



Asamblea General

Distr. general
31 de marzo de 2008
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

60° período de sesiones

Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y
7 de julio a 8 de agosto de 2008

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

Memorando de la Secretaría

Resumen

El presente estudio, elaborado por la Secretaría a solicitud de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), tiene la finalidad de brindar antecedentes para la consideración por la CDI del tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”. En el estudio se examinan las principales cuestiones jurídicas que se plantean en relación con este tema, desde las perspectivas clásica y contemporánea, teniendo asimismo en cuenta los nuevos acontecimientos en la esfera del derecho penal internacional que hayan tenido incidencia en las inmunidades de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

Es necesario destacar tres limitaciones al alcance del estudio. *Primero*, el estudio solo se refiere a las inmunidades de las personas que son *funcionarios del Estado*, a diferencia de otras personas —por ejemplo, agentes de organizaciones internacionales— que también pueden gozar de inmunidades con arreglo al derecho internacional. Además, el estudio no abarca a determinadas categorías de funcionarios del Estado, como los diplomáticos y los agentes consulares, porque las normas que rigen sus privilegios e inmunidades ya han sido objeto de codificación. Sin embargo, se hace referencia, según proceda, a las normas que puedan brindar elementos para abordar determinadas cuestiones sobre las cuales la práctica relativa a las personas a que se refiere el presente estudio parece ser escasa. *Segundo*, el estudio se limita a las inmunidades frente a la jurisdicción *penal*, y no frente a otros tipos de jurisdicción, como la civil. De todos modos, se han tenido en cuenta elementos de la práctica de los Estados, entre ellos, fallos judiciales internos, en la esfera de la jurisdicción civil, en la medida en que sean pertinentes para abordar también determinados aspectos relacionados con el régimen jurídico de las inmunidades de jurisdicción penal. *Tercero*, el estudio se refiere a las inmunidades de jurisdicción penal *extranjera*, a saber, las inmunidades de que gozan los funcionarios



del Estado ante las autoridades de un Estado extranjero, por oposición a las inmunidades de que gozan dichos funcionarios en su propio Estado, o a las inmunidades ante cortes o tribunales internacionales. A este respecto, el tratamiento de las inmunidades ante cortes o tribunales internacionales ha sido enfocado desde la perspectiva de su desarrollo histórico y su posible incidencia en el régimen jurídico de las inmunidades ante las jurisdicciones internas extranjeras.

El presente estudio se divide en dos partes. En la Primera parte se brinda, en gran medida desde una perspectiva histórica, un panorama general de antecedentes y se expone el contexto en que ha surgido y se ha invocado la inmunidad de los funcionarios del Estado. Esta parte comprende cuatro secciones. En la sección A se procura determinar la gama de definiciones a cuyo respecto se emplearía la expresión “funcionarios del Estado”, mientras que la sección B contiene un panorama de la noción de jurisdicción —incluida la jurisdicción penal— que está estrechamente vinculada con la de inmunidad. La sección C está dedicada a abordar el concepto de inmunidad en sus diversas manifestaciones. En particular se distinguen las inmunidades diplomáticas y las doctrinas de la inmunidad de los Estados a fin de delinear el alcance del presente estudio, y se traza un panorama de la forma en que la CDI trató a “la inmunidad de los soberanos y los jefes de Estado” cuando elaboró el Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Esta sección también se refiere a conceptos tales como la no justiciabilidad y la doctrina de los actos de Estado, que parecen estar relacionados con la inmunidad —por lo menos en cierta medida, pues pueden evitar el ejercicio de la competencia jurisdiccional respecto de una controversia que involucre a un Estado extranjero o a uno de sus funcionarios. Por último, en la sección D se consideran los nuevos acontecimientos en los que se han abordado cuestiones atinentes a la inmunidad en relación con los esfuerzos encaminados al establecimiento de la jurisdicción penal internacional.

La Segunda parte es la parte sustantiva y comprende tres secciones. En ella se describen el alcance y la aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado a la luz de los tratados internacionales, los elementos pertinentes de la práctica de los Estados (entre ellos, la legislación y las decisiones judiciales internas), la jurisprudencia internacional y la doctrina. Esta parte se funda en la distinción, que parece ser ampliamente reconocida, entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*.

