

**Asamblea General**

Distr. general
24 de mayo de 2011
Español
Original: ruso

Comisión de Derecho Internacional**63° período de sesiones**

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

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

Preparado por Roman Anatolyevich Kolodkin, Relator Especial

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción.	1–10	2
II. Aspectos procesales de la inmunidad.	11–57	6
A. Momento en que se examina la inmunidad.	11–13	6
B. Invocación de la inmunidad.	14–31	8
C. Renuncia a la inmunidad	32–55	21
D. ¿Puede el Estado del funcionario invocar la inmunidad después de renunciar a ella?	56–57	33
III. Inmunidad del funcionario y responsabilidad del Estado del funcionario	58–60	35
IV. Resumen.	61	38



I. Introducción

1. En su 59º período de sesiones (2007), la Comisión de Derecho Internacional (en adelante la Comisión) decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” y nombró un Relator Especial para el tema¹. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara un estudio de antecedentes sobre el tema².

2. En el 60º período de sesiones (2008), la Comisión examinó el informe preliminar sobre el tema (en adelante, informe preliminar)³. La Comisión también tuvo ante sí el memorando de la Secretaría sobre este tema (en adelante, memorando de la Secretaría)⁴. Debido a que no se presentó el siguiente informe, la Comisión no pudo examinar el tema en su 61º período de sesiones (2009).

3. El segundo informe del Relator Especial (en adelante, segundo informe) fue presentado a la Secretaría cuando ya se estaba celebrando el 62º período de sesiones de la Comisión (2010), razón por la cual la Comisión no pudo examinarlo⁵.

4. En el informe preliminar se hacía una exposición sucinta de la historia del examen de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado realizado por la Comisión y por 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 preliminar del trabajo sobre el tema, entre otras, las fuentes de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; el contenido de los conceptos de “inmunidad” y “jurisdicción”, “jurisdicción penal” e “inmunidad de jurisdicción penal” y la relación entre la inmunidad y la jurisdicción; los tipos de inmunidad de los funcionarios del Estado (inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*); los fundamentos de la inmunidad de los funcionarios del Estado y de la relación entre la inmunidad de los funcionarios y la inmunidad de los miembros de misiones especiales⁶.

5. Además, en el informe preliminar se enumeraban cuestiones que, a juicio del Relator Especial, era necesario examinar para determinar el alcance del tema. Entre esas cuestiones figuraban, en particular: si todos los funcionarios del Estado o solo algunos de ellos (por ejemplo, solo los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores) deben estar incluidos en los futuros proyectos de

¹ En su 2940ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/62/10), párr. 379). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo A del informe de la Comisión (*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. 386.

³ A/CN.4/601.

⁴ A/CN.4/596 y Corr.1.

⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/65/10), párr. 343.

⁶ Informe preliminar, párrs. 27 a 101.

directrices o de artículos que podría elaborar la Comisión en el futuro como resultado del examen del tema; la definición del concepto de “funcionario del Estado”; la cuestión del reconocimiento en el contexto de este tema; y la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de los funcionarios del Estado⁷.

6. Además, entre las cuestiones que, a juicio del Relator Especial, era necesario examinar para determinar el alcance del tema, figuraban: el alcance de la inmunidad, de que gozarían los funcionarios y exfuncionarios, que quedasen incluidos en el ámbito de los proyectos de directrices o de artículos que se elaborasen en el futuro; la denegación de la inmunidad (y, posiblemente, otros aspectos de procedimiento relativos a la inmunidad)⁸.

7. En los párrafos 102 y 130 del informe preliminar figuran las conclusiones a las que llegó el Relator Especial como resultado de su análisis⁹.

⁷ *Ibid.*, párrs. 125 a 129.

⁸ *Ibid.*, párr. 4.

⁹ “(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 esta, 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 jurídica 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) Los actos de un funcionario en el desempeño de sus funciones oficiales son atribuibles 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.”

8. En el segundo informe se examinaron las siguientes cuestiones: alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en sentido general, incluida la cuestión de la inmunidad *ratione materiae*, de que gozan, por regla general, todos los funcionarios en activo y exfuncionarios del Estado¹⁰ y la inmunidad *ratione personae*, de que gozan solo algunos funcionarios del más alto nivel¹¹; de cuáles acciones del Estado que ejerce la jurisdicción penal protege la inmunidad¹²; el alcance territorial de la inmunidad del funcionario¹³; y si existen excepciones a la norma de inmunidad, en particular cuando el funcionario comete delitos de suma gravedad tipificados en el derecho internacional¹⁴.

9. En el párrafo 94 del segundo informe¹⁵ figuran las conclusiones generales a las que llegó el Relator Especial como resultado de su análisis.

“130) a) El presente tema solo 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 las personalidades de rango elevado 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 personalidades de rango elevado que, además de la tríada antes mencionada, gozan de inmunidad *ratione personae*. Se podrá distinguir a estas personas entre todas las personalidades de rango elevado si se logra definir el criterio o los criterios para determinar la condición especial de esta categoría de funcionarios;

f) Existen dudas respecto de la conveniencia de seguir examinando la cuestión del reconocimiento y la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de las personalidades de rango elevado en el marco del presente tema.”

¹⁰ Segundo informe, párrs. 21 a 34.

¹¹ *Ibid.*, párrs. 35 a 37.

¹² *Ibid.*, párrs. 38 a 51.

¹³ *Ibid.*, párrs. 52 a 53.

¹⁴ *Ibid.*, párrs. 54 a 93.

¹⁵ “94) 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;

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 exfuncionario 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 exfuncionario en un país extranjero, inclusive en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción. Es evidente que, 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 exfuncionarios es el mismo, independientemente de la categoría del cargo que hayan ocupado: todo exfuncionario 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;

10. En los informes preliminar y segundo se examinaron aspectos sustantivos o de fondo de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En este tercer informe se analizan los aspectos de procedimiento del tema. Además, como se ha demostrado en el análisis del tema hay otra cuestión que merece considerarse, a saber, la relación entre la tesis planteada por el Estado sobre la inmunidad de su funcionario y la responsabilidad de ese Estado por el acto ilícito cometido por ese funcionario, que da lugar al planteamiento de la cuestión de la inmunidad. En el presente informe se analiza también esta cuestión.

II. Aspectos procesales de la inmunidad

A. Momento en que se examina la inmunidad¹⁶

11. En la práctica, las autoridades competentes del Estado suelen abordar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario del Estado, tan pronto se disponen a iniciar las actuaciones correspondientes. En ese momento, el Estado para el que presta (prestaba) servicios el funcionario, con frecuencia todavía no tiene conocimiento de lo ocurrido. En muchos casos, las primeras actuaciones en el marco de un procedimiento judicial no tienen que ver con las medidas cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad¹⁷. En tales circunstancias, no es necesario que el Estado que ejerce la jurisdicción penal examine la cuestión de la inmunidad y tampoco puede considerarse que esté obligado a hacerlo. Por otra parte, la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario del Estado debería examinarse en principio en la fase inicial del procedimiento judicial o incluso antes, en la fase de instrucción, cuando el Estado que ejerce la jurisdicción aborda la cuestión de si ha de iniciar contra el funcionario actuaciones penales cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*: “las cuestiones de inmunidad son cuestiones previas que deben resolverse cuanto antes *in limine litis*. Es este un principio de derecho procesal comúnmente reconocido”¹⁸. El tribunal de distrito de Gran Bretaña durante el examen de la solicitud de entrega de la orden de detención

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 inmunidad.”

¹⁶ Véase el memorando de la Secretaría, párrs. 220 a 225.

¹⁷ Véase el segundo informe, párrafos 38 a 51, en el que se explican las medidas en el ejercicio de la jurisdicción, cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad.

¹⁸ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva (en adelante, “*Difference Relating to Immunity from Legal Process ...*”) I.C.J. Reports 1999, párr. 63. En los párrafos 67 y 68 del informe preliminar se hace referencia a la necesidad de plantear la cuestión de la inmunidad en la fase inicial del proceso.

librada contra el General S. Mofaz, Ministro de Defensa de Israel, señaló: “[i]t has been argued by the Applicant that if the General enjoys any kind of immunity (...) then the proper time to raise it would be at the first hearing after the warrant has been issued. I am afraid that I disagree with that proposition and take the view that state immunity is one of the issues that I must consider”¹⁹. En principio es necesario abordar en la fase inicial la cuestión de la inmunidad para que se cumpla el objetivo fundamental de la inmunidad, que es garantizar que se mantengan relaciones normales entre los Estados, así como su soberanía²⁰. La necesidad de abordar la cuestión de la inmunidad tan pronto se inicia el proceso judicial, *in limine litis*, también se debe a que de su solución depende que el Estado del foro pueda seguir ejerciendo su jurisdicción penal respecto de dicho funcionario²¹. Cuando el tribunal no aborda en la fase inicial del proceso la cuestión de la inmunidad, se puede producir una violación de las obligaciones del Estado del foro dimanantes de las normas de la inmunidad. Además, el hecho mismo de no analizar la inmunidad *in limine litis* puede considerarse de por sí una violación. En dicha opinión consultiva, la Corte Internacional de Justicia señaló que los tribunales de Malasia tenían la obligación de abordar la cuestión de la inmunidad del Relator Especial como cuestión previa²².

12. Esto último también guarda relación con el examen de la cuestión de la inmunidad en la etapa previa al ejercicio de la jurisdicción penal en el momento en que se decide sobre la adopción de medidas cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad (por ejemplo, la detención por sospecha de haber cometido delito). En

¹⁹ District Court – Bow Street, Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz, 12 de febrero de 2004, párr. 5, reproducido en 53 ICLQ 772 (2004). Véase también G. P. Buzzini, “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), pág. 473. En lo esencial, la necesidad de plantear la cuestión de la inmunidad en la fase inicial del proceso penal se aborda también en la *Decisión sobre inmunidad de la jurisdicción* de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona. Decision on Immunity from Jurisdiction, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber, Case No. SCSL-2003-01-I, 31 de mayo de 2004, párr. 30. Véase también la resolución del Tribunal de Apelación del distrito de Columbia de los Estados Unidos en el caso *Belhas et al. v. Ya’alon* (“[I]t is incumbent upon the court to “engage in sufficient pretrial factual and legal determinations to satisfy itself of its authority to hear the case” when a party claims it is entitled to foreign sovereign immunity”), United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Belhas et al. v. Moshe Ya’alon*, 15 de febrero de 2008, pág. 7. Puede consultarse en: <http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1066141.html>.

²⁰ Véase la observación de A. Gattini relativa a que la inmunidad del Estado como medio necesario “to maintain a minimum procedural order for the sake of peaceful intercourse between sovereign states as well as to avoid possible inequitable and/or discriminatory solutions”, “in order to be effective, could only be *in limine litis*”. Gattini, A., “The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the I.C.J.: Is the Time Ripe for a Change of the Law?”, *Leiden Journal of International Law*, 24 (2011), pág. 192.

²¹ Véanse las observaciones al respecto de J. Verhoeven, que figuran en el párrafo 220 del memorando de la Secretaría. De hecho, la inmunidad, que es una de las decisiones fundamentales relativas a la posibilidad o no de ejercer la jurisdicción extranjera, carece de sentido como fenómeno jurídico, si no se le presta la atención necesaria en la fase inicial del proceso judicial. Por otra parte, el reconocimiento de la inmunidad del funcionario, tanto funcional como personal, no impide, como se señaló en el segundo informe, que se apliquen al funcionario todas las medidas que pueden aplicarse en el ejercicio de la jurisdicción penal, sino solo las que guardan relación con las obligaciones (véanse los párrafos 38 a 51 y apartado 1) del párrafo 94 del segundo informe).

²² *Difference Relating to Immunity from Legal Process ...*, *op. cit.*, párr. 67 2) b).

este caso, si las autoridades correspondientes no abordan la cuestión de la inmunidad del funcionario también pueden estar incumpliendo las obligaciones del Estado que ejerce la jurisdicción respecto de la inmunidad, lo que de por sí puede equivaler a una violación.

13. Sin embargo, lo que antecede debe analizarse teniendo en cuenta la cuestión de la invocación de la inmunidad y a quien corresponde invocarla, que se examinará más adelante. Concretamente, si el Estado del funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* no invoca la inmunidad en la fase inicial del proceso, este podrá seguir su curso y no se planteará la cuestión del incumplimiento de las obligaciones dimanantes de la inmunidad.

B. Invocación de la inmunidad²³

14. Para que un tribunal o cualquier otra autoridad competente de un Estado que ejerce la jurisdicción aborde la cuestión de la inmunidad de un funcionario extranjero, alguien tiene que plantearla. Se trata de a quién le corresponde hacerlo: ¿Al funcionario o el Estado al que presta (prestaba) sus servicios? ¿Al propio Estado que ejerce la jurisdicción?²⁴

15. En el informe preliminar se dice que, la inmunidad pertenece al propio Estado, no al funcionario que le presta (prestaba) sus servicios, es decir al Estado del funcionario²⁵. En sentido estricto, el funcionario solo “goza” de la inmunidad, que jurídicamente le corresponde al Estado. En consecuencia, los derechos dimanantes de esa inmunidad son derechos del Estado. Al defender los derechos dimanantes de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario, el Estado defiende sus derechos y no los derechos de su funcionario²⁶. A este respecto cabe señalar lo que

²³ Memorando de la Secretaría, párrs. 215 a 229.

²⁴ Preguntándose lo mismo, G. Buzzini señaló: “There may be no clear-cut answer to this question”. Buzzini, G. P. *op. cit.*, pág. 473.

²⁵ “El Estado es la garantía de la inmunidad de jurisdicción extranjera *ratione personae* y *ratione materiae* de los funcionarios. Precisamente corresponde al Estado el derecho de rechazar la inmunidad del funcionario, ya sea *ratione personae* o *ratione materiae* (si se trata de un alto funcionario en ejercicio) o solamente *ratione materiae* (si se trata de cualquier funcionario que cesa en sus funciones al servicio del Estado). En última instancia, la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado pertenece al propio Estado, razón por la cual es el único que tiene derecho a renunciar a ella”. Informe preliminar, párr. 94 (se han omitido las notas de pie de página).

²⁶ Esto guarda relación con la inmunidad de los exfuncionarios. En el caso *Orden de detención*, Bélgica afirmó, en particular, que después de que Yerodia dejó de ser Ministro de Relaciones Exteriores, la República del Congo defendió no ya sus derechos, sino los derechos de esa persona, es decir ejerció la protección diplomática y, por consiguiente, debieron haber sido agotados previamente los recursos internos (véase Orden de detención de 11 de abril de 2000 (*República Democrática del Congo c. Bélgica*), *I.C.J. Reports 2002* (en adelante “Orden de detención”), párrs. 37 y 38). La propia República del Congo se basó en que no actuaba en el marco de la protección diplomática, sino que defendía los derechos del Estado congolés en lo que se refería a la violación de la inmunidad de su ministro de relaciones exteriores (véase. *ibid.*, párr. 39). El tribunal estuvo de acuerdo, en lo esencial, con la posición del Congo (*ibid.*, párr. 40). Como señaló el Gobierno de los Estados Unidos en el caso *Samantar*, “a former official’s residual immunity is not a personal right. It is for the benefit of the official’s state”. U.S. District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division, *Bashe Abdi Yousuf, et al., v. Mohamed Ali Samantar*, Statement of Interest of the United States of America, 14 de febrero de 2011, párr. 13, puede consultarse en http://www.cja.org/downloads/Samantar_Stmt_

es jurídicamente importante, es decir lo que tiene consecuencias jurídicas, la invocación de la inmunidad o la declaración de la inmunidad es solo la invocación o declaración que hace el Estado al que presta servicios el funcionario. Todo parece indicar que la declaración del propio funcionario de que goza de inmunidad no tiene la misma importancia jurídica, porque él es solo el beneficiario de esa inmunidad. Esto no significa que tal declaración del funcionario no tenga ninguna validez en el contexto del procedimiento jurídico que le atañe. Esa declaración difícilmente podrá ser pasada por alto por el Estado que está instruyendo el procedimiento penal contra el funcionario. Ese Estado podrá abordar la cuestión de la inmunidad basándose en la declaración. Pero esa declaración, de no estar respaldada por la correspondiente opinión del Estado del funcionario, no tendrá al parecer valor e importancia jurídica suficientes²⁷.

