caused by his act done with malice and in bad faith, or beyond the scope of his authority or jurisdiction.” (Puede consultarse en http://www.lawphil.net/judjuris/juri1993/mar1993/gr_79253_1993.htm).

comportamiento de ese Estado aunque, dado que dicho comportamiento escapa al ámbito de las funciones del Estado, no esté comprendido en la inmunidad⁶⁹. Este punto de vista se justifica por que la inmunidad del Estado y sus funcionarios tienen por objeto defender las funciones soberanas del Estado, y la inmunidad no puede aplicarse a los actos que no caen dentro del ámbito de las funciones del Estado⁷⁰. Ahora bien, la inmunidad protege la función soberana en sí —ésta ya sería simplemente una abstracción que no guarda relación alguna con la realidad— y, como se ha señalado más arriba, la soberanía propiamente dicha y a quien la ostenta —el Estado— de la injerencia extranjera⁷¹.

31. La inmunidad *ratione materiae* se extiende también a los actos cometidos por un funcionario en su calidad de tal, y que constituyen delitos. Este razonamiento, al parecer, también se aplica a los actos *ultra vires* de los funcionarios. Los actos ilícitos que un funcionario ejecuta en su calidad de tal constituyen actos oficiales, es decir, actos del Estado. Como señaló el Tribunal de Apelación de la provincia de Ontario en el fallo de la causa *Jaffe c. Miller y otros*, en que se hacía referencia a actos ilícitos cometidos por funcionarios de los Estados Unidos, “[t]he illegal and malicious nature of the acts alleged do not themselves move the actions outside the scope of the official duties of the responding defendants”⁷². Como señaló A. Watts en relación con la cuestión de la inmunidad de los ex jefes de Estado, “[a] Head of State clearly can commit a crime in his personal capacity; but it seems equally clear that he can, in the course of his public functions as Head of State, engage in conduct which may be tainted by criminality or other forms of wrongdoing. The critical test would seem to be whether the conduct was engaged in under the colour of or in ostensible exercise of the Head of State’s public authority. If it was, it must be treated as official conduct, and so not a matter subject to the jurisdiction of other States *whether or not* it was wrongful or illegal under the law of his own State”⁷³. La afirmación de que la inmunidad no se aplica a tales acciones hace de la propia idea de la inmunidad un sinsentido. La cuestión del ejercicio de la jurisdicción penal respecto de cualquier persona, incluido un funcionario extranjero, se plantea sólo cuando existen sospechas de que su comportamiento es ilícito y, más aún, constituye delito penal. Por consiguiente, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera es necesaria. Como se señala en el memorando de la Secretaría, “[s]i se considerara

⁶⁹ Véase el memorando de la Secretaría, nota 456.

⁷⁰ B. Stern, por ejemplo, señala: “[L]es immunités ou autres doctrines de protection de l’Etat et de ses représentants ont été développées pour protéger la fonction souveraine, et rien d’autre: doit donc être exclu de leur bénéfice tout ce qui ne relève pas de cette fonction souveraine.” B. Stern, *Vers une limitation de l’irresponsabilité souveraine*, en: Marcelo G. Cohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law/ La promotion de la justice, des droits de l’homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Caflish, 2007, Koninklijke Brill NV, Leiden, pág. 516.

⁷¹ Es importante la cuestión de quién desempeña el papel decisivo en la determinación de si los actos se han cometido a título oficial o personal. ¿Es suficiente que el Estado al que el funcionario presta servicios notifique al Estado que ejerce la jurisdicción que los actos se han realizado con carácter oficial? ¿Es necesario que ello se demuestre ante un tribunal y, por consiguiente, la función decisoria corresponda al tribunal? ¿Existe acaso una respuesta general a estas preguntas para todos los casos, o la respuesta depende de las circunstancias concretas de cada caso? Estas cuestiones se examinan de forma más detallada en la parte del informe preliminar dedicada a los aspectos procesales de la inmunidad.

⁷² Canada, Court of Appeal of Ontario, *Jaffe v. Miller and Others* (1993), 95 ILR 446, pág. 460.

⁷³ A. Watts, nota 58 *supra*, págs. 56 y 57 (se omiten las notas). Todas las consideraciones presentadas por A. Watts se refieren a otros funcionarios de Estado.

que los actos ilícitos o delictivos, como cuestión de principio, son ‘no oficiales’ a los efectos de la inmunidad *ratione materiae*, la propia noción de ‘inmunidad’ quedaría despojada de gran parte de su contenido”⁷⁴.

32. Dado que la inmunidad *ratione materiae* protege al funcionario únicamente respecto de los actos que éste realiza en su calidad de tal, esa inmunidad no abarca los actos realizados por esa persona a título personal, antes de asumir el cargo. Esos actos no son actos atribuibles al Estado y tampoco adquieren ese carácter cuando esa persona empieza a ejercer función pública.

33. Y a la inversa, en el caso de un ex funcionario que gozaba de inmunidad *ratione materiae* respecto de actos realizados en el ejercicio de su cargo, esos actos no dejan de considerarse actos del Estado porque el funcionario haya cesado en el cargo y, por consiguiente, éste continúa gozando de esa inmunidad, que constituye en esencia una inmunidad del Estado⁷⁵.

⁷⁴ Memorando de la Secretaría, párr. 160 (nota 457). Véase también la posición de los Estados Unidos de América en la causa *Estados Unidos de América y otros c. Luis R. Reyes y otros* (véase la nota 68 *supra*). Entre otras cosas, cabe observar que los expertos que argumentan en favor de la inmunidad de los funcionarios en relación con la comisión de actos delictivos, en su mayoría limitan el ámbito de estos actos a los delitos tipificados en el derecho internacional, es decir, a los delitos más graves. Véase, por ejemplo, Y. Simbeye, nota 51 *supra*: “State officials, including heads of state or government, can commit crimes whilst in office. However, it is arguable that the commission of certain acts should exclude an individual from being classified as a state organ for international law purposes. If an individual commits an international crime he cannot be seen to be acting as a state organ under either domestic or international law” (pág. 127) (sin cursiva en el original). Simbeye prosigue: “When dealing with international criminal law, states as abstract entities cannot order or sanction conduct punishable under criminal jurisdiction, nor indeed can a state carry out such acts itself. ... [I]n a situation where customary norms prohibit certain acts or there exists a treaty that the state in question has ratified, imputability is impossible”. *Ibid.* pág. 129. B. Stern también considera que “immunities should not be permitted to protect a state or its representatives either in criminal cases or in civil cases when an international crime is committed, since such an act should be considered as dramatically outside the functions of a state”, *Can a State or a Head of State Claim the Benefit of Immunities in Case an International Crime Has Been Committed?*, en *ILSA Journ. of Int’l & Comp. Law*, 14 (2008), págs. 448 y 449. No obstante, aclara que “[i]f one considers the official acts that enjoy immunity, it must be conceded that it is not because an act is illegal that it is ipso facto disqualified from being an official act: if this were true, the institution of immunity would make no sense, as it is precisely to protect the head of state from prosecution that it was instituted”, *Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?* en *Justice for Crimes Against Humanity*, ed. by M. Lattimer and Ph. Sands QC, Hart Publ., Portland, Oregon, 2006, pág. 99.

Sin embargo, al parecer, incluso en los casos mencionados, los actos realizados por una persona a título oficial, se atribuyen al Estado con todas las consecuencias del caso. A este respecto, véase Ch. Dominice: “Certains juges ont déclaré (dans l’Affaire Pinochet - R.K.) que ce n’est pas la fonction d’un chef d’Etat d’ordonner des actes de torture, manifestement contraires au droit international. [...] Cela voudrait dire que le droit international apporte un correctif aux attributions constitutionnelles d’un chef d’Etat. Et selon quel critère? Selon que l’acte est, ou non, contraire au droit international? Cette construction n’est pas satisfaisante. Un acte de fonction reste un acte de fonction, même s’il est contraire au droit international. Dans cette hypothèse, il entraîne la responsabilité internationale de l’Etat, sans préjudice de celle de l’individu-organe”, *Quelques observations sur l’immunité de juridiction pénale de l’ancien chef d’Etat*, *RGDIP* No. 2, 1999, págs. 304 y 305.

⁷⁵ Véase Cassese A.: “[immunity] does not cease at the end of the discharge of official functions by the State agent (the reason being that the act is legally attributed to the State, hence any legal liability for it may only be incurred by the State)”, *When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case*, *EJIL* (2002), vol. 13

34. De tal razonamiento se desprende también que el carácter de la estancia de un funcionario o un ex funcionario en el extranjero, inclusive en el territorio del Estado que ejerce la jurisdicción, difícilmente podría influir en la inmunidad *ratione materiae*. Por lo visto, esa persona gozará de inmunidad de jurisdicción penal extranjera en relación con los actos que haya realizado en su condición de funcionario, independientemente de si se encuentra en el extranjero en una visita oficial o de viaje con fines personales⁷⁶.

C. Inmunidad *ratione personae*⁷⁷

35. Esta parte del informe trata únicamente sobre la cuestión del alcance de esta inmunidad y no examina la cuestión relativa a la categoría de personas que gozan de inmunidad *ratione personae*. El Relator Especial parte del supuesto de que la denominada tríada (el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores) y algunos otros altos funcionarios del Estado gozan de tal inmunidad.

36. Como se señaló en el informe preliminar, “La inmunidad *ratione personae* se aplica a los hechos de un funcionario del Estado realizados a título oficial y personal tanto antes de asumir sus funciones, como durante su desempeño”⁷⁸. La existencia de esta inmunidad se explica por la importancia que el Estado atribuye al ejercicio de su soberanía, así como a la representación del funcionario en cuestión en las relaciones internacionales⁷⁹. Desde este punto de vista, en la actualidad existe una paridad en la importancia de los cargos de jefe de gobierno, ministro de relaciones exteriores y, posiblemente, de algunos otros funcionarios, y la del cargo de jefe de Estado. Por ello, al parecer, carece de sentido, al menos en la etapa actual de trabajo sobre este tema, examinar por separado el alcance de la inmunidad *ratione personae* del jefe de Estado, el jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y otros funcionarios que puedan gozar de esta inmunidad⁸⁰.

núm. 4, pág. 863. O’Donnell K.: “Once the [diplomatic] agent leaves office, the immunity ceases with respect to private acts under immunity *ratione personae*, or personal immunity, but continues for official acts. The limited shield of immunity *ratione materiae*, or functional immunity, afforded to official acts derives from the belief that the “ambassador’s actions are attributed to his government, rather than to personal choice”, *Determinados procedimientos penales en Francia (República del Congo c. Francia)* y Head of State Immunity: How Impenetrable Should the Immunity Veil Remain?, 26 Boston Univ. Int’l Law Journ. (2008), págs. 384 y 385 (Michael A. Tunks, Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity, 52 Duke L. J. (2002), pág. 293).

⁷⁶ Además de gozar de la inmunidad *ratione materiae*, los funcionarios que se encuentren en el extranjero en visita oficial, también gozan, desde luego, de inmunidades basadas en otras normas del derecho internacional, por ejemplo, las normas que rigen el estatuto de los miembros de misiones especiales o de las delegaciones en los órganos de las organizaciones internacionales. Por supuesto, en el caso de un ex funcionario que visita un Estado extranjero ya no se plantea la cuestión del carácter de su visita, puesto que esa visita no puede considerarse oficial. A su vez, esto no afecta a la inmunidad *ratione materiae*.

⁷⁷ Véase el memorando de la Secretaría, párrs. 94 a 153.

⁷⁸ Informe preliminar, párr. 79; memorando de la Secretaría, párr. 137.

⁷⁹ Informe preliminar, párr. 93.

⁸⁰ Al referirse a la forma en que la Corte Internacional de Justicia, en la causa relativa a la *Orden de detención*, explica el alcance de la inmunidad *ratione personae* con respecto a un ministro de relaciones exteriores, la Secretaría señala en su memorando (párr. 138) “Podría hacerse la misma afirmación, *mutatis mutandis*, para describir y explicar la posición del jefe de Estado, el jefe de gobierno o cualquier otro funcionario que goce de la misma inmunidad”.

37. Como se señala en el memorando de la Secretaría, “[El] alcance material de esta inmunidad está bien establecido tanto en las decisiones judiciales como en la doctrina, que a menudo expresan esta idea calificando a la inmunidad *ratione personae* como ‘completa’, ‘plena’, ‘integral’ o ‘absoluta’⁸¹”. En cuanto a su alcance, esa inmunidad de jurisdicción penal extranjera se compara frecuentemente con la inmunidad análoga otorgada por el Estado a los jefes de misiones diplomáticas u otros agentes diplomáticos con arreglo a la Convención sobre Relaciones Diplomáticas de 1961⁸² y al derecho internacional consuetudinario, o a los representantes del Estado que envía y a los miembros del personal diplomático de las misiones especiales con arreglo a la Convención de 1969 sobre las Misiones Especiales. Ésta puede considerarse como complementaria a la inmunidad *ratione materiae* o como que abarca la inmunidad *ratione materiae*, ya que, mientras la persona ocupa un alto cargo, abarca, además de los actos realizados a título oficial, los actos realizados a título personal, tanto durante el período en que la persona ocupa el cargo como antes de éste. Al estar vinculada a determinado alto cargo, la inmunidad personal es de carácter temporal y termina cuando deja de ocuparse el cargo⁸³. Por lo tanto, al parecer tampoco influyen en la inmunidad *ratione personae* ni el hecho de que los actos en relación con los cuales se ejerce la jurisdicción hayan sido cometidos por el funcionario al margen del ejercicio de sus funciones ni la índole de su estancia en el extranjero, incluido el territorio del Estado que ejerce la jurisdicción⁸⁴.

⁸¹ Ibid., párr. 137.

⁸² Ibid., párr. 139. En la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia recíproca en asuntos penales*, la Corte Internacional de Justicia recordó que “the rule of customary international law reflected in Article 29 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, while addressed to diplomatic agents, is necessarily applicable to Heads of State”. *Djibouti v. France*, Judgement, párr. 174.

⁸³ Véase Informe preliminar, párrs. 79 a 83.

⁸⁴ Se han expresado también otras opiniones distintas a este respecto. Por ejemplo, en la opinión separada coincidente de los por tres magistrados en la causa relativa a la *Orden de detención* se señala: “Whether he [Minister of Foreign Affairs –] is also entitled to immunities during private travels and what is the scope of any such immunities, is far less clear”. Entre otras cosas, los autores establecieron también a este respecto que “Certainly, he or she may not be subjected to measures which would prevent effective performance of the functions of a Foreign Minister”. Arrest Warrant (Joint Separate Opinion), párr. 84. A. Watts establece una distinción entre las visitas oficiales y privadas de los jefes de Estado a un Estado extranjero desde el punto de vista del alcance de la inmunidad. Entre otras cosas, Watts expresa dudas respecto de si un jefe de Estado goza de inmunidad durante una visita privada en los tres casos que constituyen excepciones a la inmunidad del agente diplomático de conformidad con el artículo 31 (1) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (demandas relativas a bienes inmuebles, a cuestiones de sucesión y a actividades realizadas al margen de las funciones oficiales). También observa que pese a que “[a Head of State] cannot be sued in respect of ... official acts while in office, or even after he has left office, and must also be granted immunity in respect of them when he is travelling privately”, “... to the extent that immunity is refused in respect of a Head of State's private acts when he is in a foreign State on some official basis or when he is sued there although not present there, it is likely that it will also be refused when he is on a private visit”. A. Watts, nota 58 *supra*, pág. 74.

D. Medidas del Estado que ejerce jurisdicción cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad del funcionario del Estado

38. En el marco de este tema, por jurisdicción penal se entiende no sólo la etapa judicial del proceso penal, sino todo el conjunto de actuaciones procesales penales que el Estado adopta contra el funcionario extranjero. Como se señala en el informe preliminar, “la inmunidad de jurisdicción penal extranjera protege al beneficiario ... contra el procedimiento y las actuaciones procesales de los órganos judiciales y las fuerzas del orden del Estado extranjero que tiene la jurisdicción (*cabe preguntarse si no sería más exacto que en vez de hablar de inmunidad de jurisdicción o procedimiento penales extranjeros de los funcionarios del Estado, lo hiciéramos de inmunidad respecto de determinadas medidas de procedimiento y del procesamiento penal del Estado extranjero. Sin embargo esta pregunta no podría responderse hasta que se haya examinado el alcance de la inmunidad*)”⁸⁵. Esto distingue sustantivamente ese tema de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción civil.

39. A la cuestión de si la inmunidad protege a un funcionario de toda medida que pudiera ser adoptada en el ejercicio de la jurisdicción penal extranjera, o si sólo lo protege contra algunas de esas, se debe añadir la cuestión de si tales medidas pueden aplicarse a un funcionario cuando éste no es un sospechoso sino que participa en la causa penal en otra capacidad, en particular, como testigo.

40. En su fallo en la causa *Orden de detención*, tras concluir que “the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability”, la Corte Internacional de Justicia señaló: “That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another state which would hinder him or her in the performance of his or her duties”⁸⁶. Y más adelante: “Thus, if a Minister for Foreign Affairs is arrested in another State on a criminal charge, he or she is clearly thereby prevented from exercising the functions of his or her office. ... Furthermore, even the mere risk that, by traveling to or transiting another State a Minister for Foreign Affairs might be exposing himself or herself to legal proceedings could deter the Minister from traveling internationally when required to do so for the purposes of the performance of his or her functions”⁸⁷. Así, la Corte Internacional de Justicia, en las circunstancias de

⁸⁵ Informe preliminar, párr. 66 sin subrayar en el original.

⁸⁶ *Arrest Warrant*, Judgment, párr. 54.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 55. Al aplicar este criterio, la Corte llegó a la conclusión de que la orden de detención violaba la inmunidad del Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo. Las conclusiones de la Corte a ese respecto coinciden en gran medida con los argumentos planteados en la causa por la parte de la República Democrática del Congo, pese a que, al parecer, la Corte limita el conjunto de medidas cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad, mediante la introducción del criterio señalado. En su memorando, la República Democrática del Congo, entre otras cosas, señala: “L’inviolabilité et l’immunité sont en effet fonctionnelles, en ce sens qu’elles sont accordées automatiquement par le droit international général à la personne qui en bénéficie en conséquence des fonctions officielles que celle-ci exerce et afin de permettre leur bon accomplissement par leur protection contre toute ingérence étrangère non autorisée par l’Etat que cette personne représente” (párr. 47). En lo que respecta a la propia orden de detención, añade: “La simple crainte de l’exécution du mandat d’arrêt est en effet de nature à limiter les déplacements à l’étranger du ministre mis en cause, portant ainsi préjudice à la bonne conduite des relations internationales de son Etat que les principes

dicha causa (recordemos que se trataba de determinar la legalidad de una orden de detención emitida contra un ministro de relaciones exteriores de otro Estado), formuló criterios para resolver la cuestión de si es posible aplicar determinada medida de procesamiento penal contra un funcionario extranjero: el Estado que ejerce o que tienen la intención de ejercer la jurisdicción penal respecto de un funcionario extranjero, no puede llevar a cabo actuaciones procesales penales que impidan que esa persona cumpla sus funciones. (Cabe observar que este criterio fue determinado por la Corte en relación con el ministro de relaciones exteriores implicado en dicha causa.)

41. Este criterio fue desarrollado en cierta medida en el dictamen de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Ciertas cuestiones de asistencia recíproca en asuntos penales*. En ella, al examinar si la cuestión de si el hecho de que se cite o se requiera la comparecencia de un jefe de Estado como testigo en una causa penal constituye una violación de la norma relativa a la inmunidad de los jefes de Estado, la Corte, basándose en la posición expuesta más arriba en el fallo de la causa *Orden de detención*, observó: “[T]he determining factor in assessing whether or not there has been an attack on the immunity of the Head of State lies in the subjection of the latter to a constraining act of authority”⁸⁸. Basándose en ese criterio, la Corte llegó a la conclusión de que “the summons addressed to the President of the Republic of Djibouti by the French investigating judge ... was not associated with the measures of constraint ...; it was in fact merely an invitation to testify which the Head of State could freely accept or decline. Consequently, there was no attack by France on the immunities from criminal jurisdiction enjoyed by the Head of State, since no obligation was placed upon him in connection with the investigation of the *Borrel* case”⁸⁹. Por consiguiente, el tribunal precisó que una medida de procedimiento

d’inviolabilité et d’immunité ont pour finalité de sauvegarder” (párr. 52). *Arrest Warrant*, Mémoire de la République démocratique du Congo, 15 de mayo de 2001.