En la sección A se consideran las cuestiones atinentes a la inmunidad *ratione personae*. Dicha inmunidad, que parece abarcar tanto los actos realizados con carácter oficial como los actos privados, incluida la conducta anterior al desempeño del cargo, sólo corresponde a funcionarios en ejercicio que estén ocupando cargos de alto rango en la estructura de un Estado —principalmente los jefes de Estado o de gobierno, pero posiblemente también otros funcionarios, como los ministros de relaciones exteriores, según lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia en su sentencia en la causa de la *Orden de detención*. Así pues, en esta sección se aborda la cuestión de las personas comprendidas en dicha inmunidad, incluida la determinación de la condición de las personas a quienes posiblemente les corresponde; el posible papel del reconocimiento, o la falta de reconocimiento, de los Estados o los gobiernos en lo tocante al otorgamiento de la inmunidad *ratione personae*; las situaciones en las que opera la inmunidad *ratione personae* (en particular, la cuestión de si dicha inmunidad también se aplica cuando la persona se encuentra en el territorio de un Estado extranjero en visita privada); la situación específica de los jefes de Estado en el exilio; así como el posible otorgamiento de inmunidad *ratione*

personae a los miembros de la familia o el séquito de la persona de que se trate. En esta sección también se examina la cuestión de si la inmunidad *ratione personae* puede estar sujeta una excepción cuando la presunta conducta delictiva constituya un crimen con arreglo al derecho internacional. Si bien la Corte Internacional de Justicia ha negado, en la causa de la *Orden de detención*, la existencia de una excepción de esa índole en lo tocante a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un ministro de relaciones exteriores en ejercicio, y si bien algunos elementos de la práctica de los Estados —incluidas las decisiones judiciales nacionales— parecerían corroborar la conclusión de la Corte, algunos especialistas han sugerido posibles excepciones, en particular en situaciones en las cuales el otorgamiento de inmunidad *ratione personae* entrañaría un grave riesgo de impunidad.

En la sección B se considera la inmunidad *ratione materiae*, es decir, la inmunidad inherente a los actos realizados por los funcionarios del Estado en el cumplimiento de sus funciones, a diferencia de los actos privados. En esta sección se abordan varias cuestiones, entre las que figuran las siguientes: los criterios de distinción entre los actos oficiales y los actos privados; el tratamiento de los actos realizados fuera del ámbito de su competencia [*ultra vires*]; la cuestión de la pertinencia de la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*; si dicha inmunidad también comprende los actos realizados por un funcionario del Estado en el territorio de un Estado extranjero, y las personas que pueden gozar de inmunidad *ratione materiae*, incluida la situación de los ex funcionarios, los funcionarios de Estados o gobiernos no reconocidos, y los funcionarios de un Estado que ha desaparecido. A continuación, en esta sección se aborda la cuestión de si ha surgido una excepción a la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes de derecho internacional. En este contexto, se señalan a la atención los recientes acontecimientos en la esfera del derecho penal internacional (en particular, el principio con arreglo al cual el carácter oficial del autor de un crimen internacional no lo exime de responsabilidad penal), las conclusiones de los tribunales internacionales e internos y el debate doctrinal sobre el fundamento, la naturaleza y la posible extensión de tal excepción. Por último, en el estudio se aborda la cuestión de las posibles excepciones a la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes de trascendencia internacional que aún no hayan adquirido la condición de crímenes con arreglo al derecho internacional.

En la última sección (C) se centra la atención en los aspectos procesales relacionados con la aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En esta sección se abordan varias cuestiones, como la invocación y la determinación de la inmunidad; los efectos jurídicos de la operación de la inmunidad (incluidas las relaciones entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución y la inviolabilidad; la cuestión de la inmunidad de los funcionarios del Estado que no estén personalmente acusados de un acto delictivo, y la identificación de los actos excluidos por la operación de la inmunidad). En esta sección también se abordan las cuestiones atinentes a la renuncia a la inmunidad, tales como la forma de la renuncia, ya sea expresa o tácita, la autoridad competente para renunciar a la inmunidad y los efectos jurídicos de la renuncia. Habida cuenta de la relativa escasez de la práctica de los Estados acerca de esas cuestiones, frecuentemente se hace referencia a las soluciones que se han aplicado en lo tocante a las inmunidades diplomáticas y a la inmunidad de los Estados.