16. Para que el Estado del funcionario pueda hacer una declaración sobre su inmunidad, deberá tener conocimiento del hecho, respecto del cual se han adoptado o se prevé adoptar las correspondientes medidas de procedimiento penal. En consecuencia, el Estado que aplica o prevé aplicar esas medidas deberá informar al respecto al Estado del funcionario. Claro está que esto solo se puede hacer cuando haya quedado establecido o existan razones para suponer que se trata precisamente de un funcionario extranjero. Así pues, la declaración de la persona sobre la cual se va a ejercer la jurisdicción, de que es (o era) funcionario de otro Estado, es motivo para que el Estado que ejerce la jurisdicción informe como procede al Estado del funcionario. Al dictar sentencia en la *Causa relativa a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, la Corte Internacional de Justicia determinó, entre otras cosas que “At no stage have the French courts (before which the challenge to jurisdiction would normally be expected to be made), nor indeed this Court, been informed by the Government of Djibouti that the acts complained of by France were its own acts, and that *the procureur de la République* and the head of National Security were its organs, agencies or instrumentalities in carrying them out. The State which seeks to claim immunity for one of its State organs is expected to notify the authorities of the other State concerned”²⁸.

of Interest.pdf. (En relación con este caso, en los tribunales de los Estados Unidos, se está examinando desde 2004 la cuestión de la admisión a trámite de la causa civil interpuesta por ciudadanos de Somalia contra M. Samatar, ex Ministro de Defensa y Vicepresidente de Somalia en relación con la aplicación de torturas, las ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones de los derechos humanos. Para observaciones sobre este caso, véase por ejemplo: Shatalova, S. V. “Fallo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la causa *Samantar c. Yusuf e inmunidades de los funcionarios extranjeros*”, *Moskovskiy Zhurnal Mezhdunarodnogo Prava*”, núm. 1 (81) (2011), págs. 111 a 130; B. Stephens, “The Modern Common Law of Foreign Official Immunity”, *Fordham Law Review*, 79 (2011), págs. 2669 a 2719).

²⁷ Esta misma lógica se aplica también en la denegación de la inmunidad. Véase el párrafo 33 más adelante. Véase también el párrafo 94 del informe preliminar. En relación con el examen por un tribunal de los Estados Unidos del incumplimiento de algunas órdenes judiciales por parte de F. Marcos (ex Presidente de Filipinas), este declaró que gozaba de inmunidad respecto de la jurisdicción debido a su condición de jefe de Estado. Basándose en esa declaración, el Departamento de Estado de los Estados Unidos envió una nota a la Embajada de Filipinas en la que informaba de las medidas que podían adoptarse contra F. Marcos por decisión del tribunal. En su respuesta, la Embajada envió una nota sobre la denegación del Gobierno de Filipinas de todo tipo de inmunidad al ex Presidente (*In re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, 5 de mayo de 1987, 817 F.2d 1108, C.A.4 (Va.), 1987).

²⁸ *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, párr. 196, *I.C.J. Reports* 2008.

17. De esta manera, la Corte señaló que competía invocar la inmunidad al Estado que quería proteger de la jurisdicción penal extranjera a su funcionario. Si no lo hace, el Estado que ejerce la jurisdicción no está en la obligación de considerar de oficio la cuestión de la inmunidad y, en consecuencia, puede dar curso al procedimiento penal²⁹. Por otra parte, al parecer, el Estado del funcionario puede formular la declaración de inmunidad de este en una etapa más avanzada del proceso penal. Pero en ese caso, difícilmente se podría considerar que las medidas adoptadas contra el funcionario por el Estado que ejerce la jurisdicción antes de la invocación de la inmunidad violan esa inmunidad (entendiéndose, claro está, que el Estado del funcionario tenía conocimiento de que se estaba ejerciendo la jurisdicción penal extranjera sobre él, pero no invocó la inmunidad).

18. Observamos que el fragmento de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia citado en el párrafo 16 *supra*, a juzgar por su contexto, se refiere a la situación de funcionarios que no gozan de inmunidad personal, sino funcional. Dicho enfoque de la situación de las personas que gozan de inmunidad *ratione materiae* parece lógico³⁰. De esta inmunidad gozan los funcionarios y ex funcionarios de nivel inferior y solo en relación con actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales. No se trata de jefes de Estado o de gobierno ni de ministros de relaciones exteriores en funciones. A diferencia de la situación de la “troika”, que se examina más adelante, el Estado que ejerce la jurisdicción respecto de esas personas no está obligado desde el inicio a saber o suponer que se trata de funcionarios o ex funcionarios extranjeros ni que estos, al violar la ley, han actuado a título oficial³¹. Por consiguiente, el Estado para el que presta servicios el funcionario, si quiere protegerlo de un procesamiento penal en el exterior invocando la inmunidad, deberá informar al Estado que ejerce la jurisdicción de que se trata de un funcionario suyo, que goza de inmunidad, debido a que ha cometido los hechos que se le imputan a título oficial³².

²⁹ Las consecuencias de no invocar la inmunidad se analizan más adelante en el presente informe; véanse los párrafos 53 a 55.

³⁰ Sin embargo, G. P. Buzzini, cuestiona esta posición de la Corte Internacional de Justicia. Véase Buzzini, G. P., *op. cit.*, págs. 472 y 473.

³¹ Pese a que, en la mayoría de los casos probablemente haya pruebas materiales de esto.

³² Así fue como, por ejemplo, invocó Israel la inmunidad de A. Dichter, ex Jefe del Servicio de Seguridad del país, en la causa *Matar and ors v. Dichter*. (“In February 2006, Dichter moved to dismiss, arguing (1) that he was immune under the FSIA; (2) that the suit presented a non-justiciable political question; and (3) that the suit implicated the act of state doctrine. At about the same time, Israel’s Ambassador to the United States, Daniel Ayalon, wrote the United States State Department declaring that “anything Mr. Dichter did ... in connection with the events at issue ... was in the course of [his] official duties, and in furtherance of official policies of the State of Israel.” The district court invited the State Department to “state its views, if any” on the issues raised in the motion to dismiss, or other issues it deemed relevant to the case. The State Department’s statement of interest, filed in November 2006, opined that the FSIA afforded immunity for countries, not for individuals, but urged the court to dismiss the suit nevertheless on the ground that Dichter was entitled to immunity under common law as an official of a foreign state”. *Matar and ors v. Dichter*, U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, Appeal decision, 563 F3d 9 (2d Cir 2009); ILDC 1392 (US 2009) 16 de abril de 2009, párr. 6). Puede consultarse en: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1002600.html>). Eso mismo declaró el Embajador de Israel ante los Estados Unidos en relación con M. Ya’alon, ex General de las Fuerzas de Defensa de Israel (ex Jefe de la Inteligencia Militar) en la causa *Belhas v. Ya’alon*. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Belhas et al. v. Moshe Ya’alon*, 15 de febrero de 2008, que puede consultarse en: <http://caselaw.findlaw.com/us-dc->

19. Si se aplica esta misma lógica a la situación relativa al ejercicio de la jurisdicción penal extranjera contra la “troika” de altos funcionarios en activo, a saber el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores que gozan de inmunidad personal, la respuesta a la pregunta planteada anteriormente al parecer sería otra. En primer lugar, al menos, en la mayoría absoluta de casos, el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores son ampliamente conocidos. Por consiguiente, el Estado que ejerce la jurisdicción penal en relación con esa persona, por lo general, sabe que se trata de un alto funcionario extranjero³³. En segundo lugar, también se reconoce ampliamente que estos altos funcionarios en el ejercicio de su cargo gozan de inmunidad personal respecto de la jurisdicción penal extranjera, es decir de inmunidad en relación con las acciones realizadas tanto a título oficial como personal. De ahí que el Estado que ejerce la jurisdicción penal no tenga que saber ni precisar en qué condición ha estado actuando el funcionario extranjero para hacerse un juicio sobre el tipo de inmunidad de que goza. Por eso, cuando se trata del jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores de otro país, el Estado que ejerce la jurisdicción

circuit/1066141.html. En la declaración del Departamento de Estado de los Estados Unidos antes citada en la causa *Samantar* sobre la invocación de la inmunidad se estipula lo siguiente: “the Department of State has determined that Defendant enjoys no claim of official immunity from civil suit. ... Particularly significant among the circumstances of this case and critical to the present Statement of Interest are (1) that Samantar is a former official of a state with no currently recognized government to request immunity on his behalf, including by expressing a position on whether the acts in question were taken in an official capacity, and (2) the Executive’s assessment that it is appropriate in the circumstances here to give effect to the proposition that U.S. residents like Samantar who enjoy the protections of U.S. law ordinarily should be subject to the jurisdiction of our courts, particularly when sued by U.S. residents” (*op. cit.*, véase la nota 26 *supra*, párr. 9).

- ³³ En la práctica, el hecho mismo de que las biografías de los miembros de la “troika” de los Estados del mundo, práctica que ha estado vigente en las relaciones internacionales, sean conocidas por las autoridades de todos (o casi todos) los demás Estados, hace totalmente improcedente el requisito de informar al Estado que ejerce la jurisdicción sobre la situación jurídica y las inmunidades inherentes al cargo del funcionario de que se trate. El Estado que exija esto como condición para reconocer la inmunidad y para el cual sea objetivamente conocida la condición de jefe de Estado (jefe de gobierno, ministro de relaciones exteriores) de otro país, apenas podrá considerarse que esté cumpliendo de buena fe sus obligaciones internacionales.

Ahora bien, esta cuestión podría enfocarse de otra manera. En la preparación de la resolución del Instituto “Les immunités de juridiction et d’exécution du chef d’Etat et de gouvernement en droit international”, 2001, se examinó la cuestión de si procedía incluir en la resolución disposiciones sobre la presentación al tribunal extranjero de pruebas sobre el estatuto de un jefe de Estado o de gobierno. Los miembros del Instituto consideraron que esto no era necesario. El principal argumento consistía en que esta cuestión se resolvía de modo diverso en diferentes sistemas jurídicos nacionales (véase Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire de l’Institut de Droit international*, Vol.69, 2000-2001, sesión de Vancouver, 2001, *Travaux préparatoires et délibérations de l’Institut*, págs.452 a 485). En consecuencia, en el artículo 6 de la resolución se señala lo siguiente: “Les autorités de l’État doivent accorder au chef d’État étranger, dès l’instant où sa qualité est connue, l’inviolabilité, l’immunité de juridiction et l’immunité d’exécution auxquelles il a droit”. En otras palabras, el hecho de que las autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción tengan conocimiento de la posición oficial de un jefe de Estado es suficiente para que dichas autoridades se consideren vinculadas por las obligaciones derivadas de la inmunidad de un jefe de Estado extranjero. No obstante, observemos que al formular observaciones sobre uno de los proyectos de resolución, el miembro del Instituto, J. I. Morin señaló: “[I]l me semble que la pratique démontre que l’immunité doit être plaidée”. *Ibid.*, pág. 584.

penal debe precisar qué tipo de inmunidad ampara a esa persona y determinar cómo va a proceder en adelante con arreglo al derecho internacional. En este caso quizá solo será procedente preguntar al Estado del funcionario si deniega la inmunidad. Por consiguiente, no corresponde a este último Estado plantear la cuestión de la inmunidad ante las autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción penal³⁴.

20. Durante las audiencias en la Causa *relativa a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, A. Pelle, asesor jurídico de Francia, se refirió a la presunción de inmunidad “absoluta y posiblemente irrefutable” de la jurisdicción penal extranjera de un jefe de Estado en funciones o de un ministro de relaciones exteriores; sin embargo, en el caso de los demás funcionarios, dicha presunción no se aplica y la cuestión de su inmunidad deberá determinarse en cada caso concreto³⁵. L. Condorelli, asesor jurídico de Djibouti, no estuvo de acuerdo con la tesis de la presunción en lo que se refería a la inmunidad personal y señaló, entre otras cosas que “Il faut souligner, d’abord, qu’aucune “présomption” au sens propre ne saurait être pertinente pour les chefs d’Etat étrangers en fonction, puisque ceux-ci se trouvent tout simplement sous le couvert d’une immunité totale pour l’ensemble de leurs actes, y compris ceux à caractère privé”³⁶.

21. Por lo visto, la Corte Internacional de Justicia también en su fallo sobre este caso, y al fallar en la causa *Orden de detención* consideró que simplemente no había presunción alguna de inmunidad personal del jefe de Estado (causa *Djibouti c. Francia*) y de toda la “troika” (causa *Orden de detención*) y que el Estado que ejercía la jurisdicción debía cumplir las obligaciones dimanantes de ello. A diferencia de la situación con los dos funcionarios de Djibouti, que no gozaban de inmunidad personal, en relación con los cuales la Corte señaló que Djibouti debió haber informado como correspondía a las autoridades francesas³⁷, en la parte del fallo que atañe al Presidente de la República de Djibouti no se hace referencia

³⁴ A una conclusión análoga llega G. P. Buzzini, aunque utilizando otros argumentos, cuando escribe: “[w]ith respect to state immunity and immunity *ratione personae*, several elements may be identified which would seem to support the view that, when applicable, immunity should be given effect by the authorities of the forum state regardless of any specific invocation. ... [A]s regards the personal immunities accruing to diplomatic agents and members of special missions, the relevant conventions address only the question of waiver of such immunities (which must always be express) and not the question of their invocation. The same solution appears to be implied, as regards the immunities of heads of state and heads of government, in the wording of the resolution adopted by the Institut de Droit international at its Vancouver session in 2001”. (Buzzini, G. P., *op. cit.*, págs. 470 y 471). No obstante, cabe señalar, que la Resolución del Instituto a este respecto se puede interpretar también de otra manera (véase la nota 33 *supra*). G. P. Buzzini utiliza otro argumento en favor de su posición al alegar que el Tribunal Internacional, al fallar en el caso *Orden de detención* “held that Belgium had violated the immunity of the minister for foreign affairs of the ... Congo without raising the question of whether such immunity had been properly invoked, before the Belgian authorities, by the ... Congo or by the minister himself”. *Ibid.*, pág. 471.

³⁵ “[D]ans le cas d’un chef de l’Etat en fonction (ou d’un ministre des affaires étrangères), la “présomption d’immunité” est absolue et, sans doute, irréfutable. Il est couvert par les immunités, un point c’est tout; par contre, pour les autres fonctionnaires de l’Etat, cette présomption ne joue pas et l’octroi (ou le refus) des immunités doit être décidé au cas par cas, en fonction de tous les éléments de l’affaire. Ceci suppose que c’est aux juges nationaux qu’il appartient d’apprécier si l’on se trouve face à des actes accomplis —ou non— dans le cadre des fonctions officielles”. *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Oral Proceedings, CR 2008/5, 25 de enero de 2008, pág. 51, párr. 77.

³⁶ *Ibid.*, Oral Proceedings, CR 2008/6b, 28 de enero de 2008, pág. 52, párr. 7.

³⁷ Véase párr. 16 *supra*.

alguna a que el país debió de alguna manera plantear la cuestión de la inmunidad (aunque, tras recibir información sobre la solicitud que preparaban las autoridades francesas, Djibouti recordó a Francia que el Jefe de Estado gozaba de inmunidad³⁸). La Corte simplemente se basó en este caso en que, como ya había señalado en el fallo sobre la causa *Orden de detención*, “in international law it is firmly established that ... certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State... enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal” y que “[a] Head of State enjoys in particular “full immunity from criminal jurisdiction””³⁹. Además, en el fallo *Orden de detención* tampoco se dice en ninguna parte que las autoridades del Congo debieron informar a las autoridades de Bélgica acerca de la inmunidad de su ministro de relaciones exteriores, de manera que se tuviese en cuenta la cuestión de la inmunidad⁴⁰.

22. En efecto, no está claro del todo por qué se debe considerar solamente la presunción de inmunidad y no la inmunidad simplemente. Pero, en cualquier caso, ya sea que se trate de la presunción “absoluta y posiblemente irrefutable” de la inmunidad personal de los miembros de la “troika” o simplemente de su inmunidad personal, cabe afirmar, por lo visto, que el Estado que ejerce la jurisdicción penal en relación con un jefe de Estado o de gobierno o un ministro de relaciones exteriores de otro Estado debe llegar él mismo a una conclusión sobre la inmunidad de que goza esa persona y sobre las medidas que podrá adoptar contra ella teniendo en cuenta las limitaciones que impone esa inmunidad⁴¹. Y para ello no es un requisito que el Estado del funcionario que goza de inmunidad personal informe al Estado que ejerce la jurisdicción acerca de esa inmunidad.

23. En el informe preliminar se señalaba que, además de la troika, otros altos funcionarios gozan de inmunidad *ratione personae*⁴². En el derecho internacional no existe una lista de esos funcionarios. El Relator Especial propuso en el informe preliminar que se examinasen los criterios por los que había que guiarse al establecer si determinado alto funcionario que no pertenece a la “troika” goza o no de inmunidad personal⁴³. Se refería, en particular, a que además de garantizar la participación del Estado en las relaciones internacionales, uno de los criterios para considerar que el funcionario goza de inmunidad *ratione personae* puede ser la importancia de las funciones que cumple ese alto funcionario para garantizar la

³⁸ *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, párr. 32, *op. cit.*

³⁹ *Ibid.*, párr. 170.

⁴⁰ Sobre este particular, véase la opinión de G. Buzzini, nota 34 *supra*.

