



Asamblea General

Distr. limitada
2 de agosto de 2011
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

63º período de sesiones

Ginebra, 26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63º período de sesiones

Relator: Sr. A. Rohan Perera

Capítulo VII

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

Índice

Párrafos Página

B.	Examen del tema en el actual período de sesiones.....	
1.	Presentación por el Relator Especial del tercer informe.....	
2.	Resumen del debate.....	
a)	Observaciones generales	
b)	Momento en que se examina la inmunidad	
c)	Invocación de la inmunidad	
d)	Renuncia a la inmunidad	
e)	Relación entre la invocación de la inmunidad y la responsabilidad del Estado que la invoca por un hecho internacionalmente ilícito	
3.	Conclusiones del Relator Especial.....	

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

1. Presentación por el Relator Especial del tercer informe

1. En sus informes preliminar y segundo, el Relator Especial examinó los aspectos sustantivos de la inmunidad de jurisdicción penal del funcionario del Estado, mientras que el tercer informe (A/CN.4/646) —destinado a completar el cuadro— versaba sobre los aspectos de procedimiento y giraba especialmente en torno a las cuestiones del momento en que se examina la inmunidad, su invocación y la renuncia, en particular si la inmunidad todavía podía invocarse después de que se hubiere renunciado a ella. El Relator Especial subrayó que, si bien los informes anteriores se basaban en una evaluación de la práctica de los Estados, el presente informe, aunque la práctica existía, era en gran parte deductivo, se basaba en extrapolaciones lógicas y formulaba proposiciones generales, no exactamente precisas en cuanto a su redacción, para que fueran examinadas. Recalcó también que las cuestiones que abordaba el tercer informe tenían gran importancia puesto que suponían un avance hacia la determinación del punto de equilibrio entre los intereses de los Estados y la protección contra la impunidad al salvaguardar la responsabilidad penal individual.

2. Por lo que respecta al *momento*, a saber, cuándo y en qué fase del procedimiento penal debía invocarse la inmunidad, el Relator Especial, recordando en particular la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, según la cual las cuestiones de inmunidad eran cuestiones previas que debían resolverse cuanto antes *in limine litis*, subrayó que la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario del Estado debía considerarse, en principio, en la fase inicial de las actuaciones judiciales o incluso antes, en la fase de la instrucción, cuando el Estado que ejerce la jurisdicción decide, sobre la adopción de medidas procesales penales que están excluidas por causa de inmunidad respecto del funcionario. De no hacerlo así, ello podría considerarse como una violación por parte del Estado que ejercía la jurisdicción de las obligaciones que imponen las normas por las que se rige la inmunidad, incluso en situaciones que pueden guardar relación con el examen de la cuestión de la inmunidad en la fase del ejercicio de la jurisdicción penal previa al juicio, en el momento en que se aborda la cuestión de la adopción de medidas excluidas por la inmunidad.

3. Sin embargo, esa violación quizás no se produzca necesariamente si el Estado del funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* no invoca la inmunidad de este o la invoca en una fase posterior del procedimiento, puesto que toda posibilidad de violación resulta de la invocación de la inmunidad.

4. En cuanto a la *invocación de la inmunidad*, en particular en el sentido de quién está jurídicamente facultado para plantear la cuestión de la inmunidad, el Relator Especial subrayó que solo la invocación de la inmunidad o una declaración de inmunidad por parte del Estado del funcionario, y no por el funcionario mismo, constituían una invocación o una declaración jurídicamente procedentes que podían producir consecuencias jurídicas.

5. Para poder invocar la inmunidad, el Estado del funcionario debe tener conocimiento de que se han adoptado o se han previsto adoptar medidas procesales penales con respecto al funcionario a que se refiera la invocación. Por consiguiente, el Estado que prevea la adopción de tales medidas debe informar al Estado del funcionario sobre este punto. El Relator Especial señaló que se debía hacer una distinción según que la inmunidad fuera *ratione personae* o *ratione materiae*.

En primer lugar, con respecto a un jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores extranjero —la troika—, el Estado mismo que ejerce la jurisdicción penal debe examinar por *motu proprio* la cuestión de la inmunidad de la persona interesada

y determinar su posición con respecto a las medidas que pretende adoptar en el marco del derecho internacional. El Relator Especial sugirió que en este caso quizás fuera apropiado exigir solo al Estado del funcionario en cuestión la renuncia a la inmunidad. En consecuencia, en este caso la carga de suscitar la cuestión de la inmunidad con las autoridades del Estado que ejercía la jurisdicción penal no recaía en el Estado del funcionario.

En segundo lugar, en el caso de un funcionario que gozaba de inmunidad *ratione materiae*, la carga de invocar la inmunidad recaía en el Estado del funcionario. Si el Estado del funcionario deseaba invocar la inmunidad con respecto a este, debía informar al Estado que ejercía la jurisdicción de que esa persona era funcionario suyo, gozaba de inmunidad y actuaba en el desempeño de sus funciones oficiales. De lo contrario, el Estado que ejercía la jurisdicción no estaba obligado a considerar *motu proprio* la cuestión de la inmunidad y, por lo tanto, podía continuar procediendo penalmente contra esa persona.