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1–4	7
II. Primera parte. Antecedentes y contexto: Cuestiones de definición atinentes al alcance del estudio y nuevos acontecimientos conexos en torno al tema	5–87	9
A. Los funcionarios del Estado	5–6	9
B. Concepto de jurisdicción	7–13	11
1. La jurisdicción penal	9–12	12
2. Cooperación internacional para el ejercicio de la competencia penal	13	17
C. Concepto de inmunidad y cuestiones conexas	14–66	18
1. Distintos tipos de inmunidades	17–33	19
a) La inmunidad diplomática frente a la inmunidad “de los soberanos y los jefes de Estado”	19	20
b) Teorías básicas en materia de inmunidades	20–23	21
c) Las inmunidades a nivel interno	24–26	22
d) La inmunidad “de los soberanos y los jefes de Estado” frente a la inmunidad de los Estados	27–33	23
2. La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes	34–47	26
a) Consideración del proyecto de artículo 25 propuesto por el Relator Especial Sompong Sucharitkul por la Comisión de Derecho Internacional	37–41	27
b) Consideración del proyecto de artículo 4 en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional	42–44	30
c) Cuestiones que quedaron pendientes	45–47	32
3. Otras técnicas que limitan el ejercicio de la competencia jurisdiccional	48–66	35
a) No justiciabilidad	49–52	35
b) Doctrina de los actos de Estado	53–66	36
D. Responsabilidad penal individual y exclusión de la inmunidad	67–87	41
1. Jurisdicción penal internacional	70–73	42
2. Consideración de los Principios de Nuremberg por la Comisión de Derecho Internacional	74–76	45
3. Consideración del Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad por la Comisión de Derecho Internacional	77–83	47
4. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	84–87	49

III. Segunda parte. Alcance y aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	88–268	56
A. Inmunidad <i>ratione personae</i>	94–153	61
1. Personas comprendidas	96–136	62
a) Jefes de Estado	99–117	63
i. Determinación de si una entidad es un Estado soberano	105–106	69
ii. Determinación de si una persona ocupa el cargo de Jefe de Estado	107–108	71
iii. Papel del reconocimiento de Estados y gobiernos	109	73
iv. Irrelevancia de la presencia en el Estado del foro	110	76
v. Jefe de Estado en misión especial	111	77
vi. Jefe de Estado en el exilio	112–113	78
vii. Miembros de la familia y miembros del séquito.	114–117	80
b) Jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores	118–131	83
i. Determinación de si una persona es jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores.	130	91
ii. Miembros de la familia y miembros del séquito.	131	91
c) Otros funcionarios de alto rango.	132–136	92
2. Actos comprendidos.	137–140	96
3. Posibles excepciones, fundadas en la naturaleza de la conducta penal	141–153	100
B. La inmunidad <i>ratione materiae</i>	154–212	109
1. Actos “oficiales” y actos “privados”.	155–165	110
a) Consideraciones generales.	155–161	110
b) Actos oficiales realizados en el territorio de un Estado extranjero	162–165	116
2. Personas comprendidas en la inmunidad <i>ratione materiae</i>	166–179	118
a) Categorías de funcionarios	166–169	118
b) Ex funcionarios	170–173	122
c) Funcionarios o ex funcionarios de Estados o gobiernos no reconocidos	174–177	124
d) Funcionarios de un Estado que ha desaparecido	178–179	125

3.	Posibles excepciones, fundadas en la naturaleza de la conducta penal	180–212	126
a)	Crímenes de derecho internacional	180–207	126
i.	No inclusión por tratarse de actos “no oficiales”	191–192	134
ii.	Exclusión de la inmunidad <i>ratione materiae</i> en virtud de una excepción reconocida por el derecho internacional	193–207	138
b)	Otros crímenes de trascendencia internacional	208–212	149
C.	Aspectos de procedimiento	213–269	150
1.	Invocación de la inmunidad	215–229	151
a)	Si es necesario invocar la inmunidad y, en caso afirmativo, quién debe invocarla	215–219	151
b)	Oportunidad de la invocación y la consideración	220–225	155
2.	Determinación de la inmunidad	226–229	158
3.	Efectos jurídicos de la operación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera	230–245	162
a)	Distinción entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución	230–236	162
b)	Inmunidad de los funcionarios del Estado no acusados personalmente de un acto delictivo	237–241	167
c)	Actos excluidos por la operación de la inmunidad	242–245	171
4.	Renuncia a la inmunidad	246–269	175
a)	Forma de la renuncia	250–264	177
i.	Renuncia expresa	251–255	178
ii.	Renuncia tácita	256–264	181
b)	Autoridad competente para renunciar a la inmunidad	265–268	189
c)	Efectos jurídicos de la renuncia a la inmunidad	269	191
	Anexo		
	Bibliografía selecta		193