⁸⁸ *Djibouti v. France*, Judgement, párr. 170.

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 171. Sin subrayar en el original. Francia adoptó una posición similar al señalar que “seule la limitation de la liberté d’action nécessaire à un chef d’Etat étranger pour s’acquitter de sa fonction est de nature à méconnaître l’immunité de juridiction pénale et l’inviolabilité dont il jouit”. (*Djibouti v. France*, Judgement, párr. 167.) En su conmemoria, la parte francesa señala: “d’une façon générale, une demande de témoignage adressée au représentant d’une puissance étrangère n’a ... aucun caractère obligatoire et s’analyse en une simple invitation, qui ne saurait des lors porter atteinte à l’immunité de juridiction pénale et à l’inviolabilité d’ont bénéficient les chef d’Etat étrangers – ce d’ont la France convient sans réserve” – *Djibouti v. France*, Contre-mémoire de la République Française, 13 de julio de 2007, párr. 4.41. A su vez, Djibouti, al reconocer que una citación para prestar testimonio es distinta de una orden de detención (en relación con la causa relativa a la *Orden de detención*), observó que por sí sola un requerimiento de comparecencia ante el tribunal ya constituye una violación de la inmunidad (“Or certes, une convocation a témoigner n’est pas en soi un acte de contrainte comparable a un mandat d’arrêt, mais elle a tout de même indiscutablement une composante contraignante, du fait même de l’intimation a comparaître qui est adressée a la personne convoquée : une telle intimation contredit alors elle aussi l’immunité de juridiction. Les deux convocations a témoin précitées a l’encontre du Président de la République de Djibouti, qui visaient a lui imposer de témoigner dans l’affaire *Borrel*, portent donc atteinte a son immunité bien qu’il ne s’agisse pas d’actes de contrainte de même nature qu’un mandat d’arrêt.”). *Djibouti v. France*, Mémoire de la République de Djibouti, 15 de marzo de 2007, párr. 135.

penal contra un funcionario extranjero violaba su inmunidad si ésta entorpecía o impedía que esa persona ejerciera sus funciones al imponerle obligaciones⁹⁰.

42. Al aplicar ese criterio, la Corte Internacional de Justicia redujo el ámbito o el alcance de la inmunidad en comparación, por ejemplo, con el fallo del tribunal de la República Federal de Alemania en la causa *Honneker*, de 1984, según el cual “[a]ny inquiry or investigation by the police or the public prosecutor is ... inadmissible”⁹¹. Es evidente que, en los casos en que se aplica el criterio formulado por la Corte Internacional de Justicia, la inmunidad está lejos de impedir la aplicación de todas las medidas procesales penales contra un funcionario extranjero, e impide únicamente aquéllas que imponen a la persona una obligación jurídica, es decir, que pueden estar acompañadas de sanciones por su incumplimiento, o de medidas restrictivas o coercitivas. Por ejemplo, el inicio de una investigación preliminar o la incoación de una causa penal no sólo con respecto al presunto hecho delictivo sino también contra la propia persona en cuestión, no puede considerarse una violación de la inmunidad si ello no le impone alguna obligación de conformidad con el derecho nacional aplicable⁹².

⁹⁰ El hecho de que la inmunidad impide la adopción de medidas coercitivas contra un jefe de Estado fue abordado por las partes en la causa de la Corte Internacional de Justicia relativa a *Determinados procedimientos penales en Francia (República del Congo c. Francia)*. Véase, por ejemplo, *Determinados procedimientos penales en Francia (República del Congo c. Francia)*, solicitud del Congo, 11 de abril de 2003, pág. 15; declaración del representante de Francia, R. Abram: “[E]n tout état de cause, les immunités dont bénéficient les chefs d’Etats étrangers s’opposeraient à ce que des mesures de contrainte soient prises à leur encontre”. 28 de abril de 2003, CR 2003/21, pág. 15.

⁹¹ *Re Honecker*, Federal Republic of Germany, Federal Supreme Court (Second Criminal Chamber), Judgement of 14 December 1984, 80 I.L.R. 365, pág. 366.

⁹² Como señala E. David, “[c]omme le simple fait d’ouvrir une instruction n’entrave nullement l’exercice des fonctions, cette instruction reste compatible avec l’immunité de juridiction”. *op.cit.*, pág. 123. Como se señala en la opinión separada presentada de forma conjunta en la causa relativa a la *Orden de detención*, “commencing an investigation on the basis of which an *Arrest Warrant* may later be issued does not of itself violate those principles [los principios de inviolabilidad o inmunidad de las personas en cuestión – R. K.]. The function served by the international law of immunities does not require that States fail to keep themselves informed”. *Orden de detención* (Opinión separada presentada de forma conjunta), párr. 59, pág. 80. A este respecto, se plantea la cuestión de si la inmunidad impide las actuaciones que no imponen una obligación directa a una persona que goza de ésta pero que la limitan de alguna manera. Por ejemplo; ¿es legítimo incautar sus bienes personales, en particular, sus cuentas bancarias (por ejemplo, las utilizadas para transacciones ilícitas) o vehículos (por ejemplo, en el caso de que el presunto delito se hubiera cometido en ese vehículo)? Tales medidas serían legítimas. Al parecer, la Corte mantiene esta posición en la causa *Congo c. Francia*, en la que la Corte, tras examinar la cuestión de las medidas provisionales, las denegó al considerar que no concurrían circunstancias que exigieran que Francia prohibiera la investigación respecto de los funcionarios del Congo, incluido el Presidente del Congo. Se llegó a esa conclusión, en particular, sobre la base de que el Congo no había presentado pruebas de que se hubiera violado la inmunidad del jefe de Estado como consecuencia de la investigación (en circunstancias en que Francia no había adoptado ninguna medida de carácter vinculante o que impidiera que el Presidente cumpliera sus obligaciones). Pese a que dicha decisión no predetermina la decisión de la Corte sobre el fondo del caso, ésta es significativa aunque sea sólo por que no excluye la posibilidad de continuar los procedimientos de investigación. Véase *Determinados procedimientos penales en Francia (República del Congo c. Francia)*. Solicitud de medidas provisionales, Orden de 17 de junio de 2003.

Véase, sin embargo, la posición de A. Watts: “A head of government or a foreign minister who, while on an official visit to another State was subject to legal proceedings in that State

43. Según este enfoque de la inmunidad, un Estado que tiene razones fundadas para suponer que un funcionario extranjero ha cometido un acto punible con arreglo a su legislación, puede proceder al menos, al acopio preliminar de las pruebas del caso (es decir, a recabar testimonios, documentos, pruebas materiales, etc.), aplicando al funcionario extranjero medidas que no son de carácter vinculante ni compulsorio⁹³. Después de esta etapa, en particular, se puede juzgar, con mayor o menor certeza, si esa persona estuvo o no involucrada (y si lo estuvo, en qué medida) en la comisión del presunto delito, si los actos de esa persona deben considerarse de carácter oficial, etc. Si hay suficientes motivos para suponer que el funcionario extranjero estuvo involucrado en el delito, entonces, dependiendo de las circunstancias, el Estado que ejerce la jurisdicción tendrá la opción de adoptar nuevas medidas que no sean violatorias de la inmunidad de dicho funcionario. Por ejemplo, puede informar al Estado extranjero interesado de las circunstancias del caso, sugerirle que renuncie a la inmunidad del funcionario; puede formular una solicitud de asistencia jurídica en relación con esa causa penal; o puede transmitir a ese Estado los materiales reunidos en la investigación preliminar o la causa penal incoada, después de proponerle que incoe una acción penal contra el funcionario en cuestión. Si se tratase de un delito que recayera dentro de la jurisdicción de un tribunal penal internacional o de la Corte Penal Internacional, ese enfoque permitiría transmitir los materiales acopiados a la estructura a la que correspondiera ejercer la jurisdicción penal internacional. Por último, después de reunir las pruebas, y absteniéndose de tomar nuevas medidas que la inmunidad pudiera impedir, esperar hasta que cesara de aplicarse la inmunidad para incoar la acción penal contra la persona en cuestión (cuando se tratase de actos que hubieran sido cometidos con carácter privado por personas que gozaran de inmunidad personal, antes de asumir el cargo o mientras lo ocupaban).

44. Como señala con razón D. Buzzini “the criterion identified by the Court seems to be convincing”⁹⁴. Igualmente convincente le parece la opinión de la Corte de que “concept of ‘constraining act of authority’ covers not only those acts that are addressed to state officials who are themselves accused of criminal conduct, but also certain acts – such as witness summonses or other orders – that may be notified, in connection with a judicial proceeding, to individuals who are not (or not yet) accused of criminal conduct”⁹⁵. El criterio formulado por la Corte Internacional de Justicia en efecto parece plenamente convincente en el caso de los funcionarios que gozan de inmunidad *ratione personae*, que son sospechosos o que han sido citados a comparecer como testigos en una causa penal. No obstante, la cuestión relativa a los

would be likely to find his ability to carry out his functions seriously impaired. Even the risk that by visiting another State he might be opening the way for the institution of legal proceedings against him could deter him from making the visit at all, to the prejudice of his conduct of the international affairs of his State”. A. Watts, nota 58 *supra*, págs. 106 a 108.

⁹³ K. O’Donnell comenta así la decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre la cuestión relativa a las medidas provisionales en la causa *Congo c. Francia*: “While carefully recognizing a head of state as inviolate from prosecution while in office, the ICJ is increasing opportunities for human rights victims to successfully build a case against an official when evidence is still fresh and witnesses are still alive or locatable. Thus, once the official leaves office and is no longer cloaked in impenetrable immunity, he may be subject to prosecution, depending on the claims and evidence at issue”, op.cit., pág. 396.

⁹⁴ F. Buzzini, nota 23 *supra*, pág. 476.

⁹⁵ *Ibid.*

funcionarios que gozan de inmunidad *ratione materiae* requiere una aclaración más detallada.

45. El funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae*, está protegido contra las medidas de procedimiento penal respecto de actos que haya cometido en el desempeño de sus funciones oficiales. Por lo tanto, cabe suponer que no se le pueden aplicar medidas de carácter restrictivo únicamente en relación con el presunto delito cometido por esa persona al realizar tales actos.

46. Un ex funcionario, naturalmente, ya no cumple funciones oficiales. Por lo tanto, a este respecto no es necesario afirmar que la inmunidad *ratione materiae* de que todavía goza lo protege de medidas de procedimiento penal que entorpezcan o impidan el cumplimiento de sus funciones en ese momento. Sólo puede decirse que la ausencia de ese tipo de protección después de que la persona ha cesado en el cargo impediría que el funcionario cumpliera sus funciones con independencia en el período de ejercicio del cargo. A este respecto, reviste especial importancia la aclaración de la Corte Internacional de Justicia de que se trata de la protección contra medidas de procedimiento penal *que imponen obligaciones* a la persona a la cual se aplican dichas medidas. Es importante para los Estados que, a efectos de salvaguardar su soberanía e igualdad de derechos, sus funcionarios no estén expuestos a medidas de procedimiento penal por parte de un Estado extranjero que les impongan obligaciones en relación con sus actividades oficiales, no sólo durante el período en que realicen esas actividades sino también después de éste. De esta manera, un ex funcionario, al igual que un funcionario en ejercicio, que goza de inmunidad *ratione materiae*, está amparado por la inmunidad de las obligaciones que imponen las medidas de procedimiento penal en relación con un presunto delito cometido por esa persona en el desempeño de sus funciones oficiales. Naturalmente, nos referimos a la inmunidad respecto de la *comparecencia* como testigo. Una invitación para prestar declaración, que a diferencia de una citación de comparecencia como testigo, no impone al funcionario ninguna obligación jurídica y, por tanto, puede ser rechazada sin que el funcionario sufra ninguna consecuencia jurídica perjudicial, no viola la inmunidad del funcionario y constituye una medida procesal legítima⁹⁶.

47. La situación respecto de la inmunidad de un funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* de ser citado a comparecer como testigo merece comentarios adicionales. Obviamente, en principio, se puede citar a un funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* para que comparezca como testigo si es necesario su testimonio sobre los actos cometidos por otras personas o por el propio funcionario con carácter privado (desde luego, si esa citación no limita a esa persona en el desempeño de sus actividades oficiales). Pero ¿cuál es la situación cuando se trata de prestar testimonio sobre actos cometidos por el propio funcionario en activo o ex funcionario, o por otra persona?

48. Una de las cuestiones que se plantearon en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia recíproca en asuntos penales (Djibouti c. Francia)* fue la cuestión de la inmunidad de los funcionarios de Djibouti que gozaban de inmunidad *ratione materiae* a ser citados para comparecer como testigos⁹⁷. Djibouti señaló

⁹⁶ Véase párr. 41 y la nota 90 *supra*.

⁹⁷ En este contexto, no se aborda la cuestión de las características particulares de la legislación francesa en relación con esa cuestión, que fue analizada detalladamente en dicha causa tanto por las partes como por la Corte.

que, a fin de asegurarse de que los dos funcionarios de Djibouti habían actuado a título oficial y de que, en consecuencia, gozaban de inmunidad de ser citados para comparecer como testigos en relación con tales actos, era preciso comprobar concretamente en qué capacidad, oficial o privada, se habían realizado esos actos⁹⁸. En respuesta a este planteamiento, la Corte Internacional de Justicia observó que “it has not been ‘concretely verified’ before it that the acts which were the subject of the summonses as *temoins assistes* issued by France were indeed acts within the scope of their duties as organs of State”⁹⁹. Este fue uno de los motivos por los cuales la Corte no reconoció la inmunidad del Fiscal General de Djibouti y del Jefe del Servicio de Seguridad Nacional de Djibouti de ser citados para comparecer como testigos ante un tribunal francés. En consecuencia, siguiendo el razonamiento de la Corte en esta causa, puede hablarse de la inmunidad *ratione materiae* de que goza un funcionario de ser citado para comparecer como testigo cuando se cita a esa persona para que preste declaración sobre actos cometidos por ésta dentro de los límites de sus obligaciones como órgano del Estado.

49. Este criterio es comprensible y suficiente en las circunstancias del caso examinado por la Corte Internacional de Justicia. Pero, ¿sería suficiente si se tratara de una citación emitida a un funcionario que gozara de inmunidad *ratione materiae* para comparecer como testigo ante un tribunal extranjero, y no en relación con actos realizados en el desempeño de sus funciones dentro del ámbito de sus obligaciones sino con actos *ultra vires* o actos realizados por otras personas?

50. Al parecer, la misma lógica que se aplica a la citación de tal funcionario para comparecer como testigo en relación con actos *ultra vires* cometidos por él mismo puede aplicarse también a su inmunidad respecto de tales actos. En consecuencia, se puede suponer que la inmunidad debe brindar protección contra tal citación para comparecer como testigo.

51. Además, parece que cuando se trata de prestar testimonio en relación con actos de otras personas, hechos o acontecimientos, de los cuales el funcionario haya tomado conocimiento en el desempeño de sus funciones oficiales, la inmunidad *ratione materiae* protegerá al funcionario de toda obligación que un Estado extranjero le imponga a este respecto¹⁰⁰.

⁹⁸ *Djibouti v. France*, judgment, párr. 190.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 191.

¹⁰⁰ G. Buzzini señala: “Arguably a more appropriate criterion (que el criterio empleado por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Djibouti c. Francia*) would be whether the required testimony possibly involves the provision of information or evidence on facts knowledge of which would have been acquired by the state official in connection with the performance of his or her functions as an organ of state”. *Op. cit.*, pág. 468. En el fallo presentado en el memorando de la Secretaría sobre una causa civil, el Tribunal Administrativo Federal de Alemania en 1988 denegó la solicitud de citar al Ministro de Defensa de la India como testigo en relación con las acciones de las tropas indias contra los tamiles en Sri Lanka, al haber concluido que la inmunidad de que gozaba el Estado se extendía a sus funcionarios e impedía que se les citara como testigos en relación con los actos soberanos del Estado con el que estaban relacionadas las acciones de sus fuerzas armadas. Véase el memorando de la Secretaría, párr. 238, nota 684. Similar fue la posición adoptada por el órgano de apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Fiscal c. Blaskic*, que decidió que no se podía emitir una orden de comparecencia para obligar al Ministro de Defensa de Croacia para que presentara documentos oficiales (*subpoena duces tecum*), *Fiscal c. Blaskic*, caso núm. IT-95-14, Appeals Chamber Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber of 18 July 1997 (Issuance of Subpoenae Duces Tecum), 29 October

E. Alcance territorial de la inmunidad¹⁰¹

52. En el fallo de la causa relativa a la *Orden de detención*, la Corte Internacional de Justicia señaló que un ministro de relaciones exteriores goza de inmunidad de jurisdicción penal extranjera cuando se encuentra en el extranjero¹⁰². En el mismo fallo se señala que “in international law it is firmly established that ... certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State, Head of Government and Minister of Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal”¹⁰³. Las partes en la causa relativa a la *Orden*

1997 (available at <http://www.icty.org/case/blaskic/4>). Como se señala en el memorando de la Secretaría, “Si bien la causa se refiere a la inmunidad ante un tribunal internacional, y no ante un tribunal penal nacional, la Sala de Apelaciones señaló que los actos de ejercicio de autoridad del Tribunal están sujetos a normas análogas a las que se aplican a un tribunal nacional”. Véase *ibid.*, párr. 237, nota 683. En la causa *Fiscal c. Radislav Krstic*, el órgano de apelaciones del mismo Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia emitió una decisión tras señalar que la inmunidad funcional del funcionario, en la que se basó la Sala de Apelaciones en la causa *Blaskic* no abarca la inmunidad “against being compelled to give evidence of what the official saw or heard in the course of exercising his official functions”, “[s]uch immunity does not exist”.

Prosecutor v. Radislav Krstic, case

No.IT-98-33-A, Appeals Chamber Decision on Application for Subpoenas, 1 de julio de 2003, párr. 27. En la decisión de la Sala se aclara que “[u]nlike the production of State documents, the State cannot itself provide the evidence which only such a witness could give”. *Ibid.*, párr. 24. La lógica de esta afirmación no parece del todo comprensible. Más convincente parece la opinión disidente del magistrado Shakhbuddin, quien señaló que la inmunidad de citación de un funcionario no se aplicaba a las situaciones en que se requería la presentación de documentos oficiales sino a toda la información recibida por la persona en el cumplimiento de sus funciones oficiales. “...[I]t is not right to narrow the definition of information to material collected in some central place under the authority of the State, such as its archives. A State acts through its officials; it has information held by them over the whole field of its activity, national and international, including information of matters seen or heard by them”. Invocando la causa *Blaskic*, señala que “the test which it lays down is whether the material was acquired by the proposed witness in his capacity as a State official”. *Prosecutor v. Radislav Krstic*, case núm. IT-98-33-A, Decision on Application for Subpoenas, Dissenting opinion of Judge Shakhbuddin, 1 de julio de 2003, párrs. 15 y 16. Como señala D. Buzzini, “it remains difficult to understand why a subpoena to give evidence as a witness on facts knowledge of which was acquired by the state official in the discharge of his or her functions should be treated differently, for purposes of immunity *ratione materiae*, from a subpoena to produce official documents”. G. Buzzini, *op.cit.*, pág. 468, nota 79. No obstante, por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, en la causa *Procurador c. Bagosora y otros*, invocando el fallo mencionado en el marco de la causa *Krstic*, constató sin comentarios adicionales en su decisión sobre la cuestión de la orden de comparecencia, que “Government officials enjoy no immunity from a subpoena, even where the subject-matter of their testimony was obtained in the course of government service”, *The Prosecutor v. Bagosora et al.*, case No. ICTR-98-41-T, Trial Chamber I, Decision on Request for a Subpoena for Major Jacques Biot, 14 July 2006.

¹⁰¹ Véase el memorando de la Secretaría, párr. 153.

¹⁰² “[T]he functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability”. *Arrest Warrant*, Judgement, párr. 54.

¹⁰³ *Ibid.*, párr. 51. Sin subrayar en el original. Esta argumentación se presentó también en el fallo del tribunal en la causa relativa a Ciertas cuestiones de asistencia recíproca en asuntos penales, *Djibouti v. France*, Judgement, párr. 170. El tribunal no se refiere a la “jurisdicción de otros Estados” (“jurisdiction of other States”), sino a la jurisdicción “en” otros Estados (“in” other States).

de detención¹⁰⁴, así como las partes en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia recíproca en asuntos penales*¹⁰⁵ también señalaron que los funcionarios de Estado gozan de inmunidad cuando están de viaje en el extranjero. Esta posición es comprensible en las circunstancias de estas dos causas. Ahora bien, en principio, ¿cuán exacta es la afirmación de que la inmunidad se hace efectiva únicamente en la situación en que el funcionario se encuentra en el extranjero?