En tercer lugar, también era posible que un funcionario no perteneciente a la troika gozase de inmunidad *ratione personae*, en cuyo caso la carga de invocar la inmunidad recaía también en el Estado del funcionario en relación con el cual se invocaba la inmunidad. Si el Estado de ese funcionario deseaba invocar la inmunidad con respecto a él, debía informar al Estado que ejercía la jurisdicción de que la persona en cuestión era funcionario suyo y gozaba de inmunidad personal puesto que ejercía un alto cargo que, además de la participación en las relaciones internacionales, requería el desempeño de funciones que eran importantes para salvaguardar la soberanía del Estado.

6. Sobre el *modo* de invocación el Estado del funcionario, independientemente de la jerarquía de este, no estaba obligado a invocar la inmunidad ante un tribunal extranjero para que ese tribunal examinara la cuestión de la inmunidad; era suficiente una comunicación por los cauces diplomáticos. La inexistencia de una obligación por parte del Estado de tratar directamente con un tribunal extranjero se basaba en el principio de la soberanía y la igualdad soberana de los Estados.

7. Por lo que respecta a los posibles *motivos* de la invocación, el Estado del funcionario que invocaba la inmunidad no estaba obligado a aducir motivos de inmunidad distintos de la afirmación de que la persona en cuestión era un funcionario suyo que gozaba de inmunidad por haber actuado en el desempeño de sus funciones oficiales o que esa persona era un funcionario suyo que gozaba de inmunidad *ratione personae* puesto que ejercía un alto cargo que, además de la participación en las relaciones internacionales, requería el desempeño de funciones que eran importantes para salvaguardar la soberanía del Estado.

8. Por otra parte, el Relator Especial señaló que el Estado (incluido el tribunal) que ejercía la jurisdicción aparentemente no estaba obligado a "aceptar ciegamente" cualquier alegación del Estado del funcionario concerniente a la inmunidad. No obstante, un Estado extranjero no podía desestimar tal alegación si de las circunstancias del caso no se desprendía claramente otra cosa. Era prerrogativa del Estado del funcionario, y no del Estado que ejercía la jurisdicción, calificar el acto de un funcionario como acto de carácter oficial o determinar la importancia de las funciones desempeñadas por un funcionario de alto rango a los efectos de salvaguardar la soberanía del Estado.

9. En lo concerniente a la *renuncia a la inmunidad*, el Relator Especial señaló que el derecho a renunciar a la inmunidad de un funcionario correspondía al Estado y no al funcionario mismo. Cuando un jefe de Estado o de gobierno o un ministro de relaciones exteriores renunciaba a la inmunidad con respecto a sí mismo, el Estado que ejercía la jurisdicción penal contra ese funcionario tenía derecho a presumir que tal era el deseo del Estado del funcionario, por lo menos hasta que ese Estado le notificara otra cosa.

10. La renuncia a la inmunidad de un jefe de Estado, un jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores en ejercicio debía ser expresa. En el caso hipotético de que el Estado de ese funcionario pidiera al Estado extranjero que llevase a efecto algún tipo de medidas procesales penales con respecto a ese funcionario, ese acto posiblemente constituiría una excepción. Dicha petición entrañaba inequívocamente una renuncia a la inmunidad con respecto a tales medidas y, en tal caso, la renuncia era implícita.

11. La renuncia a la inmunidad respecto de funcionarios que no pertenecían a la troika pero que gozaban de inmunidad *ratione personae*, de funcionarios que gozaban de inmunidad *ratione materiae* y de exfuncionarios que también gozaban de inmunidad *ratione materiae*, la inmunidad podía ser expresa o implícita. En este caso la renuncia a la inmunidad podía atribuirse, en particular, a la no invocación de la inmunidad por el Estado del funcionario.

12. A juicio del Relator Especial todo parecía indicar que, después de una renuncia expresa a la inmunidad, era jurídicamente imposible invocar la inmunidad. Por otra parte, señaló también que una renuncia expresa a la inmunidad en algunos casos podía referirse solo a la inmunidad con respecto a determinadas medidas.

13. En el caso de una renuncia implícita inicial a la inmunidad expresada mediante la no invocación de la inmunidad con respecto a un funcionario que gozara de inmunidad *ratione materiae* o de un funcionario que gozara de inmunidad *ratione personae* no perteneciente a la troika, en opinión del Relator Especial, la inmunidad aparentemente se podía invocar en una fase ulterior del proceso penal, por ejemplo, entre otros supuestos, cuando el asunto se sometía a un tribunal. Sin embargo, era dudoso que un Estado que no hubiera invocado tal inmunidad en el tribunal de primera instancia pudiese invocarla posteriormente durante el procedimiento en segunda instancia. En cualquier caso, las medidas procesales que en un supuesto de este tipo ya hubieran sido adoptadas por el Estado que ejercía la jurisdicción con respecto al funcionario en el momento de la invocación de la inmunidad no podían considerarse como un hecho ilícito.