I. Introducción*

1. En el mundo interdependiente de hoy, cuando millones de personas cruzan las fronteras nacionales e ingresan en otros Estados, el modelo de jurisdicción penal que surgió del sistema westfaliano de Estados-nación territoriales se esfuerza por hacer frente a la incidencia de la delincuencia y constituye el marco para los esfuerzos de la comunidad internacional por enjuiciar a quienes cometen crímenes. Ese sistema estaba basado en los principios de independencia, igualdad soberana y dignidad de los Estados. Con arreglo al derecho internacional clásico, cada Estado, en virtud de su soberanía territorial, tenía, dentro de ciertos límites, jurisdicción respecto de la persona y los bienes de los extranjeros que se encontraran en su tierra y sus aguas¹ y ello sigue siendo cierto hoy en día. Además, tenía jurisdicción, también dentro de ciertos límites, respecto de los actos realizados dentro de sus fronteras que afectaran a los Estados extranjeros o a sus súbditos. Al mismo tiempo, no había normas ni prácticas especiales con arreglo a las cuales se hicieran excepciones al derecho general a ejercer jurisdicción respecto de los extranjeros y sus bienes². Enfocado de manera diferente, se reconocía que había circunstancias que otorgaban al Estado de la nacionalidad competencia para actuar fuera de los límites de su jurisdicción territorial, en particular en asuntos atinentes a sus nacionales o a sus bienes.

2. Una exégesis del título del tema de la CDI “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” revela en parte el alcance del estudio. A los efectos del análisis, aparecen prominentemente tres elementos esenciales: a) *ratione personae*, el estudio se limita a las personas que tienen la calidad de funcionarios del Estado; b) *ratione materiae*, el tema está centrado en la inmunidad de dichas personas con respecto a la jurisdicción penal; c) y espacialmente, *ratione loci*, se trata de la inmunidad con respecto a una jurisdicción extranjera. En los últimos tiempos, las causas *Pinochet*, la causa de la *Orden de detención* y la causa *Djibouti c. Francia* han atraído un interés particular respecto de esta esfera del derecho³, así como de la necesidad de abordar las incertidumbres que puedan existir

* En su 58º período de sesiones (2006), la Comisión de Derecho Internacional incluyó, entre otros, el tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” en su programa de trabajo a largo plazo; *Documentos oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/61/10)*, párr. 257. En su 59º período de sesiones (2007), la CDI decidió incluir el tema en su programa de trabajo y designó Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin; *ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/62/10)*, párr. 376. La CDI también pidió que la Secretaría preparara un estudio de antecedentes sobre el tema; *ibid.*, párr. 386.

¹ William Edward Hall, *A Treatise on International Law*, editado por A. Pearce Higgins, 8ª edición (Clarendon, Oxford University Press, Humphrey Milford Publisher to the University, 1924), § 48.

² *Ibid.*, § 48. El artículo 2 del Proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados, 1949, reafirma este punto al disponer lo siguiente:

“Todo Estado tiene derecho a ejercer jurisdicción sobre su territorio y sobre todas las personas y las cosas que en él se encuentren, sin perjuicio de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional.”

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1949. Véase también la resolución 375 (IV) de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 1949. Los *Anuarios* de la CDI están disponibles en <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>.

³ Cámara de los Lores, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet*, 24 de marzo de 1999, reproducido en *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), págs. 581 a 663 (en adelante “*Pinochet* (No. 3)”). *Case concerning the Arrest*

en relación con las normas aplicables a la inmunidad, en particular los ocupantes de cargos de liderazgo que pueden ser responsables de crímenes graves⁴.