53. Desde luego, en los casos en que los funcionarios representan al Estado en las relaciones internacionales, es importante que un Estado extranjero no pueda interferir en el cumplimiento de esas funciones. Por lo tanto, la inmunidad es especialmente importante cuando tales funcionarios se encuentran en el extranjero. Además, es precisamente cuando se encuentra fuera del propio Estado que un funcionario está más vulnerable y desamparado frente a la aplicación de medidas de procedimiento penal por parte de un Estado extranjero. No obstante, la inmunidad de jurisdicción extranjera al parecer también se aplica durante la estancia del funcionario en el territorio del Estado al que presta o ha prestado servicios. Como se desprende de lo expuesto más arriba, la inmunidad constituye una protección procesal basada en la soberanía de un Estado respecto de las medidas de procedimiento penal extranjeras que imponen cierta obligación a un funcionario de ese Estado. Desde el punto de vista jurídico, no queda completamente claro en este sentido por qué esta protección se hace efectiva cuando la persona se encuentra en el extranjero. La inmunidad como norma jurídica comprende las obligaciones del Estado que ejerce la jurisdicción de no aplicar (y, posiblemente, también de impedir la aplicación) de medidas de procedimiento penal que puedan entorpecer o impedir la realización de las actividades oficiales de un funcionario mediante la imposición de obligaciones. No queda muy claro por qué tal obligación se hace efectiva, o puede considerarse que se ha infringido, sólo cuando el funcionario se encuentra fuera del territorio del propio Estado. Además, gozan también de inmunidad los funcionarios que no representan al Estado en las relaciones internacionales o que cumplen funciones que no son equivalentes a tal representación. Por ejemplo, ¿un fiscal, un juez u otro funcionario que cumple únicamente funciones “internas”, y que se encuentra en el territorio de su propio Estado, no goza acaso de la misma inmunidad *ratione materiae* de que gozaba en el extranjero respecto de una orden de detención emitida por un Estado extranjero o de una citación como testigo en una causa penal que le imponga una obligación? Al parecer, las medidas de procedimiento penal que imponen una obligación a un funcionario extranjero violan la inmunidad de que éste goza y, por consiguiente, la soberanía de su Estado, independientemente de si esa persona se encuentra en el extranjero o en el territorio de su propio Estado. La violación de la obligación de no aplicar tales medidas contra un funcionario extranjero surte efecto ya desde el momento en que se adopta tal medida, y no sólo cuando la persona a la que se aplica la medida se encuentra en el extranjero. En consecuencia, también es legítimo plantear la cuestión de la derogación de tal medida, y no de su suspensión por el período en el que el funcionario se encuentre en el extranjero (esto último sería más lógico si tal medida

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, el memorando de la República Democrática del Congo (*Arrest Warrant, Mémoire présenté par le Gouvernement de la République démocratique du Congo*).

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, el párrafo 164 del fallo, así como los párrafos 4.21 y 4.34 de la contramemoria de Francia (*Djibouti v. France, Contre-mémoire de la République française*).

violara la inmunidad del funcionario únicamente durante la estancia del funcionario en el extranjero)¹⁰⁶.

F. ¿Existen excepciones a la norma de inmunidad?¹⁰⁷

1. Consideraciones preliminares

54. A modo de consideraciones preliminares señalaremos lo siguiente. En primer lugar, nos referimos aquí a las excepciones a la inmunidad que están basadas en el derecho internacional consuetudinario. No cabe duda de que es posible establecer exenciones o excepciones a la inmunidad mediante la concertación de tratados internacionales. Como se señaló al principio de esta parte del informe, la inmunidad es una norma existente en el derecho internacional consuetudinario general. La hipótesis de que en el derecho internacional consuetudinario existen excepciones a la inmunidad, es decir, de que existen tales excepciones o al menos una tendencia al establecimiento en el derecho internacional consuetudinario de la norma jurídica correspondiente (o de más de una), deberá por tanto demostrarse en la práctica y la *opinio juris* de los Estados. En segundo lugar, el Relator Especial parte del presupuesto de que la existencia de excepciones a la norma de inmunidad no se puede equiparar con la ausencia normal de inmunidad. Por ejemplo, para todos los funcionarios que no disfrutaban de inmunidad *ratione personae* (es decir, la gran mayoría de los funcionarios en ejercicio y todos los ex funcionarios) la ausencia de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de delitos cometidos por ellos al margen del desempeño de sus funciones oficiales se considera algo normal y no una excepción a la regla. Por consiguiente, si se sabe (o se ha demostrado) que, en el momento de cometer un delito, un ex funcionario actuaba a título personal, la ausencia de inmunidad se da por sentada y no requiere pruebas. En el marco del tema que nos ocupa, se consideran excepciones a la inmunidad los casos en que, como regla general, un funcionario goza de inmunidad pero deja de tenerla debido a determinadas circunstancias. Por ejemplo, por regla general, los funcionarios gozan de inmunidad respecto de delitos cometidos en el desempeño de sus funciones oficiales. No obstante, existe la opinión de que en los casos en que esos delitos son de suma gravedad y están tipificados en el derecho internacional, no existe inmunidad de jurisdicción extranjera. En el presente informe se considera que esos casos constituyen una excepción a la inmunidad.

55. La cuestión de las excepciones a la norma de inmunidad se plantea principalmente en relación con los funcionarios en ejercicio y ex funcionarios que gozan de inmunidad *ratione materiae*. En todo caso, en lo que respecta a altos funcionarios en ejercicio —jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de

¹⁰⁶ En el curso del examen de ese tema en el 60º período de la Comisión de Derecho Internacional, D. G. Gaja hizo mención a la cuestión de la inmunidad de un funcionario de la jurisdicción de terceros Estados y expresó la esperanza de que la cuestión se examinara en el siguiente informe (A/CN.4/SR.2983, págs. 16 y 17). El Relator Especial aún no está muy convencido de la necesidad de examinar esta cuestión por separado ya que, al menos por el momento, no encuentra motivos para suponer que la inmunidad (el alcance de la inmunidad) dependa de si el funcionario extranjero se encuentra en el propio territorio o en un tercer Estado. La cuestión de si la inmunidad depende de que la persona se encuentre (o de que ésta que haya cometido los presuntos delitos) en el territorio del Estado que ejerce la jurisdicción penal, requiere un examen más exhaustivo. Esa cuestión se examinará más adelante.

¹⁰⁷ Véase el memorando de la Secretaría, párrs. 141 a 153 y 180 a 212.

relaciones exteriores—, la opinión prevaleciente es que la inmunidad *ratione personae* de jurisdicción penal extranjera de que estos gozan no está sujeta a excepciones. La llamada inmunidad absoluta *ratione personae*, exenta de excepciones, fue refrendada por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención* y la causa relativa a *Ciertas Cuestiones de asistencia recíproca en asuntos penales*¹⁰⁸, en los fallos de tribunales nacionales¹⁰⁹ y en las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional¹¹⁰. Ésa es también la opinión prevaleciente en la doctrina¹¹¹. Como señala M. Frulli, “state practice consistently shows that the rules on personal immunities cannot be derogated from at the national level”¹¹². Sin embargo, hay quienes sostienen que deberían existir excepciones a la norma de inmunidad *ratione personae*¹¹³. Varios autores coinciden

¹⁰⁸ *Arrest Warrant*, Judgement, párrs. 51, 54, 56 y 58; *Djibouti v. France*, Judgement, párrs. 170 y 174.

¹⁰⁹ *Gaddafi*, Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation 2001, pág. 218; *Ariel Sharon*, Corte Suprema de Bélgica, fallo de 12 de febrero de 2003 (véase en <http://www.indictsharon.net>); *Wei Ye c. Jiang Zemin*, 383 F.3d 620, 2004 U.S. App. LEXIS 18944 (7th Cir. 8 de septiembre de 2004); *Tachiona c. los Estados Unidos* (caso Mugabe), 386 F.3d 205, 2004 U.S. App. LEXIS 20879 (2d Cir. 6 de octubre de 2004), *W. c. Johannes (Hans) Adam, Furst von Liechtenstein*, Corte Suprema de Austria, fallo de 14 de febrero de 2001; *Jones c. el Ministerio del Interior del Reino de Arabia Saudita*, fallo del Tribunal de Apelaciones del Reino Unido de 28 de octubre de 2004, EWCA Civ 1394; *Jones c. el Ministerio del Interior del Reino de Arabia Saudita*, fallo de la Cámara de los Lores de 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26; *Tatchell c. Mugabe*, fallo de un tribunal de distrito del Reino Unido de 14 de enero de 2004, *Solicitud de una orden de detención contra el general Shaul Mofaz*, fallo de un tribunal de distrito del Reino Unido de 12 de febrero de 2004, ambos incluidos en *Current developments*, ICLQ, vol. 53, págs. 769 a 774. Los procedimientos iniciados en España y Bélgica para llevar ante los tribunales a Fidel Castro fueron suspendidos luego de afirmarse su inmunidad (http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/fidel_castro_425.html).

¹¹⁰ “In criminal matters, the Head of State shall enjoy immunity from jurisdiction before the courts of a foreign State for any crime he or she may have committed, regardless of its gravity” (este caso se refiere a un Jefe de Estado en funciones – R.K.). Resolución del Instituto de Derecho Internacional, 2001, nota 40 *supra*, artículo 2. “No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes” (este caso se refiere a la inmunidad de las personas que actúan en nombre del Estado – R.K.). Resolución del Instituto de Derecho Internacional, 2009, nota 22 *supra*, artículo III, párr. 1.

¹¹¹ Véase el memorando de la Secretaría, párr. 137, nota 375. Hamida A. G. (“... even when in the case of a State official perpetrating an international crime while in office, he can still enjoy immunity *ratione personae* (personal or status immunity) ... and is inviolable and immune from prosecution so long as he is in office”). A. G. Hamida, K. M. Sein y H. A. Kadouf, “Immunity Versus International Crimes: the Impact of Pinochet and *Arrest Warrant* Cases”, *Indian Journ. of Int’l Law*, 2006, vol. 46, núm. 4, pág. 511. K. Parlett: “It is not disputed that immunity applies for torture in proceedings against persons accorded immunity *ratione personae*” (“Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception”, *European Human Rights Law Review*, 2006, núm. 1, pág. 60).

¹¹² M. Frulli, *Immunities of Persons from Jurisdiction*. En: *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Redactor jefe: A. Cassese, 2009, pág. 369.

¹¹³ Véase el memorando de la Secretaría, párr. 151; los comentaristas interpretan el Principio 5 de los Principios de Princeton sobre la jurisdicción universal (“... the official position of any accused person, whether as head of state or government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment”) de la siguiente manera: “A substantive immunity from prosecution would provide heads of state, diplomats, and other officials with exoneration from criminal responsibility for the commission of serious crimes under international law when these crimes are committed in an official capacity. Principle 5 rejects this substantive immunity ...” Véase *Commentary on the Princeton*

con esta opinión¹¹⁴. Tal fue, por ejemplo, la posición que asumió Bélgica ante la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención*¹¹⁵. Esta posición fue respaldada en las opiniones de los magistrados que estuvieron en desacuerdo con el fallo de la Corte, aprobado por la gran mayoría de magistrados¹¹⁶, y hasta cierto punto quedó reflejada en la opinión disidente presentada conjuntamente por los tres magistrados que examinaron el caso¹¹⁷.

2. Criterios para el establecimiento de excepciones

56. La necesidad de que existan excepciones a la inmunidad se explica, sobre todo, por la necesidad de proteger los derechos humanos contra sus violaciones más flagrantes y masivas y combatir la impunidad. Nos referimos en particular a la protección de los intereses de la comunidad internacional en su conjunto y, por consiguiente, al hecho de que la protección de esos intereses, así como la represión de los delitos internacionales más graves, perpetrados muy a menudo por funcionarios de Estado, plantean la necesidad de enjuiciar a los autores de esos delitos en cualquier Estado que ejerza jurisdicción¹¹⁸. Esto, a su vez, exige la existencia de excepciones a la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios. Existen diferentes criterios para establecer excepciones a la inmunidad de los funcionarios en ejercicio y ex funcionarios que gocen de inmunidad *ratione materiae*. Los principales criterios son los siguientes. En primer lugar, como ya se

Principles, elaborado por S. W. Becker, en *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, pág. 48. (http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf). No obstante, cabe señalar también que este principio no afecta la inmunidad “procesal”, que subsiste durante la permanencia en el cargo del Jefe de Estado u otro funcionario: “Under international law as it exists, sitting heads of state, accredited diplomats, and other officials cannot be prosecuted while in office for acts committed in their official capacities”, *ibíd.*, pág. 49.

¹¹⁴ Véase el memorando de la Secretaría, párr. 151.

¹¹⁵ En su Contramemoria, Bélgica señaló, en particular, lo siguiente: “... international sources are not lacking to show that the head of State or a member of his government does not benefit from immunity when accused of having committed crimes under international humanitarian law”, *Arrest Warrant Counter-Memorial of the Kingdom of Belgium*, 28 de septiembre de 2001, párr. 3.5.13. Véase además *Arrest Warrant, Judgement*, párr. 56.

¹¹⁶ Véase el memorando de la Secretaría, párr. 149. En su opinión disidente en la causa relativa a la *Orden de detención*, el magistrado Al-Khasawneh observó lo siguiente: “[t]he effective combating of grave crimes has arguably assumed a *jus cogens* character reflecting recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance. Therefore, when this hierarchically higher norm comes into conflict with the rules on immunity, it should prevail”. *Arrest Warrant, Judgement, Dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh*, párr. 7, pág. 98. También adoptó una postura firme la magistrada Van den Wyngaert, en cuya opinión “[i]mmunity should never apply to crimes under international law, neither before international courts nor national courts”. *Arrest Warrant, Judgement, Dissenting opinion of Judge Van den Wyngaert*, párr. 36, pág. 161.

¹¹⁷ *Ibid.*, Joint separate opinion of Judge Higgins, Kooijmans and Buergenthal. En la opinión separada conjunta de los tres magistrados, se expresan dudas en relación con los casos en que está ausente la inmunidad, que se relacionan en el párr. 61 del fallo de la Corte. En particular, los autores de la opinión observan con pesar: “The only credible alternative ... seems to be the possibility of starting proceedings in a foreign court after the suspected person ceases to hold the office of Foreign Minister”, párr. 78.

¹¹⁸ Véase, por ejemplo, K. O’Donnell: “Upon leaving office ... a state should be able to hold a head of state accountable for international crimes. Victims of human rights violations should not be left without a remedy. Ideally, the knowledge that the cloak of immunity will be unveiled upon completion of office will serve as a sufficient deterrence for sitting heads of state so as to prevent the commission of international crimes”. *Op. cit.*, pág. 416.

señaló, existe la opinión de que, con arreglo al derecho internacional, los delitos más graves cometidos por un funcionario no pueden considerarse como actos oficiales¹¹⁹. En segundo lugar, habida cuenta de que los delitos internacionales cometidos por funcionarios en el desempeño de sus funciones oficiales se atribuyen no sólo al Estado sino también a los funcionarios que los han cometido, se considera que dichos funcionarios no están protegidos en las actuaciones penales por la inmunidad *ratione materiae*¹²⁰. En tercer lugar, cabe señalar que las normas imperativas de derecho internacional que prohíben y tipifican como delitos determinados actos prevalecen sobre la norma relativa a la inmunidad e invalidan la inmunidad respecto de delitos de esa índole¹²¹. En cuarto lugar, se dice que ha surgido en el derecho internacional una norma de derecho internacional consuetudinario, que prevé una excepción a la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios que cometan delitos graves tipificados en el derecho internacional¹²². En quinto lugar, se establece un vínculo entre la existencia de la jurisdicción universal respecto de los delitos más graves y la invalidez de la inmunidad respecto de esos delitos¹²³. En sexto lugar, se establece un vínculo análogo entre la obligación *aut dedere aut judicare* y la invalidez de la inmunidad en relación con delitos respecto de los cuales existe dicha obligación¹²⁴. En cierta medida, estos criterios no se diferencian mucho entre sí.

57. Está bastante generalizado el criterio según el cual los delitos más graves tipificados en el derecho internacional¹²⁵ no pueden considerarse como actos

¹¹⁹ Véase el memorando de la Secretaría, párrs. 191 y 192. Véase también la nota 74 *supra*.

¹²⁰ Por ejemplo, tres organizaciones no gubernamentales —*Redress Fund, Amnesty International and Justice*— adoptan una posición similar en las peticiones planteadas en 2010 ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los casos *Jones v. United Kingdom* y *Mitchell and Others v. United Kingdom* (<http://www.interights.org/jones>, párrs. 10 a 17).

¹²¹ Este enfoque tiene como fundamento la teoría de la “jerarquía normativa” y se basa en la idea de que las normas que prohíben la tortura y otros actos son normas *jus cogens*, mientras que la inmunidad del Estado y sus funcionarios no constituye una norma imperativa. Véase, por ejemplo, Bassiouni Ch. “Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability” en *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference*, 17 y 21 de septiembre de 1998, sp.ed. Ch.J.Joyner, Association International de Droit Pénal, 1998 (“Crimes against humanity, genocide and war crimes ... and torture are international crimes which have risen to the level of *jus cogens*. As a consequence, the following duties arise: the obligation to extradite or prosecute, ... to eliminate immunities of superiors up to and including heads of states”, pág. 56).

¹²² Véase el memorando de la Secretaría, párrs. 197 a 204.

¹²³ Véase el Principio 5 de los Principios de Princeton (http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf). “In fact, it would appear that the notion of immunity from criminal liability for crimes under international law perpetrated in an official capacity, whether by existing or former office holders, is fundamentally incompatible with the proposition that gross human rights offences are subject to universal jurisdiction”, International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offence. London Sesión (2000), pág.14 (se puede consultar en <http://www.ila-hq.org>).

¹²⁴ Véase el memorando de la Secretaría, nota 26 y párr. 205.

¹²⁵ No se puede hablar de la existencia de una lista de delitos que los partidarios de esta posición califiquen en general como delitos en cuya comisión se ha actuado al margen del desempeño de funciones oficiales. Habitualmente, se tienen en cuenta los delitos que son de la competencia de la Corte Penal Internacional, tales como genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. Como señaló J. Verhoeven en su Informe Final (Rapport définitif) a la Decimotercera Comisión del Instituto de Derecho Internacional en relación con la cuestión de la

realizados en el desempeño de funciones oficiales y, por tanto, la inmunidad *ratione personae* no protege contra la jurisdicción penal extranjera respecto de tales delitos¹²⁶. Por consiguiente, de aplicarse este criterio, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera protege solamente a las personas que gozan de inmunidad *ratione personae*, es decir, la “tríada”, y posiblemente a otros altos funcionarios en activo. Según ese criterio, las demás categorías de funcionarios en ejercicio, así como los ex funcionarios, incluida la “tríada”, pueden estar sujetos a jurisdicción penal extranjera en caso de cometer alguno de los delitos antes mencionados. En principio, el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la Causa relativa a la Orden de detención se presta a una interpretación similar. Al enumerar las circunstancias en que la inmunidad no constituye un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción penal extranjera, la Corte señaló, entre otras cosas, lo siguiente: “Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office as well as *in respect of acts committed during that period of office in a private capacity*”¹²⁷. Sobre esa base, los tres magistrados, que estuvieron en general de acuerdo con el fallo de la Corte, subrayaron en su opinión separada coincidente que los ministros de relaciones exteriores que habían cesado en sus cargos gozaban de inmunidad sólo respecto de actos “oficiales”, y añadieron: “It is now increasingly claimed in the literature ... that serious international crimes cannot be regarded as official acts because they are neither normal State functions nor functions that a State alone (in contrast to an individual) can perform This view is underscored by the increasing realization that State-related motives are not the proper test for determining what constitutes public State acts. The same view is gradually also finding expression in State practice, is evidenced in judicial decisions and opinions”¹²⁸.