⁴¹ Precisamente esto es lo que ocurre en la práctica. Los tribunales examinan por su cuenta la cuestión de la inmunidad del jefe de Estado extranjero o remiten la cuestión a los órganos de poder ejecutivo de su país que puede llegar a una conclusión o recomendación en la que se describen las prerrogativas e inmunidades de ese funcionario. *Cour de Cassation, Affaire Ghaddafi*, Arret No. 1414, 13 de marzo de 2001, Cass Crim.1. Véase, por ejemplo, el fallo sobre la entrega de una orden de detención en los Países Bajos de S. Yudhoyono, Presidente de Indonesia (el tribunal determinó por su cuenta que el Presidente de Indonesia, en su condición de Jefe de Estado, goza de inmunidad, y se negó a ratificar la orden de detención, *Rechtbank s'Gravenhage, Sector civiel recht*, 377038/KG ZA 10-1220, 6 de octubre de 2010, puede consultarse en: <http://www.rechtspraak.nl>). Véase también el Fallo del Tribunal de Casación de Bélgica en la causa *A. Sharon, A. Yaron y otros*, en la parte relativa a A. Sharon, *Court of Cassation of Belgium: H.S.A. et al. v. S.A. et al. (Decision related to the indictment of Ariel Sharon, Amos Yaron and others)*, 12 de febrero de 2003, 42 ILM (2003) 596.

⁴² Informe preliminar, párrs. 117 a 121.

⁴³ *Ibid.*, párr. 121.

soberanía del Estado⁴⁴. El Estado que comienza a ejercer su jurisdicción penal en relación con un alto funcionario extranjero que no pertenece a la “troika” no está en la obligación de saber ni suponer, que esa persona responde a los criterios antes mencionados y posee inmunidad personal. Solo debe informar al Estado del funcionario sobre las medidas que ha adoptado. Resulta lógico afirmar que, si el Estado de ese funcionario considera que esa persona responde a los criterios antes mencionados y goza de inmunidad personal, compete precisamente al propio Estado invocar la inmunidad. En este sentido procesal, la inmunidad personal de los altos funcionarios que no pertenecen a la “troika” es análoga a la inmunidad *ratione materiae*.

24. Cuando se trata del jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores, cuya inmunidad *ratione personae* debe plantearse el propio Estado que ejerce la jurisdicción, es lógico suponer que el Estado del funcionario no está en la obligación de presentar documentos probatorios de la inmunidad ni fundamentarla. Si esto no es evidente⁴⁵, basta solo con ratificar el estatuto oficial de esa persona. Esto puede hacerse por canales diplomáticos, incluso cuando la cuestión esté examinándose en un tribunal⁴⁶. ¿Debe el Estado que invoca la inmunidad funcional de los funcionarios o la inmunidad personal de altos funcionarios que no pertenecen a la “troika” participar en las actuaciones de un tribunal extranjero contra su funcionario, para que se tenga en cuenta la cuestión de la inmunidad, y presentar la justificación de esa inmunidad?

25. En la *Causa relativa a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, Francia afirmó que la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios debe resolverla en cada caso el tribunal extranjero. “The contrary, according to France, “would be devastating and would signify that all an official, regardless of his rank or functions, needs to do is assert that he was acting in the context of his functions to escape any criminal prosecution in a foreign State”. As functional immunities are not absolute, it is, in France’s view, for the justice system of each country to assess, when criminal proceedings are instituted against an individual, whether, in view of the acts of public authority performed in the context of his duties, that individual should enjoy, as an agent of the State, the immunity from criminal jurisdiction that is granted to foreign States ...”⁴⁷. La Corte Internacional de Justicia observó al respecto, que los tribunales franceses no fueron informados por el Gobierno de Djibouti de que las acciones de los funcionarios de Djibouti eran acciones de Djibouti propiamente, y, en un sentido más general, que el Estado “which seeks to claim immunity for one of its organs is expected to notify the authorities of the state concerned”⁴⁸. Por esa razón, en el fallo de la Corte solo se trata de “informar” o

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Dejando a un lado la cuestión de la importancia del reconocimiento a los fines de la inmunidad (consideraciones del Relator Especial al respecto figuran en el párrafo 124 del informe preliminar), cabe prever la posibilidad de que no se haya definido el estatuto del alto funcionario, por ejemplo, cuando está en funciones un gobierno de transición (cuando se nombra al nuevo jefe de gobierno, pero el anterior sigue en funciones) o como resultado de reformas constitucionales, que traen consigo una redistribución sustancial de responsabilidades entre puestos claves del Estado.

⁴⁶ Los medios de invocar la inmunidad se analizan en los párrafos 27 y 28 del presente informe.

⁴⁷ *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, párr. 189, *op. cit.*

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 196. El Departamento de Estado de los Estados Unidos, en la declaración formulada en relación con el caso *Samantar*, especifica que: “The typical practice is for a foreign state to

“poner en conocimiento”, pero no de “justificar” la inmunidad ni por qué cabe afirmar que los funcionarios llevaron a cabo sus acciones a título oficial como autoridades del Estado. En su opinión consultiva sobre la Causa *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, la Corte Internacional de Justicia tampoco recuerda que sea necesario que las Naciones Unidas justifiquen la inmunidad funcional de su funcionario⁴⁹. Sin embargo, en el fallo de la *Causa relativa a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, la Corte observó que “it has not been ‘concretely verified’ before it that the acts which were the subject of the summonses as *témoins assistés* issued by France were indeed acts within the scope of their duties as organs of State”⁵⁰.

26. Señalemos al respecto lo siguiente. En primer lugar, la Corte Internacional de Justicia se refiere en esa cita solamente a que el carácter oficial de las acciones de los funcionarios de Djibouti no quedó “concretamente verificado” por el propio tribunal. En este contexto no se hace mención del tribunal francés. En segundo lugar, en sentido estricto, incluso al mencionar la ausencia de “verificación concreta”, la Corte, repetimos, no menciona la obligación de Djibouti de justificar la inmunidad ni el carácter oficial de las acciones de sus funcionarios, sobre el que basa su decisión. Como señala G. P. Buzzini, al comentar este fragmento del fallo: “[i]t may be argued, especially in the context of an alleged immunity from testimony, that a state wishing to invoke such immunity cannot be deemed to have a duty to substantiate its claim by providing detailed information or evidence which might possibly defeat the whole purpose of that immunity”⁵¹. Resulta que esta lógica funciona en relación con la invocación de la inmunidad funcional en su conjunto y no solamente en lo referente a la inmunidad de prestar testimonio. Para justificar ante un tribunal extranjero o ante un funcionario de otros órganos de poder de un Estado extranjero el carácter oficial de las acciones de sus funcionarios, cabe la posibilidad de que se exija al Estado del funcionario que presente información sumamente delicada de tal naturaleza que ponga al descubierto información sobre

request a suggestion of immunity from the Department of State on behalf of its officials. ... Because the immunity belongs to the state, and not the individual, and because only actions by former officials taken in an official capacity are entitled to immunity under customary international law, the Executive Branch takes into account whether the foreign state understood its official to have acted in an official capacity in determining a former official’s immunity or non-immunity” (*op. cit.*, nota 26 *supra*, párr. 11). Es decir, por una parte, se trata de un “entendimiento”, y no de la demostración por parte del Estado del funcionario del carácter oficial de las correspondientes acciones de este último, y, por la otra, de que para las autoridades de los Estados Unidos, este “entendimiento” se tiene en cuenta al decidir sobre la cuestión de la inmunidad, pese a que, probablemente, ni se considere una obligación.

⁴⁹ En la opinión consultiva se señala que el Secretario General de las Naciones Unidas en su condición de alto funcionario de la Organización debe informar al gobierno del Estado que ejerce la jurisdicción de que la persona que presta servicios para la Organización ha actuado a título oficial y goza de inmunidad. Esto ya sienta las bases de la posición jurídica, que prevé las correspondientes obligaciones del Estado que ejerce la jurisdicción y esa posición, en virtud de que está reconocida por el Tribunal como “presunción”, no requiere justificación y solo puede ser refutada por razones excepcionalmente convincentes. Véase *Difference Relating to Immunity from Legal Process...*, *op. cit.*, párrs. 60 y 61.

⁵⁰ *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, párr. 191.

⁵¹ Buzzini, G. P., *op. cit.*, pág. 467.

asuntos internos que atañen a su soberanía. El objetivo de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera es precisamente la protección de esta esfera⁵².

27. Obsérvese también, que la Corte Internacional de Justicia en la *Causa relativa a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* se refiere a informar “a las autoridades” del Estado que ejerce la jurisdicción, y no limita la cuestión a informar a los tribunales. El señalamiento de la Corte Internacional de Justicia de que se puede informar a las “autoridades” del Estado que ejerce la jurisdicción y no solamente a los tribunales al parecer demuestra que la Corte no consideró que el Estado del funcionario tuviese la obligación de informar precisamente al tribunal extranjero de la inmunidad del funcionario para que ese tribunal examinara la cuestión de la inmunidad. El Estado del funcionario puede invocar la inmunidad del funcionario por la vía diplomática, y por ese medio informar al Estado que ejerce la jurisdicción, y esto basta para que el tribunal de ese Estado examine la cuestión de la inmunidad⁵³. El hecho de que el Estado no esté en la obligación de dirigirse directamente al tribunal extranjero dimana del principio de soberanía y de la igualdad soberana de los Estados⁵⁴.

⁵² Basándose en este razonamiento, en el caso *Belhas et al. v. Ya'alon* (al conocer de la apelación del demandante contra el rechazo del tribunal de distrito de los Estados Unidos a considerar un recurso civil debido a la inmunidad funcional de que gozaba el demandado), el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos en el distrito de Columbia señalaba que exigir la presentación de documentos (“discovery”), que confirmasen que el demandado era un funcionario debidamente autorizado por el Estado de Israel para realizar las acciones que se le imputaban, contravendría el propio objetivo de la inmunidad (“As this Court found in *El-Fadl*, “in light of the evidence that [defendant] proffered to the district court and the absence of any showing by [plaintiff] that [defendant] was not acting in his official capacity, discovery would frustrate the significance and benefit of entitlement to immunity from suit”). *Belhas et al. v. Moshe Ya'alon*, *op. cit.* (véase la nota 32 *supra*).

⁵³ Se puede sacar una conclusión análoga de la opinión consultiva sobre el caso *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos* (véase, *Difference Relating to Immunity from Legal Process ...*, *op. cit.*, párrs. 60 y 61). Además, no se excluye que se pueda hablar de la obligación de las autoridades del Estado, que han recibido la correspondiente información, de ponerla en conocimiento del tribunal nacional que examina el caso del funcionario, cuya inmunidad está en juego. En todo caso, en la mencionada opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia se establece lo siguiente: “Las autoridades de las partes en la Convención tienen la obligación de transmitir esa información a los tribunales internos competentes, que la necesitan para aplicar debidamente la Convención”. *Ibid.*, párr. 61. En este caso, la correspondiente obligación de las autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción dimana de los compromisos con la norma sobre inmunidad de los funcionarios de las Naciones Unidas, consagrada en un convenio internacional. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tiene su fundamento en el derecho internacional general. Por consiguiente, en el derecho internacional general se basa también la mencionada obligación del gobierno del Estado que ejerce la jurisdicción.

⁵⁴ En el comentario del artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes se establece lo siguiente: “La comparecencia ante los tribunales extranjeros para invocar la inmunidad tendría importantes consecuencias financieras para el Estado demandado y, por consiguiente, no debe convertirse en condición necesaria para la determinación de la inmunidad del Estado. Esa parte de la disposición no tiene por objeto, en cambio, disuadir al Estado demandado de comparecer ante el tribunal, lo que constituiría la mejor garantía para lograr un resultado satisfactorio”. Proyecto de artículos sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, con comentarios, 1991. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1991, vol. II, segunda parte, pág. 24.

28. En la práctica los Estados pueden actuar de distinta manera⁵⁵. Si así lo desean, tienen la posibilidad de defender la inmunidad de sus funcionarios en los tribunales extranjeros. Otros pueden limitarse a invocar la inmunidad por la vía diplomática, basándose en que las propias autoridades competentes del Estado que ejerce la jurisdicción informarán al tribunal de que el Estado del funcionario ha hecho valer la inmunidad del funcionario al cual se le está aplicando la jurisdicción⁵⁶. El Estado puede también no asumir ninguna de esas posiciones y actuar según las circunstancias: en algunos casos declarará la inmunidad de su funcionario directamente al tribunal y en otros utilizará solo la vía diplomática, e incluso podrá utilizar todas las posibilidades. Además, hay que tener presente que en lo que respecta a la aplicación de la jurisdicción penal, la cuestión de la inmunidad puede surgir en la etapa previa al juicio. En este caso, es posible que, en general, ni se llegue a invocar la inmunidad ante el tribunal.

29. Para invocar la inmunidad funcional, el Estado del funcionario deberá indicar que los hechos que se le imputan al funcionario fueron llevados a cabo a título oficial (es decir, que son actos del propio Estado). Precisamente el Estado del

⁵⁵ Un buen ejemplo de las diferencias en la práctica del respeto de la inmunidad figura en un fragmento del Fallo del Tribunal Supremo de Filipinas relativo al examen de la solicitud presentada por la Santa Sede de que se dejasen sin efecto las decisiones previas de no reconocer la inmunidad soberana del Vaticano, contra las cuales se había interpuesto un recurso civil. Al analizar si el Departamento de Relaciones Internacionales de Filipinas podía intervenir en el caso como un tercero, el Tribunal describe la práctica de invocar la inmunidad del Estado en un tribunal extranjero: “[W]hen a state or international agency wishes to plead sovereign or diplomatic immunity in a foreign court, it requests the Foreign Office of the state where it is sued to convey to the court that said defendant is entitled to immunity”. Además, resumiendo algunas de las características específicas de esa práctica en los Estados Unidos y Gran Bretaña, el Tribunal señala: “In the Philippines, the practice is for the foreign government or the international organization to first secure an executive endorsement of its claim of sovereign or diplomatic immunity. But how the Philippine Foreign Office conveys its endorsement to the courts varies. In *International Catholic Migration Commission v. Calleja*, ... the Secretary of Foreign Affairs just sent a letter directly to the Secretary of Labor and Employment, informing the latter that the respondent-employer could not be sued because it enjoyed diplomatic immunity. In *World Health Organization v. Aquino* ... the Secretary of Foreign Affairs sent the trial court a telegram to that effect. In *Baer v. Tizon* ... the U.S. Embassy asked the Secretary of Foreign Affairs to request the Solicitor General to make, in behalf of the Commander of the United States Naval Base at Olongapo City, Zambales, a “suggestion” to respondent Judge. The Solicitor General embodied the “suggestion” in a Manifestation and Memorandum as *amicus curiae* ... In some cases, the defense of sovereign immunity was submitted directly to the local courts by the respondents through their private counsels ... In cases where the foreign states bypass the Foreign Office, the courts can inquire into the facts and make their own determination as to the nature of the acts and transactions involved”. *The Holy See*, Petitioner, vs. *The Hon. Eriberto U. Rosario, Jr., as Presiding Judge of the regional Trial Court of Makati, Branch 61 and Starbright Sales Enterprises, Inc.*, Respondents. Republic of the Philippines, Supreme Court, G.R. N° 101949 December 1, 1994. Puede consultarse en: www.chanrobles.com/scdecisions/jurisprudence1994/dec1994/gr_101949_1994.php.

⁵⁶ En la causa ya mencionada de *Belhas c. Ya’alon* (véase la nota 32 *supra*) sobre la inmunidad de M. Ya’alon, ex General de las Fuerzas de Defensa de Israel (ex Jefe de la Inteligencia Militar) de la jurisdicción civil, en una carta del Embajador de Israel en los Estados Unidos, D. Ya’alon a N. Burns, Vicesecretario de Estado de los Estados Unidos. M. Ya’alon presentó esa carta al tribunal de primera instancia que había declarado sin lugar el recurso, así como a la Sala de Apelaciones. De esta misma forma se ratificó el carácter oficial de las acciones de A. Dichter, ex Jefe de los Servicios de Seguridad de Israel. A. Dichter también presentó ante el tribunal una solicitud de desestimación del recurso. *Matar and ors v. Dichter*, *op. cit.* (véase la nota 32 *supra*).

funcionario tiene la prerrogativa de hacerlo, por cuanto se trata de su organización interna y sus relaciones con sus propios funcionarios. Como señaló la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en su fallo en la causa *Fiscal c. Blaskic*, “customary international law protects the internal organization of each sovereign State: it leaves to each sovereign State to determine its internal structure and in particular to designate the individuals acting as State agents or organs. Each sovereign State has the right to issue instructions to its organs, both those operating at the internal level and those operating in the field of international relations, and also to provide for sanctions or other remedies in case of non-compliance with those instructions. The corollary of this exclusive power is that each State is entitled to claim that acts or transactions performed by one of its organs in its official capacity be attributed to the State, so that the individual organ may not be held accountable for those acts or transactions ... The general rule under discussion is well established in international law and is based on the sovereign equality of States (*par in parem non habet imperium*). ... The general rule at issue has been implemented on many occasions, although primarily with regard to its corollary, namely the right of a State to demand for its organs functional immunity from foreign jurisdiction ... This rule undoubtedly applies to relations between States *inter se*”⁵⁷. Dicha prerrogativa del Estado del funcionario dimana de la soberanía del Estado⁵⁸.