3. El presente estudio se divide en dos partes. En la Primera parte se traza un panorama general de antecedentes y se expone el contexto en el que ha surgido y se ha invocado la inmunidad de los funcionarios del Estado. En ella se procura determinar algunos parámetros que circunscriben el alcance del estudio, poniendo de relieve el tratamiento de las cuestiones atinentes a la inmunidad en gran medida desde una perspectiva histórica. Esta parte comprende cuatro secciones. Las dos primeras secciones son de carácter preliminar. En la sección A se procura exponer la gama de casos en que se emplearía la expresión “funcionarios del Estado”, mientras que en la sección B, habida cuenta de la estrecha vinculación con la inmunidad, se traza un panorama de la noción de jurisdicción, incluida la jurisdicción penal. La sección C está dedicada a la consideración del concepto de inmunidad en sus diversas manifestaciones, así como conceptos conexos. En particular, se distingue del objeto del presente estudio a las inmunidades diplomáticas y a las doctrinas de la inmunidad de los Estados. En esta sección también se traza un panorama de la forme en que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) se ocupó de “la inmunidad de los soberanos y los jefes de Estado” cuando elaboró el Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. En la sección C también se exploran otras técnicas diferentes de las inmunidades jurisdiccionales para lograr que se evite el conocimiento judicial de una controversia que se relaciona con otro Estado o con un funcionario de un Estado extranjero, entre las que figuran la no justiciabilidad y la doctrina de los actos de Estado. Por último, en la sección D se consideran los nuevos acontecimientos en que se han abordado las cuestiones atinentes a la inmunidad en relación con los esfuerzos encaminados al establecimiento de una jurisdicción penal internacional.

4. La Segunda parte es la parte sustantiva y se divide en tres secciones. En ella se describen el alcance y la aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado a la luz de los tratados internacionales, los elementos pertinentes de la práctica de los Estados (incluidas la legislación y las decisiones judiciales internas), la jurisprudencia internacional y la doctrina. Esta parte está fundada en la distinción que se hace entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*. En la sección A se abordan las cuestiones atinentes a la inmunidad *ratione personae*, examinando las personas y los actos posiblemente comprendidos en dicha inmunidad, así como las posibles excepciones a ella. En la sección B se considera la inmunidad *ratione materiae*, describiendo el alcance material de dicha inmunidad (particularmente a la luz de la distinción entre los actos oficiales y los actos privados), las personas comprendidas en dicha inmunidad y las posibles excepciones a ella. La sección C está centrada en los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, examinando la invocación y la determinación de la inmunidad, los efectos jurídicos de la operación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y las cuestiones atinentes a la renuncia a la inmunidad.

Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), sentencia, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 3. *Case concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, *Judgment of 4 June 2008*, disponible en <http://www.icj-cij.org>.

⁴ Véase, por ejemplo, la resolución sobre Inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y de gobierno en el derecho internacional, aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Vancouver en 2001; Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), págs. 742 a 755.

II. Primera parte. Antecedentes y contexto: Cuestiones de definición atinentes al alcance del estudio y nuevos acontecimientos conexos en torno al tema

A. Los funcionarios del Estado

5. El derecho internacional consuetudinario no define como tal al “funcionario del Estado”. Como se examinará más detalladamente en la Segunda parte, en el contexto de la inmunidad se hace una distinción entre inmunidad *ratione materiae* e inmunidad *ratione personae*. Mientras que la primera sigue existiendo y puede invocarse aún después de terminado el período de desempeño del cargo, la segunda existe hasta el final de dicho período y es inherente al funcionario de que se trate⁵. Mientras que el conjunto de funcionarios del Estado que gozan de inmunidad *ratione materiae* es en teoría suficientemente vasto como para abarcar una amplia gama de funcionarios, y de hecho algunos comentaristas sostienen que comprende a todos los funcionarios del Estado⁶, la categoría de beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* parece ser de alcance más limitado. El grado de limitación del alcance de esta categoría se examinará más detalladamente en la Segunda parte, sección A. Sin embargo, para la Primera parte se empleará una definición de trabajo que comprende dentro de un núcleo central a quienes estaban comprendidos en las “inmunidades de los soberanos y Jefes de Estado”, tales como se entendían en el derecho internacional clásico, a los efectos del contraste con otros tipos de inmunidades, tales como las inmunidades diplomáticas y consulares y la inmunidad de los Estados. Desde el punto de vista de la ejecución del derecho penal, hay varios instrumentos que resumen este enfoque estrecho. Primero, el artículo 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional disponía que la posición oficial de los acusados, sea como Jefes de Estado o como altos funcionarios de dependencias gubernamentales [en inglés, “*responsible officials in Government Departments*”] no les exoneraría de responsabilidad. Cuando la CDI estaba elaborando los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, ajustó el texto del principio III a los términos del artículo 7 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, quedando entendido que la frase empleada, “*responsible officials*” [en español, “autoridad del Estado”], se refería a los que fueran de alto nivel y tuvieran “verdadera responsabilidad”, mientras que los mencionados en el principio IV, relativo a las órdenes superiores, tenían menor responsabilidad⁷. Además, la expresión “funcionario público” [en inglés, “*public official*”] se refiere a un funcionario responsable dependiente del gobierno de su

⁵ Véase *infra*, Segunda parte.