58. Antes de dictarse el fallo en la causa relativa a la Orden de detención, esta opinión había sido expresada por Lord Steyn y Lord Nicholls en la causa *Pinochet I* y por Lord Nicholls y por Lord Phillips of Worth Matravers en la causa

inmunidad, “[I]a difficulté reste de s’entendre sur les crimes qui autorisent une dérogation à l’immunité. La Commission a préféré demeurer sur ce point relativement vague. Ces crimes sont certainement ceux qui sont visés par le Statut de la Cour pénale internationale (agression, crime de guerre, génocide, crime contre l’humanité)”. Institut de droit international, Annuaire, vol. 69, 2000-2001, sesión de Vancouver, 2001, págs. 594 y 595. “[I]a Commission n’a pas souhaité reprendre à son compte une définition de ces crimes de manière à laisser la porte ouverte a des évolutions qui permettraient de considérer comme des crimes graves de droit international des infractions qui ne rentrent pas à l’heure actuelle dans la compétence des tribunaux pénaux internationaux ou de la Cour pénale internationale”. *Ibid.*, pág. 615.

¹²⁶ Véase nota 119, *supra*.

¹²⁷ *Arrest Warrant*, Judgment, párr. 61. Sin subrayar en el original.

¹²⁸ *Ibid.*, Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, párr. 85. Los magistrados remiten al artículo de Andrea Bianchi, “Denying State Immunity to Violators of Human Rights”, 46 *Austrian Journ. of Publ. and Int’l Law* (1994), págs. 227 y 228, así como al fallo de la Corte Suprema de Israel en relación con el caso *Eichmann*, fallo de la Corte Suprema de 29 de mayo de 1962, 36 *I.L.R.*, pág. 312, y al fallo del Tribunal de Apelaciones de Amsterdam en la causa *Bouterse* (Gerechtshof Amsterdam, 20 de noviembre de 2000, párr. 4.2). También hacen referencia a las opiniones de los magistrados de los tribunales nacionales que se pronunciaron en las causas *Pinochet I* y *Pinochet III* (Lord Steyn y Lord Nicholls, y Lord Hutton y Lord Phillips of Worth Matravers, respectivamente).

*Pinochet III*¹²⁹. En el fallo del Tribunal de Apelaciones de Amsterdam en la causa *Bouterse* de 2002 se señaló, en particular, que “the commission of very grave criminal offenses of this kind cannot be regarded as part of the official duties of a Head of State”¹³⁰.

59. Al mismo tiempo, como quedó corroborado en el memorando de la Secretaría, este criterio ha sido objeto de críticas tanto en la jurisprudencia nacional como en la doctrina¹³¹. En particular, Lord Goff afirmó en la causa *Pinochet III* que los actos de un Jefe de Estado, siempre que se lleven a cabo en el ejercicio de sus funciones oficiales, no dejan de ser actos “de Estado” aunque sean actos ilícitos y subrayó que

¹²⁹ Lord Steyn: “It is therefore plain that statutory immunity in favour of a former Head of State is not absolute. It requires the coincidence of two requirements: (1) that the defendant is a former Head of State (*ratione personae* in the vocabulary of international law) and (2) that he is charged with official acts performed in the exercise of his functions as a Head of State (*ratione materiae*). In regard to the second requirement it is not sufficient that official acts are involved: the acts must also have been performed by the defendant in the exercise of his functions as Head of State”. “...the development of international law since the Second World War justifies the conclusion that by the time of the 1973 coup d'etat, and certainly ever since, international law condemned genocide, torture, hostage taking and crimes against humanity (during an armed conflict or in peace time) as international crimes deserving of punishment. Given this state of international law, it seems to me difficult to maintain that the commission of such high crimes may amount to acts performed in the exercise of the functions of a Head of State.” *Regina c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 1) (Hereinafter “Pinochet I”) (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino09.htm>). Lord Nicholls of Birkenhead: “In my view, article 39.2 of the Vienna Convention, as modified and applied to former heads of state by section 20 of the 1978 Act, is apt to confer immunity in respect of acts performed in the exercise of functions which international law recognises as functions of a head of state, irrespective of the terms of his domestic constitution. ... International law does not require the grant of any wider immunity. And it hardly needs saying that torture of his own subjects, or of aliens, would not be regarded by international law as a function of a head of state. ... [I]nternational law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of state, or even more so, as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of international law.”, *ibid.* Lord Hutton: “Therefore having regard to the provisions of the Torture Convention, I do not consider that Senator Pinochet or Chile can claim that the commission of acts of torture after 29 September 1988 were functions of the head of state. The alleged acts of torture by Senator Pinochet were carried out under colour of his position as head of state, but they cannot be regarded as functions of a head of state under international law when international law expressly prohibits torture as a measure which a state can employ in any circumstances whatsoever and has made it an international crime”. “My conclusion that Senator Pinochet is not entitled to immunity is based on the view that the commission of acts of torture is not a function of a head of state, and therefore in this case the immunity to which Senator Pinochet is entitled as a former head of state does not arise in relation to, and does not attach to, acts of torture.” (*Pinochet III*) (se puede consultar en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino6.htm>). Lord Phillips of Worth Matravers: “Insofar as Part III of the Act of 1978 entitles a former head of state to immunity in respect of the performance of his official functions I do not believe that those functions can, as a matter of statutory interpretation, extend to actions that are prohibited as criminal under international law.” (*Pinochet III*), *ibid.*

¹³⁰ Véase la nota 539 y el párr. 191 del memorando de la Secretaría. El ex dirigente surinamés fue acusado de la tortura y asesinato de 15 personas en diciembre de 1982. Este caso se comenta en: Zegfeld. *The Bouterse case*. *Netherlands Yearbook of International Law*, 2001, págs. 97 a 120.

¹³¹ Véase la lista de fallos de tribunales nacionales que figura en el memorando de la Secretaría, párr. 192, notas al pie 540 a 545. Véase también R. van Alebeek, nota 51 *supra*, pág. 286 y ss.

ello valía para cualquier tipo de delitos¹³². El fallo dictado en la causa *Bouterse*, al que ya se hizo referencia, fue recibido con escepticismo por algunos expertos¹³³. En su opinión separada en la causa relativa a la Orden de detención, la magistrada ad hoc Van den Wyngaert, al objetar que la Corte Internacional de Justicia hubiese indicado, en su lista de restricciones a la inmunidad, la ausencia de inmunidad de un ex ministro de relaciones exteriores respecto de actos realizados a título personal durante el ejercicio de su cargo, observó que la Corte “could and indeed should have added that war crimes and crimes against humanity can never fall into this category”¹³⁴. Más adelante, subrayó: “Some crimes under international law (e.g. certain acts of genocide and of aggression) can, for practical purposes, only be committed with the means and mechanisms of a State and as part of State policy. They cannot, from that perspective, be anything other than ‘official’ acts”¹³⁵. La idea de que la inmunidad funcional de los funcionarios extranjeros protege los actos de los Estados a cuyo servicio están, “is increasingly echoed in judicial and academic thinking” y es reconocida incluso por autores que no son partidarios de esa idea¹³⁶.

60. Al respecto también se afirma que si los delitos tipificados en el derecho internacional que cometa un funcionario no se consideran actos que se puedan atribuir al Estado al que el funcionario presta o, en el caso de los ex funcionarios, prestaba servicios, no se podría entonces hablar de la responsabilidad jurídica internacional de ese Estado respecto de ese delito¹³⁷. Este argumento no carece de lógica y podría ser pertinente, si bien se basa menos en el derecho que en consideraciones prácticas.

61. Si se analizara esta situación desde un punto de vista estrictamente jurídico, habría que plantearse lo siguiente. No está totalmente claro por qué la gravedad de

¹³² Lord Goff of Chieveley: “The functions of, for example, a head of state are governmental functions, as opposed to private acts; and the fact that the head of state performs an act, other than a private act, which is criminal does not deprive it of its governmental character. This is true of a serious crime, such as murder or torture, as it is of a lesser crime”. (*Pinochet III*, que se puede consultar en

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino3.htm>). En la causa *Pinochet I* Lord Slynn señaló asimismo lo siguiente: “clearly international law does not recognise that it is one of the specific functions of a Head of State to commit torture or genocide. But the fact that in carrying out other functions, a Head of State commits an illegal act does not mean that he is no longer to be regarded as carrying out one of his functions. If it did, the immunity in respect of criminal acts would be deprived of much of its content. I do not think it right to draw a distinction for this purpose between acts whose criminality and moral obliquity is more or less great.” (Lord Slynn of Hadley en *Pinochet I*, que se puede consultar en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino02.htm>).

¹³³ “In my view, no order from a head of state in his capacity of the commander of the military to its subordinates could be qualified as ‘non-official’. The decision of Amsterdam Court of Appeal, that the December killings are ‘non-official’ acts and as consequence fall outside the immunity claim, should therefore be rejected.”, L. Zegfeld. op. cit., pág. 115.

¹³⁴ *Arrest Warrant*, Judgement, Dissenting opinion of Judge Van den Wyngaert, párr. 36, pág. 161.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Véase, por ejemplo, R. van Alebeek, nota pie 51 *supra*, págs. 303-304, si bien este autor es partidario del punto de vista opuesto.

¹³⁷ Véase, por ejemplo, D.S. Koller: “First, such acts quite often are official acts in the sense that state actors carry them out in the name of the state. ... Second, this legal fiction would effectively eliminate state responsibility, as acts done in one’s own capacity are no longer attributable to the state.”, op.cit., pág 29. Véase también S. Wirth, “Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgment in *Congo v. Belgium Case*”, EJIL 13 (2002) 877, pág. 891.

un acto delictivo debe resultar en un cambio de su atribución tanto desde el punto de vista de la responsabilidad en la que se incurra por su comisión como de la inmunidad que pueda existir respecto del mismo. Si los actos ilícitos realizados por un funcionario en el marco de sus funciones oficiales se atribuyen por regla general al Estado y no dejan de considerarse actos de Estado, es decir, oficiales, ¿por qué entonces los más graves de esos delitos dejan de atribuirse al Estado y pierden su carácter oficial? Consiguientemente, ¿por qué la gravedad de un acto presuntamente cometido por un funcionario extranjero invalida el principio de la igualdad soberana de los Estados, del que emana la inmunidad *ratione materiae* que el Estado confiere a sus funcionarios? Desde luego, en algunos casos los delitos internacionales graves son cometidos por personas que no son funcionarios de Estado (por ejemplo, representantes de partidos no gubernamentales durante conflictos armados locales). Sin embargo, en esos casos tampoco se plantea la cuestión de la inmunidad. La cuestión de la inmunidad se plantea solamente en relación con los funcionarios de Estado. Ahora bien, por lo general, la posibilidad misma de que los funcionarios de Estado cometan delitos en gran escala se plantea solamente por el hecho de que dichos funcionarios cuentan con el respaldo del Estado, actúan en nombre del Estado, se valen de sus mecanismos de coerción, dictan órdenes, etc. En ese contexto, la afirmación de que actos de ese tipo son de carácter privado y no oficial parecería más bien un intento artificial y no del todo legítimo de superar la barrera de la inmunidad *ratione materiae* que protege a los funcionarios contra la jurisdicción penal extranjera.

62. Otro argumento es que la inmunidad *ratione materiae* no es aplicable cuando el acto delictivo de que se trate sea atribuible no solo al Estado sino también al funcionario que lo haya cometido¹³⁸. Al respecto cabe observar que en el informe preliminar también se señala que la atribución al Estado de un acto ilícito realizado por cualquiera de sus funcionarios a título oficial no impide que ese acto se atribuya igualmente al funcionario en cuestión¹³⁹. No obstante, ello no altera el carácter oficial de esos actos. En ese contexto, no queda totalmente claro por qué ello impide que el funcionario goce de inmunidad *ratione materiae*, que es en esencia la inmunidad del Estado, en caso de cometer no sólo actos ilícitos sino delitos tipificados en el derecho internacional¹⁴⁰.

63. Otra de las razones de la ausencia de inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios en ejercicio y ex funcionarios que cometen delitos graves tipificados en el derecho internacional está basada en el supuesto de que esas mismas violaciones muy graves de los derechos humanos han sido tipificadas como delitos y están prohibidas por las normas imperativas del derecho internacional general. En consecuencia, a juicio de los partidarios de este criterio, esas normas *jus cogens* tienen precedencia sobre la norma consuetudinaria dispositiva de la inmunidad *ratione materiae*¹⁴¹. Esa fue la posición mantenida, en particular, por una minoría

¹³⁸ Véase la nota 120 *supra*.

¹³⁹ Véase el párr. 89 del informe preliminar.

¹⁴⁰ En principio, de aplicarse la lógica de los partidarios del criterio aquí examinado, en general no existiría la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera para los funcionarios de Estado, no sólo en relación con delitos internacionales, por cuanto cualquier delito cometido por un funcionario a título oficial, y no sólo los delitos graves, podría atribuirse no solamente al Estado sino también al propio funcionario.

¹⁴¹ A pesar de que la inmunidad emana del principio de la igualdad soberana de los Estados, que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional, a todas luces resulta

de magistrados en las causas *Al-Adsani* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴². En la opinión disidente de los magistrados Rozakis, Caflisch, Costa, Wildhaber, Cabral Barreto y Vajić se afirma, en particular, lo siguiente: “Due to the interplay of the *jus cogens* rule on prohibition of torture and the rules on State immunity, the procedural bar of State immunity is automatically lifted, because those rules, as they conflict with a hierarchically higher rule, do not produce any legal effect. In the same vein, national law which is designed to give domestic effect to the international rules on State immunity cannot be invoked as creating a jurisdictional bar, but must be interpreted in accordance with and in the light of the imperative precepts of *jus cogens*.”¹⁴³ Lord Millet se refirió prácticamente a lo mismo en la causa *Pinochet III*¹⁴⁴. En la causa *Ferrini*, la Corte de Casación de Italia declaró que la comisión de delitos internacionales constituía una violación grave de los derechos humanos fundamentales y los valores universales de la comunidad internacional y que esos valores estaban protegidos por las normas imperativas del derecho internacional, lo cual implicaba que los tribunales nacionales ejercían jurisdicción penal y civil universal sobre esos delitos y que esas normas tenían precedencia sobre el principio de inmunidad¹⁴⁵. En la causa *Lozano*, que giró en torno a la cuestión de la inmunidad de un soldado estadounidense respecto de la jurisdicción penal de Italia en relación con un delito presuntamente cometido en el Iraq, la Corte de Casación señaló que “a customary rule was emerging to the effect that the immunity of a state did not cover acts which qualified as crimes under international law. The rationale behind this exception to immunity lay in the fact that, in case of conflict between the rules on immunity and those

apropiado considerar la norma de inmunidad como una norma dispositiva de la que pueden desviarse los Estados previo acuerdo mutuo.

¹⁴² Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2001, Causa *Al-Adsani c. el Reino Unido* (Solicitud núm. 35763/97), <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁴³ *Al-Adsani v. United Kingdom*, op.cit. Joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić, párr. 3 (que se puede consultar en <http://hudoc.echr.coe.int>).

¹⁴⁴ Lord Millet: “The international community had created an offence for which immunity *ratione materiae* could not possibly be available. International law cannot be supposed to have established a crime having the character of a *jus cogens* and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose” (*Pinochet III*).

¹⁴⁵ *Ferrini c. la República Federal de Alemania*, Corte de Casación, Secciones conjuntas, fallo de 6 de noviembre de 2003 y 11 de marzo de 2004, no. 5044, párrafos 9, 9.1. Al igual que la causa *Al-Adsani* examinada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso *Ferrini* giró en torno a la inmunidad del Estado y no a la de sus funcionarios. Al mismo tiempo, el Tribunal también examinó los fallos de otros tribunales nacionales en relación con causas penales contra funcionarios extranjeros y sostuvo que ello mostraba que la inmunidad funcional de esas personas quedaba invalidada en caso de que fueran acusadas de delitos internacionales. Esta opinión de la Corte de Casación de Italia fue argumentada en el fallo sobre la causa civil *Milde* (Corte de Casación, fallo de la Primera Sección de 21 de octubre de 2008 y 13 de enero de 2009, no. 1072). (Véase F. Moneta, *State immunity for international crimes: The case of Germany versus Italy before the ICJ*, cuyo texto se puede consultar en www.haguejusportal.net. Véase también la causa *Prefectura de Viotia c. Alemania* ante la Corte Suprema de Grecia, No. 11/2000 de 4 de mayo de 2000, en: http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Greece/Viotia_SupremeCourt_4-5-2000.pdf; AJIL, vol. 85, pág. 198). En opinión de Lord Bingham of Cornhill, “[t]he Ferrini decision cannot... be treated as an accurate statement of international law as generally understood” (*Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya* (the Kingdom of Saudi Arabia), Opinions of the Lords of Appeal, 14 de junio de 2006, párr. 22, que se pueden consultar en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones.pdf>).

establishing international crimes, the latter, being rules of *jus cogens*, had to prevail.”¹⁴⁶ Este punto de vista se sostiene en la doctrina¹⁴⁷ y fue del que partió el magistrado Al-Kasawneh en su opinión disidente sobre la causa relativa a la Orden de detención¹⁴⁸.

64. No obstante, la mayoría de los magistrados que examinaron los casos *Al-Adsani* y *Kalegeropoulou et al. c. Grecia y Alemania* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no estuvieron de acuerdo con esa posición. En el fallo de la causa *Al-Adsani*, se afirma sobre el particular: “Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before

¹⁴⁶ *Lozano c. Italia*, fallo de apelación, Causa No. 31171/2008. Remitimos aquí a la versión en inglés del fallo citada en Oxford Reports on International Law, ILDC 1085 (IT 2008) y que se puede consultar en <http://ildc.oxfordlawreports.com>. En este fallo, la Corte reconoció, pese a lo ya expuesto, que los tribunales italianos no podían ejercer su jurisdicción respecto del delito presuntamente cometido por Lozano, por cuanto no se trataba de un crimen de guerra y, por tanto, la excepción a la que se hacía referencia no era extensiva a este caso y los soldados extranjeros gozaban de la misma inmunidad *ratione personae* que los órganos del Estado conforme al derecho internacional consuetudinario. En lo que respecta a la inmunidad *ratione materiae*, se puede leer en el fallo lo siguiente (interpretétese de acuerdo con la versión citada): “Under a well-established rule of customary international law, which was universally accepted both in the prevailing legal literature and in domestic and international judicial decisions ... *acta iure imperii* performed by organs of a state in the discharge of their functions were covered by immunity and therefore could not be subjected to the civil or criminal jurisdiction of a foreign state. The rule of immunity *ratione materiae*, which had to be distinguished from that concerning immunity *ratione personae* enjoyed by certain state officials, was simply a corollary to the customary international rule establishing the immunity of a state from the jurisdiction of a foreign state in relation to *acta iure imperii* of its organs. Since each sovereign state was free to determine its internal structure and to designate the individuals acting as state organs, it followed that acts performed by state organs constituted the exercise of state functions and therefore were to be attributed to the state. Consequently, only the state could be held responsible for such acts.” *Ibid.*

¹⁴⁷ Véase, por ejemplo, R. Taylor: “Because torture violates *jus cogens* norms, it may be an implied waiver of immunity. *Jus cogens* norms are internationally accepted rules of conduct for sovereign states. They have the highest status in international law. Sovereign immunity, on the other hand, stems from customary international law and is not a *jus cogens* norm. Sovereign immunity may therefore be unavailable for violators of *jus cogens* - in effect, the violations may be implied waivers of immunity”. Taylor R.H. “Pinochet, Confusion, and Justice: the Denial of Immunity in U.S. Courts to Alleged Torturers Who Are Former Heads of State”, *Thomas Jefferson Law Review* 24 (Otoño de 2001), pág. 114. K. Parlett explica el fundamento de este enfoque como sigue: “Although the trumping argument has not been generally accepted, the reasoning behind it has some validity. First, the effects of a *jus cogens* norm are not limited to treaties, but extend to customary international law and to domestic law and practice. Secondly, to give proper effect to a *jus cogens* norm, it must override not only contrary rules of substance, but rules which prevent its enforcement. In the context of torture, this would mean the *jus cogens* prohibition overrides not only domestic law permitting the practice of torture, but also the operation of immunity to prevent enforcement of rights related to the norm itself. As the rules of immunity are not *jus cogens*, they must yield to the effect of the hierarchically superior norm”. en “Immunity in Civil Proceedings for Torture: the Emerging Exception”, *European Human Rights Review*, 2006, No.1, pág. 51.