⁵⁷ ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-AR108 bis, Appeals Chamber, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997 (29 October 1997), párr. 41 (puede consultarse en <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/en/71029JT3.html>). Una posición parecida tuvo la Corte Internacional de Justicia respecto de las prerrogativas del Secretario General de las Naciones Unidas en relación con los funcionarios de la Organización, al pronunciar su opinión consultiva en el caso de la *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*. La Corte señalaba, en particular, lo siguiente: “Como ha señalado la Corte, el Secretario General, en su condición de primer funcionario administrativo de la Organización, es el principal responsable de salvaguardar los intereses de la Organización. Con tal fin, le corresponde decidir si sus agentes han actuado en el ámbito de sus funciones y, en todo caso, proteger a esos agentes, incluidos los peritos que desempeñan una misión, invocando su inmunidad”. *Difference Relating to Immunity from Legal Process...* *op. cit.*, párr. 60.

⁵⁸ *Prosecutor v. Blaskic*, Judgment on the Request of the Government of Croatia..., *op. cit.*, párr. 41. Como señala F. Seyersted: “The organic jurisdiction of a state implies that all its relations with—and all relations between and within—its organs and officials as such are governed by the public law and by the executive and judicial organs of that State and not by the public or private law or the organs of any other State” (in “Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organisations”, 14 *ICLQ* 1965, pág. 33). Por su parte, M. Shaw, refiriéndose al estatuto del jefe de Estado (y, en particular, en relación con la renuncia de la inmunidad) también se remite al ordenamiento jurídico del Estado, al que presta servicios el funcionario de que se trate (“First, the question of the determination of the status of the head of state before domestic courts is primarily a matter for the domestic order of the individual concerned. In *Republic of the Philippines v. Marcos* (No. 1), for example, the US Court of Appeals for the Second Circuit held that the Marcoses, the deposed leader of the Philippines and his wife, were not entitled to claim sovereign immunity. In a further decision, the Court of Appeals for the Fourth Circuit held in *In re Grand Jury Proceedings Doe No. 770* that head of state immunity was primarily an attribute of state sovereignty, not an individual right, and that accordingly full effect should be given to the revocation by the Philippines government of the immunity of the Marcoses”. M. N. Shaw, *International Law*, 6th ed., 2008, Cambridge Univ. Press, pág. 736. Sobre esto mismo escribe M. Tomonori: “It has incontestably been stated that, “[i]t is the national legal order, the law of the state, which determines under what conditions an individual acts as an organ of the state””. (Aquí el autor se remite a

30. Por otra parte, al parecer, vale la pena tener en cuenta la posición de la Sra. R. Van Alebeek: “The rule of functional immunity does not ... oblige courts to blindly accept *any* claim of a foreign state that an official has acted under its authority. A court may independently inquire into the reasonableness of such claim”⁵⁹. En efecto, el tribunal extranjero no está en la obligación (y tampoco lo están las demás autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción) de “aceptar ciegamente cualquier” declaración del Estado del funcionario. Pero el tribunal tampoco puede pasar por alto este tipo de declaración, si de las circunstancias del caso no surgen evidencias de otra cosa, puesto que, como se señaló en párrafos anteriores, la prerrogativa de determinar si el comportamiento de su funcionario ha sido de carácter oficial compete al Estado del funcionario y no al Estado que ejerce la jurisdicción. No obstante, en este contexto cabría preguntarse, ¿no es acaso presunción del carácter oficial de las acciones o del comportamiento del funcionario, el hecho de que el Estado del funcionario así las califica? Al menos, la Corte Internacional de Justicia así lo señaló respecto de una presunción análoga planteada en el caso *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos*. Uno de los elementos fundamentales en la situación objeto de examen en este caso era el siguiente. El Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, en representación del Secretario General de la Organización, informó al Gobierno de Malasia de que el Relator Especial de la Comisión, al realizar actos que habían sido objeto de actuaciones judiciales en Malasia, estaba cumpliendo funciones oficiales y, por consiguiente, gozaba de inmunidad en relación con esas acciones⁶⁰. Así pues,

H. Kelsen: Hans Kelsen, *Principles of International Law* (1952), pág. 117; M. Tomonori, “The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires* Conduct”, 29 *Denver Journal of Int’l Law and Policy*, 2001, pág. 276. J.-Y. Morin, respondiendo a una pregunta del Relator durante la formulación de la Resolución del Instituto de 2009, recuerda el principio establecido “selon lequel chaque Etat est libre de d’attribuer lui-même l’exercice de ses compétences à des personnes qu’il désigne comme ses agents”, *Travaux préparatoires, The Fundamental Rights of the Person and the Immunity from Jurisdiction in International Law, Annuaire de l’Institut de droit international, Session de Naples. Vol.73* (2009), pág. 19.

⁵⁹ Van Alebeek, R. *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, 2006, pág. 166. La Sra. Van Alebeek escribe más adelante: “Certain acts are so inherently personal that it cannot be reasonably claimed that they were performed under authority of a state. It is hard to dispute, for instance, that a head of state that murders the proverbial gardener in a fit of rage was committing anything but a purely private crime. Likewise, the veil of state authority could not convincingly cover the trade in narcotic substances for purely private benefit. That such a purely private act is committed during the exercise of an official’s functions does not make a difference. In sum, the claim that acts should be attributed to the state rather than to the state official personally cannot be frivolously relied on by foreign states to protect their state officials.” *Ibid.* En el Segundo informe (véanse el párrafo 26 y ss.) se establece que es el propio Estado el que puede determinar los criterios para calificar las acciones o el comportamiento de sus funcionarios. La propia Comisión examinó a fondo esta cuestión durante la formulación de los proyectos de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (Draft Articles of Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001), en *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two. Véanse, en particular los artículos 4 y 7 y las observaciones al respecto. *Ibid.*, págs. 40 a 42, 45 a 47).

⁶⁰ “Actuando en nombre del Secretario General, el Asesor Jurídico consideró las circunstancias de la entrevista y de los pasajes objeto de controversia del artículo y determinó que Dato’ Param Kumaraswamy había sido entrevistado en su condición de Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, que el artículo se refería claramente a su actuación en nombre de las Naciones Unidas y a su mandato en tanto que Relator Especial de las Naciones

se trataba de la inmunidad de un funcionario de las Naciones Unidas *ratione materiae*, basada en que las acciones de esa persona fueron realizadas a título oficial, sobre lo cual la Organización había informado a Malasia. Sobre el particular, el tribunal declaró: “Cuando se somete a los tribunales internos un asunto que afecta a la inmunidad de un agente de las Naciones Unidas, hay que notificarles inmediatamente cuál es la opinión del Secretario General al respecto. Esa opinión, y su expresión documental, crea una presunción que solo puede destruirse por razones muy graves y que, por lo tanto, debe tener el máximo peso en los tribunales internos”⁶¹. Como es de suponer en este caso no solo se trata de la presunción de la inmunidad funcional, sino también de la presunción del carácter oficial de las acciones del funcionario, que se produce cuando la Organización a la que presta servicios el funcionario informa sobre el carácter de las acciones de ese funcionario al Estado que ejerce la jurisdicción⁶².

31. Lo antedicho respecto de que el Estado de un funcionario que goce de inmunidad funcional no tiene la obligación de participar en el proceso judicial ni de informar directamente al tribunal extranjero acerca de la inmunidad del funcionario, para que el tribunal tenga en cuenta la cuestión de la inmunidad se refiere también, como es de suponer, a una situación en la que se trate de la inmunidad personal de altos funcionarios que no pertenezcan a la “troika”. En este caso, el Estado del funcionario tampoco está obligado a participar en las actuaciones judiciales y puede informar sobre la inmunidad de su funcionario solo al gobierno (y no necesariamente al tribunal) del Estado que ejerce la jurisdicción para que los órganos de poder correspondientes del otro Estado, en particular, el tribunal, tengan en cuenta su inmunidad. Por otra parte, tomando en consideración las circunstancias enumeradas en el párrafo 23 del presente informe, el Estado del funcionario deberá presentar justificación de que, considerando su estatuto y sus funciones, el funcionario cumple los criterios que permiten afirmar que goza de inmunidad personal, pese a que no es jefe de Estado o de gobierno ni ministro de relaciones exteriores. La cuestión del estatuto, las funciones y la importancia del funcionario para el ejercicio de la soberanía del Estado guarda relación con la competencia interna de ese Estado, al igual que la cuestión de si las acciones del funcionario

Unidas de investigar a nivel mundial denuncias relativas a la independencia del poder judicial, y que había citado pasajes relativos a tales denuncias. Por consiguiente, el 15 de enero de 1997, el Asesor Jurídico, en una nota verbal dirigida al Representante Permanente de Malasia ante las Naciones Unidas ‘pidió a las autoridades malasias competentes que informaran con prontitud a los tribunales malasios de la inmunidad del Relator Especial contra toda acción judicial con respecto a esa denuncia concreta’”. *Diferencia relativa a la inmunidad judicial* ..., Petición de una opinión consultiva transmitida a la Corte en cumplimiento de la decisión 1998/297 del Consejo Económico y Social de 5 de agosto de 1998 (Nota del Secretario General “Privilegios e inmunidades del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la independencia de magistrados y abogados”, párr. 6). Puede consultarse en: <http://www.icj-cij.int>.

⁶¹ *Difference Relating to Immunity from Legal Process* ..., *op. cit.*, párr. 61.

⁶² Consideraciones análogas guiaron, por lo visto, a los tribunales de distrito y de apelación del Distrito de Columbia de los Estados Unidos, al reconocer la inmunidad del general M. Ya’alon en un recurso civil presentado en nombre de las víctimas de acciones militares de las fuerzas armadas israelíes. El Tribunal de Apelación declaró, en particular, en su veredicto de 15 de febrero de 2008: “In light of the absence of any indication in the complaint that General Ya’alon acted outside his scope of authority and the Israeli ambassador’s statement that his actions were within the authority given to him by the State of Israel, General Ya’alon qualifies for the immunity provided by the FSIA”.

tienen carácter oficial⁶³. Por eso, el Estado que ejerce la jurisdicción no puede pasar por alto la invocación de la inmunidad personal del funcionario extranjero, aunque no forme parte de la “troika”. Por otra parte, al igual que en el caso de la determinación de si las acciones del funcionario son oficiales, el Estado no está obligado a “aceptar ciegamente cualquier” declaración de ese tipo del Estado del funcionario.

C. Renuncia a la inmunidad⁶⁴

32. Como se señaló en los comentarios de la Comisión acerca del Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, la inmunidad de un Estado no se aplica cuando ese Estado ha convenido en que se le aplique la jurisdicción de otro Estado⁶⁵. Un elemento importante de la inmunidad es el hecho de que no exista tal acuerdo⁶⁶. El consentimiento de un Estado para que se le aplique la jurisdicción de otro Estado constituye la esencia de la renuncia de la inmunidad. Cabe suponer que esto también se aplica plenamente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de Estado⁶⁷. Como se señala en el memorando de la Secretaría, “[e]l fundamento en que se basa la renuncia a la inmunidad —como el fundamento de la inmunidad misma— se basa en la igualdad soberana de los Estados y el principio *par in parem non habet imperium*”⁶⁸.

33. En el párrafo 15 del presente informe se recuerda que en el informe preliminar se hacía referencia a que la inmunidad no pertenecía al propio funcionario, sino al Estado del funcionario. En consecuencia, solo ese Estado puede invocar de forma jurídicamente válida la inmunidad de su funcionario. Esta misma lógica es aplicable a la renuncia de la inmunidad. Goza de reconocimiento prácticamente general el hecho de que corresponde al Estado y no al propio funcionario el derecho de renunciar a la inmunidad del funcionario, ya se trate de la inmunidad *ratione personae* o de la inmunidad *ratione materiae*⁶⁹. Mientras preparaba el proyecto de

⁶³ Como señaló M. Khmud en el 60º período de sesiones de la CDI, “[t]he status of an official was a matter to be decided by the State entitled to immunity pursuant to its domestic law and it was not a matter of discretion for the authorities of the State exercising jurisdiction”. A/CN.4/SR.2985, 25 de julio de 2008, pág. 25.

⁶⁴ Memorando de la Secretaría, párrs. 246 a 269.

⁶⁵ “La inmunidad del Estado ... no es aplicable si el Estado de que se trata ha consentido en el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales de otro Estado. No existe obligación alguna ... por parte de ningún Estado de abstenerse de ejercer su jurisdicción, de conformidad con sus reglas de competencia, sobre o contra otro Estado que haya consentido en tal ejercicio. La obligación de abstenerse de someter a otro Estado a la propia jurisdicción no es una obligación absoluta. Está claramente subordinada a la inexistencia o falta de consentimiento del Estado contra el cual se quiere ejercer la jurisdicción”. Comentario al proyecto de artículo 7, Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (con comentarios), 1991. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1991*, vol. II, segunda parte, pág. 27.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ En relación con la inmunidad del jefe de Estado, A. Watts escribe: “En los casos en que existe una inmunidad, se puede renunciar a ella y otorgar consentimiento para el ejercicio de la jurisdicción ...”. A. Watts “The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers” *RdC*, 1994-III, pág. 67.

⁶⁸ Memorando de la Secretaría, párr. 249.

⁶⁹ Véase el memorando de la Secretaría, párr. 265. En el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Orden de detención*, se señala que los funcionarios del Estado “dejarán de disfrutar de inmunidad de jurisdicción extranjera si el Estado que representan o han representado decide

artículos sobre relaciones diplomáticas, la Comisión llegó a esta misma conclusión en relación con el personal de la representación diplomática⁷⁰, que, posteriormente, la Comisión utilizó como fundamento para su labor relativa a los proyectos de artículos sobre relaciones consulares, las misiones especiales y la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal⁷¹. Con esta conclusión estuvieron de acuerdo los Estados al incluir las

renunciar a dicha inmunidad”. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2002, párr. 61. Como se señala en la Declaración de interés de los Estados Unidos de América en la causa *Samantar*, “[b]ecause the immunity is ultimately the state’s, a foreign state may waive the immunity of a current or former official, even for acts taken in an official capacity”. Además, el Gobierno de los Estados Unidos se remite a la causa *In re Doe* (en esta causa se impugnó la citación de comparecencia dictada por el tribunal de primera instancia contra F. Marcos, ex Presidente de Filipinas, y su esposa. U.S. Court of Appeals, 2nd circuit, 860 F.2d 40), en cuyo fallo se señalaba: “Because it is the state that gives the power to lead and the ensuing trappings of power—including immunity—the state may therefore take back that which it bestowed upon its erstwhile leaders”. En la causa *Yousuf c. Samantar*, Declaración de interés de los Estados Unidos de América, *op. cit.* (véase la nota 26 *supra*), párr. 10. Véase también el párrafo 1 del artículo 7 de la resolución del Instituto de 2001 (“Le chef d’Etat ne jouit plus de l’inviolabilité, de l’immunité de juridiction ou de l’immunité d’exécution qui lui sont accordées en vertu du droit international lorsque son Etat y a renoncé. Cette renonciation peut être explicite ou implicite, pourvu qu’elle soit certaine. Il appartient au droit national de l’Etat intéressé de déterminer l’organe compétent pour décider de cette renonciation.”). La resolución del Instituto sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de las personas que actúan en nombre del Estado en caso de delitos internacionales, de 2009, contiene las siguientes disposiciones sobre la renuncia a la inmunidad: “States should consider waiving immunity where international crimes are allegedly committed by their agents” (Article II (3). Ahora bien, es evidente, que en este caso se prevé no solo el derecho del Estado como titular de la inmunidad a denegarla, sino también la recomendación de proceder precisamente de esa manera en caso de comisión de delitos). Véase también, por ejemplo, Brownlie I., *Principles of International Law*, 6th ed., Oxford Univ. Press, 2003, pág. 335; Buzzini G. P., *op. cit.*, pág. 474. Dominice Ch. “Quelques observations sur l’immunité de juridiction pénale de l’ancien chef d’Etat”, *R.G.D.I.P.* No. 2, 1999, págs. 297 a 308 (“Les immunités, leurs contours et leurs limites, sont fixées par le droit international. Lorsqu’elles existent, c’est effectivement l’Etat qui peut renoncer a son immunité ou a celle de l’un de ses organes”, pág. 306). “It is the State which is the real beneficiary of the immunity, and it is the State which may waive it, irrespective of the wishes of the person claiming the immunity” in “An Introduction to International Criminal Law and Practice”, 2nd ed., 2010, Cambridge University Press, R. Cryer et al., pág. 534. Al referirse al examen de la renuncia de la inmunidad de los representantes diplomáticos, M. Shaw señala que en el caso “*Fayed v. Al-Tajir* [1987 2 All ER 396] the Court of Appeal referred to an apparent waiver of immunity by an ambassador made in pleadings by way of defence. Kerr LJ correctly noted that both under international and English law, immunity was the right of the sending state and that therefore ‘only the sovereign can waive the immunity of its diplomatic representatives. They cannot do so themselves’”. M. N. Shaw, *op. cit.*, pág. 771.