14. El Relator Especial señaló que, una vez la renuncia a la inmunidad había sido hecha válidamente por el Estado del funcionario, era posible ejercer plenamente la jurisdicción penal extranjera respecto a ese funcionario.

15. El Relator Especial aludió asimismo a un aspecto conexo relativo a la *relación entre la afirmación por un Estado de que su funcionario gozaba de inmunidad y la responsabilidad de ese Estado por un hecho internacionalmente ilícito* cometido en relación con el comportamiento que dio lugar a la invocación de la inmunidad del funcionario, y puso de relieve que, independientemente de la renuncia a la inmunidad con respecto a su funcionario, el Estado del funcionario no estaba exento de responsabilidad jurídica internacional por los actos que se le atribuyeran en relación con cualquier comportamiento que pudiera haber dado lugar a cuestiones de inmunidad. Como el acto con respecto al cual se invocaba la inmunidad podía constituir también un acto atribuible al Estado mismo, podían darse los requisitos necesarios para generar la responsabilidad del Estado y hacer posible que se entablase un procedimiento contra él.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

16. El Relator Especial recibió una vez más las felicitaciones de los miembros por un informe riguroso, documentado y bien expuesto que, junto con los informes anteriores, proporcionaba ahora una visión completa del tema y echaba los cimientos de la labor futura, aunque no se hubieran presentado proyectos de artículo.

17. De una manera general se consideró que el análisis efectuado en el informe era convincente y que las extrapolaciones que en él se hacían eran lógicas. Aunque se estimó que el tercer informe era menos discutible que el anterior segundo informe, se hicieron sin embargo algunas observaciones en el sentido que, desde el punto de vista del procedimiento, tal vez hubiera sido más apropiado examinarlo después de que la Comisión hubiera llegado a unas conclusiones definitivas sobre el segundo informe, respecto del cual el debate había puesto de relieve que seguía siendo necesario resolver algunas cuestiones fundamentales, que afectaban a la orientación del tema en su conjunto. Como consecuencia de esas cuestiones no resueltas, incluida la del alcance del *ratione personae* de la inmunidad en el caso de que se hubieran cometido delitos internacionales graves, algunos aspectos del tercer informe, especialmente algunas de las conclusiones a que en él se llegaban, eran sustantivamente problemáticas.

18. Por otra parte, algunos miembros opinaron que el tercer informe era una parte importante del cuadro general trazado por el Relator Especial y podía muy bien haber formado parte del segundo informe. No obstante, algunos otros miembros prefirieron hacer observaciones sobre el tercer informe con una advertencia, a saber, que las preocupaciones que les inspiraba el segundo informe, en particular el planteamiento aparentemente absolutista y expansivo de la inmunidad, seguían en pie.

19. Se señaló también que algunas de las opiniones presentaban ciertos riesgos con respecto al futuro, no solo para la Comisión, sino también para el desarrollo del derecho internacional mismo. Se advirtió que si se producía una mayor proclividad hacia los intereses del Estado, la Comisión no estaría en condiciones de buscar el necesario equilibrio entre el viejo derecho —basado en una concepción absoluta de la soberanía— y las nuevas expectativas de la comunidad internacional en favor de la rendición de cuentas o, como algunos otros preferían, un equilibrio entre intereses soberanos legítimos que implican a Estados soberanos. Por el contrario, algunos otros miembros señalaron que no había ningún motivo para que la Comisión estuviere preocupada por el riesgo que hacía correr a su reputación, puesto que era parte de su funcionamiento buscar siempre el equilibrio entre diferentes puntos de vista legítimos y no dejarse influir desproporcionadamente por ninguno de ellos. Lo que perjudicaría a la Comisión sería adoptar posiciones irrealistas, evitando las soluciones prácticas, basadas en su sabiduría colectiva que se apoyaba en los instrumentos de análisis de la práctica existentes, para atender a las preocupaciones prácticas de los Estados.

b) *Momento en que se examina la inmunidad*

20. Hubo acuerdo general en que la cuestión de la inmunidad debía plantearse en la fase inicial del procedimiento o incluso antes, durante las fases previas a la vía contenciosa, en particular cuando un Estado que ejerce la jurisdicción adopta contra un funcionario medidas procesales penales que en otro caso estarían excluidas en virtud de la inmunidad. Se reconocía, sin embargo, que en la práctica ese objetivo quizás fuera difícil de conseguir y que probablemente necesitaría medidas legislativas internas apropiadas. Se señaló que el hecho de no abordar la cuestión de la inmunidad en la fase inicial del proceso podría tener por resultado la posible violación de las obligaciones de inmunidad. Se señaló también que el informe no trataba directamente de la cuestión de la inviolabilidad, que podía guardar relación con las cuestiones del momento y el problema planteado por la detención o prisión de un funcionario, y era también pertinente para la invocación; esos aspectos necesitaban ser examinados más a fondo.