¹⁴⁸ *Arrest Warrant*, Judgement Dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh, párr. 7, pág. 98 (“The effective combating of grave crimes has arguably assumed a *jus cogens* character reflecting recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance. Therefore when this hierarchically higher norm comes into conflict with the rules on immunity, it should prevail.”).

it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged”¹⁴⁹. La posición adoptada al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido respaldada en la doctrina¹⁵⁰. Al mismo tiempo, hay que tener presente que, en los casos mencionados, el Tribunal Europeo debió abordar la cuestión de la inmunidad del Estado respecto de la jurisdicción civil y no de la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera. En el memorando de la Secretaría se observa que “no parece ser evidente que una norma sustantiva de derecho internacional que tipifica como crimen determinada conducta sea incompatible con una norma que impide, en determinadas circunstancias, el enjuiciamiento por dicha conducta en una jurisdicción penal extranjera”¹⁵¹. Así y todo, la situación parece ser más clara. Las normas imperativas que tipifican los delitos internacionales pertenecen al ámbito del derecho sustantivo. Como ya se señaló, la norma relativa a la inmunidad es de carácter procesal, no influye en la tipificación de los actos aquí examinados como delitos, no exime de responsabilidad por éstos e inclusive tampoco excluye la jurisdicción penal sobre esos actos cuando sean cometidos por un funcionario extranjero (la inmunidad protege solamente contra determinados actos). Por cuanto, por un lado, la norma de inmunidad y, por el otro, las normas que tipifican como delitos determinados comportamientos o establecen las responsabilidades en que se incurre por éstos, regulan cuestiones distintas y pertenecen a esferas jurídicas diferentes (procesal y sustantiva, respectivamente), la posibilidad de que difícilmente podrían entrar en conflicto, inclusive a pesar del hecho de que unas son normas imperativas y la otra es una norma de carácter dispositivo¹⁵².

¹⁴⁹ *Al-Adsani v. The United Kingdom*, Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de noviembre de 2001, párr. 61. Esta posición quedó reflejada asimismo en el fallo sobre el caso *Karogelopoulou*: “The Court does not find it established, however, that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages brought against them in another State for crimes against humanity”.

¹⁵⁰ Véase, por ejemplo, L. M. Caplan, nota 152 *infra*; Markus Rau, *After Pinochet: Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decision of the European Court of Human Rights in the Al-Adsani Case*, 3 *German Law Journal* No. 6 (2002) (se puede consultar en <http://www.germanlawjournal.com>).

¹⁵¹ Véase el memorando de la Secretaría, párr. 195.

¹⁵² A. Zimmermann, por ejemplo, observó a ese respecto lo siguiente: “it seems to be more appropriate to consider both issues as involving two different sets of rules which do not interact with each other”. A. Zimmermann, *Sovereign immunity and violations of international jus cogens – some critical remarks*, 16 *Michigan Journal of International Law* 433, 438 (1995). Tal vez resulte pertinente en este caso referirnos por analogía a la opinión expresada por la Corte Internacional de Justicia en su fallo sobre la causa relativa a Timor-Leste. En dicha causa, Portugal había afirmado, entre otras cosas, lo siguiente: “[t]he rights which Australia allegedly breached were rights erga omnes and that accordingly Portugal could require it, individually, to respect them regardless of whether or not another State had conducted itself in a similarly unlawful manner.” En su respuesta, la Corte declaró lo siguiente: “[T]he Court considers that the erga omnes character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things. Whatever the nature of the obligation invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of a State when its judgment would imply an evaluation of the lawfulness of the conduct of another State which is not party to the case. Where this is so, the Court cannot act, even if the right in question is a right erga omnes.” *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgement, I.C.J. Reports 1995, párr. 29. B. Stern se refiere a esa opinión de la Corte Internacional de Justicia en el mismo contexto. Véase B. Stern, nota 70 *supra*, págs. 546 y 547. L. M. Caplan, quien también somete a crítica la teoría de la “jerarquía normativa”, si bien en un

65. En 2006, en la causa *Jones* (en la que se examinó la cuestión de la inmunidad tanto del Estado como de sus funcionarios respecto de la jurisdicción penal extranjera), la más alta instancia judicial del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte expresó su desacuerdo con la idea de que la norma imperativa que prohíbe la tortura debe prevalecer sobre la norma relativa a la inmunidad de un Estado extranjero¹⁵³. En la vista de este caso, Lord Hoffman observó en particular lo siguiente: “The *jus cogens* is the prohibition on torture. ... To produce a conflict with state immunity, it is ... necessary to show that the prohibition on torture has generated an ancillary procedural rule which, by way of exception to state immunity, entitles or perhaps requires states to assume civil jurisdiction over other states in cases in which torture is alleged. Such a rule may be desirable and, since international law changes, may have developed. But, contrary to the assertion of the minority in *Al-Adsani*, it is not *entailed* by the prohibition of torture”¹⁵⁴.

66. Alemania consideró que el fallo desfavorable a ese país en la causa *Ferrini*, así como otros fallos de tribunales italianos en ese mismo sentido, constituían actos violatorios de su inmunidad por parte de Italia y, por tanto, contrarios al derecho internacional, y apeló ante la Corte Internacional de Justicia. En la presentación de su caso ante la Corte, Alemania señaló, entre otras cosas, lo siguiente: “In the *Ferrini* case and in subsequent cases the Corte di Cassazione has openly acknowledged that it did not apply international law as currently in force, but that it wished to develop the law, basing itself on the rule ‘in formation’, a rule which does not exist as a norm of positive international law. Through its own formulations, it has thus admitted that by its restrictive interpretation of jurisdictional immunity, i.e. by expanding Italy’s jurisdiction, it is violating the rights which Germany derives from the basic principle of sovereign equality.”¹⁵⁵ El Tribunal Superior de Justicia de Ontario (Canadá), en el fallo sobre la causa *Bouzari* de 2002, señaló que “[a]n examination of the decisions of national courts and international tribunals, as well as state legislation with respect to sovereign immunity, indicates that there is no principle of customary international law which provides an exception from state immunity where an act of torture has been committed outside the forum, even for acts contrary to *jus cogens*. Indeed, the evidence of state practice, as reflected in these and other sources, leads to the conclusion that there is an ongoing rule of customary international law providing state immunity for acts of torture committed

contexto algo diferente, escribe: “Essentially, the norms of human rights and state immunity, while mutually reinforcing, govern distinct and exclusive aspects of the international legal order. On the one hand, human rights norms protect the individual’s “inalienable and legally enforceable rights ... against state interference and the abuse of power by governments”. On the other hand, state immunity norms enable state officials “to carry out their public functions effectively and ... to secure the orderly conduct of international relations. To demonstrate a clash of international law norms, the normative hierarchy theory must prove the existence of a *jus cogens* norm that prohibits the granting of immunity for violations of human rights by foreign states. However, the normative hierarchy theory provides no evidence of such a peremptory norm”. L. M. Caplan, *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: a Critique of the Normative Hierarchy Theory*”, *AJIL*, vol. 97 (2003) 741, pág. 772.

¹⁵³ *Jones v. the Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabia as Saudiya* (The Kingdom of Saudi Arabia), House of Lords Judgment, 14 de junio de 2006 [2006] UKHL 26.

¹⁵⁴ *Ibid.*, Lord Hoffman, párrs. 44 y 45.

¹⁵⁵ *Case concerning jurisdictional immunities* (Federal Republic of Germany v. Italian Republic), Application of Federal Republic of Germany, 2008, párr. 13, cuyo texto se puede consultar en www.icj-cij.org.

outside the forum state”¹⁵⁶. Por otro lado, en las causas *Ferrini* y *Bouzari*, los tribunales ejercieron jurisdicción civil. Al hacerlo, en la causa *Bouzari* se estableció una distinción entre situaciones que presuponen la existencia de inmunidad de jurisdicción extranjera y que están relacionadas con casos de tortura, dependiendo del tipo de jurisdicción, penal o civil, que se ejerza. Al confirmar la inmunidad del Estado en el primer caso, el Tribunal de Apelaciones observó que una persona podía incurrir en responsabilidad penal por un delito de tortura cometido en un país extranjero, sin que un Estado tuviera que someterse a la jurisdicción de otro Estado¹⁵⁷. El fallo contiene elementos de juicio que permiten presumir la posibilidad de enjuiciar en el Canadá a un funcionario extranjero acusado del delito de tortura, habida cuenta de las obligaciones contraídas por el Canadá en virtud de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, o, si bien ello reviste un carácter altamente hipotético, en conexión con el hecho de que no puede considerarse la tortura como una función del Estado, aunque en cualquier caso no en relación con la existencia de una norma imperativa de derecho internacional que tenga precedencia sobre una norma dispositiva sobre la inmunidad¹⁵⁸. Cabe preguntarse si se puede o no afirmar que la prohibición de delitos internacionales graves con arreglo a normas *jus cogens* puede acarrear consecuencias diferentes para la inmunidad dependiendo de que tipo de jurisdicción, civil o penal, se ejerza. Al parecer, ni la práctica ni la lógica indican que esas consecuencias podrían diferir unas de otras¹⁵⁹.

67. Cabe preguntarse además en relación con el criterio examinado para el establecimiento de excepciones a la inmunidad, si las normas que tipifican como delitos y proscriben ciertos actos, que son normas *jus cogens*, prevalecen sobre la inmunidad del Estado y/o de un funcionario, ¿por qué habrían de prevalecer solamente sobre la inmunidad *ratione materiae*? También la inmunidad *ratione personae* es de carácter dispositivo¹⁶⁰. Sería lógico suponer que también la inmunidad *ratione personae* sería invalidada por la acción de la norma imperativa

¹⁵⁶ *Bouzari v. Iran* [2002] O.J. No. 1624, Ontario Superior Court of Justice, Judgment, párr. 63 (se puede consultar en www.haguejusticeportal.net). El Tribunal de Apelaciones de Ontario confirmó este fallo en 2004. *Bouzari v. Iran* [2004], Ontario Court of Appeal of Judgement, párr. 95 (se puede consultar en <http://www.canlii.org>). Esta causa se incoó sobre la base de una demanda civil de indemnización presentada contra el Irán por daños ocasionados a uno de sus ciudadanos como resultado de torturas cometidas en su territorio.

¹⁵⁷ *Bouzari v. Iran* [2004], Court of Appeal of Ontario, Judgement, párrs. 91 y 93.

¹⁵⁸ Véanse, en particular, los párrafos 69 a 81 y 89 a 91 del fallo del Tribunal de Apelaciones, *ibíd.*

¹⁵⁹ La naturaleza de ambos tipos de jurisdicción es la misma: el ejercicio por el Estado de las prerrogativas de su autoridad. Si una norma imperativa prevaleciera sobre la norma de inmunidad, sería irrelevante la cuestión de qué tipo de inmunidad se trata, si de jurisdicción civil o jurisdicción penal; y viceversa. Tanto más cuanto que a veces ambos tipos de jurisdicción son muy similares; por ejemplo, cuando se presenta una demanda civil y ésta es examinada en el marco de una causa penal.

¹⁶⁰ Existe también la opinión de que la inmunidad de un jefe de Estado en funciones, es decir, la inmunidad personal, es una norma de carácter imperativo (véase, por ejemplo, la opinión de Lord Hope, a la que se hace referencia más adelante), pero sería difícil estar de acuerdo con semejante afirmación. Es de suponer que los Estados pueden, sin duda, concertar un acuerdo internacional de conformidad con el cual los respectivos jefes de Estado no gozarían de inmunidad respecto de la jurisdicción penal de ninguna de las partes en el acuerdo. Al parecer, no existen fundamentos que permitan suponer que tal acuerdo carecería de validez. Véase el artículo 8 (1) de la resolución del Instituto, 2001, nota 40 *supra*: “States may, by agreement, derogate to the extent they see fit, from the inviolability, immunity from jurisdiction and immunity from measures of execution accorded to their own Heads of State”.

con la que está en conflicto. Sin embargo, hasta los que propugnan que la inmunidad *ratione materiae* deja de existir cuando se trata de delitos internacionales graves, en general no desean ir “tan lejos” y no cuestionan la validez de la inmunidad personal de los funcionarios en ejercicio de más alto rango¹⁶¹.

68. Otro de los criterios empleados para el establecimiento de excepciones a la inmunidad *ratione materiae* se basa en la hipótesis de que en el derecho internacional se ha establecido una norma consuetudinaria en virtud de la cual dicha inmunidad no existe para el funcionario que haya cometido un delito grave tipificado en el derecho internacional¹⁶². Para demostrar la existencia de esa norma se hace referencia a las disposiciones de los documentos constitutivos y los fallos de tribunales penales internacionales, empezando por los de Nuremberg y Tokio¹⁶³, así

¹⁶¹ Al respecto, resulta de interés el siguiente pasaje de un artículo de B. Stern: “Une autre interrogation concerne le statut du chef d’Etat en exercice, dont l’immunité absolue en matière pénale a été réaffirmée. Si la solution adoptée pour l’ancien chef d’Etat est fondée sur la nature de *jus cogens* de l’interdiction d’un crime qui prévaut sur toute règle accordant l’impunité pour un tel crime, il est difficile de comprendre pourquoi elle ne s’appliquerait pas également aux chefs d’Etat en exercice, a moins que leur immunité absolue soit également considérée comme une règle de *jus cogens*, ce qui est loin d’être évident. C’est pourtant la position adoptée par Lord Hope dans la deuxième décision [en el caso Pinochet – R.K.], puisqu’il a invoqué ‘the *jus cogens* character of the immunity enjoyed by serving heads of states’ précisément pour dire qu’il n’est pas évident que l’immunité ayant cette place dans la hiérarchie des normes doit être facilement enlevée aux chefs d’Etats en fonction. Mais le raisonnement inverse est aussi possible et déjà certains considèrent que puisque l’immunité a été levée pour certains actes commis par d’anciens chefs d’Etat, on ne voit pas pourquoi elle ne le serait pas également pour les chefs d’Etat en exercice. Bien sûr, le recul de l’impunité doit être encouragé, mais pas a n’importe quel prix. Personnellement, je pense que la prochaine étape, demandée par certaines ONG, autorisant la poursuite de chefs d’Etat en exercice devant n’importe quelle juridiction nationale exerçant une compétence universelle ne devrait pas être franchie. L’exemple d’une cour de Belgrade condamnant, le 21 septembre 2000, 14 leaders occidentaux parmi lesquels Bill Clinton, Tony Blair et Jacques Chirac, à 20 ans d’emprisonnement pour les actions de l’OTAN en Yougoslavie, montre certains des possible effets contre productive qu’il y aurait a ouvrir trop largement cette voie.” B. Stern, nota 70 *supra*, págs. 525 y 526.

¹⁶² Véase el memorando de la Secretaría, párrs. 197 a 204. La propia Corte de Casación de Italia también se refiere, en los fallos antes citados, a una norma consuetudinaria que establece una excepción a la inmunidad *ratione materiae*, pero en un sentido más estrecho; en este caso, lo que se debate es el surgimiento, a juicio de la Corte, de una norma consuetudinaria del derecho internacional, según la cual las normas imperativas que proscriben los delitos internacionales tienen precedencia sobre la inmunidad *ratione materiae*.

¹⁶³ Entre los fallos relativamente recientes de tribunales internacionales que se citan en ese sentido, cabe destacar el fallo del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Blaškić*, en el que se afirma, en particular, que las excepciones a la norma consuetudinaria del derecho internacional sobre la inmunidad funcional de los funcionarios del Estado “arise from the norms of international criminal law prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide. Under these norms, those responsible for such crimes cannot invoke immunity from national or international jurisdiction even if they perpetrated such crimes while acting in their official capacity.” *Prosecutor v. Blaškić*, case No. IT-95-14, fallo de la Cámara de Apelaciones sobre la solicitud presentada por la República de Croacia para que se revisara la decisión de la Sala de Primera Instancia de 18 de julio de 1997 (mandamientos de presentación de instrumentos), 29 de octubre de 1997, párr. 41 (que se puede consultar en <http://www.icty.org/case/Blaškić/4>). En este fallo no se afirma que se haya formado una norma consuetudinaria de derecho internacional por la que se establezcan excepciones a la inmunidad *ratione materiae*, ni se da ninguna explicación de por qué existen excepciones. Si se intentara elucidar a qué criterio se aproxima más la opinión del Tribunal, tal vez la respuesta apunte al criterio, anteriormente expuesto, según el cual las normas que prohíben los delitos mencionados en el fallo son, por naturaleza, normas *jus*

como a tratados internacionales en los que se tipifican delitos como el genocidio y el *apartheid*. En el memorando de la Secretaría se exponen estos argumentos con suficiente detalle¹⁶⁴. Estos se esgrimieron, también en Bélgica ante la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención*¹⁶⁵. Como se sabe, la Corte Internacional de Justicia, luego de reconocer la existencia de la inmunidad, expresó su desacuerdo con esos argumentos tanto en lo que respecta a la inmunidad *ratione personae* de los ministros de relaciones exteriores en funciones (y otros funcionarios amparados por esa inmunidad)¹⁶⁶, como en lo que atañe a la inmunidad *ratione materiae* de los ex funcionarios¹⁶⁷. Sin embargo, se sigue propugnando la idea de la existencia de la norma consuetudinaria antes mencionada. Uno de los principales argumentos en favor de esa idea, además de los citados anteriormente, consiste en remitir a todo un conjunto de fallos de tribunales nacionales que, en opinión de los partidarios de esa idea, son prueba de que la inmunidad no es un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción penal respecto de los funcionarios extranjeros. A título de ejemplo de una de las exposiciones más recientes de esta posición, citaremos las peticiones presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por tres organizaciones no gubernamentales — Redress Trust, Amnesty International y el Centro Internacional para la Protección Jurídica de los Derechos Humanos— en las causas *Jones c. el Reino Unido y Mitchell y otros c. el Reino Unido*¹⁶⁸. Esas peticiones contienen referencias a varios fallos de tribunales nacionales en apoyo del criterio antes expuesto. En particular, se hace referencia al enjuiciamiento penal en la jurisdicción nacional de funcionarios extranjeros que cometieron delitos durante la Segunda Guerra Mundial; la causa *Pinochet* y las causas incoadas contra funcionarios extranjeros en España, los Estados Unidos de América, Francia, Italia, los Países Bajos, Senegal y Suecia¹⁶⁹. Para evaluar hasta qué punto estos fallos pueden considerarse pruebas de la existencia de la referida norma consuetudinaria de derecho internacional, es necesario examinarlos más detenidamente, así como la reacción de los Estados interesados luego de que se dictaran algunos de esos fallos.

cogens. De otra forma, resulta difícil inferir de ese fallo por qué tales normas deberían prevalecer sobre la inmunidad.

¹⁶⁴ Véase el memorando de la Secretaría, párrs. 197 a 204.

¹⁶⁵ Véase *Causa relativa a la orden de detención*, Contra Memoria del Reino de Bélgica, 28 de septiembre de 2001, párr. 3.5.13 y ss. Vale la pena destacar que en el párrafo 3.5.84 de la Contra Memoria, la parte belga, en respuesta a posibles objeciones, en esencia equipara las consecuencias de la aplicación de la norma sobre las excepciones a la inmunidad *ratione materiae* y *ratione personae* demostradas por ese país, adoptando al respecto una posición radical (“... other judges ... in the Judgment of 24 March 1999 [en la causa *Pinochet III* – R.K.], while considering that Pinochet did not benefit from immunity *ratione materiae*, nevertheless reserved the case of immunity *ratione personae*, that being the immunity of a Head of State in power. In Belgium, this reservation is not founded, given the international rules recalled above, on the exclusion of immunity for crimes of international humanitarian law, rules which make no distinction at all between immunity *ratione materiae* and immunity *ratione personae*.”).

¹⁶⁶ *Arrest Warrant*, Judgment, párr. 58.

¹⁶⁷ *Ibid.*, párr. 61. La Corte Internacional de Justicia también conocía, como es natural, del fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Blaškić*, antes mencionada (véase nota 163).

¹⁶⁸ *Jones v. United Kingdom* (Application No. 34356/06), *Mitchell and Others v. United Kingdom* (Application No. 40528/06). Se puede consultar en <http://www.interights.org/jones>, referencia 40 y 41) se pueden consultar los comentarios escritos de Redress Trust, Amnesty International e Interights and Justice, presentados ante el Tribunal el 14 y el 25 de enero de 2010.

¹⁶⁹ *Ibid.*, párrs. 18 a 21.