⁷⁰ Véase el debate sobre la renuncia de la inmunidad durante los trabajos sobre el Proyecto de artículos relativos a las relaciones e inmunidades diplomáticas en el noveno período de sesiones de la CDI, de 27 de mayo de 1957, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1957, vol. I, págs. 111 a 113. La Comisión aprobó sin objeciones el proyecto de párrafo 1 del artículo 21, en que se establecía que, la renuncia de la inmunidad corresponde al Estado acreditante. En los proyectos aprobados por la Comisión, esta formulación quedó incluida en el párrafo 1 del artículo 30: “El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos”. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1958, vol. II, pág. 106.

⁷¹ Es característico el comentario formulado por la Comisión en relación con el artículo 45 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares: “La facultad de renunciar a las inmunidades corresponde al Estado que envía, que es el sujeto de los derechos que se deducen de los presentes artículos. El funcionario consular no puede hacerlo por propia iniciativa”. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1961, vol. II, pág. 132.

disposiciones correspondientes aprobadas sobre la base de los proyectos de artículos de las convenciones que se mencionan *supra*⁷². No hay motivos para suponer que esta conclusión no se aplique a todos los funcionarios del Estado⁷³.

34. El propio Estado es el que determina cuál es el órgano estatal competente para renunciar a la inmunidad de los funcionarios con arreglo a su organización interna, lo cual, como es de suponer, no es objeto de la normativa de derecho internacional⁷⁴. Ahora bien, hay que prestar atención especial en este contexto a la situación de renuncia de la inmunidad de los funcionarios de Estado que pertenecen a la “troika” (aquí se trata naturalmente de esos funcionarios en ejercicio)⁷⁵.

35. Los jefes de Estado y, en muchos casos, los jefes de gobierno son las máximas autoridades del Estado. Se considera que ambos, junto con el ministro de relaciones exteriores, representan al Estado en las relaciones internacionales sin necesidad de que haya que asignarles atribuciones más amplias. Dada esta situación, surge la pregunta de si pueden ellos mismos renunciar a la inmunidad de la jurisdicción extranjera de que gozan.

36. Esta cuestión, en cierta medida, tiene un carácter hipotético. Como señala M. A. Tunks, “[i]n practice, it is extremely uncommon for a sitting head of state’s immunity to be waived because he is often the person who has the power to control whether or not to issue a waiver”⁷⁶. En esta doctrina hay dos puntos de vista que

⁷² La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 (art. 32), la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (art. 45), la Convención sobre misiones especiales de 1969 (art. 41) y la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal de 1975 (arts. 31 y 61).

⁷³ Al estudiar la cuestión general de si es procedente la renuncia a la inmunidad por parte del Estado, en particular, del jefe de Estado, el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos se basa también en la analogía con la inmunidad diplomática: “Related principles of diplomatic immunity support the conclusion that head-of-state immunity can be waived by the sovereign ... Clearly, an individual enjoys diplomatic immunity only at the pleasure of that individual’s state. It is true that this provision of the Vienna Convention [on Diplomatic Relations] applies only to diplomats, but we see no reason that its rationale should not also apply to heads of state. It would be anomalous indeed if a state had the power to revoke diplomatic immunity but not head-of-state immunity”. *In re Grand Jury Proceedings, John Doe # 700*, U.S. Court of Appeals, Forth Circuit, 5 May 1987, 817 F.2d 1108.

⁷⁴ En la segunda oración del párrafo 1 del artículo 7 de la resolución del Instituto de 2001 (véase la nota 33) se hace referencia directa a eso: “Il appartient au droit national de l’Etat intéressé de déterminer l’organe compétent pour décider de cette renonciation”.

⁷⁵ Como señala G. Verhoeven, “[s]i problème il y a, il concerne surtout la personne qui se trouve au faite de la hiérarchie et qui n’a pas de supérieur immédiat auquel on puisse se référer, ce qui vise principalement le chef de l’État étranger”. Joe Verhoeven (dir.) *Droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, 2004, Larcier, pág. 114.

⁷⁶ M. A. Tunks, “Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity”, 52, *Duke Law Journal* (2002) 651, pág. 673, nota 123. Más adelante, el autor ilustra acertadamente esta tesis al referirse a la causa *Lafontant c. Aristide*: “This catch-22 is illustrated in the *Aristide* case. The de facto Haitian government supported the lawsuit and tried to waive Aristide’s immunity, but it was unable to do so because Aristide represented the only Haitian government recognised by the United States; consequently, only Aristide could waive his own immunity”. *Ibid.* Al analizar la posibilidad hipotética de denegar la inmunidad en la causa *Howland c. Resteiner*, un tribunal federal de distrito de los Estados Unidos observó: “[E]ven if head-of-state immunity does apply to former heads of state, that immunity may be waived at any time either by Dr. Mitchell in his present capacity as the head of state of Grenada or by any subsequent administration that should come into power after Dr. Mitchell’s tenure has ended” (el objeto de

llaman la atención. Como señaló A. Watts en relación con los jefes de Estado, “[w]aiver of a Head of State’s immunity ... is complicated by the fact that he is the ultimate authority within his own State”⁷⁷. A su juicio, teniendo presente que el jefe de Estado es el órgano superior del Estado, su renuncia a la inmunidad será válida⁷⁸. Sin embargo, J. Verhoeven considera que el jefe de Estado no puede personalmente renunciar a las inmunidades, “habida cuenta de que ellas protegen a funciones que ejerce exclusivamente en interés del Estado a cuyo frente se encuentra”⁷⁹. J. Verhoeven señala que la prerrogativa de la renuncia a la inmunidad del jefe de Estado corresponde a las autoridades competentes de ese Estado⁸⁰. De manera que, cada Estado determinará, de conformidad con su derecho interno, cuáles son las autoridades que tienen competencia para renunciar a esa inmunidad, como ocurre en el caso de la renuncia de la inmunidad de otros funcionarios⁸¹.

37. Evidentemente, la lógica que aplica A. Watts, que está basada en la jerarquía de los funcionarios y de los órganos estatales, parte del supuesto de que el ministro de relaciones exteriores no puede por sí mismo renunciar a la inmunidad, ya que no ocupa el cargo de mayor categoría del Estado y es siempre el funcionario de más alto rango o el órgano de poder de categoría superior, el que puede hacer renuncia de la inmunidad del ministro de relaciones exteriores. Con semejante procedimiento no queda clara la situación del jefe de gobierno: en algunos países el jefe de gobierno es el funcionario de más alto rango, en otros, no lo es.

38. Posiblemente haya que analizar esta cuestión partiendo de que se considera que esos tres altos funcionarios, en virtud de sus cargos, representan al Estado en las relaciones internacionales. Si se tiene en cuenta esta circunstancia, y no solo las consideraciones de jerarquía, cabe afirmar que el Estado que ejerce la jurisdicción

examen era la entrega de una demanda civil contra tres acusados, entre ellos Dr. Mitchell, Primer Ministro de Granada, así como a su esposa M. Mitchell; el tribunal reconoció la inmunidad de ambos respecto de la demanda teniendo en cuenta la Declaración de Inmunidad, emitida por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, y el hecho de que no se había denegado la inmunidad, aunque sin perjuicio de que se pudiese entregar nuevamente la demanda). *Charles v. Howland v. Eric E. Resteiner, et al.* U.S. District Court, E.D. New York, No. 07-CV-2332, 5 de diciembre de 2007. Puede consultarse en: <http://www.westlaw.com>. La posibilidad misma de denegar la inmunidad a un jefe de Estado no crea duda de ningún tipo. A esto se refiere, por ejemplo, una resolución del Instituto de 2001 (pág. 7 (1)). Además, por ejemplo, Y. Dinstein, mientras trabajaba en el Instituto en el proyecto de resolución de 2009 señaló que “the capacity to waive immunity was vested in the State and not in the individual who benefited from it. This was true even when the immunity was labeled ‘personal immunity’, since immunity was never personal in the full sense of the word. If the State exercised its option of waiving that ‘personal immunity’, the person concerned (regardless of his or her wishes) was subject to the exercise of the very jurisdiction that he or she was trying to avoid”. *Annuaire de l’Institut de droit international. Session de Naples*, vol. 73 (2009), pág. 199 (puede consultarse en: <http://www.idi-iil.org>).

⁷⁷ Watts A., *op. cit.*, pág. 67.

⁷⁸ *Ibid.*, pág. 68. A. Watts examina por separado la renuncia de la inmunidad del jefe de Estado en relación con hechos cometidos a título oficial y acciones realizadas a título personal, y en ambos casos llega a la conclusión de que el propio jefe de Estado puede renunciar a la inmunidad. Sin embargo, a su juicio, es mucho más evidente la posibilidad de que el propio jefe de Estado renuncie a la inmunidad por acciones realizadas a título personal. *Ibid.*

⁷⁹ Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 69, 2000-2001, Session de Vancouver, 2001, Travaux préparatoires et délibérations de l’Institut, pág. 550.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Véase la ya citada segunda oración (nota 74 *supra*) del párrafo 1 del artículo 7 de la resolución del Instituto de 2001. Véase también Verhoeven J., Rapport Provisoire, párr. 34, *ibid.*, pág. 534.

penal contra semejante funcionario, y obtiene del funcionario la renuncia de la inmunidad, tiene derecho a creer que el Estado del funcionario tiene esa misma disposición, por lo menos, mientras no reciba de ese Estado información en contrario.

39. Junto con la cuestión de quién tiene derecho a renunciar la inmunidad del funcionario, es menester analizar también la forma de renuncia de la inmunidad⁸². ¿Deberá siempre expresarse por escrito la renuncia a la inmunidad del funcionario o basta con que exista una renuncia implícita?, o, independientemente de si la renuncia es expresa o implícita, ¿basta con que sea clara?

40. La Comisión debatió sobre esta cuestión en la preparación de los proyectos de artículos sobre relaciones diplomáticas, las relaciones consulares, las misiones especiales, la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, y las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. En este sentido, la labor de la Comisión relativa al proyecto de artículos sobre relaciones diplomáticas fue decisiva para los primeros cuatro proyectos. En el proyecto de artículos preparado por la CDI en relación con la renuncia de la inmunidad del agente diplomático se establecía lo siguiente: “en lo penal, la renuncia ha de ser siempre expresa”⁸³. En el comentario sobre esta disposición, la Comisión estipulaba lo siguiente: “Se establece una distinción entre la acción penal y la acción civil. En el primer caso, la renuncia ha de ser expresa. Tanto en la acción civil como en la acción administrativa, puede ser expresa o implícita...”⁸⁴. Sin embargo, los Estados decidieron otra cosa, por lo que el requisito de que la renuncia a la inmunidad siempre deberá expresarse por escrito, previsto en el párrafo 2 del artículo 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, guarda relación tanto con la inmunidad de la jurisdicción penal como de la jurisdicción civil⁸⁵. De manera análoga se formularon las disposiciones sobre la renuncia de la inmunidad en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (párr. 2 del art. 45), en la Convención sobre las misiones especiales de 1969 (párr. 2 del art. 41) y en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal de 1975 (párr. 2 del art. 31 y párr. 2 del art. 61)⁸⁶. Observamos que el requisito de la renuncia por escrito a la inmunidad, excepto en el caso de la Convención sobre Relaciones Consulares, se refiere a personas que gozan de

⁸² “Una importante cuestión en relación con la renuncia a la inmunidad de los funcionarios del Estado es la relativa a la forma que dicha renuncia puede adoptar”. Memorando de la Secretaría, párr. 250.

⁸³ Párrafo 2 del artículo 30. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1958, vol. II, pág. 106.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Solo la renuncia claramente expresa, según la opinión expresada por algunas delegaciones en la conferencia, puede ser prueba suficiente de la intención real del Estado de renunciar a su inmunidad. Y como la inmunidad protege, en primer lugar, al Estado (al tiempo que el agente diplomático solo goza de ella), a los efectos de la renuncia a la inmunidad, no hay razones para establecer diferencias entre la jurisdicción penal y la civil. Véase, *United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities* (A.CONF.20/14) Official Records, vol. I, párr. 174 y ss.

⁸⁶ Por otra parte, es evidente que todas estas convenciones admiten la renuncia implícita a la inmunidad respecto de la jurisdicción civil. En particular, disposiciones análogas de todos los artículos mencionados indican que el inicio de un proceso judicial por una persona que goza de inmunidad le priva de su derecho a ampararse en la inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier reconvencción relacionada directamente con la demanda principal. Véase la nota 109 *infra*.

inmunidad de jurisdicción penal extranjera a título personal. Además, en todos los casos, se trata de personas conocidas del Estado en el que prestan servicios y cuya condición jurídica también es harto conocida de ese Estado. Son los funcionarios consulares y los empleados del consulado que gozan solo de inmunidad funcional.

41. Son conocidos los fallos de los tribunales nacionales en los que se hace mención a la necesidad de la renuncia inequívocamente expresa a la inmunidad del jefe de Estado. En el Memorando de la Secretaría, entre los ejemplos de fallos de esa índole figuran el del Tribunal Federal de Suiza en la causa *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office federal de la police*⁸⁷, el del tribunal de distrito del Este de Nueva York en la causa *Lafontant v. Aristide*⁸⁸ y el del Tribunal de Apelaciones de Gran Bretaña en la causa *Ahmed v. Government of the Kingdom of the Saudi Arabia*⁸⁹.

42. La renuncia inequívocamente expresa a la inmunidad (el consentimiento inequívocamente explícito del Estado del funcionario a que otro Estado ejerza su jurisdicción penal contra el funcionario) se podrá formular en la forma de declaración unilateral o de notificación del Estado del funcionario o por medio de la firma por este Estado de un acuerdo internacional con el Estado que ejerce la jurisdicción. Dicho acuerdo podrá ser aplicable a un funcionario concreto o a las personas involucradas en el delito penal de que se trate o en sentido más general. Ambas formas de renuncia inequívocamente expresa a la inmunidad se establecen en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004⁹⁰.

43. La cuestión de la forma de renuncia a la inmunidad de un ex jefe de Estado se aborda en la causa *Pinochet*. En el memorando de la Secretaría figura un análisis bastante detallado de este aspecto de la cuestión y de los comentarios científicos al

⁸⁷ Memorando de la Secretaría, párr. 251.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ En los comentarios relativos a los proyectos de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, la Comisión expone, entre otras cosas, su enfoque de las disposiciones formuladas en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004. (“[P]arece posible distinguir varios métodos de manifestar o expresar el consentimiento. ... [E]l consentimiento no debe presumirse ni sobreentenderse fácilmente. Cualquier alusión que se haga en la presente parte a una teoría del ‘consentimiento tácito’, como posible excepción a los principios generales de las inmunidades de los Estados, debe considerarse no como una excepción en sí misma, sino más bien como una explicación o justificación adicional de una excepción por lo demás válida y generalmente reconocida. No cabe, por consiguiente, sobreentender el consentimiento de un Estado que no lo haya manifestado de manera clara y determinable, incluidos los modos previstos en el artículo 8 ... Una prueba sencilla e indiscutible del consentimiento es que el Estado manifieste su consentimiento en un contrato escrito ... por escrito especialmente en un proceso determinado ante la autoridad después de que haya surgido una controversia. ... [S]i el consentimiento se manifiesta en una disposición de un acuerdo internacional celebrado por Estados, no hay duda de que es obligatorio para el Estado que da el consentimiento y los Estados partes facultados para acogerse a las disposiciones del tratado pueden alegar la manifestación de ese consentimiento. El derecho de los tratados confirma la validez de la manifestación del consentimiento en someterse a la jurisdicción, así como la aplicabilidad de las demás disposiciones del tratado”. Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, con comentarios. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1991, vol. II, segunda parte, pág. 27. La tercera forma prevista en la Convención, el contrato por escrito, no tiene evidentemente relación alguna con la renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal.

respecto⁹¹. En particular, se subraya que: “[E]n la causa *Pinochet* (No. 3), la cuestión de la renuncia giró en torno a la ratificación de la Convención contra la Tortura por Chile, y los siete lores se refirieron a la renuncia en algún grado. Si bien un lord consideró que se trataba de un caso de renuncia expresa, seis lores ni siquiera lo consideraron como un caso de renuncia tácita, y sin embargo cinco de los siete lores concluyeron que en definitiva operaba de modo de manifestar el consentimiento de Chile para que su ex Jefe de Estado quedara sujeto a la jurisdicción”⁹². Como señaló Lord Saville, “[S]e... dice que toda renuncia a las inmunidades por un Estado debe ser expresa, o por lo menos inequívoca. Yo no discreparía con ello como una proposición general, pero me parece que los términos expresos e inequívocos de la Convención sobre la Tortura cumplen con cualquier requisito en tal sentido”⁹³. Lord Goff expresó su opinión disidente a este respecto al expresar que, a su juicio, la Convención no contenía la renuncia inequívocamente expresa ni implícita a la inmunidad. Lord Goff destacó, entre otras cosas, que: “[I]t appears to me to be clear that, in accordance both with international law, and with the law of this country which on this point reflects international law, a state’s waiver of its immunity by treaty must ... always be express. Indeed, if this was not so, there could well be international chaos as the courts of different state parties to a treaty reach different conclusions on the question whether a waiver of immunity was to be implied”⁹⁴. Conclusión que, en lo esencial, ambos lores hablan de que la renuncia a la inmunidad, por lo menos en la forma de acuerdo internacional, debe ser inequívocamente expresa⁹⁵.