c) *Invocación de la inmunidad*

21. En un plano más general, se señaló que quizás fuera útil disponer de más información acerca de la situación procesal en la práctica de los Estados en función de los diversos sistemas jurídicos. No obstante, algunos miembros estaban en gran parte de acuerdo con las conclusiones del Relator Especial sobre la invocación. Hubo acuerdo acerca de la proposición general de que solo la invocación de la inmunidad por el Estado del funcionario, y no por el funcionario mismo, constituía una invocación de inmunidad jurídicamente pertinente. Se señaló, sin embargo, que esto no impedía en la práctica que el funcionario —a causa del elemento temporal y por el hecho de estar presente— notificase al Estado que ejercía la jurisdicción que gozaba de inmunidad. Esa notificación podía activar seguidamente el proceso en virtud del cual el Estado que ejercía la jurisdicción informaba al Estado del funcionario del aprieto en que este se encontraba.

22. Se aceptó asimismo de una manera general que era suficiente que el Estado que alegaba la inmunidad hiciera la notificación al Estado que ejercía la jurisdicción por los cauces diplomáticos. Según la opinión particular de un miembro, sería prudente que el Estado se mostrara categórico si pretendía que se aceptara la inmunidad de su funcionario, y en los casos en que las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con la inmunidad eran complejas podía participar directamente, aunque no estaba obligado a hacerlo, en las actuaciones para exponer sus argumentos.

23. Con respecto de la cuestión de en quién recaía la *carga* de invocar la inmunidad, algunos miembros convinieron con el Relator Especial en que, en lo relativo a la troika, el Estado que ejercía la jurisdicción debía de por sí suscitar la cuestión de la inmunidad.

24. Se señaló asimismo que, en lo referente a otros funcionarios que gozaban de inmunidad *ratione materiae*, el Estado del funcionario debía invocarla. Se arguyó, sin embargo, que el razonamiento a favor de que el Estado que ejercía la jurisdicción planteara *motu proprio* la cuestión de la inmunidad no podía limitarse a los casos que se referían a la inmunidad de la troika. Se alegó que ese razonamiento era igualmente aplicable a los supuestos en que era manifiestamente evidente, en las circunstancias del caso, que la jurisdicción se ejercería con respecto a un funcionario que había actuado en el desempeño de sus funciones oficiales. La adopción de ese estándar facilitaría el curso no conflictivo de las relaciones internacionales e impediría las recriminaciones mutuas por la razón, por ejemplo, de que las medidas adoptadas estaban políticamente motivadas. Además, aun estando de acuerdo en que en lo relativo a la inmunidad *ratione materiae* el Estado que ejercía la jurisdicción no tenía ninguna obligación de informarse *motu proprio* al respecto, se indicó sin embargo que podían recomendarse algunas directrices sobre las circunstancias en que el Estado que ejercía la jurisdicción podía *motu proprio* actuar discrecionalmente.

25. Otra opinión expresada sobre una cuestión conexa fue la de que no podía distinguirse claramente entre la invocación en el caso de la troika y en el de otros altos funcionarios que podían gozar de inmunidad *ratione personae*. Era dudoso, pues, que pudieran enunciarse normas absolutas puesto que mucho dependía de las circunstancias de cada caso particular.

26. Se señaló también que algunas de las incertidumbres acerca de si había que ampliar la troika para incluir a otros altos funcionarios, como los ministros de comercio internacional o de defensa, que se señalaron en el debate sobre el segundo informe, guardaban relación asimismo con el informe que se examinaba. Aún más si se consideraban en relación con la diferenciación establecida entre la troika y los funcionarios del Estado que gozaban de inmunidad *ratione materiae*. Si bien los motivos aducidos por el Relator Especial en favor de esa diferenciación parecían plausibles y convincentes, se sostuvo que si en las relaciones internacionales contemporáneas un ministro de relaciones exteriores era solo uno entre varios funcionarios del Estado que con frecuencia representaban al Estado en

el extranjero, no parecía entonces estar justificada una distinción en cuanto a la manera de hacer valer la inmunidad, basada en el hecho de ser generalmente conocida. Por consiguiente, podía haber una razón para examinar más a fondo las conclusiones del Relator Especial sobre en quién recaía la carga de invocar la inmunidad, permitiendo al Estado del funcionario invocar la inmunidad sin hacer ninguna distinción. Lo mismo se aplicaba en relación con la renuncia a la inmunidad.

27. Se señaló asimismo que quizás fuera necesario estudiar más a fondo las posibilidades de promover la cooperación interestatal en cuestiones relativas a la invocación entre el Estado que ejerciera la jurisdicción y el Estado del funcionario, tanto con respecto a la troika como a los demás.