⁶ Véase *infra*, Segunda parte, sección B.2 a).

⁷ Acta resumida de la 46ª sesión, 14 de junio de 1950, párrs. 93 a 102, *Anuario... 1950*, vol. I. Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg:

Principio III

El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de Derecho Internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional.

Principio IV

El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.”

país. Consiguientemente, en el principio III se emplea la expresión “*responsible government official*” [en español, “autoridad del Estado”]. Por su parte, el artículo IV de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio comprende entre las personas que pueden ser penalmente responsables a los “... gobernantes, funcionarios...” [en inglés, “... *constitutionally responsible rulers, public officials...*”]⁸. Además, el artículo 1 de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, define a la persona internacionalmente protegida de modo que comprende a un Jefe de Estado, un jefe de gobierno o un ministro de relaciones exteriores, y a cualquier representante o funcionario de un Estado que tenga derecho, conforme al derecho internacional, una protección especial contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad⁹.

6. A nivel más general, el derecho de la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos comprende una gama más amplia de funcionarios a los efectos de la atribución. Se considera hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, cualquiera sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como una división territorial del Estado¹⁰. La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre la *Diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, reafirmó una norma asentada de carácter consuetudinario según la cual la conducta de cualquier órgano de un Estado debe considerarse un acto de dicho Estado¹¹. Como la palabra órgano comprende a toda persona o entidad que tenga tal condición de conformidad con el derecho interno del Estado, la expresión “funcionario del Estado”, a los efectos de la responsabilidad del Estado, comprendería efectivamente no sólo a quienes constituyan un órgano formal del Estado, sino también a aquellas personas o entidades que ejerzan elementos de autoridad gubernamental. La expresión también puede abarcar a las personas o grupos de personas que de hecho actúan cumpliendo instrucciones de un Estado o bajo su dirección o control o a aquellas personas o grupos de personas que ejercen elementos de autoridad gubernamental en ausencia o a falta de una autoridad oficial¹². En la sección B de la Segunda parte del estudio se examinan más detalladamente las cuestiones que surgen en torno a esta categoría más amplia.

⁸ Artículo IV de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, pág. 277: “Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigados, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.”

⁹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1035, pág. 167.

¹⁰ Véase el párrafo 1 del artículo 4 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (Segunda parte), párr. 76.

¹¹ *I.C.J. Reports 1999*, pág. 62, párr. 62.

¹² Véanse, en general, los artículos 4 a 11 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, op. cit., párr. 76.

B. Concepto de jurisdicción

7. Para que se pueda invocar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera con respecto a un funcionario del Estado, éste tendría que estar *prima facie* sujeto a la competencia de otro Estado. En la causa de la *Orden de detención*, la Corte Internacional de Justicia reconoció que, desde el punto de vista lógico, sólo correspondería considerar la inmunidad después de haber llegado una determinación con respecto a la competencia¹³, aun cuando la propia Corte consideró las cuestiones relativas a la inmunidad sin adoptar una determinación acerca de la competencia, teniendo en cuenta las conclusiones de las partes. En un sistema jurídico, ya sea nacional o internacional, el ejercicio de competencia por parte de un Estado es una manifestación de su poder soberano; es el medio por el cual el derecho se hace funcional¹⁴ y se operacionaliza. Analíticamente, esa autoridad entraña tres tipos de competencia [en inglés, *jurisdiction*], a saber, a) la competencia normativa; b) la competencia de ejecución; y c) la competencia jurisdiccional¹⁵. La demarcación entre los tres tipos de competencia es sutil¹⁶.