44. En esa doctrina existe el punto de vista de que algunos convenios internacionales que no contienen disposiciones sobre la renuncia a la inmunidad son, no obstante, incompatibles con la inmunidad. Entre esos convenios figuran los tratados sobre derechos humanos y los tratados que tipifican como delitos determinadas acciones y que establecen la jurisdicción penal universal en relación con esas acciones⁹⁶. En consecuencia, el Estado que consiente en obligarse por ese

⁹¹ Memorando de la Secretaría, párrs. 258 a 264.

⁹² *Ibid.*, párr. 258.

⁹³ *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, 24 March 1999 (Pinochet No. 3). Puede consultarse en: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino7.htm>.

⁹⁴ *Ibid.*, puede consultarse en: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino3.htm>.

⁹⁵ Al analizar la cuestión de la expresión de la renuncia implícita de la inmunidad del Estado conforme a la Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en la causa *Doe and ors v Israel and ors*, Motion disposition, 400 F Supp 2d 86, 95-96 (DDC 2005); ILDC 318 (US 2005) observa lo siguiente: “An implicit waiver under this provision requires that the foreign sovereign ‘hav[e] at some point indicated its amenability to suit,’ and that it have subjectively intended to do so”.

⁹⁶ Según la describe R. O’Keefe, la doctrina de la renuncia implícita a la inmunidad “posits that when states enter into an international agreement creating or recognizing an international crime and imposing the obligation to punish it, this is logically incompatible with the upholding of immunity where the accused is a foreign state official. As such, the necessary implication is that these states have opted to waive in advance any state immunity presumptively attaching to the impugned conduct, insofar as it is inconsistent with the agreement. In short, the act of establishing universal and mandatory criminal jurisdiction in respect of potentially official conduct constitutes consent in advance to the exercise of that jurisdiction by foreign municipal courts, regardless of the doctrine of state immunity”. R. O’Keefe “The European Convention on State Immunity and International Crimes”, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 2, 1999, pág. 513. El autor demuestra esta teoría mediante la interpretación del apartado a)

tratado, renuncia por lo mismo implícitamente a la inmunidad de sus funcionarios que violen los derechos humanos amparados por ese tratado o que realicen acciones tipificadas como delitos en ese tratado⁹⁷. En el informe preliminar y en el segundo informe se hace referencia a las diferencias entre la jurisdicción, por una parte, y la inmunidad, por la otra, así como entre las normas materiales y, en algunos casos, las normas imperativas de derechos humanos y las normas que prohíben y tipifican como delitos determinadas acciones, por una parte, y, por la otra, tienen inmunidad de carácter procesal⁹⁸. En el segundo informe se llega a la conclusión de que ni la jurisdicción universal ni estas normas anulan la inmunidad⁹⁹. Estas consideraciones son acertadas incluso en este caso. Por las mismas razones, el consentimiento del Estado a obligarse por este tipo de acuerdo internacional no implica consentimiento del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera respecto de sus funcionarios, es decir la renuncia de su inmunidad. Además, para interpretar el tratado internacional de manera que se llegue a la conclusión de que en él está implícita la renuncia a la inmunidad de los funcionarios de un Estado que sea parte en ese tratado, hacen falta pruebas de que esa precisamente era la intención o la voluntad de ese Estado. Entretanto, como subraya J. Verhoeven en relación con los tratados sobre delitos previstos en el derecho internacional, “[n]ul ne paraît toutefois y découvrir une volonté —implicite, mais certaine— de leurs signataires de déroger à l’immunité”¹⁰⁰.

45. La Corte Internacional de Justicia, al fallar en la causa *Orden de detención* se pronunció con toda claridad sobre si la firma por los Estados de un acuerdo internacional en que se tipificaran como delito determinadas acciones y se obligara a los Estados a ejercer su jurisdicción penal en relación con esos delitos significaba la renuncia de estos Estados a la inmunidad de sus funcionarios. La Corte observó, entre otras cosas, que: “[J]urisdiction does not imply absence of immunity, while

del artículo 2 de la Convención Europea sobre la inmunidad de los Estados de 1972, al observar, en particular, que “has at least the potential to sustain an argument based on implied waiver by inconsistent international agreement”. *Ibid.*, pág. 517. Por otra parte, para determinar la renuncia implícita, a su juicio, se debe inferir inequívocamente del tratado la intención de sus partes de convenir en el ejercicio de la jurisdicción penal en relación con acciones tipificadas como delito por los tribunales extranjeros. El autor considera que la existencia de compromisos de ejercer la jurisdicción (incluso en la forma del principio de *aut dedere aut judicare*) dará fe de esa intención. *Ibid.* V. Koivu, por su parte, señala que para establecer la renuncia implícita, el tratado internacional deberá “expressly conflict with the applicable provisions of immunity”. V. Koivu, “Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XII (2001), pág. 318.

⁹⁷ Mientras que el consentimiento a obligarse por ese tratado se considera en la mayoría de los casos no como renuncia a la inmunidad, sino simplemente como exclusión de la inmunidad o como situación de no inmunidad, en la que es posible renunciar a la inmunidad. Véase, por ejemplo, Bradley, Curtis A. and Goldsmith, Jack Landman, *Foreign Sovereign Immunity, Individual Officials, and Human Rights Litigation*. Green Bag 2D, vol. 13, pág. 9, 2009; Harvard Public Law Working Paper N° 10-05, pág. 22. Puede consultarse en: <http://ssrn.com/abstract=1485667>. Esta cuestión se examina en detalle en el segundo informe, párrs. 63 y ss.

⁹⁸ Informe preliminar, párrs. 64 a 70, segundo informe, párrs. 64 a 77.

⁹⁹ Párrafos 64 y 77 del segundo informe.

¹⁰⁰ *Droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Joe Verhoeven (dir.) 2004, Larcier, pág. 123. El autor subraya también que: “[C]es conventions (génocide, torture, etc.) ne comportent aucune disposition écartant explicitement celle-ci et... rien ne laisse croire, ni dans leurs travaux préparatoires ni ailleurs, que telle ait été la volonté implicite des États qui les ont négociées ou qui y sont devenus parties.” *Ibid.*, pág. 125.

absence of immunity does not imply jurisdiction. Thus, although various international conventions or the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution or extradition, thereby requiring them to extend their 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 a foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions”¹⁰¹. Está claro que esa declaración se refiere también totalmente a los tratados de derechos humanos y la renuncia a la inmunidad.

46. En general, en el memorando de la Secretaría se hace referencia a “la renuencia general a aceptar una renuncia tácita fundada en la aceptación de un acuerdo”¹⁰².

47. En la resolución del Instituto, en lugar de optar entre la renuncia expresa o implícita a la inmunidad, se hace hincapié en la renuncia clara e inequívoca de la inmunidad. En su artículo 7, en relación con la renuncia de la inmunidad del jefe de Estado, se dispone que: “Such waiver may be explicit or implied, so long as it is certain”¹⁰³. Como señaló al respecto en su intervención J. Verhoeven, “[l]’important est d’ailleurs la: c’est que la volonté [de l’État] soit certain”¹⁰⁴. Como ejemplo de esta voluntad manifiesta e inequívoca del Estado que, por no haberse expresado inequívocamente puede considerarse renuncia implícita a la inmunidad, el Relator se refiere a una situación, en la que el gobierno inicia un proceso contra el ex jefe de Estado¹⁰⁵.

48. Sin embargo, ¿cuándo se hace esto evidente? Por ejemplo, cuando un Estado inicia un proceso contra su ex jefe de Estado (u otro funcionario) y ese Estado puede exigir incluso su extradición a otro Estado¹⁰⁶. Dicha petición significa claramente la

¹⁰¹ *Arrest Warrant*, Judgment, párr. 59. En relación con la Convención contra la Tortura, Xiaodong Yang señala: “... the Torture Convention is silent on the question of State immunity. The reason for this silence may be a matter of conjecture but one thing is clear, that is, in the absence of a specific provision dealing with State immunity, the interpretation and application of the Torture Convention should be subject to existing rules of international law pertaining to this matter. The existence of universal jurisdiction does not necessarily entail a loss of immunity, as has been affirmed in unequivocal terms by the ICJ”, “*Jus Cogens and State Immunity*”, *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3, 2006, págs. 144 y 145. El Tribunal de Casación de Bélgica, al examinar la cuestión de la inmunidad de A. Sharon en relación con las acusaciones de haber cometido crímenes de guerra, señala lo siguiente: “[T]he Geneva Conventions of August 12, 1949 as well as the Additional Protocols I and II to these Conventions contain no provision that would prevent the defendant from invoking jurisdictional immunity before Belgian courts”. *H.S.A. et al., v. S.A. et al., (Decision related to the Indictment of Ariel Sharon, Amos Yaron and others)*, Court of Cassation of Belgium, véase la nota 41 *supra*.

¹⁰² Memorando de la Secretaría, párr. 259.

¹⁰³ Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 69, 2000-2001, Session de Vancouver, 2001, Travaux préparatoires et délibérations de l’Institut, pág. 689.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pág. 534.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Por ejemplo, al cabo de algunos años, el Perú logró la extradición de su antiguo dictador A. Fujimori, primero del Japón (sin resultado debido a que Fujimori tenía la ciudadanía japonesa), y posteriormente de Chile. A. Fujimori fue detenido en Chile a petición de las autoridades del Perú inmediatamente después de su llegada, y al poco tiempo, en 2007, fue extraditado al Perú para que se le instruyera un proceso penal. Por lo que se sabe de la descripción del caso, en ningún momento se planteó la cuestión de la inmunidad de A. Fujimori en relación con su detención ni en el proceso de examen de la solicitud de extradición. Véase, por ejemplo,

renuncia a la inmunidad de esa persona respecto de acciones procesales emprendidas por otro Estado para su extradición. Sin embargo, en este caso, el Estado puede seguir insistiendo en la inmunidad de su ex jefe de Estado contra las acciones que el otro Estado pueda emprender con el fin de iniciar sus propias actuaciones judiciales contra el funcionario o de lograr su extradición a un tercer Estado¹⁰⁷. Aunque, en general, al parecer, el deseo del Estado de exigir responsabilidad a su exfuncionario no significa en modo alguno que ese Estado haya dejado de considerar que las acciones de que se trata fueron cometidas a título oficial, ni es sinónimo de consentimiento del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera contra ese funcionario, es decir con la renuncia a la inmunidad. Más bien, es lo contrario: el Estado no desea que su exfuncionario sea juzgado en otro Estado, sino que quiere aplicar su propia justicia¹⁰⁸.

49. Es posible concebir una situación en la que el Estado pida a otro Estado que aplique determinadas medidas de procesamiento penal contra uno de sus antiguos altos funcionarios, es decir, el jefe de Estado o de gobierno o el ministro de relaciones exteriores. Esto supone, como es evidente, la renuncia a la inmunidad de ese funcionario respecto de la aplicación de dichas medidas. Pero esta situación, como es de suponer, tiene un carácter hipotético.

50. Las convenciones sobre relaciones diplomáticas, sobre relaciones consulares, sobre misiones especiales, sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal y sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes contienen disposiciones de esta índole, según las cuales la instrucción de cargos contra un sujeto que goza de inmunidad lo priva del derecho a acogerse a la inmunidad de jurisdicción en relación con cualquier reconvención relacionada directamente con la demanda

M. Haas, "Fujimori Extraditable!: Chilean Supreme Court Sets International Precedent for Human Rights Violations", 39 *U. Miami Inter-Am. L.Rev.*, Winter 2008, págs. 373 a 407.

¹⁰⁷ En el caso *Lafontant v. Aristide*, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos rechazó el argumento de que la orden de detención librada en Haití contra J.-B. Aristide puede considerarse una renuncia de la inmunidad de un jefe de Estado. Además, en una carta del Embajador de Haití en los Estados Unidos se declaraba que no se renunciaba a la inmunidad de J.-B. Aristide. Por otra parte, en este caso para el tribunal fue decisiva la declaración de inmunidad de J.-B. Aristide, presentada al Departamento de Estado de los Estados Unidos, de lo cual se deduce que los Estados Unidos no habían reconocido al Gobierno de Haití, en momentos en que J.-B. Aristide, que se encontraba en el exilio, seguía gozando del reconocimiento de los Estados Unidos como único jefe de Estado legítimo del país. *Lafontant v. Aristide*, 844 F. Supp. 128, 137 (EDNY 1994), 103 ILR 581.

¹⁰⁸ El inicio por un Estado de un proceso penal contra un ex jefe de Estado va acompañada del acuerdo de ese Estado de ejercer la jurisdicción sobre ese funcionario en representación de otro Estado (véase, por ejemplo, el caso del ex Presidente de Bolivia *Gonzalo Sánchez de Lozada* (su entrega en Bolivia acusado de haber cometido delitos penales estuvo acompañada de una declaración del Gobierno de ese país sobre la renuncia a todo tipo de inmunidad de que gozase en relación con la demanda civil interpuesta contra él en los Estados Unidos, que fue examinada posteriormente. *Mamani, et al. v. José Carlos Sánchez Berzain and Gonzalo Daniel Sánchez de Lozada Sánchez Bustamante*, U.S. District Court, Southern District of Florida, Miami Division, 9 de noviembre de 2009, puede consultarse en: http://www.law.harvard.edu/programs/hrp/documents/Mamani_Sanchez_Berzain_Sanchez_de_Lozada.pdf). Pero esto solo confirma que no hay por qué equiparar la intención misma de someter a juicio con la renuncia implícita a la inmunidad.

principal¹⁰⁹. Es obvio que se trata en este caso de la jurisdicción civil. Sin embargo, para la legislación de procedimiento penal de muchos países son habituales determinadas formas de participación por propia iniciativa de las víctimas en un proceso penal. ¿Cabe considerarse como renuncia a la inmunidad de las medidas de procedimiento penal aplicadas contra el funcionario si este resulta ser la víctima en un caso penal, incluso respecto de las medidas aplicadas en relación con las respuestas de la persona contra la cual se ha interpuesto la causa?

51. Al parecer, por regla general, difícilmente procedería establecer una analogía con la situación de la inmunidad respecto de la jurisdicción civil en el caso de que fuera la víctima la que iniciara el proceso penal o participara en él. En los casos en que el proceso penal se inicia de oficio, las autoridades del Estado de que se trate aplicarán las medidas procesales pertinentes independientemente de que participe o no la víctima. En este contexto es importante que el funcionario sea solo beneficiario de la inmunidad que corresponde al Estado para el que presta servicios. Y cabría pensar que no puede considerarse que ese Estado cuyos intereses queden protegidos por la inmunidad haya renunciado a esta en razón de las acciones de su funcionario¹¹⁰.

52. Por otra parte, se han dado casos en que el funcionario actúa en el proceso judicial en la fase de enjuiciamiento como único acusador sin que participe en modo alguno la fiscalía pública, valiéndose para ello de todos los derechos procesales de la fiscalía. En este caso cabe preguntarse si esto no trae consigo la renuncia a la inmunidad en relación con las reconvenções relacionadas con el presunto delito. Semejante situación puede surgir en casos de la denominada acusación particular, prevista en la legislación de algunos Estados en relación con un número limitado de delitos (que, por regla general, no tienen consecuencias graves, como causar traumatismos leves, etc.)¹¹¹. En los casos de acusación privada no interviene el fiscal público, ya que la parte agraviada¹¹² ejerce todos los derechos del fiscal, es

¹⁰⁹ Véanse el párrafo 3 del artículo 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, el párrafo 3 del artículo 45 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, el párrafo 3 del artículo 41 de la Convención sobre Misiones Especiales de 1969, el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal de 1975 y el artículo 8 de la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes de 2004 (pueden consultarse en: <http://untreaty.un.org>).