28. Algunos otros miembros consideraban las conclusiones del Relator Especial sobre la invocación desde una perspectiva diferente. Por ejemplo, se expresaron dudas acerca de si la inmunidad *ratione personae* debía hacerse extensiva al ministro de relaciones exteriores, por una parte, y a otros altos funcionarios, por otra, a los efectos del tema, dado que la cuestión no estaba resuelta todavía, y adoptar un planteamiento expansivo con la amenaza del fantasma de la crítica de que la Comisión deseaba ampliar la inmunidad en un momento en que la demanda se inclinaba a favor de una inmunidad limitada, más rendición de cuentas y menos impunidad. Sin embargo, totalmente aparte de la jurisprudencia existente sobre la cuestión, algunos miembros recordaron que las cuestiones de la inmunidad de los jefes de Estado o de gobierno, los ministros de relaciones exteriores y otros altos funcionarios habían sido examinadas antes en la Comisión, últimamente en relación con sus trabajos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, y parecía haber sido resuelta cuando el Relator Especial de ese tema reconoció que no se opondría a que se incluyera una referencia a tales personas mientras ponía en duda que sus familiares gozaran de una condición jurídica especial "de conformidad con normas reconocidas de derecho internacional"¹. También se expresó la opinión de que no había duda de que en derecho internacional consuetudinario los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores gozaban de inmunidad. Cualquier intento de ponerlo en cuestión estaba fuera de lugar.

29. Se señaló también que en el presente informe, como en informes anteriores, el Relator Especial no había distinguido entre delitos "ordinarios", en los que se hacía referencia en el asunto relativo a *Ciertas cuestiones relativas a la asistencia judicial en materia penal*, y delitos internacionales graves, en relación con los cuales se aplicaban consideraciones especiales, como se había aceptado en el debate sobre el segundo informe. Por consiguiente, se señaló que el Relator Especial no había tenido en cuenta la posibilidad de que la cuestión de procedimiento de que se trataba no fuese la de la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella, sino más bien la falta de inmunidad con respecto a situaciones en que se habían cometido delitos internacionales graves, aunque esta posición también fue rebatida por otros miembros que opinaban que la afirmación de que no había inmunidad en el caso de tales "crímenes fundamentales" era abstracta y general, por lo que la Comisión tendría que abordar estas cuestiones con más detalle más adelante.

30. Se señaló asimismo que el Relator Especial no examinaba en su informe los problemas de procedimiento que surgirían en las relaciones entre Estados cuando el derecho interno prohibiera la invocación de la inmunidad respecto de "crímenes fundamentales" como resultado de la aplicación por esos Estados de sus obligaciones internacionales, como sucedía con la legislación interna adoptada para llevar a efecto el Estatuto de Roma.

¹ *Anuario...*, 1989, vol. II, Segunda parte, párrs. 443 a 450.

31. También se hicieron observaciones acerca de la cuestión de la *prueba* de la inmunidad en relación con la inmunidad *ratione materiae*. Refiriéndose a la conclusión del Relator Especial de que era prerrogativa del Estado del funcionario calificar el comportamiento de un funcionario como comportamiento oficial del Estado, pero que el Estado que ejercía la jurisdicción penal no estaba obligado a "aceptar ciegamente" esa calificación, se sugirió que tal conclusión parecía muy general y poco clara. Era necesario encontrar un equilibrio y cada caso tenía que juzgarse según sus méritos; el empleo de términos como "prerrogativa", aunque algunos miembros no veían nada impropio en su uso, y sugerir que existía una "presunción" basada en el mero nombramiento de un funcionario era ir demasiado lejos. En la *Opinión consultiva sobre la inmunidad del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, en que se había basado el Relator Especial, el Secretario General de hecho alegó que la persona interesada actuaba en su calidad de funcionario. Esta opinión consultiva era la confirmación de la proposición general según la cual si las funciones oficiales de la persona y el carácter oficial de sus actos eran manifiestos en una situación determinada, la carga de demostrar que actuaba en el desempeño de sus funciones oficiales era mucho más ligera. Además, como la "presunción" no se aplicaba con respecto a funcionarios que no pertenecían a la troika, se señaló que la concesión de la inmunidad o la negativa a concederla debía decidirse caso por caso, teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes. Los tribunales nacionales determinarían si se trataba de actos realizados en el desempeño de funciones oficiales o no.

32. Se señaló también que por lo menos había que instar al Estado que invocaba la inmunidad a indicar los motivos de su invocación. Algunos miembros expresaron la preocupación de que si un Estado pudiera invocar la inmunidad con respecto a todos sus funcionarios que gozaban de inmunidad *ratione materiae* sin ninguna prueba acerca de la naturaleza del acto, salvo la afirmación de que un funcionario había actuado en el desempeño de sus funciones oficiales, ello equivaldría a conceder *de facto* la inmunidad *ratione personae* a todos los funcionarios del Estado, lo que llevaría a la posibilidad de la inmunidad por actos realizados de hecho a título particular. Con objeto de evitar esa posibilidad —y el evidente peligro de impunidad— el Estado debería estar obligado a aportar pruebas al invocar la inmunidad *ratione materiae*. Se sugirió también que el Estado que alegaba la inmunidad debía estar obligado a justificar la excepción de inmunidad cuando se tratara de delitos internacionales graves; debería haber una obligación de justificación, y no la mera afirmación de la inmunidad.

d) *Renuncia a la inmunidad*

33. Algunos miembros convinieron con el Relator Especial en que el titular del derecho a renunciar a la inmunidad era el Estado del funcionario y no el funcionario mismo y que la renuncia a la inmunidad *ratione personae* debía ser expresa.