69. Los “miles de ex funcionarios de los países del Eje enjuiciados por delitos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial”, de los que se habla en las peticiones¹⁷⁰, fueron sancionados sobre la base del “derecho de Nuremberg” (en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg se afirmó, como es bien sabido, que “the official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment”¹⁷¹). El Estatuto del Tribunal de Tokio y la Ley No. 10 del Consejo de Control contienen disposiciones análogas¹⁷², al igual que la legislación nacional aprobada durante la celebración del proceso. Ninguno de los materiales de que el Relator Especial tiene conocimiento en relación con los procedimientos penales incoados contra funcionarios que cometieron crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad durante la Segunda Guerra Mundial aporta pruebas de que los Estados a los que esas personas habían prestado servicios defendieron la inmunidad de éstas respecto de la jurisdicción penal extranjera en tanto ex funcionarios¹⁷³. Esto se puede considerar como una prueba del acuerdo general que existe entre los Estados que ejercen jurisdicción y los Estados que recibieron los servicios de esas personas de que, en lo que respecta a los delitos mencionados cometidos por funcionarios de los países del Eje, no se aplica la norma de inmunidad. Sin embargo, al parecer esto no basta para confirmar la existencia en el derecho internacional de una norma general consuetudinaria relativa a la ausencia de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de delitos cometidos por otros funcionarios después de la Segunda Guerra Mundial¹⁷⁴:

a) No existen pruebas de que en la causa *Ben Said* (ex funcionario del consulado de Túnez), incoada en Francia en 2008, se haya examinado su inmunidad *ratione materiae* (como comisario de policía que cometió, en su condición de tal, el presunto delito de tortura). El fallo se dictó *in absentia* y no tuvo consecuencias prácticas¹⁷⁵;

b) En las causas incoadas en Italia en 2000-2001 contra siete ex militares argentinos, entre ellos el General G. Suárez, acusados del asesinato o secuestro de ciudadanos italianos, se hizo referencia al período de la “Guerra Sucia”. La

¹⁷⁰ *Ibid.*, nota 37.

¹⁷¹ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 8 de agosto de 1945 (se puede consultar en <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>).

¹⁷² Ley No. 10 del Consejo de Control, 20 de diciembre de 1945 (se puede consultar en <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>). Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (se puede consultar en http://www.unifi.it/off_form/allegati/uploaded_files/2009/200011/B009965/Tokyo%20Statute.pdf).

¹⁷³ La cuestión de la inmunidad se presentó como defensa en la causa *Eichmann*. No obstante, en este caso no se trataba de la inmunidad de un funcionario sino de la inmunidad derivada de la presencia de A. Eichmann en la Argentina en calidad de fugitivo, respecto de actos que no estaban comprendidos en una ley oficial de extradición (“inmunidad de un acusado fugitivo”, teniendo en cuenta el “principio de especialización”). Véase <http://www.nizkor.org/ftp.cgi/people/e/eichmann.adolf/transcripts/Judgment>.

¹⁷⁴ R. van Alebeek afirma: “The legislation enacted by some states after the Second World War was limited to crimes committed in that war and did not provide courts with a general competence to deal with crimes against international law committed abroad. Only in a handful cases did national courts actually exercise universal jurisdiction, and these trials – like the Israeli Eichmann case, the French Barbie case, the Canadian Finta case and the Australian Polyukhovich case – all concerned Nazi crimes.” R. van Alebeek, nota 51 *supra*, pág. 279.

¹⁷⁵ Véase Khaled Ben Said, en Trial Watch (que se puede consultar en http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/khaled_ben-said_449.html).

Argentina no pidió a Italia que se abstuviera de ejercer su jurisdicción penal en relación con esas personas en virtud de su inmunidad¹⁷⁶. Se sabe que la Argentina, además, se propone encausar bajo su jurisdicción a militares involucrados en la “Guerra Sucia”, a cuyo fin se han revocado las leyes de amnistía pertinentes, aunque en las causas contra estas personas no se plantea la cuestión de la inmunidad, sino la de la prioridad de jurisdicción¹⁷⁷;

c) En la causa incoada en los Países Bajos en 2008 contra el ex Director de los Servicios de Inteligencia y el ex Ministro de Seguridad del Afganistán (causa contra el Director de los Servicios de Inteligencia Militar KhAD-e-Nezami)¹⁷⁸, se abordó la cuestión de la inmunidad (la acusación hacía referencia a delitos militares)¹⁷⁹. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los acusados habían realizado esos actos en el curso de las operaciones militares en el Afganistán en el decenio de 1980 y que el actual Gobierno del Afganistán no reclamó su inmunidad. La causa *Scilingo*, incoada en España (Conviction of former Argentine naval officer Adolfo Scilingo) ya se abordó en el presente informe¹⁸⁰. En este caso se puede hablar de la renuncia a la inmunidad por la Argentina¹⁸¹.

70. En lo que respecta a las órdenes de detención a que se hace referencia en este contexto en las peticiones presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por tres organizaciones no gubernamentales¹⁸², cabe señalar lo siguiente:

a) Las órdenes de detención dictadas por Francia y España contra un grupo de altos funcionarios rwandeses provocaron protestas de Rwanda y la Unión Africana. En particular, en una decisión aprobada por la undécima Cumbre de la Unión Africana se declaró que esas acciones violaban la soberanía y la integridad

¹⁷⁶ Véase “Disappeared, but not forgotten”, Guardian.co.uk, 15 de junio de 2006 (<http://www.guardian.co.uk/world/2006/jun/15/worlddispatch.argentina>).

¹⁷⁷ Véase, por ejemplo, “Argentina holds ‘Dirty War’ trial”, BBC News, 21 de junio de 2006 (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5099028.stm>).

¹⁷⁸ LJN: BG1476, Hoge Raad, 07/10063 (E), dictamen sobre la apelación, con traducción al inglés-<http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=bg1476>).

¹⁷⁹ En la apelación de la defensa se afirmó, entre otras cosas, que el tribunal “failed to hold (ex proprio motu) that the prosecution ... is inadmissible for want of jurisdiction as the defendant enjoyed immunity as a person in authority at that time in Afghanistan [párr. 7.1]”. En su respuesta a la apelación, la Corte Suprema de los Países Bajos declaró lo siguiente: “The ground of appeal is unsuccessful if only in that the defendant is not entitled to immunity from jurisdiction as referred to above at 6.6 [in 6.6 it is said, inter alia: “Although article 8 of the Criminal Code [of the Netherlands] does indeed provide that the applicability of the Dutch provisions on jurisdiction is limited by the exceptions recognized in international law this does not amount [...] to more than a statutory recognition of immunity from jurisdiction derived from international law.”] either in his former capacity of Head of Afghanistan’s state intelligence service or in his capacity of deputy minister of state security. [párr. 7.2]” Ibid.

¹⁸⁰ Véase el párr. 16 *supra*.

¹⁸¹ “The Spanish courts have jurisdiction to try former Argentine Navy captain Adolfo Scilingo, on trial in Spain for genocide and torture, Argentina’s Human Rights Secretary Eduardo Duhalde said in an interview with IPS”, véase Argentina Recognizes Spain’s Jurisdiction to Try Rights Abuser, IPS Inter Press Service, 18 de abril de 2005 (<http://ipsnews.net>).

¹⁸² *Jones v. United Kingdom* (Application No. 34356/06), *Mitchell and Others v. United Kingdom* (Application No. 40528/06), Comentarios escritos de Redress, Amnesty International, Interights and Justice, presentados ante el Tribunal el 14 y 25 de enero de 2010, que se pueden consultar en <http://www.interights.org/jones>, referencia 41).

territorial de Rwanda y constituían un abuso de la jurisdicción universal¹⁸³. Como resultado de este incidente, en noviembre de 2006 Rwanda rompió relaciones diplomáticas con Francia, las cuales no se restablecieron hasta noviembre de 2009¹⁸⁴, y amenazó con interponer acciones judiciales contra ciudadanos franceses en respuesta a las acciones de Francia¹⁸⁵. Estas medidas sólo generaron tensiones en las relaciones entre esos Estados¹⁸⁶, que las partes interesadas han venido tratando de aliviar (como lo prueban las declaraciones del Presidente francés Sarkozy durante una visita oficial a Rwanda en febrero de 2010)¹⁸⁷. La causa incoada en Francia contra Rose Kabuye, Jefe de Protocolo del Presidente de Rwanda, a la que se hace referencia en las peticiones presentadas por organizaciones no gubernamentales¹⁸⁸, fue desestimada¹⁸⁹;

b) La ejecución de las órdenes de detención dictadas en España contra ex funcionarios de la Argentina, Guatemala y otros países, acusados de delitos graves tipificados en el derecho internacional¹⁹⁰ ha tropezado con la compleja situación de conflictos entre jurisdicciones, no con la cuestión de la inmunidad;

c) Suecia dictó una orden de detención contra el ciudadano argentino A. Astiz, ex capitán de la inteligencia militar, acusado de delitos cometidos durante el periodo de la “Guerra Sucia”, y quien fue condenado a cadena perpetua en

¹⁸³ “El carácter y el abuso políticos del principio de jurisdicción universal por jueces de algunos Estados no africanos contra dirigentes africanos, especialmente de Rwanda, constituye una clara violación de la soberanía y la integridad territorial de estos Estados”, Decisión relativa al Informe de la Comisión sobre el abuso del principio de jurisdicción universal, Doc. Assembly/AU/14 (XI), párr. 5(III) (Assembly/AU/ Dec.199(XI), que se puede consultar en <http://www.africa-union.org/root/au/Conferences/2008/june/summit/summit.htm#>). Cabe suponer que esta situación fue una de las razones de los debates celebrados entre la Unión Africana y la Unión Europea sobre la jurisdicción universal. Véase también “African Presidents Condemn Western Indictments”, Radio Nederland Wereldomroep, 2 de julio de 2008 (<http://static.rnw.nl/migratie/www.rnw.nl/internationaljustice/specials/Universal/080702-rwanda-redirected>).

¹⁸⁴ Véase “On Visit to Rwanda, Sarkozy Admits ‘Grave Errors’ in 1994 Genocide”, The New York Times, 25 de febrero de 2010 (<http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>).

¹⁸⁵ “Rwandan president Kagame threatens French nationals with arrest”, guardian.co.uk, 12 de noviembre de 2008 (<http://www.guardian.co.uk/world/2008/nov/12/rwanda-france>).

¹⁸⁶ Véase <http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>; <http://hungryoftruth.blogspot.com/2009/10/smear-against-rwanda-unfounded-spanish.html>, http://www.expatica.com/be/news/community_focus/Rwanda-and-Spain-discuss-genocide-warrants_57334.html.

¹⁸⁷ <http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>.

¹⁸⁸ *Jones v. United Kingdom* (Application No. 34356/06), *Mitchell and Others v. United Kingdom* (Application No. 40528/06), Comentarios escritos de Redress, Amnesty International, Interights and Justice, presentados ante el Tribunal el 14 y 25 de enero de 2010, que se pueden consultar en <http://www.interights.org/jones>, ref. 47).

¹⁸⁹ Véase la nota 19 *supra*.

¹⁹⁰ “Spanish courts have issued Arrest Warrants for current and former officials from Argentina, Chile, Guatemala, Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción Uno, D. Previas 331/1999 (2008)”, nota 41.

Francia¹⁹¹. La Argentina se ha negado a extraditarlo a Francia¹⁹² o a Suecia¹⁹³, y se propone llevarlo ante los tribunales de manera independiente, sin examinar la cuestión de la inmunidad. En cuanto a las causas relacionadas con delitos cometidos durante el período de la “Guerra Sucia”, en general cuando se ha tratado de examinarlos en diversos Estados la cuestión fundamental ha sido la de la prioridad de jurisdicción¹⁹⁴;

d) La causa *Álvarez (Sosa c. Álvarez-Machain)*, que se menciona en las solicitudes de las organizaciones no gubernamentales presentadas en los Estados Unidos, no se refería a la inmunidad de funcionarios de Estado extranjeros, mientras que, como ya se indicó (párr. 16), en la causa seguida en el Senegal contra Houssein Habré se renunció a la inmunidad.

71. Huelga decir que las conclusiones extraídas del análisis de una serie de causas penales a las que se refirieron las tres organizaciones no gubernamentales en las peticiones presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos están lejos de agotar la cuestión. No obstante, ofrecen razones suficientes para poner seriamente en duda la idea de que estos casos confirman la existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional por la que se establece una excepción a la inmunidad *ratione materiae* (sobre todo si se tienen en cuenta, además, tanto los dictámenes de tribunales y organismos encargados de hacer cumplir la ley nacionales en los que se ha afirmado de manera directa la inmunidad, como las reacciones de los Estados interesados). Antes bien, estos casos confirman los intentos por ejercer jurisdicción universal o jurisdicción penal nacional extraterritorial en relación con determinados delitos tipificados en el derecho internacional, así como el hecho de que tales intentos distan mucho de ser siempre fructíferos.

72. No obstante, existe también la opinión de que la inmunidad *ratione materiae* de un funcionario no se aplica en los casos de delitos respecto de los cuales un Estado extranjero ejerce jurisdicción universal o, de manera similar, jurisdicción penal extraterritorial¹⁹⁵. No existe una definición generalmente aceptada de jurisdicción universal. A los fines del presente informe no se considera necesario examinar y definir el concepto de jurisdicción penal nacional universal, ni determinar si ésta se diferencia —y, de diferenciarse, en qué lo haría— de la jurisdicción nacional extraterritorial. Parece suficiente tomar como base alguna de las definiciones existentes en la doctrina o en documentos de organizaciones no gubernamentales. Por ejemplo, en una resolución de 2005, el Instituto propone esta definición: “Universal jurisdiction in criminal matters, as an additional ground of jurisdiction, means the competence of a State to prosecute alleged offenders and to punish them if convicted, irrespective of the place of commission of the crime and regardless of any link of active or passive nationality, or other grounds of

¹⁹¹ Véase Alfredo Astiz, Wikipedia (http://en.wikipedia.org/wiki/Alfredo_Astiz).

¹⁹² Véase “Argentina rejects French Astiz bid”, BBC News, 21 de septiembre de 2003 (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3126260.stm>).

¹⁹³ Véase “Astiz Freed: Extradition bid fails”, MercoPress, 29 de enero de 2002 (<http://en.mercoPress.com/2002/01/29/astiz-freed-extradition-bid-fails>).

¹⁹⁴ Un ejemplo notable es el caso del ex oficial militar argentino Ricardo Cavallo (acusado de genocidio y terrorismo), que se examinó en España, y quien fue extraditado a Argentina el 31 de marzo de 2008; véase www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/ricardo-miguel_cavallo_48.html.

¹⁹⁵ Véase el memorando de la Secretaría, párrs. 205 a 207.

jurisdiction recognized by international law”¹⁹⁶. Por otra parte, en la resolución se señala que la jurisdicción penal universal se basa fundamentalmente en el derecho internacional consuetudinario y se ejerce en relación con delitos internacionales tipificados en el derecho internacional, como genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones graves del derecho internacional humanitario, salvo que se convenga otra cosa¹⁹⁷. Por consiguiente, se trata de los mismos delitos respecto de los cuales se presentan además otros argumentos para fundamentar las excepciones a la inmunidad *ratione materiae*.

73. Se afirma, en particular, que la jurisdicción universal o extraterritorial respecto de delitos internacionales graves, por un lado, y la inmunidad de los funcionarios de jurisdicción penal extranjera, por el otro, son incompatibles. Lord Phillips, Lord Brown-Wikilson y Lord Hope se refirieron al asunto en la causa *Pinochet III* (en que se abordó la cuestión de la jurisdicción sobre la base de la Convención contra la Tortura de 1984)¹⁹⁸. Esta opinión existe en la doctrina¹⁹⁹. También aparece reflejada en el Informe final sobre el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de violaciones graves de los derechos humanos, elaborado por la Asociación de Derecho Internacional en 2000. En dicho informe se observa, en particular, lo siguiente: “it would appear that the notion of immunity from criminal liability for crimes under international law perpetrated in an official capacity, whether by existing or former office holders, is fundamentally incompatible with the proposition that gross human rights offences are subject to universal jurisdiction”²⁰⁰. (Debemos señalar, en cuanto a la afirmación ya citada del informe de la Asociación, que la cuestión examinada no es la de la inmunidad respecto de la *responsabilidad* penal, pues, sencillamente, tal inmunidad no existe. Como ya se ha

¹⁹⁶ Instituto de Derecho Internacional, período de sesiones de Cracovia, 2005, Decimoséptima Comisión, “La jurisdicción penal universal en relación con el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra”, resolución, párr. 1, que se puede consultar en www.idi-iiil.org. En 2009, expertos de la Unión Africana y la Unión Europea propusieron la siguiente definición: “Universal criminal jurisdiction is assertion by one state of its jurisdiction over crimes allegedly committed in the territory of another state by nationals of another state against nationals of another state where the crime alleged poses no direct threat to the vital interests of the state asserting jurisdiction. In other words, universal jurisdiction amounts to the claim by a state to prosecute crimes in circumstances where none of the traditional links of territoriality, nationality, passive personality or the protective principle exists at the time of the commission of the alleged offence”. Véase el informe de los expertos de la Unión Africana y la Unión Europea, nota 14 *supra*, párr. 8.

¹⁹⁷ Véase la resolución del Instituto de 2005, párrs. 2 y 3 a), nota 196 *supra*. En el informe de expertos de la Unión Africana y la Unión Europea ya citado, se examina asimismo la extensión de la jurisdicción penal universal a esos mismos delitos y a la piratería. The African Union-European Union Expert Report, párr. 9. Como señala F. Jessberger, “the range of crimes that may be prosecuted under the universality principle may, at least theoretically, well extend beyond these core crimes under international law”. Jessberger F., Universal jurisdiction, en: *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Redactor jefe: A. Cassese, 2009, pág. 556. *Ibid.*, pág. 558. Véase, en la misma fuente, una lista no exhaustiva de obras sobre la jurisdicción universal.

¹⁹⁸ Véase el memorando de la Secretaría, párr. 205, nota 590.

¹⁹⁹ *Ibid.*, nota 593.

²⁰⁰ Asociación de Derecho Internacional, Comité de Derecho y Práctica Internacionales sobre Derechos Humanos, “Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences”, London Session (2000), pág. 14 (se puede consultar en <http://www.ila-hq.org>).

observado, la inmunidad es sólo un obstáculo procesal a la aplicación de determinadas medidas de procedimiento penal.)

74. A simple vista, la posibilidad de ejercer la jurisdicción universal respecto de delitos internacionales graves aparece consagrada en la legislación de numerosos Estados. A su vez, a menudo un examen más detenido revela que dicha jurisdicción no es totalmente universal, por cuanto para ejercer jurisdicción es necesaria la existencia de algún vínculo con el Estado que la ejerce²⁰¹. La promulgación de esta legislación tiene por objeto, en particular, aplicar el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y/o asegurar la aplicación del principio de la complementariedad. Se dan casos, ciertamente poco numerosos, en que esta legislación rechaza directamente la inmunidad de los funcionarios extranjeros²⁰². (Cabe preguntarse hasta qué punto se ajusta al derecho internacional esta legislación que rechaza el principio de inmunidad.)²⁰³ Aunque no en todos los casos esta legislación en que se rechaza la inmunidad ha resistido la prueba de la práctica. En Bélgica, por ejemplo, fue enmendada, en particular, a fin de que se tuviera en cuenta la existencia de la inmunidad de los funcionarios extranjeros de conformidad con el derecho internacional. La inmunidad de que gozan los funcionarios conforme al

²⁰¹ Por ejemplo, en relación con la legislación de los Estados miembros de la Unión Africana y los de la Unión Europea, véase el informe de los expertos de la Unión Africana y la Unión Europea, párrs. 16 a 18, 22 a 25. Como observa K. Ambos, en referencia al estudio realizado por el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (véase *Nationale Strafverfolgung Völkerrechtlicher Verbrechen* (Albin Eser et al. Eds., 2003-2006), “extraterritorial jurisdiction on the basis of universal jurisdiction is ‘practically always limited by one way or other.’ Either it depends on an international (treaty-based) duty to prosecute (in Austria, Belarus, China, Croatia, England and Wales, Estland, Poland, Greece, Russia) or on the presence of the suspect in the forum State (Canada, Croatia, Serbia and Montenegro, Spain, the Netherlands, Switzerland, the U.S.). Only in exceptional cases does universal jurisdiction apply to all international core crimes (Australia, Germany, Slovenia) or for some of them (Finland, Italy, Israel, Sweden)”. K. Ambos, *Prosecuting Guantanamo in Europe: Can and Shall the Masterminds of the “Torture Memos” Be held Criminally Responsible on the Basis of Universal Jurisdiction?* 42 *Case W. Res. J.Int’l L.*, 2009, págs. 445 y 446, nota 230.