¹¹⁰ Si bien, una vez más, en este caso hipotético no está totalmente clara la situación en que el jefe de Estado o de gobierno o el ministro de relaciones exteriores incoa el proceso penal.

¹¹¹ Véanse por ejemplo los artículos 43 y 318 del Código de Procedimiento Penal de la Federación de Rusia, que puede consultarse en: <http://www.consultant.ru/popular/upkrf/>; los artículos 374 a 394 del Código de Procedimiento Penal de Alemania, que puede consultarse en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html; el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal de Ucrania, que puede consultarse en: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1001-05>; el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal de Austria, que puede consultarse en: [http://www.jusline.at/Strafprozessordnung_\(StPO\).html](http://www.jusline.at/Strafprozessordnung_(StPO).html). Existen normas, según las cuales se pueden interponer causas penales en relación con determinados tipos de delitos solamente por la vía de una acusación privada, a la que no tiene derecho el fiscal, es decir, el Estado que ejerce la jurisdicción carece, en lo esencial, de interés en dar curso al procedimiento penal: véase el párrafo 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Penal de Rusia (se trata en este caso de lesiones físicas leves, actos de violencia sin consecuencias graves, calumnia, injurias).

¹¹² Véase, por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal de Austria y el párrafo 2 del artículo 43 del Código de Procedimiento Penal de Rusia, *ibid.*

decir de hecho la parte agraviada debate directamente con el acusado, y el tribunal actúa como árbitro en esa controversia. Por esa razón, en este tipo de proceso se admite la contra reconvencción¹¹³. Dicho de otro modo, puede ser lo más parecido por sus características procesales al derecho civil. Es evidente que el grado de parecido¹¹⁴, a juzgar por los matices de la legislación de procedimiento penal del Estado que ejerce la jurisdicción, también deberá ser determinante en situaciones de renuncia a la inmunidad en caso de “acusación privada”.

53. *En la causa relativa a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, la Corte Internacional de Justicia, al examinar el tema de las acciones de Francia en relación con el Fiscal de la República y el Jefe de los Servicios de Seguridad Nacional de Djibouti, consideró que Francia no había violado la inmunidad funcional de que podían gozar esos funcionarios, porque Djibouti no la había invocado. Por otra parte, la Corte no mencionó que, al no invocar la inmunidad, Djibouti había renunciado a ella. Tampoco parece procedente preguntarse si cabe considerar la no invocación de la inmunidad por parte del Estado del funcionario como renuncia implícita a esta¹¹⁵.

54. Anteriormente se señaló a que competía al Estado que ejercía la jurisdicción penal invocar la inmunidad, cuando se trataba de la “troika”, y al Estado del funcionario, cuando se trataba de un funcionario que gozaba de inmunidad funcional o de uno que no pertenecía a la “troika”, pero que gozaba de inmunidad personal¹¹⁶. Sobre esta base, la no invocación de la inmunidad por el Estado del funcionario, cuando se trata del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera en relación con el jefe de ese Estado, o el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores, no significa que consienta en que se ejerza la jurisdicción penal extranjera contra ese funcionario y, por consiguiente, que renuncie a la inmunidad. Con la misma lógica, cuando se trata del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera contra un funcionario que goza de inmunidad funcional o un funcionario que goza de inmunidad personal, pero no pertenece a la “troika”, cabe suponer que si el Estado del funcionario no invoca la inmunidad del funcionario esto se puede interpretar como su consentimiento a que se ejerza la jurisdicción y, en consecuencia, su renuncia a la inmunidad¹¹⁷. Además, nada impide que el propio Estado que ejerce la jurisdicción

¹¹³ Véase el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal de Alemania, *ibid*.

¹¹⁴ En algunos Estados, la acusación privada puede adoptar distintas formas, entre ellas, la mixta. Por ejemplo, en Alemania existe la “acusación privada conjunta” (private accessory prosecution, artículos 395 a 402 del Código de Procedimiento Penal de Alemania, *op. cit.*), cuando el fiscal desempeña en el proceso una función sustancial, y la acusación particular asume una función de apoyo.

¹¹⁵ Véanse también Buzzini G. P., *op. cit.*, pág. 474.

¹¹⁶ Véanse los párrafos 18 a 24 *supra*.

¹¹⁷ Sin embargo, el Relator Especial no tiene conocimiento de fallos judiciales, práctica ni opiniones de los Estados o doctrinas que reafirmen o nieguen, en forma clara, semejante planteamiento de la cuestión. Sobre la relación entre la no invocación de la inmunidad y el ejercicio de la jurisdicción extranjera de un Estado contra un funcionario que, en principio, podría valerse de esa inmunidad, tratan algunos párrafos de las declaraciones antes citadas del Departamento de Estado de los Estados Unidos en la causa *Samantar* (véase la nota 32 *supra*). Existen no pocos ejemplos de fallos judiciales, en los que se ha desestimado la inmunidad de la persona ya sea porque simplemente no se ha tenido en cuenta o porque además el Estado del (ex) funcionario no la ha invocado. Entre ellos figura el fallo en la causa *Xuncax v. Gramajo*, U.S. District Court of Massachusetts, 1995, y en un caso análogo en España *Guatemala Genocide Case*, Spanish Supreme Court, 25 February 2003, 42 ILM 686 (2003), el fallo del Tribunal de Casación de Bélgica en el caso *H.S.A., v. S.A. et al., Court of Cassation of Belgium*:

se niegue a ejercerla sobre un funcionario en funciones o un exfuncionario de otro Estado, al reconocerle la inmunidad.

55. De manera que cabría formular una conclusión general del siguiente tenor acerca de la forma de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios de un Estado. En el caso de un jefe de Estado o de gobierno y un ministro de relaciones exteriores en funciones, la renuncia a la inmunidad deberá expresarse con claridad. Posiblemente la excepción sea el caso hipotético en que el Estado de ese funcionario pide al otro Estado que aplique determinadas medidas de procedimiento penal contra ese funcionario. Dicha solicitud entraña sin lugar a dudas la renuncia a la inmunidad en lo que respecta a esas medidas, por lo que, en ese caso se trata de una renuncia implícita. En el caso de funcionarios en ejercicio que no pertenecen a la “troika”, pero que gozan de inmunidad personal, y en el caso de otros funcionarios en ejercicio que gozan de inmunidad funcional, así como de todos los exfuncionarios que también gozan de inmunidad funcional, la renuncia a la inmunidad puede ser tanto claramente expresa como implícita. En este caso la renuncia implícita puede expresarse, en particular mediante la no invocación de la inmunidad por parte del Estado del funcionario.

D. ¿Puede el Estado del funcionario invocar la inmunidad después de renunciar a ella?¹¹⁸

56. Todo parece indicar que, en caso de una renuncia claramente expresa a la inmunidad, es decir después de que el Estado expresa su consentimiento a que otro Estado ejerza su jurisdicción penal contra su funcionario, es jurídicamente imposible invocar la inmunidad. Esto contravendría, en particular, el principio de integridad¹¹⁹. Por otra parte, la renuncia claramente expresa a la inmunidad en tales

(*Decision related to the indictment of Ariel Sharon, Amos Yaron and others*), 12 February 2003, 42 ILM 596 (2003). No se invocó la inmunidad del Gobierno de los Estados Unidos ante un tribunal de Italia en el marco del proceso penal en que se acusó a funcionarios de los servicios especiales de los Estados Unidos de secuestrar en territorio de Italia a un sospechoso de cometer actos terroristas, Nasr Osama Mustafa Hassan, conocido como *Abu Omar* (véase el fallo de la Sala cuarta del Tribunal de Milán de 4 de noviembre de 2009, a quienes se impuso condena *in absentia* 23 exagentes de la CIA de los Estados Unidos, entre ellos algunos funcionarios del consulado de los Estados Unidos *Public Prosecutor v. Adler and ors.*, First instance judgment, No. 12428/09, Italy, Tribunal of Milan, Fourth Criminal Section, reported in *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, ILDC 1492 (IT2010)). La no invocación en este caso de la inmunidad consular fue también motivo para que se entregase a uno de los empleados del servicio consular una demanda contra el Gobierno de los Estados Unidos de que se invocara esa inmunidad (véase *Sabrina De Sousa v. Department of State, et al.*, Case N° 09-cv-896 (RMU), Complaint и Defendants’ Motion to Dismiss, que puede consultarse en: <http://jurist.law.pitt.edu/papershase/2009/09/doj-seeks-dismissal-of-diplomatic.php>). Sin embargo, no se puede afirmar a ciencia cierta que precisamente el no haber invocado la inmunidad del Estado del funcionario fuese en estos casos la causa de que no se reconociera la inmunidad.

¹¹⁸ Esto es continuación del examen iniciado en otros párrafos (párrafos 11 a 13 del presente informe) de la cuestión del momento de invocar la inmunidad.

¹¹⁹ En el comentario de la Comisión sobre el artículo 30 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas se señala en particular: “Huelga decir que el proceso, en cualquier instancia en que se encuentre, se considera como un todo y que la excepción de inmunidad no se ha de poder invocar en la apelación si se ha renunciado a ella, expresa o tácitamente, en la primera instancia”. Proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, con

casos puede referirse solo a la inmunidad en relación con determinadas medidas. Por ejemplo, el Estado puede renunciar a la inmunidad de su ministro de relaciones exteriores cuando este presta declaración como testigo. Se entiende que esa renuncia a la inmunidad no puede considerarse renuncia a la inmunidad de la persona, si el Estado que lo cita en calidad de testigo, tiene intenciones de exigirle después responsabilidad penal¹²⁰.

57. En párrafos anteriores se señaló que la renuncia implícita a la inmunidad puede producirse cuando no se invoca la inmunidad de personas que no pertenecen a la “troika” (se sobreentiende, como es natural, que el Estado del funcionario tiene conocimiento de que se está ejerciendo la jurisdicción penal extranjera sobre ese funcionario, pero no ha invocado la inmunidad)¹²¹. El Relator Especial no está convencido de que tras esa renuncia implícita a la inmunidad no se la pueda invocar en una etapa más avanzada del proceso penal¹²². Por una parte, como se señala *supra*¹²³, la cuestión de la inmunidad se deberá tener en cuenta en una etapa inicial del proceso. Por otra, ¿sería correcto invocar la inmunidad, por ejemplo, en una situación en la que el Estado del funcionario no haya invocado la inmunidad del funcionario en la etapa previa al inicio de las actuaciones judiciales, y por esa razón podría considerarse que ha renunciado a la inmunidad en relación con las medidas adoptadas en esa etapa, y decidiese invocar la inmunidad, cuando la causa se pone en manos del tribunal? Todo parece indicar que, en tales circunstancias, sigue siendo posible invocar la inmunidad. Sin embargo, las actuaciones judiciales que ya ha llevado a cabo el Estado que ejerce la jurisdicción en relación con dicho funcionario hasta el momento en que se invoca la inmunidad, no pueden considerarse improcedentes, por cuanto, como se señaló en otros párrafos, en este caso, el Estado que ejerce la jurisdicción penal no está en la obligación de considerar la cuestión de la inmunidad *proprio motu*, y el momento de invocar la inmunidad del funcionario compete a su Estado¹²⁴. Por otra parte, hay dudas acerca de la aplicabilidad de este enfoque cuando no se ha invocado la inmunidad ante el tribunal de primera instancia, pero el Estado del funcionario decide invocarla cuando tiene lugar el proceso de apelación¹²⁵.

comentarios, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1958*, vol. II, pág. 107. Véanse también, por ejemplo, los comentarios sobre el artículo 40 de los proyectos de artículos sobre las relaciones consulares: “[U]na vez concedida válidamente la renuncia a la inmunidad el funcionario consular no puede invocar la inmunidad en una etapa ulterior del procedimiento (por ejemplo, en apelación). “Proyecto de artículos sobre las relaciones consulares, con comentarios, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1961*, vol. II, pág. 119.

¹²⁰ En el memorando de la Secretaría se subraya, en particular, que: “En lo tocante a los efectos jurídicos de la renuncia a la inmunidad —inclusive la posible inmunidad residual no comprendida en la renuncia— en el caso de renuncia expresa esta cuestión debería aclararse recurriendo a los términos expresos de la renuncia misma”. Memorando de la Secretaría, pág. 269.

¹²¹ Párrafo 54 del presente informe.

¹²² Se trata, desde luego, de una situación en la que el Estado del funcionario tiene conocimiento de que otro Estado ha ejercido (o tiene intenciones de ejercer) su jurisdicción penal sobre su funcionario y durante algún tiempo no invoca la inmunidad. Como señala, G. P. Buzzini: “it is not entirely clear until which point in time in the proceedings an immunity can still be raised”. Buzzini G. P., *op. cit.*, pág. 474.

¹²³ Párrafos 11 a 13 del presente informe.

¹²⁴ Véase el párrafo 17 *supra*.

¹²⁵ Véase la opinión de la Comisión, que figura en los comentarios en relación con el proyecto de artículos sobre relaciones diplomáticas, que figura en la nota 119 *supra*.

III. Inmunidad del funcionario y responsabilidad del Estado del funcionario

58. La renuncia por el Estado del funcionario a la inmunidad de que este goza abre el camino para que se ejerza plenamente sobre el funcionario la jurisdicción penal extranjera. Esto tiene que ver, entre otras cosas, con la jurisdicción respecto de acciones realizadas por el funcionario a título oficial (incluso es posible que la renuncia a la inmunidad *ratione materiae* no vaya acompañada de una declaración en el sentido de que las presuntas infracciones de la ley fueron cometidas a título personal). Como se señaló en el Informe preliminar, atribuir al Estado las acciones realizadas por el funcionario a título oficial no significa que se dejen de imputar esas acciones al funcionario¹²⁶. Solamente el hecho de que esa persona goza de inmunidad impide que el otro Estado inicie un procedimiento penal contra el funcionario. La renuncia a la inmunidad elimina este impedimento. Por otra parte, la renuncia a la inmunidad del funcionario respecto de las acciones realizadas por este

¹²⁶ Informe preliminar, párr. 89. Sin embargo, en la doctrina se expresan puntos de vista contradictorios. Véase, por ejemplo, la descripción que hacen D. Akande y S. Shah de esta posición: “[T]his type of immunity constitutes (or, perhaps more appropriately, gives effect to) a substantive defense, in that it indicates that the individual official is not to be held legally responsible for acts which are, in effect, those of the state. Such acts are imputable only to the state and immunity *ratione materiae* is a mechanism for diverting responsibility to the state. This rationale was cogently expressed by the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in *Prosecutor v. Blaškić*:

[State] officials are mere instruments of a State and their official action can only be attributed to the State. They cannot be the subject of sanctions or penalties for conduct that is not private but undertaken on behalf of the State. In other words, State officials cannot suffer the consequences of wrongful acts which are not attributable to them personally but to the State on whose behalf they act: they enjoy so-called ‘functional immunity’. This is a well established rule of customary international law going back to the eighteenth and nineteenth centuries, restated many times since”.

(D. Akande and S. Shah, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, EJIL (2010), vol. 21, No. 4, 815, pág. 826-7). Por otra parte, ellos también se basan en una práctica distinta: “However, in the *Rainbow Warrior Case*, 74 ILR (1986) 241, the French government’s assertion that military officers should not be tried in New Zealand once France had accepted international responsibility was rejected by New Zealand”. *Ibid.*, nota de pie de página 51. Al respecto, véase también R. van Alebeek (*op. cit.*, nota 59 *supra*). Uno de los argumentos planteados por Djibuti durante las audiencias de la *causa relativa a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* en la Corte Internacional de Justicia fue la posibilidad de que se atribuyera exclusivamente al Estado el comportamiento oficial del funcionario (“Ce que la Partie djiboutienne demande à la Cour est de reconnaître qu’un Etat ne saurait considerer une personne revêtant la qualité d’organe d’un autre Etat comme pénalement responsable, à titre individuel, des actes accomplis en cette qualité officielle, c’est-à-dire dans l’exercice de ses fonctions. Ces actes, en effet, sont à considerer, en droit international, comme attribuables à l’Etat pour le compte duquel l’organe agit, et non pas à l’individu-organe”, *Causa relativa a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, Oral proceedings, 22 de enero de 2008, CR 2008/3, párr. 23).