34. Se observó, sin embargo, que era necesario distinguir dos situaciones relativas a la renuncia a la inmunidad, a saber, la renuncia a la inmunidad en casos individuales y la renuncia a la inmunidad respecto de ciertas categorías de supuestos contemplados en una norma convencional. Si bien en ambos casos el estándar común con arreglo al cual se determinaban las excepciones a la inmunidad de otro modo aplicable era si la renuncia era "cierta", ello no debería ocultar el hecho de que la determinación de cuándo estaba excluida la inmunidad era diferente, ya que en este caso la cuestión era una cuestión de interpretación del tratado.

35. A este respecto, aunque algunos miembros estaban de acuerdo en que la renuncia a aceptar una renuncia implícita basada en la aceptación de un acuerdo era general, otros expresaron ciertas dudas en lo concerniente a la afirmación que hacía en su informe el Relator Especial de que el consentimiento del Estado en obligarse por un acuerdo internacional que establecía la jurisdicción penal universal por delitos internacionales

graves o que excluía la inmunidad no implicaba el consentimiento en que se ejercitara la jurisdicción penal extranjera con respecto a sus funcionarios y por consiguiente la renuncia a la inmunidad. Se arguyó que dar a entender que un acuerdo de esa índole no podía interpretarse como una renuncia implícita a la inmunidad del funcionario del Estado parte a menos que hubiera pruebas de que tal había sido la intención o el deseo de ese Estado, parecía ser contrario al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En el asunto *Pinochet* (Nº 3), la Cámara de los Lores llegó a su conclusión con respecto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura después de un análisis detallado del contenido de esa Convención. Se afirmó que al celebrar un acuerdo por el que se establecía la jurisdicción universal, con disposiciones *aut dedere aut judicare*, y establecer la jurisdicción penal por delitos internacionales graves sin distinción basada en las funciones oficiales del autor, apuntaba a una interpretación en el sentido de que los Estados partes tenían la intención de excluir la inmunidad. Sin embargo, también se expresó la opinión de que esa inferencia no podía deducirse a la ligera y que la proposición aceptada en el asunto *Pinochet* no podía aplicarse uniformemente como una proposición general.

36. En caso de renuncia, el estándar de certidumbre suponía en cada caso en que hubiere alguna duda una obligación de buena fe de informarse acerca del otro Estado, ya que no se podía presumir a la ligera que determinada conducta del otro Estado constituía una renuncia a la inmunidad. Por otra parte, los Estados que se encontraran en una situación a la que debían dar una respuesta estaban obligados, si deseaban alegar la inmunidad, a manifestarlo claramente en un plazo razonable.

37. Con respecto a si la *no invocación* por un Estado de la inmunidad de un funcionario podía considerarse como una renuncia tácita, se señaló que mientras el Estado no tuviera conocimiento cierto del ejercicio de la jurisdicción contra uno de sus funcionarios, o no hubiere tenido tiempo suficiente todavía para considerar su respuesta, la no invocación de la inmunidad no se podía tomar como una renuncia. Sin embargo, una vez que el Estado interesado había sido plenamente informado y se le había dado tiempo de reflexión suficiente (que no debería ser muy largo), la no invocación de la inmunidad tendría que considerarse normalmente que constituía una renuncia tácita.

38. Algunos miembros estuvieron de acuerdo en que, una vez hecha, una renuncia no podía ser revocada, ya que ello era necesario en interés de la certidumbre jurídica y la seguridad del procedimiento. Era importante que no se pusiera en tela de juicio el carácter de una renuncia como acto jurídico unilateral que determinaba definitivamente la posición del Estado con respecto a uno de sus derechos. A este respecto, algunos miembros pusieron en duda que, en caso de no invocación de la inmunidad *ratione materiae* de un funcionario o la inmunidad *ratione personae* de un funcionario no perteneciente a la troika, se pudiera invocar la inmunidad durante las actuaciones en segunda instancia.

39. Sin embargo, se reconoció que una renuncia limitada que permitiera a un Estado adoptar ciertas medidas preliminares no impediría invocar la inmunidad en una fase ulterior del juicio penal.

e) *Relación entre la invocación de la inmunidad y la responsabilidad del Estado que la invoca por un hecho internacionalmente ilícito*

40. Algunos miembros se declararon de acuerdo con la afirmación del Relator Especial según la cual el Estado que invocaba la inmunidad de su funcionario basándose en que el acto que se le imputaba tenía carácter oficial constituía un reconocimiento que tal acto era un acto del Estado mismo; no obstante, el Estado no reconocía necesariamente de esa manera su responsabilidad por ese acto como hecho internacionalmente ilícito.

41. Se señaló sin embargo que había que reconocer que a veces podía invocarse la inmunidad para evitar la posibilidad de una grave injerencia en los asuntos internos de un Estado, por no mencionar el caso en que el Estado del funcionario deseara investigar por sí mismo y, de estar justificado, enjuiciar a su propio funcionario, ni el de un Estado que deseara invocar cuanto antes la inmunidad para evitar una situación embarazosa o penosa a su funcionario.