²⁰² En el párrafo 17 del informe de los expertos de la Unión Africana y la Unión Europea se hace referencia a por lo menos tres de esos Estados en África —la República Democrática del Congo, el Níger y Sudáfrica. El Relator Especial no tiene información sobre casos de aplicación de esa legislación y la reacción correspondiente de los Estados interesados. En el párrafo 3 del artículo 5 de la Ley de Bélgica de 1999 relativa al castigo de violaciones graves del derecho internacional humanitario se dispone lo siguiente: “L’immunité attachée à la qualité officielle d’une personne n’empêche pas l’application de la présente loi”. No obstante, en 2003, tras dictarse el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la Causa relativa a la orden de detención, se enmendó dicha ley. El nuevo párrafo 3 del artículo 5 decía: “L’immunité internationale attachée à la qualité officielle d’une personne n’empêche l’application de la présente loi que dans les limites établies par le droit international” (véase Pierre d’Argent, *Les nouvelles règles en matière d’immunités selon la loi du 5 aout 2003*, <http://www.law.kuleuven.be/jura/art/40nl/dargent.html>).” Ese mismo año, volvió a enmendarse la ley, y sus disposiciones fueron incluidas en el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal de Bélgica. El artículo 1 bis del Código de Procedimiento Penal contiene la siguiente disposición sobre la inmunidad: “Conformément au droit international, les poursuites sont exclues à l’égard: - des chefs d’Etat, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères étrangers, pendant la période ou ils exercent leur fonctions, ainsi que des autres personnes dont l’immunité est reconnue par le droit international: - des personnes qui disposent d’une immunité, totale ou partielle, fondée sur un traité qui lie la Belgique.” (Se puede consultar en: <http://www.ejustice.just.fgov.be>).

²⁰³ Véase la nota precedente.

derecho internacional es un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción penal internacional no sólo en la legislación belga, sino también en la legislación de varios otros Estados²⁰⁴.

75. Anteriormente se examinaron varias causas penales nacionales derivadas del ejercicio de la jurisdicción penal universal o extraterritorial y que se citan en apoyo de la idea de la existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional que prevé excepciones a la inmunidad. En el informe del Grupo Técnico ad hoc de Expertos de la Unión Africana y la Unión Europea sobre el principio de jurisdicción universal se hace referencia a toda una serie de casos en los que se ha ejercido la jurisdicción penal universal respecto de funcionarios extranjeros²⁰⁵. Algunos de esos casos implicaron a personas que gozaban de inmunidad personal, mientras que otros implicaron a personas que disfrutaban de inmunidad funcional (incluidos jefes de estado y de gobierno, ministros de relaciones exteriores, ministros de defensa, entre otros ministros, y ex funcionarios). En el informe se observa: “There have been differing outcomes in these proceedings. Some prosecutions have led to convictions. The majority of cases have been discontinued on various grounds, including the recognition of immunities accorded by international law”²⁰⁶.

76. Es evidente que los intentos de ejercer la jurisdicción penal universal, en la gran mayoría de los casos, tienen lugar en países en desarrollo respecto de funcionarios en ejercicio o ex funcionarios de países desarrollados. Estos últimos no perciben esos intentos como actos de administración de justicia sino como un instrumento político para zanjar diversas cuestiones y como una manifestación de una política de doble rasero, que redundará menos en los resultados perseguidos por la administración de justicia que en dificultades en las relaciones entre los Estados²⁰⁷. Precisamente esta situación condujo al diálogo entre la Unión Africana y la Unión Europea sobre la cuestión de la jurisdicción universal, uno de cuyos resultados ha sido el informe citado en esta sección. En una de las recomendaciones de ese informe se señala: “Those national criminal justice authorities considering exercising universal jurisdiction over persons suspected of serious crimes of international concern are legally bound to take into account all the immunities to which foreign state officials may be entitled under international law and are consequently obliged to refrain from prosecuting those officials entitled to such immunities”²⁰⁸. Esta recomendación elude la cuestión de si se mantiene o no la inmunidad *ratione materiae* de un funcionario sobre el que se ejerza jurisdicción

²⁰⁴ Informe de los expertos de la Unión Africana y la Unión Europea, párrs. 18 y 25. La orden de detención europea de 2002, cuyo ámbito de acción abarca, entre otros, delitos a los que se extiende la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, también contiene un artículo sobre prerrogativas e inmunidades y la renuncia a éstas. Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y los procedimientos de extradición (2002.584/JHA), artículo 20, que se puede consultar en <http://www.eur-lex.europa.eu>. Igualmente, en la legislación de la Federación de Rusia se prevé directamente la inmunidad de los funcionarios de los Estados extranjeros respecto de actuaciones penales (párr. 2) del artículo 3 del Código de Procedimiento Penal de la Federación de Rusia. Véase el párrafo 38 del Informe preliminar).

²⁰⁵ Informe de los expertos de la Unión Africana y la Unión Europea, nota 14 *supra*, párrs. 24 y 26.

²⁰⁶ *Ibid.*, párr. 26.

²⁰⁷ Véase, por ejemplo, la sección “African concerns” del informe de los expertos de la Unión Africana y la Unión Europea, los párrafos 33 a 38, así como las notas 14 y 196 *supra*; K. Ambos, nota 201 *supra*, págs. 444 y 445.

²⁰⁸ Informe de los expertos de la Unión Africana y la Unión Europea, párr. 46, R.8.

penal extranjera. No obstante, ni el contenido del informe, en que se resumen la práctica y las preocupaciones de numerosos Estados africanos y europeos, ni la recomendación citada son prueba de que la jurisdicción penal universal excluye ese tipo de inmunidad.

77. Si se parte de la idea de que la inmunidad es incompatible con la jurisdicción universal, entonces no está totalmente claro por qué ello vale sólo para la inmunidad funcional y no, además, para la inmunidad personal. Al examinar la relación entre la jurisdicción universal y la inmunidad en general o solamente la inmunidad *ratione materiae*, cabe recordar la posición de la Corte Internacional de Justicia a ese respecto, que ya fue citada en el informe preliminar presentado en el 60º período de sesiones de la Comisión, pero que también resulta importante en este contexto: “It should further be noted that the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity while absence of immunity does not imply jurisdiction. Thus, although various international conventions on the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution or extradition, thereby requiring them to extend the criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions”²⁰⁹.

78. Habida cuenta de lo hasta aquí expuesto, al parecer no existen argumentos suficientes que justifiquen de manera convincente las excepciones a la inmunidad examinadas. Al menos, el Instituto de Derecho Internacional, en una resolución sobre la jurisdicción penal universal respecto del delito de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, aprobada en 2005 (es decir, cuatro años después de aprobar su resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y de gobierno en el derecho internacional, en la que el Instituto denegó a ex Jefes de Estado y de Gobierno inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción extranjera en caso de cometer delitos graves tipificados en el derecho internacional)²¹⁰, se limitó a afirmar lo siguiente en el párrafo final de la resolución: “The above provisions are without prejudice to the immunities established by international law”²¹¹.

79. El argumento examinado para fundamentar las excepciones a la inmunidad sobre la base de la jurisdicción universal es similar a otro, si bien menos generalizado, según el cual la inmunidad no se aplica si, respecto de un crimen

²⁰⁹ *Arrest Warrant*, Judgement, párr. 59.

²¹⁰ Resolución del Instituto – 2001, nota 40 *supra*, artículos 13 y 16.

“Article 13

1. A former Head of State enjoys no inviolability in the territory of a foreign State.
2. Nor does he or she enjoy immunity from jurisdiction, in criminal, civil or administrative proceedings, except in respect of acts which are performed in the exercise of official functions and relate to the exercise thereof. Nevertheless, he or she may be prosecuted and tried when the acts alleged constitute a crime under international law, or when they are performed exclusively to satisfy a personal interest, or when they constitute a misappropriation of the State’s assets and resources.
3. Neither does he or she enjoy immunity from execution.”

De conformidad con el artículo 16, el artículo 13 se aplica a ex jefes de Gobierno.

²¹¹ Instituto de Derecho Internacional, período de sesiones de Cracovia, nota 196 *supra*, párr. 6.

presuntamente perpetrado por un funcionario extranjero, se aplica el principio de *aut dedere aut judicare*. En el memorando de la Secretaría se observa que esa posición fue apoyada por Lord Saville en la causa *Pinochet III*²¹². En el informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Relator Especial Zdzislaw Galicki a la Comisión de Derecho Internacional, se habló de la inmunidad como uno de los obstáculos al funcionamiento eficaz de los sistemas de enjuiciamiento, que no son apropiados para los delitos de derecho internacional²¹³. Al mismo tiempo, al examinarse este tema en la Sexta Comisión de la Asamblea General se observó que el cumplimiento de esa obligación “should not ... affect the immunity of State officials from criminal prosecution”²¹⁴. El Relator Especial no tiene pruebas de ninguna práctica generalizada entre los Estados, incluida la práctica judicial, o su *opinio juris*, que pueda confirmar la existencia de excepciones a la inmunidad de los funcionarios extranjeros en lo que respecta al ejercicio de jurisdicción penal extranjera sobre esos funcionarios en virtud de la norma *aut dedere aut judicare*. Parece plenamente convincente la posición de la Corte Internacional de Justicia, que se presentó más arriba (párr. 77) en el contexto de la cuestión de la jurisdicción universal, y que se formuló en el fallo en la causa relativa a la *Orden de detención*, no sólo en lo que respecta a la relación entre inmunidad y jurisdicción universal, sino también a la obligación *aut dedere aut judicare*.

80. En la práctica, para justificar las excepciones a la inmunidad de los funcionarios de Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera, cuando ésta se ejerce respecto de delitos graves tipificados en el derecho internacional, se suele recurrir a varios de los argumentos antes mencionados, posiblemente teniendo en cuenta que ninguno de ellos está lejos de ser incuestionable. Además, los partidarios de las excepciones no siempre se ponen de acuerdo sobre la pertinencia de uno u otro criterio. Numerosos juristas y organizaciones no gubernamentales continúan planteando la cuestión de las excepciones a la inmunidad *ratione materiae* en casos de delitos graves tipificados en el derecho internacional. Esta posición quedó reflejada en dos resoluciones del Instituto. Como ya se recordó, la resolución de 2001, en sus artículos 13 y 16, prevé esas excepciones en relación con ex jefes de Estado y de gobierno. En la resolución relativa a la inmunidad de jurisdicción, en caso de delitos internacionales, de los Estados y las personas que actúan en nombre del Estado, aprobada por el Instituto en 2009, se señala que, de conformidad con el derecho internacional, las personas que actúan en nombre del Estado no gozan de ninguna inmunidad que no sea la inmunidad personal respecto de delitos internacionales, y que cuando esas personas cesan en el cargo o terminan la misión en virtud de los cuales disfrutaban de inmunidad personal, dicha inmunidad deja de

²¹² Véase el memorando de la Secretaría, párr. 259. Lord Saville observó, en particular, lo siguiente: “So far as the states that are parties to the Convention are concerned, I cannot see how, so far as torture is concerned, this immunity can exist consistently with the terms of that Convention. Each state party has agreed that the other state parties can exercise jurisdiction over alleged official torturers found within their territories, by extraditing them or referring them to their own appropriate authorities for prosecution; and thus to my mind can hardly simultaneously claim an immunity from extradition or prosecution that is necessarily based on the official nature of the alleged torture”, *Pinochet III*. (<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino7.htm>).

²¹³ A/CN.4/571, párr. 14.

²¹⁴ A/CN.4/588, párr. 161.

existir²¹⁵. Sin embargo, como se puede ver, esta opinión no sólo no prevalece en la doctrina, sino que tampoco parece influir de forma determinante en la práctica ni en las posiciones de los Estados.

81. Una cuestión que constituye un caso aparte es la ausencia de inmunidad *ratione materiae* cuando se comete un delito en el territorio del Estado que ejerza jurisdicción²¹⁶. En este caso no se trata necesariamente de delitos internacionales graves. Otro factor que, hipotéticamente, podría intervenir en favor de la prioridad de la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se haya perpetrado un delito respecto de la inmunidad sería el hecho de que, de conformidad con el principio de la soberanía, el Estado posee poder y jurisdicción absolutos y supremos sobre su propio territorio. No obstante, no se debe olvidar que esta supremacía se ejerce teniendo en cuenta las excepciones establecidas por el derecho internacional y, en particular, la inmunidad de un Estado extranjero y sus funcionarios²¹⁷.

82. Como se señala en el memorando de la Secretaría, “Se ha sugerido que, para determinar si los actos realizados por un funcionario del Estado en el territorio de un Estado extranjero están comprendidos en la inmunidad *ratione materiae*, el aspecto fundamental a considerar sería el de si el Estado territorial había consentido en que un órgano de un Estado extranjero cumpliera funciones oficiales dentro de su territorio o no”²¹⁸. Algo que puede ser de importancia es el consentimiento del Estado receptor no sólo respecto del desempeño de las funciones, sino también de la propia presencia del funcionario extranjero en su territorio. En el contexto del tema aquí examinado es posible distinguir varios tipos de situación²¹⁹. Por ejemplo, un funcionario extranjero con el consentimiento del Estado que ejerce jurisdicción puede permanecer en el territorio de ese Estado y llevar a cabo la actividad, que dio lugar a la comisión de un delito. Por otro lado, puede darse una situación análoga pero con la diferencia de que el Estado receptor no haya dado su consentimiento

²¹⁵ Resolución del Instituto, 2009, nota 22 *supra*, art. III.

(“Article III Immunity of persons who act on behalf of a State:

1. No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes.

2. When the position or mission of any person enjoying personal immunity has come to an end, such personal immunity ceases.”)

Al mismo tiempo, de conformidad con el artículo IV de esta resolución, las disposiciones anteriores “are without prejudice to the issue whether and when a State enjoys immunity from jurisdiction before the national courts of another State in civil proceedings relating to an international crime committed by an agent of the former State”.

Durante la preparación del presente informe, todavía no se había publicado el anuario del Instituto que contiene materiales que habrían aclarado cómo se elaboró la resolución de 2009.

²¹⁶ Véase el memorando de la Secretaría, párrs. 162 a 165. Para un análisis del problema de la inmunidad del Estado respecto de la jurisdicción civil de un Estado en cuyo territorio se haya realizado una actividad como resultado de la cual se hubieren infligido daños, véase, por ejemplo, X. Yang, State immunity in the European court of human rights: reaffirmation and misconceptions, *British Journal of International Law*, vol. 74 (2003), págs. 375 a 408.

²¹⁷ Véase el Proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados, cuyo artículo 2 reza: “Todo Estado tiene derecho a ejercer jurisdicción sobre su territorio y sobre todas las personas y las cosas que en él se encuentren sin perjuicio de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional”. *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 6ª ed., vol. I, pág. 278.

²¹⁸ Véase el memorando de la Secretaría, párr. 163.

²¹⁹ Debemos subrayar que nos estamos refiriendo sólo a la inmunidad *ratione materiae*. Las inmunidades de los funcionarios consulares y del personal de las misiones especiales no forman parte de este tema, si bien podría ser útil establecer determinadas analogías.

para realizar la actividad que dio lugar a la comisión de un delito. Por último, existen situaciones en que tanto la actividad como la propia presencia del funcionario extranjero en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción tienen lugar sin el consentimiento de ese Estado.

83. En lo que respecta al primer tipo de situación, no parece plantearse ningún problema en particular. El Estado en cuyo territorio se cometió el presunto delito, dio de antemano su consentimiento para que el funcionario, mientras permaneciera y cumpliera funciones en su territorio, gozara de inmunidad respecto de actos realizados a título oficial. Por ejemplo, si un funcionario extranjero que hubiera llegado a un Estado para participar en negociaciones cometiera, al dirigirse al lugar de las negociaciones, una infracción de las reglas del tránsito que conllevara responsabilidad penal en dicho Estado, cabe suponer que dicho funcionario gozaría de inmunidad.

84. En la segunda situación, la cuestión es determinar si existe inmunidad en los casos en que el ámbito de actividad del funcionario se ha definido de antemano y el Estado receptor ha dado su consentimiento para que se realice dicha actividad pero no la actividad que dio lugar a la comisión del delito. Por ejemplo, si el funcionario viniera a participar en negociaciones sobre agricultura, pero al margen de esas negociaciones realizara actos de espionaje o terrorismo, se plantearían dudas acerca de si dicho funcionario disfruta de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor en relación con esos actos ilícitos. Ahora bien, en este caso, lo importante es establecer hasta qué punto la actividad que dio lugar a la comisión del delito está relacionada con la actividad para la cual dio su consentimiento el Estado receptor. En esta situación, por un lado, los actos del funcionario son de carácter oficial, se atribuyen al Estado a cuyo servicio trabaja (o trabajó) esa persona y, por lo tanto, existen razones para plantear la cuestión de la inmunidad de esa persona, sobre la base de la soberanía de ese Estado. Por otro lado, ese Estado, en la persona de su funcionario, realizó actividades en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de este último a tal efecto, es decir, en violación de la soberanía de este último Estado²²⁰.

85. Si el Estado no hubiera dado su consentimiento a la presencia de un funcionario extranjero y a la actividad que dio lugar a la comisión de un delito en su territorio, cabría suponer que existirían razones suficientes para que el funcionario no disfrutara de inmunidad *ratione materiae* respecto de la jurisdicción de ese Estado. En la situación examinada en los párrafos anteriores, el Estado, al haber consentido a la presencia y la actividad de un funcionario extranjero en su territorio, consintió de antemano a la inmunidad de esa persona, en relación con sus funciones oficiales. Si, en cambio, no se hubiese dado tal consentimiento, y la persona no sólo hubiera actuado ilícitamente, sino además permanecido ilícitamente en el territorio de ese Estado, sería muy difícil hacer valer su inmunidad. El espionaje, los actos de

²²⁰ A juicio de R. van Alebeek, a la hora de evaluar una situación en la que esté en juego la inmunidad de un funcionario extranjero, es importante determinar si sus actos son de por sí penalmente sancionables según las leyes del Estado en cuyo territorio se realizaron (“Whether a foreign state official is effectively called to account depends however on whether a particular act in fact constitutes a violation of the national law of the state whose territorial sovereignty has been violated or whether only an interstate norm has been violated.” (Véase R. van Alebeek, nota 51 *supra*, págs. 181 a 183. *Ibid.*, págs. 167 a 183, en que se citan ejemplos de fallos de tribunales nacionales en casos de funcionarios extranjeros que cometieron delitos en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción).

sabotaje y el secuestro de personas, entre otros, son ejemplos de este tipo de situación. En las actuaciones judiciales relativas a casos de ese tipo, la inmunidad o bien se ha invocado pero no se ha tenido en cuenta²²¹, o ni siquiera se ha afirmado²²². Cabe también observar que en causas como *Distomo*²²³ y *Ferrini*²²⁴, en las que los tribunales griegos e italianos no reconocieron la inmunidad de Alemania respecto de la jurisdicción de Italia, se juzgaron delitos cometidos en el territorio del Estado que ejercía jurisdicción²²⁵. El fallo dictado en la causa *Bouzari*, en la que un tribunal canadiense reconoció la inmunidad a pesar del hecho de que la tortura estaba prohibida por una norma imperativa, contiene pasajes de los que se podría concluir, de interpretarlos *a contrario*, que el fallo habría podido ser otro si la tortura se hubiera cometido en el territorio del Estado que ejercía jurisdicción²²⁶.

86. Las situaciones examinadas pueden ocurrir con cualquier funcionario de Estado, incluido el personal militar. Además, la cuestión del procesamiento penal y la inmunidad del personal militar por delitos cometidos durante un conflicto armado en el territorio de un Estado que ejercía jurisdicción parece estar regulada, en primer lugar, por el derecho humanitario, y representa un caso especial que no debe analizarse en el marco del presente tema.

87. En la resolución del Instituto de 2001 se afirma que un ex jefe de Estado (y, consecuentemente, un jefe de gobierno) puede ser objeto de enjuiciamiento penal si sus actos “are performed exclusively to satisfy a personal interest, or when they constitute a misappropriation of the State’s assets and resources”²²⁷. Dos otros casos en las que un ex jefe de Estado (y, consecuentemente, un jefe de gobierno) no gozan de inmunidad *ratione materiae* se han añadido por tanto a la situación relacionada

²²¹ Véase el caso de los agentes de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) arrestados en Italia tras ser acusados de secuestrar a una persona en 2003 (memorando de la Secretaría, nota 466).