En la resolución del Instituto de 2009, se dedica una cláusula “sin perjuicio de” a la cuestión de la correspondencia entre la pérdida de inmunidad del funcionario y la posible atribución del hecho al Estado, además de los comentarios que formularon algunos miembros del Instituto al respecto (“The above provisions are without prejudice to: (a) the responsibility under international law of a person referred to in the preceding paragraphs; (b) the attribution to a State of the act of any such person constituting an international crime.” Resolution of the Institute 2009, Art. III (3)).

a título oficial no significa que se elimine el carácter oficial del comportamiento. Por consiguiente, ese comportamiento se le sigue atribuyendo no solo al funcionario, sino también al Estado para el que presta o ha prestado sus servicios. Se trata de una doble atribución. Por esa razón, la renuncia a la inmunidad no solo crea las condiciones para la invocación de la responsabilidad penal del funcionario, sino que no impide que se exija responsabilidad jurídica internacional al Estado del funcionario, si ese acto atenta contra los compromisos internacionales contraídos por ese Estado¹²⁷. De manera que el Estado del funcionario, aunque renuncie a la inmunidad de su funcionario, no está exento de responsabilidad jurídica internacional por los actos realizados por su funcionario a título oficial¹²⁸.

¹²⁷ El magistrado de la Corte Internacional de Justicia, K. Kit, describe la relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del funcionario de la siguiente manera: “[E]ven if States cannot commit international crimes, they might ... be held to be subject to the same obligations as individuals, without the obligations being characterized as criminal; that is to say, the obligation may be dual, binding both States and individuals”. *The International Court of Justice and Criminal Justice*, ICLQ ... pág. 896. Y más adelante señala: “[M]uch law and practice shows that the liability (criminal or civil) of the principal (eg the employer, the State) and of the agent (eg the employee, the official) will often be dual”, *ibid.*, pág. 900. La Corte Internacional de Justicia también se ha referido a la doble responsabilidad de la persona y el Estado: “[E]sa dualidad en materia de responsabilidad sigue siendo un rasgo constante del derecho internacional”, *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, párr. 173. A. Nollkaemper observa: “La responsabilidad del Estado no depende ni implica la responsabilidad jurídica del individuo” (*Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law*, 62 ICLQ (2003), pág. 616). Y más adelante: “State practice provides no support for the proposition that, in cases where responsibility has been allocated to an individual, there can be no room for attribution to the state”. (*Ibid.*, pág. 619). “The prosecution and conviction of the individual responsible for the Lockerbie bombing, considered to be an agent of Libya, did not preclude subsequent claims against Libya for compensation by the United Kingdom and the United States. ... The effectuation of responsibility of individual agents of Yugoslavia for acts during the armed conflict between 1991 and 1995 in the ICTY and national courts did not preclude claims by Bosnia-Herzegovina and Croatia in the ICJ. It does not appear that in any of these cases the states against which claims were made invoked the argument that these acts could not be attributed to the state since they already had been contributed to individual agents. ... Individual responsibility does not necessarily mean that the state is atomized and that the state could negate its own responsibility by having responsibility shifted towards individual state organs —state responsibility can exist next to individual responsibility” (*ibid.*, págs. 619 a 621, notas de pie de página omitidas). Vale la pena tener presente, no obstante, que la ausencia de inmunidad del funcionario no prejuzga la responsabilidad de la propia persona ni la del Estado (respecto de este último tampoco es significativo el hecho de que el funcionario esté protegido por la inmunidad, véase el párrafo 60 *infra*) (“[W]e ought to bear in mind that the denial of jurisdictional immunity does not necessarily amount to the existence of responsibility as a matter of substantive law” en M. Tomonori, *op. cit.*, pág. 266).

¹²⁸ En el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos que contravienen el derecho internacional, no hay señalamiento alguno en el sentido de que, la responsabilidad del Estado depende de alguna manera de circunstancias como llevar ante la justicia a una persona que sea culpable directa de haber cometido determinado delito. Por lo demás, los procedimientos nacionales aplicables en relación con esa persona puede ayudar en lo esencial a exigir responsabilidad al Estado. Como dice H. van der Wilt, “One may assume that evidence obtained in criminal proceedings against individual perpetrators may serve as ammunition for the assessment of state responsibility as well, as the recent judgment of the ICJ has illustrated” (el autor se refiere a la admisión por el Tribunal Internacional sin más pruebas de las circunstancias del genocidio cometido, establecidas previamente por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Krstić* en la causa *Aplicación de la Convención*

59. Si la renuncia a la inmunidad del funcionario en relación con actos llevados a cabo a título oficial no exime al Estado del funcionario de su responsabilidad jurídica internacional, la invocación de la inmunidad del funcionario con referencia a que el delito que se le imputa al funcionario fue cometido a título oficial es motivo para que se exija la responsabilidad jurídica internacional correspondiente. Al analizar en la *Causa relativa a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* la cuestión de la inmunidad funcional (o la falta de inmunidad) de los funcionarios de Djibouti, la Corte Internacional de Justicia manifestó que “the State notifying a foreign court that judicial process should not proceed, for reasons of immunity, against its State organs, is assuming responsibility for any internationally wrongful act in issue committed by such organs”¹²⁹. En el contexto de esta causa, esto significaba que, si la República de Djibouti había informado al tribunal francés (o a otras autoridades pertinentes de Francia) de que los hechos cometidos por sus funcionarios eran acciones (oficiales) del propio Estado y que esas personas estaban actuando a título oficial (en su condición de órganos o algo parecido de la República de Djibouti), y sobre esta base se invocaba la inmunidad de esos funcionarios, la República estaba asumiendo la responsabilidad por esas contravenciones del derecho internacional.

60. Posiblemente sea más exacto hablar de que el Estado que invoca la inmunidad de su funcionario afirmando que el hecho que se le imputa tiene carácter oficial, está reconociendo que el hecho es atribuible al propio Estado, pero que no asume la responsabilidad por ese hecho. No cabe duda que atribuir ese comportamiento al Estado es un elemento importante y motivo para que se exija responsabilidad jurídica internacional, pero aun así no significa que se admita. Como es sabido, otro elemento necesario para exigir la responsabilidad del Estado es que el hecho que se atribuya al Estado constituya una violación de sus obligaciones jurídicas internacionales¹³⁰. Hay que tener presente en este sentido que, por regla general, el Estado invoca la inmunidad de su funcionario en la etapa del proceso judicial en la que todavía no se ha demostrado ante un tribunal la ilegitimidad del hecho cometido

para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (*Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*). Véase el párrafo 296 del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa mencionada, *I.C.J. Reports 2007*). “The Issue of Functional Immunity of Former Heads of State” en *Criminal Jurisdiction 100 Years After the Hague Peace Conference. 2007 Hague Joint Conference on Contemporary Issues of International Law*, W. J. M. Van Genugten, M. P. Scharf, S. E. Radin eds., ... pág. 105. Por otra parte, A. Nollkaemper escribe: “Eventually, the findings of individual responsibility in connection to the Lockerbie bombing supported subsequent claims of state responsibility. On the other hand, if the Scottish Court sitting in the Netherlands would have found that the individuals who were indicted were not remotely related to the bombing, the factual basis for the claim of the responsibility of the state of Libya would have fallen away. It is difficult to envisage that a court charged with determining state responsibility would in a subsequent proceeding find evidence of individual involvement that a court charged with determining individual responsibility would have missed” (*op. cit.*, pág. 622). Además, añade: “If a court or tribunal were to find that no factual basis exists for individual responsibility, this need not preclude a finding of state responsibility” (*ibid.*, pág. 630).

¹²⁹ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. Francia)*, Judgment, *op. cit.*, párr. 196.

¹³⁰ Véase el artículo 2 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (Artículo 2. *Elementos del hecho internacionalmente ilícito*: “Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado”). *Asamblea General*, resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001.

por el funcionario, y que de por sí la invocación de la inmunidad no significa que el Estado esté de acuerdo con que el hecho que le hace invocar la inmunidad constituya una contravención del derecho internacional. Por otra parte, reconocer que el hecho que se le imputa al funcionario es un hecho cometido por el propio Estado, es decir atribuir al Estado la comisión del hecho, es, naturalmente, un paso importante para que el Estado llegue a asumir esa responsabilidad. En cualquier caso es motivo para que quienes tengan derecho a ello le exijan responsabilidad jurídica internacional¹³¹. Cabe señalar que la necesidad de reconocer como oficial la conducta de su funcionario, si el Estado del funcionario desea invocar esa inmunidad, en muchos casos coloca al Estado ante una difícil disyuntiva. Al declarar el carácter oficial de las acciones de su funcionario y la inmunidad de que goza, el Estado actúa para proteger a ese funcionario, aunque crea premisas serias para que se le pueda exigir responsabilidad por los actos cometidos; de manera que al no invocar la inmunidad del funcionario, el Estado abre el camino al procesamiento de ese funcionario en el Estado extranjero y, en consecuencia, hace posible una grave intrusión en sus asuntos internos por parte de ese Estado.

IV. Resumen

61. Al resumir el contenido del presente informe, se pueden plantear, en particular, las siguientes consideraciones:

a) La cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debería examinarse en principio en la fase inicial del procedimiento judicial o incluso antes, en la fase de instrucción, cuando el Estado que ejerce la jurisdicción decide adoptar las medidas previstas en el procedimiento penal cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad de que goza el funcionario;

b) El hecho de no examinar la cuestión de la inmunidad *in limine litis* puede considerarse una violación de las obligaciones del Estado del tribunal, que dimanar de las normas sobre la inmunidad. Esto último guarda relación con el examen de la cuestión de la inmunidad respecto del ejercicio de la jurisdicción penal en la etapa anterior al juicio, en el momento en que se va a adoptar una determinación sobre si se adoptan medidas cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad. Sin embargo, esto no se aplica a una situación en la que el Estado del funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* no invoca su inmunidad o la invoca en una etapa posterior del proceso;

c) Desde el punto de vista jurídico es importante, es decir tiene consecuencias jurídicas, si la invocación de la inmunidad o la declaración de la inmunidad es solo una invocación o declaración del Estado del funcionario y no del propio funcionario;

¹³¹ En el 60º período de sesiones de la Comisión, durante su intervención, M. Jacobson preguntó sobre la posible responsabilidad del Estado que invoca la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de su funcionario, en caso de que no proceda después al enjuiciamiento penal de ese funcionario (A/CN.4/SR.2985, párr. 6). Todo parece indicar que esa responsabilidad jurídica internacional puede surgir solo cuando, por ejemplo, el Estado deba cumplir las siguientes obligaciones: ya sea que renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de su funcionario o cuando se invoca esa inmunidad para ejercer su propia jurisdicción penal contra su funcionario. El Relator Especial no tiene conocimiento de que haya pruebas de la existencia de esa obligación en el derecho internacional en general. Si así lo desea, la Comisión podrá, como es natural, examinar la posibilidad de desarrollar el derecho internacional en ese sentido.

d) Para que el Estado del funcionario pueda declarar la inmunidad de este, deberá tener conocimiento de las medidas de procedimiento penal que se están aplicando o se proyecta aplicar a ese funcionario. Por consiguiente, el Estado que aplique o proyecte aplicar esas medidas, deberá informar al respecto al Estado del funcionario;

e) Cuando se trata del jefe de Estado o de gobierno o del ministro de relaciones exteriores de otro país, el Estado que ejerce la jurisdicción penal deberá preguntarse acerca de la inmunidad de ese funcionario, y decidir las medidas ulteriores que ha de adoptar de conformidad con el derecho internacional. En este caso conviene preguntar al Estado del funcionario al menos si renuncia a la inmunidad. Por consiguiente, en este caso el Estado del funcionario no determina en qué momento habrá de plantear la cuestión de la inmunidad ante las autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción penal;

f) Cuando se trata de un funcionario que goza de inmunidad funcional, el Estado del funcionario determina en qué momento ha de invocar la inmunidad. Si el Estado del funcionario desea protegerlo de un procedimiento penal de otro Estado invocando la inmunidad, deberá informar al Estado que ejerce la jurisdicción que se trata de un funcionario suyo que goza de inmunidad, y que los hechos que se le imputan fueron llevados a cabo en cumplimiento de sus funciones oficiales. Si no lo hace, el Estado que ejerce la jurisdicción no estará obligado a examinar la cuestión de la inmunidad *proprio motu*, y, por tanto, podrá dar curso al procedimiento penal;

g) Cuando se trata de un funcionario que goza de inmunidad personal, pero que no pertenece a la “troika”, el Estado del funcionario determina el momento en que ha de invocar la inmunidad. Si el Estado de ese funcionario desea protegerlo de la jurisdicción penal del otro Estado invocando la inmunidad, deberá informar al Estado que ejerce la jurisdicción, que se trata de un funcionario suyo que goza de inmunidad personal, ya que ocupa un cargo de alto nivel que, además de la participación en las relaciones internacionales, conlleva el desempeño de funciones importantes para garantizar la soberanía del Estado;

h) El Estado del funcionario, independientemente de la categoría de este, no está en la obligación de informar de su inmunidad al tribunal de otro Estado para que este examine la cuestión de la inmunidad. El Estado del funcionario puede invocar la inmunidad del funcionario por la vía diplomática, y de esta manera informar al Estado que ejerce la jurisdicción; esto solo bastará para que el tribunal de ese Estado examine la cuestión de la inmunidad. El hecho de que el Estado no esté en la obligación de dirigirse directamente al tribunal del otro Estado dimana del principio de soberanía y de la igualdad soberana de los Estados;

i) El Estado que invoca la inmunidad de su funcionario no está obligado a justificar esa inmunidad, como se explica además en los apartados f) y g) *supra*. El Estado (incluido su tribunal) que ejerce la jurisdicción, como es evidente, no está obligado a “aceptar ciegamente cualquier” declaración del Estado del funcionario acerca de la inmunidad. Pero el otro Estado tampoco puede pasar por alto esas declaraciones, a menos que las circunstancias del caso exijan claramente otra cosa. La prerrogativa de calificar el comportamiento del funcionario en su carácter oficial o de determinar la importancia de las funciones que desempeña un alto funcionario para garantizar la soberanía del Estado compete al Estado del funcionario y no al Estado que ejerce la jurisdicción;

j) El derecho a renunciar a la inmunidad del funcionario compete al Estado y no al propio funcionario;

k) Cuando un jefe de Estado o de gobierno o un ministro de relaciones exteriores renuncia a su inmunidad, el Estado que ejerce la jurisdicción penal contra ese funcionario tiene derecho a creer que esa es la voluntad del Estado del funcionario, por lo menos, hasta que reciba de ese Estado información en contrario;

l) La renuncia a la inmunidad de un jefe de Estado o de gobierno y de un ministro de relaciones exteriores en funciones se deberá expresar con claridad. Constituye posiblemente una excepción la situación hipotética en que el Estado de ese funcionario pide a otro Estado que aplique determinadas medidas de procedimiento penal contra ese funcionario. Dicha solicitud presupone, sin lugar a dudas, la renuncia a la inmunidad en lo que se refiere a esas medidas, en cuyo caso es una renuncia tácita;

m) La renuncia a la inmunidad de los funcionarios que no pertenecen a la troika, pero que gozan de inmunidad personal y de los funcionarios que gozan de inmunidad funcional, así como de los altos funcionarios que también gozan de inmunidad funcional puede ser tanto expresa como implícita. La inmunidad quedará implícita en este caso en particular, cuando el Estado del funcionario no invoca la inmunidad;

n) Cabe suponer que, después de renunciar a la inmunidad, es imposible desde el punto de vista jurídico invocarla. Por otra parte, en determinados casos, la renuncia expresa a la inmunidad posiblemente guarde relación solo con la inmunidad respecto de determinadas medidas;

o) En caso de renuncia implícita preliminar a la inmunidad, expresada al invocar la inmunidad funcional del funcionario o la inmunidad personal del alto funcionario que no pertenezca a la troika, es evidente que se puede invocar la inmunidad en una etapa más avanzada del proceso penal (en particular, cuando se pone el caso en manos de un tribunal). Por otra parte, hay dudas acerca de que el Estado que no invoque esa inmunidad ante un tribunal de primera instancia pueda invocarla durante el proceso de apelación. En cualquier caso, no se podrán considerar ilegales las actuaciones judiciales ya iniciadas en tales circunstancias por el Estado que ejerce la jurisdicción contra dicho funcionario en el momento de invocarse la inmunidad;

p) La renuncia del Estado del funcionario a la inmunidad que goza este abre el camino para que se ejerza sobre ese funcionario la plena jurisdicción penal extranjera. Esto guarda relación, entre otras cosas, con la jurisdicción respecto de actos realizados por el funcionario a título oficial;

q) Aunque haya renunciado a la inmunidad de su funcionario, el Estado del funcionario no está exento de responsabilidad jurídica internacional por los actos cometidos por ese funcionario a título oficial;

r) El Estado que invoca la inmunidad de su funcionario basándose en que el hecho que se le imputa al funcionario tiene carácter oficial, reconoce que ese hecho ha sido cometido por el propio Estado. Esto sienta las bases de la responsabilidad jurídica internacional de ese Estado y para que quienes tengan derecho a ello le exijan esa responsabilidad¹³².

¹³² El Relator Especial desea expresar su agradecimiento a la Sra. S. S. Sarenkova y al Sr. M. V. Musijin por la ayuda prestada en la preparación del presente informe.