42. En cuanto a los planes futuros, se sugirió que, en su próximo período de sesiones, la Comisión examinase primero, preferiblemente en el marco de un grupo de trabajo, la orientación general del tema, centrándose en la cuestión relativa a la medida en que deberían reconocerse excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado, especialmente con respecto a delitos graves de derecho internacional. A la luz de las conclusiones que se alcanzaran en ese grupo de trabajo se podría tomar una decisión sobre cuáles serían los siguientes pasos que debería dar la Comisión en el examen del tema.

3. Conclusiones del Relator Especial

43. El Relator Especial dio las gracias a los miembros por las observaciones tan útiles, interesantes y críticas a sus informes, y señaló que las intervenciones ponían de manifiesto diversas corrientes de pensamiento.

44. El Relator Especial situó las cuestiones en su contexto recordando que en derecho internacional eran muchos los lugares comunes, en particular el de que el desarrollo de los derechos humanos no había dado lugar a la desaparición de la soberanía ni a la eliminación de los principios de la igualdad soberana de los Estados y la no injerencia en sus asuntos internos, pese a haber tenido una importante influencia en su contenido. La cuestión central que había que examinar en relación con el presente tema no era tanto la medida en que los cambios ocurridos en el mundo y en el derecho internacional habían tenido influencia en la soberanía en su conjunto, sino más bien cómo, más concretamente, existía una influencia en la inmunidad de los funcionarios del Estado, basada en la soberanía del Estado; la cuestión esencial era cómo la inmunidad de los funcionarios del Estado en general y la inmunidad de la jurisdicción penal nacional de otros Estados en particular habían resultado afectadas.

45. Aún reconociendo que el impacto en la relación vertical, es decir, en cómo la jurisdicción penal internacional había resultado afectada, era muy clara, el Relator Especial señaló que no ocurría así con respecto a la relación horizontal muy distinta y separada que suponía interacciones entre Estados soberanos y sus jurisdicciones penales nacionales. La cuestión de la jurisdicción penal internacional tenía que separarse y distinguirse totalmente de la jurisdicción penal extranjera. En su opinión, el artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que a menudo se invocaba como prueba de los cambios que se habían producido, probablemente no era pertinente con respecto a la jurisdicción penal extranjera. No era posible invocar ese artículo sin tener plenamente en cuenta también las repercusiones del artículo 98 del mismo Estatuto.

46. El Relator Especial afirmó que no había llegado a las posiciones que enunciaba explícitamente en el segundo informe sobre las distintas cuestiones planteadas en virtud de un razonamiento *a priori*, sino después del examen de la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina y teniendo presentes la experiencia de su vida profesional y su formación jurídica. Ese examen puso de manifiesto que la interacción entre soberanía e inmunidad respecto a la jurisdicción nacional extranjera no había perdido ni un ápice de su importancia. Los Estados seguían mostrándose cautelosos en la protección de sus intereses, especialmente con respecto al ejercicio de la jurisdicción, y mucho más con respecto a la jurisdicción penal que en relación con la jurisdicción civil, porque implicaba la privación de libertad y las posibilidades de detención y prisión; todo ello afectaba indirectamente al ejercicio de la soberanía de un Estado y a la competencia interna de ese Estado. Esta era la

razón por la cual la inmunidad seguía siendo importante; a pesar de la evolución del sistema internacional, los fundamentos a este respecto seguían siendo los mismos.

47. El Relator Especial subrayó que la práctica y la doctrina le habían inducido a destacar la importancia de la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*, y era necesario tener en cuenta esta diferencia en el examen del tema en cuanto al fondo y al procedimiento.

48. Confirmó la presunción de que la inmunidad *ratione materiae* se aplicaba a todos los funcionarios y exfuncionarios del Estado con respecto a los actos ejecutados en el desempeño de funciones oficiales.

49. Por lo que se refiere al círculo de personas que gozaban de inmunidad *ratione personae*, el Relator Especial reafirmó que no había ninguna duda, basándose en un análisis jurídico objetivo, de que la troika gozaba de inmunidad. Esa inmunidad no era exclusiva de la troika. En efecto, la naturaleza de la representación en las relaciones internacionales había cambiado; ya no era exclusiva de la troika, y las resoluciones judiciales, tanto nacionales como internacionales, indicaban que ciertos altos cargos del Estado gozaban de inmunidad *ratione personae*. Por el contrario, que él supiera no había razones para concluir que tal inmunidad no se haría extensiva a funcionarios no pertenecientes a la troika. En reconocimiento de la necesidad de mostrarse prudente, había sugerido que quizás fuera necesario establecer los criterios con arreglo a los cuales ciertos altos cargos gozarían de inmunidad *ratione personae* y mantener la distinción entre tales funcionarios y la troika con respecto a la invocación de la inmunidad y la renuncia a ella desde el punto de vista del procedimiento.