²²² Por ejemplo, la causa *Rainbow Warrior* (ibid., nota 465). Se puede dar la circunstancia, no obstante, de que un funcionario, en el desempeño de sus funciones oficiales, se encuentre en el territorio de un Estado extranjero sin su consentimiento, aunque no premeditadamente. La única actividad penalmente sancionable del funcionario en ese caso es el cruce ilegal de la frontera. Cabe suponer que en esa situación existirían fundamentos para plantear la cuestión de la inmunidad. Por ejemplo, en 2005, durante la realización de maniobras, un avión militar ruso penetró involuntariamente en el espacio aéreo de Lituania y se estrelló, tras lo cual se iniciaron en ese país actuaciones penales contra el piloto, que había sobrevivido. La Federación de Rusia planteó la cuestión de si el piloto, que había ingresado accidentalmente en el territorio de un Estado extranjero en el desempeño de sus funciones, disfrutaba de inmunidad respecto de la jurisdicción de ese Estado (véanse las declaraciones formuladas por el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia el 19 de septiembre de 2005 en relación con ese caso, que se pueden consultar en http://www.mid.ru/brp_4.nsf/).

²²³ *Prefecture de Voiotia c. Alemania* en la Corte Suprema de Grecia, núm. 11/2000, de 4 de mayo de 2000, ibid.

²²⁴ *Ferrini c. la República Federal de Alemania*, Corte de Casación, Secciones conjuntas, fallo, 6 de noviembre de 2003 a 11 de marzo de 2004, núm. 5044.

²²⁵ En la doctrina se ha expresado la opinión de que fue precisamente por esta circunstancia que no se reconoció la inmunidad de Alemania en esas causas (Véase X. Yang, *Jus cogens* and State Immunity, *New Zealand Yearbook of International Law*, 2006, págs. 164 a 169).

²²⁶ Por ejemplo: “[T]here is no principle of customary international law which provides an exception from state immunity where an act of torture has been committed outside the forum, even for acts contrary to *jus cogens*. Indeed, the evidence of state practice ... leads to the conclusion that there is an ongoing rule of customary international law providing state immunity for acts of torture committed outside the forum state.” *Bouzari c. el Irán* [2002] O. J. No. 1624, Court file No. 00-CV-201372, Tribunal Superior de Justicia de Ontario, fallo, párr. 63.

²²⁷ Artículo 13, párrafo 2, de la resolución. Véase la nota 210 *supra*.

con la comisión de los delitos internacionales más graves. Así, a juicio de los autores de la resolución, incluso un funcionario que goce de inmunidad personal y actúe en ejercicio de sus funciones oficiales con fines de enriquecimiento personal perdería, al dejar de cumplir con su deber, la protección que le otorga la inmunidad *ratione materiae*. Distintos autores han expresado una opinión análoga en la doctrina, en relación con métodos similares de enriquecimiento personal en el ejercicio de funciones oficiales²²⁸. Si esas actividades propias de un funcionario no se consideraran oficiales, podría entenderse esa opinión. Sin embargo, por cuanto se sigue atribuyendo carácter oficial a esas actividades de un funcionario y, consecuentemente, de un Estado, surgen determinadas dudas acerca del fundamento de esa posición. Se ha consagrado toda una serie de tratados internacionales a la lucha contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito de los funcionarios²²⁹. En esos tratados se tipifican como delitos esos actos realizados por funcionarios (incluidos los que pueden llevarse a cabo sólo con la ayuda de una función o cargo oficiales) y se especifican las obligaciones y los derechos de los Estados en cuanto al establecimiento y ejercicio de la jurisdicción penal respecto de tales actos realizados por funcionarios. En algunos tratados no se aborda la cuestión de la inmunidad de los funcionarios extranjeros respecto de la jurisdicción penal²³⁰. En otros tratados se incluyen cláusulas en las que se estipula que sus disposiciones no deben aplicarse en detrimento de las disposiciones de otros tratados internacionales en lo que respecta a la renuncia de la inmunidad de esas personas²³¹. Al parecer la manera más simple de zanjar la cuestión de la inmunidad de los funcionarios respecto de la jurisdicción penal extranjera en caso de cometer delitos con fines de enriquecimiento personal sería incluir las disposiciones adecuadas en un tratado internacional dedicado a combatir esos delitos. Esto, sin embargo, no ha ocurrido. A menos, desde luego, que se considere que en esos tratados se dispone la renuncia implícita a la inmunidad.

88. Es probable que para zanjar la cuestión de si en los casos examinados un funcionario goza de inmunidad respecto de jurisdicción penal extranjera, sea no obstante necesario examinar en cada caso concreto la cuestión de si el acto que condujo al enriquecimiento ilícito, por ejemplo, fue un acto realizado por esa persona en el ejercicio de sus funciones oficiales o a título personal. Se sabe de situaciones en las que se ejerció jurisdicción extranjera respecto de delitos de esa

²²⁸ Véase el memorando de la Secretaría, párr. 211.

²²⁹ Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) (que se puede consultar en http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-r.pdf), la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996) (que se puede consultar en <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>), la Convención de Derecho Penal sobre la Corrupción (1999) (European Treaty Series – No. 173), la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (2003) (que se puede consultar en <http://www.africa-union.org/root/AU/Documents/Treaties/Text/Convention%20on%20Combating%20Corruption.pdf>).

²³⁰ Al mismo tiempo, se encuentran disposiciones relativas a la inmunidad de los propios funcionarios de un Estado (véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 30 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el párrafo 5 del artículo 9 de la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (2003)).

²³¹ Véase, por ejemplo, el artículo 16 de la Convención de Derecho Penal sobre la Corrupción (1999); el párrafo 4 del artículo 4 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997 (que se puede consultar en <http://eur-lex.europa.eu/>).

índole y en las que el Estado no se pronunció sobre la inmunidad de su propio funcionario. Tal fue el caso, por ejemplo, en la causa *Marcos*, seguida en los Estados Unidos de América contra el ex Presidente de Filipinas²³². Al tiempo que en la causa *Adamov*, seguida contra el ex Ministro de Energía Atómica de la Federación de Rusia, la cuestión de su extradición a los Estados Unidos de América o a la Federación de Rusia fue examinada por el Tribunal Federal de Suiza, la Federación de Rusia invocó la inmunidad de su ex funcionario respecto de la jurisdicción penal de los Estados Unidos y observó, entre otras cosas, que el enriquecimiento ilícito del que se acusaba a Adamov había tenido lugar en la Federación de Rusia como resultado de sus actividades oficiales (abuso de cargo)²³³.

89. Lo antes expuesto no permite afirmar que las disposiciones de la resolución del Instituto de 2001 anteriormente citadas reflejan una norma consuetudinaria de derecho internacional²³⁴. Al mismo tiempo, la inmunidad *ratione materiae* no parece proteger a un funcionario contra las actuaciones penales de un Estado soberano en relación con sus activos personales (por ejemplo, fondos depositados en bancos extranjeros) en el marco de procedimientos penales incoados en relación con un presunto delito cometido por ese funcionario con fines de enriquecimiento personal. Tales actuaciones no pueden interpretarse como restricciones al desempeño de sus funciones oficiales.

3. Conclusiones sobre las excepciones

90. A juicio del Relator Especial, lo antes expuesto demuestra que, de examinarse detenidamente, los diversos argumentos para fundamentar las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado no son suficientemente convincentes. Esos argumentos continúan siendo objeto de debate en la doctrina. La práctica de los Estados está lejos de ser uniforme en ese sentido.

²³² En el fallo en la causa *Marcos* (Tribunal Federal, *Affaire Marcos*, 2 de noviembre de 1989, ref. ATF 115 Ib 496 consid 5 b), la Corte Suprema de Suiza no se detuvo a hacer un análisis detallado de la naturaleza de la actividad de esa persona, una vez establecido que el encausado no gozaba de inmunidad en virtud del hecho de que Filipinas se había negado a reconocer el carácter oficial de esa actividad. En el fallo sobre esta causa en los Estados Unidos de América (*In re Grand Jury Proceedings*, 817 F.2d at 1111) se produjo una situación similar: el Gobierno de Filipinas informó al Departamento de Estado de los Estados Unidos, en el marco de esta causa, de la renuncia a la inmunidad de Marcos. En la causa *Estados Unidos de América c. Noriega* (117 F.3d 1206; 1197 U.S. app. LEXIS 16493, véase el memorando de la Secretaría, párr. 211, nota 605), un tribunal de los Estados Unidos denegó la inmunidad a Manuel Noriega, ex Jefe de Estado de Panamá, sobre la base de que el Gobierno de los Estados Unidos no había reconocido la inmunidad de Noriega como Jefe de Estado en el momento en que éste había realizado los actos correspondientes. Panamá no afirmó la inmunidad de Noriega. En otras palabras, en este caso, la naturaleza de los actos realizados por el encausado no fue un factor determinante. Si el poder ejecutivo de los Estados Unidos hubiera reconocido la legitimidad de la autoridad de Noriega, evidentemente también se habría reconocido su inmunidad. Véase por ejemplo, Heidi Altman, *The Future of Head of State Immunity: The Case against Ariel Sharon*, abril de 2002, pág. 6, <http://www.indictsharon.net/heidialtman-apr02.pdf>.

²³³ *Adamov gegen Bundesamt für Justiz, Urteil vom 22. Diciembre de 2005*, 1. Öffentlichrechtliche Abteilung (1A.288/2005/gij), párr. 3.4.2; véanse también las Declaraciones de 18 de mayo de 2005 del Departamento de Información y Medios de Comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia, http://www.mid.ru/Brp_4.nsf/arh/61C69CBAC851731AC3257006003264A0?OpenDocument.

²³⁴ Véase la opinión de Hazel Fox citada en el memorando de la Secretaría (párr. 209) que la cuestión estriba en que esas disposiciones del artículo 13 de la resolución están redactadas *de lege ferenda*.

El fallo en la causa *Pinochet* impulsó el debate sobre esta cuestión pero no condujo al establecimiento de una práctica jurídica homogénea. Al respecto, es difícil hablar de las excepciones a la inmunidad como de una nueva norma consuetudinaria de derecho internacional, así como tampoco se puede afirmar de manera definitiva que existe una tendencia al establecimiento de esa norma. En este sentido, constituye un caso aparte la situación en que el Estado en cuyo territorio se ha cometido un presunto delito ejerce jurisdicción penal y que no ha dado su consentimiento para realizar en su territorio la actividad que ha dado lugar a la comisión del delito, o para la presencia en su territorio del funcionario extranjero que ha cometido el presunto delito. En tal situación parecen existir razones suficientes para hablar de la ausencia de inmunidad.

91. Cabe preguntarse hasta qué punto es deseable establecer nuevas restricciones a la inmunidad *de lege ferenda*. A ese respecto, recordemos algunas de las recomendaciones, incluidas las anteriormente citadas, contenidas en el informe de los expertos de la Unión Africana y la Unión Europea sobre el principio de jurisdicción universal: “When exercising universal jurisdiction over serious crimes of international concern ... states should bear in mind the need to avoid impairing friendly international relations. ... Those national criminal justice authorities considering exercising universal jurisdiction over persons suspected of serious crimes of international concern are legally bound to take into account all the immunities to which foreign state officials may be entitled under international law and are consequently obliged to refrain from prosecuting those officials entitled to such immunities. ... In prosecuting serious crimes of international concern, states should, as a matter of policy, accord priority to territoriality as a basis of jurisdiction, since such crimes, while offending against the international community as a whole by infringing universal values, primarily injure the community where they have been perpetrated and violate not only the rights of the victims but also the general demand for order and security in that community. In addition, it is within the territory of the state of alleged commission that the bulk of the evidence will usually be found”²³⁵.

92. Resulta discutible, además, que establecer tales excepciones en el derecho internacional general y, por consiguiente, hacer posible el ejercicio de la jurisdicción penal nacional sobre los funcionarios extranjeros, sea deseable para los fines de la lucha contra la impunidad, como complemento de la jurisdicción penal internacional o de la jurisdicción del Estado a cuyo servicio se encuentra (o se encontraba) el funcionario, si ese Estado no enjuiciara a dicho funcionario²³⁶. La legislación de algunos países contempla este tipo de ejercicio subsidiario de la jurisdicción penal²³⁷. Sin embargo, la posibilidad de ejercer jurisdicción, prevista en la legislación, no significa, como se desprende de lo antes dicho, que se deban establecer excepciones a la inmunidad de los funcionarios extranjeros.

93. Otra cosa es que los Estados están en su incuestionable derecho de establecer restricciones a la inmunidad de sus funcionarios en relación con sus respectivas

²³⁵ Informe de los expertos de la Unión Africana y la Unión Europea, nota 14 *supra*, pág. 42.

²³⁶ Véanse los discursos pronunciados en el 60º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional por Donald McCrae (A/CN.4/SR.2984, párr. 9), Edmundo Vargas-Carreño (A/CN.4/SR.2987, párr. 11) y Marie Gotton Jacobsson (A/CN.4/SR.2985, págs. 5 y 6).

²³⁷ Véase K. Ambos, nota 23 *supra*, págs. 414, 423 y 440.

jurisdicciones extranjeras mediante la concertación de tratados internacionales²³⁸. En ese sentido, la Comisión podría examinar, junto con la codificación del derecho internacional consuetudinario actualmente vigente, la posibilidad de redactar un protocolo facultativo o cláusulas modelo sobre las restricciones o las excepciones a la inmunidad de los funcionarios de Estado respecto de la jurisdicción penal extranjera.

G. Resumen

94. A manera de resumen del contenido del presente informe, cabe formular, en particular, las siguientes consideraciones:

a) En general, la inmunidad de los funcionarios de Estado, y la inmunidad del propio Estado, respecto de la jurisdicción penal extranjera es una norma de carácter general, mientras que la ausencia de inmunidad en cualquier caso particular constituye una excepción a esa norma;

b) Los funcionarios de Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* respecto de la jurisdicción penal extranjera, es decir, de inmunidad en relación con los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales, por cuanto esos actos son actos del Estado al que esos funcionarios sirven;

c) No existen razones objetivas para establecer una distinción entre la atribución del comportamiento a los efectos de la responsabilidad, por un lado, y a los efectos de la inmunidad, por el otro. Dificilmente existan razones para afirmar que un acto, a los efectos de la responsabilidad del Estado, se atribuye a ese Estado y se considera como un acto del Estado, al tiempo que a los efectos de la inmunidad respecto de la jurisdicción, ese mismo acto deja de atribuirse al Estado y se considera solamente un acto del funcionario. La cuestión relativa a la definición del carácter del comportamiento de un funcionario —oficial o personal— y, consecuentemente, a la atribución de ese comportamiento al Estado, deberá, por lógica, examinarse primero que la cuestión de la inmunidad del funcionario respecto de ese comportamiento;

²³⁸ El artículo 12 del Protocolo para la prevención y la sanción del delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y todas las formas de discriminación (2006) se refiere a la aplicación a “autoridades oficiales” de sus disposiciones relativas a la lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Esas disposiciones “shall apply equally to all persons suspected of committing the offences to which this Protocol applies, irrespective of the official status of such persons. In particular the official status of a Head of State, of Government, or an official member of a Government or parliament, or an elected representative or agent of a State shall in no way shield or bar the criminal liability”. Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos. Protocolo para la prevención y la sanción del delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y todas las formas de discriminación, que se puede consultar en: <http://www.icglr.org/key-documents/0of%20the%20Crime%20of%20Genocide,%20War%20Crimes%20and%20Crimes%20against%20Humanity%20and%20All%20forms%20of%20Discrimination.pdf>. Es posible que las partes en el tratado consideren que este artículo excluye la inmunidad de sus funcionarios respecto de la jurisdicción penal de cualquiera de las partes, a pesar de que en el Protocolo no se habla directamente de restricción o exclusión de la inmunidad (desafortunadamente, el Relator Especial no tiene conocimiento de la aplicación en la práctica de la citada disposición del Protocolo por los tribunales de los Estados partes).

d) La atribución de carácter oficial al comportamiento de un funcionario no depende de los motivos de esa persona o del contenido de su comportamiento. Lo que importa es el hecho de que el funcionario actúa en esa capacidad. Es necesario diferenciar entre el concepto de “acto de un funcionario en cuanto tal”, es decir, de “acto oficial”, y el concepto de “acto comprendido en sus funciones oficiales”. El primero es un concepto más amplio y abarca el segundo;

e) No son iguales el alcance de la inmunidad del Estado y el alcance de la inmunidad de sus funcionarios, a pesar de que en esencia se trata de una misma inmunidad. Un funcionario que realice un acto comercial disfruta de inmunidad de jurisdicción penal extranjera si ese acto se atribuye al Estado;

f) La inmunidad *ratione materiae* es extensiva a los actos *ultra vires* de los funcionarios, así como a sus actos ilícitos;

g) La inmunidad *ratione materiae* no es extensiva a los actos realizados por un funcionario antes de asumir su cargo; un ex funcionario disfruta de inmunidad *ratione materiae* respecto de actos realizados por ese funcionario durante el tiempo en que ejerció las funciones oficiales de su cargo;

h) En la inmunidad *ratione materiae* difícilmente puede influir el carácter de la estancia de un funcionario o ex funcionario en un país extranjero, inclusive en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción. Evidentemente, independientemente de que se encuentre en el extranjero en visita oficial o a título personal, dicho funcionario disfruta de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de los actos realizados en ejercicio de su cargo;

i) La inmunidad *ratione personae*, de la que goza una categoría reducida de altos funcionarios de Estado, es extensiva a los actos ilícitos realizados por un funcionario tanto en el desempeño de sus funciones oficiales como a título personal, incluidos los actos realizados antes de asumir su cargo. Esto se conoce como inmunidad absoluta;

j) La inmunidad personal que está ligada al ejercicio de determinados altos cargos es de carácter temporal y deja de existir cuando la persona cesa en su cargo. La inmunidad *ratione personae* no es afectada ni por el hecho de que los actos respecto de los cuales se ejerza jurisdicción hayan sido realizados al margen de las funciones oficiales del funcionario, ni por la índole de su estancia en un país extranjero, incluido el territorio del Estado que ejerce jurisdicción;

k) El alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios en ejercicio varía dependiendo de la categoría del cargo que desempeñen. Todo funcionario en ejercicio goza de inmunidad respecto de los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales. Solamente algunos altos funcionarios en ejercicio disfrutaban de inmunidad también respecto de actos realizados a título personal. El alcance de la inmunidad de los ex funcionarios es el mismo, independientemente de la categoría del cargo que hayan ocupado: todo ex funcionario disfruta de inmunidad respecto de actos realizados a título oficial durante su permanencia en el cargo;

l) A un funcionario extranjero contra quien se hayan presentado cargos (como presunto autor de un delito, persona sospechosa, etc.), no se le pueden aplicar medidas de procedimiento penal de carácter restrictivo que interfieran con el desempeño de sus funciones al imponerle una obligación jurídica, cuando esa

persona disfruta de: a) inmunidad *ratione personae* o b) inmunidad *ratione materiae*, siempre que las medidas del caso estén relacionadas con un delito cometido por el funcionario en el ejercicio de sus funciones oficiales. Tales medidas no se pueden aplicar en relación con ningún funcionario extranjero que intervenga en las actuaciones penales en calidad de testigo, si esa persona disfruta de: a) inmunidad *ratione personae* o b) inmunidad *ratione materiae*, si la causa en cuestión entraña la comparecencia de esa persona para prestar testimonio respecto de actos realizados por ella misma, o respecto de actos de los que el funcionario en cuestión tomó conocimiento como resultado del cumplimiento de sus funciones oficiales;

m) La inmunidad existe tanto mientras el funcionario permanezca en el extranjero, como mientras el funcionario permanezca en el territorio del Estado a cuyo servicio se encuentra o se encontraba. Las medidas de procedimiento penal que impongan una obligación a un funcionario extranjero violan la inmunidad de ese funcionario, independientemente de que esa persona se encuentre en el extranjero o en el territorio de su propio Estado. La obligación de adoptar tales medidas contra un funcionario extranjero se contraviene desde el momento en que se adopta una medida, y no solo cuando el funcionario contra el cual se haya adoptado esa medida se encuentre en el extranjero;

n) Los diversos argumentos para fundamentar las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado no son suficientemente convincentes;

o) Resulta difícil hablar de las excepciones a la inmunidad como de una norma establecida en el derecho internacional consuetudinario, del mismo modo que no se puede afirmar de manera definitiva que exista una tendencia al establecimiento de esa norma;

p) Constituye un caso aparte la situación en que la jurisdicción penal la ejerce un Estado en cuyo territorio se ha cometido un presunto delito y ese Estado no ha dado su consentimiento para realizar en su territorio la actividad que ha dado lugar a la comisión del delito, o para la presencia en su territorio del funcionario extranjero que ha cometido el presunto delito. En tal situación parecen existir razones suficientes para hablar de la ausencia de inmunidad²³⁹.

²³⁹ El Relator Especial desea expresar su agradecimiento a la Sra. S. S. Sarenkova y al Sr. M. V. Musikhin por la ayuda prestada en la preparación de este informe.