50. El Relator Especial reconocía que el debate había puesto de manifiesto la existencia de importantes diferencias teóricas en lo concerniente a la inmunidad y las excepciones a la inmunidad. No obstante, fuere cual fuese la posición preferida teóricamente, era un principio firmemente arraigado de derecho internacional que ciertos altos cargos de un Estado gozaban de inmunidad de la jurisdicción tanto civil como penal de otros Estados. Esta era la norma —que no admitía excepciones— que se aplicaba a la troika. Así lo confirmaban dos resoluciones de la Corte Internacional de Justicia y venía a ser corroborado claramente por la práctica de los Estados, las resoluciones de los tribunales internos y la doctrina. Admitió que el empleo del calificativo "absoluta" en el informe no era totalmente acertado porque, incluso en el caso de la inmunidad *ratione personae*, tal inmunidad era limitada en cuanto al tiempo y la sustancia.

51. En vista de ello, si las excepciones eran posibles, la Comisión tendría que considerar la inmunidad *ratione materiae*. Sin embargo, la práctica y la jurisprudencia no revelaban una tendencia favorable a esas exclusiones, excepto en el solo caso de que el delito fuera cometido en el territorio del Estado que ejercía la jurisdicción.

52. El Relator Especial subrayó que para que una tendencia diera lugar al nacimiento de una norma era necesario que la práctica fuera predominante, lo que no sucedía en el caso de las excepciones, incluso en relación con la inmunidad *ratione materiae*. No obstante, señaló que todavía se podían examinar otras justificaciones de tal exclusión que no habían sido tomadas en consideración en su segundo informe, como la suspensión de la inmunidad a título de contramedida o la no declaración de inmunidad. Quizás fuera útil que los Estados proporcionaran información sobre esos aspectos.

53. El Relator Especial señaló también que, pese a todo, nada impedía que la Comisión elaborase nuevas normas de derecho internacional cuando las expectativas con respecto a su efectividad estaban justificadas.

54. Abordando las diversas razones en que se basaban las posibles excepciones, el Relator Especial señaló, con respecto a una exclusión fundada en la igualdad ante ley, que en su opinión, no era totalmente convincente, teniendo en cuenta que algunos funcionarios gozaban de inmunidad en el ámbito de su propia jurisdicción.

55. El Relator Especial señaló asimismo que la yuxtaposición de la inmunidad y la lucha contra la impunidad era desacertada porque la historia no acababa ahí; la lucha contra la impunidad se situaba en un contexto más amplio que implicaba una variedad de intervenciones en derecho internacional, en particular la creación de una jurisdicción internacional. El Relator Especial, en respuesta a las observaciones acerca de la necesidad de un equilibrio, recordó que inmunidad no significaba impunidad. Además, la inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual eran conceptos separados. La inmunidad y la jurisdicción penal extranjera eran el problema con que había que lidiar y no la inmunidad y la responsabilidad. Las normas sobre la inmunidad, tal como existían ya actualmente, establecían cierto equilibrio en cuanto a la manera como funcionaba el sistema en su conjunto. Señaló también que la causa de que la institución de la jurisdicción penal universal no fuera en sí misma popular entre los Estados no era la inmunidad, sino la renuencia a utilizarla en las relaciones con otros Estados. Recordó que había escrito en su segundo informe, y seguía pensando que así era, que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial se producía principalmente en los países desarrollados con respecto a funcionarios en activo o exfuncionarios de los países en desarrollo.

56. En cuanto al tercer informe, celebró que hubiera resultado menos polémico y que las diversas conclusiones se hubieran considerado en general razonables. Convino en que las cuestiones de inviolabilidad eran importantes y en que era necesario abordarlas.

57. El Relator Especial señaló que en el futuro sería necesario dedicar atención a las circunstancias en que se podría mejorar la cooperación entre los Estados en materia de inmunidad de los funcionarios del Estado y del ejercicio de la jurisdicción, así como en materia de solución de controversias.

58. El Relator Especial puntualizó que las diversas conclusiones enunciadas en los informes no pretendían ser proyectos de artículo; constituían simplemente un resumen para comodidad del lector. Elaborar unos proyectos de artículo en esta etapa, antes de resolver las cuestiones fundamentales, sería prematuro.

59. Por lo que respecta a la cuestión de la interacción, en esta etapa, con los Estados, el Relator Especial señaló que tal vez fuera útil escuchar en la Sexta Comisión sus comentarios detallados sobre el debate del presente período de sesiones, teniendo en cuenta en particular el segundo informe y la información sobre la práctica de los Estados, incluidas la legislación y la jurisprudencia sobre las cuestiones planteadas en los informes segundo y tercero y en el debate.

60. En respuesta a las observaciones acerca de la reputación de la Comisión, el Relator Especial optó por hacer hincapié en la importancia de la responsabilidad de la Comisión y de los tratadistas de derecho internacional, señalando en especial que lo que queda escrito, como fuente subsidiaria de derecho internacional, produce consecuencias positivas y negativas en el desarrollo del derecho internacional.