¹³ *Arrest Warrant*, párr. 46. En opiniones separadas, el magistrado Guillaume observó que "... la competencia de los tribunales es una cuestión sobre la cual éstos deben pronunciarse antes de considerar la inmunidad de los justiciables. En otras palabras, no es posible beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción sino cuando hay jurisdicción" (párr. 1); el magistrado Rezek dijo que el examen previo de la cuestión de la competencia habría debido dispensar a la Corte de la necesidad de deliberar sobre la cuestión de la inmunidad (párr. 10), y los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal señalaron, en una opinión separada conjunta, que "quien dice 'inmunidad' dice 'inmunidad de jurisdicción'. Si no hay jurisdicción *en principio*, simplemente no se plantea la cuestión de la inmunidad de una jurisdicción que de otra manera existiría... Si la noción de 'inmunidad' depende, conceptualmente, de una competencia preexistente, a cada una de esas nociones se aplica un corpus de derecho diferente." (párrs. 3 y 4).

¹⁴ Covey T. Oliver, Edwin B. Firmage, Christopher L. Blakesley, Richard F. Scott y Sharon A. Williams, *The International Legal System: Cases and Materials* (Westbury, Nueva York, Foundation Press, 1995), pág. 133. Hay numerosas fuentes sobre la jurisdicción; para las fuentes anteriores, véase, por ejemplo: Michael Akehurst, "Jurisdiction in International Law", *British Year Book of International Law*, vol. 46 (1972-1973), pág. 145; Frederik Alexander Mann, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 111 (1964-I), pág. 1; y Frederik Alexander Mann, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law Revisited after twenty years", *Recueil des cours...*, vol. 186 (1984-III), pág. 9.

¹⁵ a) La competencia normativa necesariamente entraña la promulgación de normas: la autoridad de un Estado para elaborar sus leyes sustantivas aplicables a personas, actividades o circunstancias determinadas. b) La competencia de ejecución entraña la capacidad del Estado para hacer cumplir las leyes frente a personas determinadas, en circunstancias determinadas, o con respecto a determinadas cosas, y a desplegar sus recursos para obtener el cumplimiento de sus leyes mediante inducción o coerción o dar una reparación en caso de incumplimiento. c) La competencia jurisdiccional comprende la autoridad para someter a las personas, acontecimientos o cosas determinadas a sus procedimientos judiciales. La actividad jurisdiccional entraña una declaración de derechos y una vindicación de intereses privados. Frecuentemente se describe a los tres tipos de competencia como legislativa, judicial [en inglés, *curial*] y ejecutiva. Véase en general, American Law Institute, *Restatement of the Law: the Foreign Relations Law of the United States*, 3ª edición (1987), Nota introductoria y capítulos 1 a 3.

¹⁶ Véase, en general, Vaughan Lowe, "Jurisdiction", en Malcolm D. Evans (editor), *International Law*, 2ª edición, (Oxford, Oxford University Press, 2006), págs. 335 a 360, que divide el análisis entre la competencia normativa y la de ejecución. La competencia jurisdiccional se percibe como un refinamiento de la competencia de ejecución. Un Estado ejecuta sus leyes por conducto de procedimientos judiciales y tomando medidas de otra índole. Sin embargo, no

8. De todos modos, las distinciones tienen importancia práctica y jurídica. A los efectos de la inmunidad, la determinación de una cuestión puede depender a veces de si la competencia de que se trata es normativa, jurisdiccional o de ejecución¹⁷. Los aspectos procesales de la aplicación se examinan más detenidamente en la Segunda parte, sección C.

1. La jurisdicción penal

9. Tal vez el rótulo de “penal” o “civil” no describa exactamente la verdadera distinción relativa al grado en que el Estado que dicta normas pueda ejercer su prerrogativa de controlar determinada conducta¹⁸. Ello puede ser así en situaciones en las que crímenes de derecho internacional hayan dado lugar a demandas civiles a nivel interno. En los sistemas de inspiración románica, las partes privadas pueden solicitar una indemnización civil en el proceso penal. En otros casos, ciertas normas legislativas que son “civiles”, como la legislación antitrust, pueden tener una incidencia penal y coercitiva¹⁹. El presente estudio se refiere a “la jurisdicción penal extranjera”. Sin embargo, tal vez la delimitación formalista no refleje de manera totalmente clara las cuestiones planteadas. En efecto, la jurisprudencia emanada de procedimientos civiles puede abordar cuestiones que sean análogamente pertinentes con respecto a los procesos penales, y en el presente estudio se ha utilizado dicha jurisprudencia, cuando así procedía. De todos modos, el presente estudio se ocupa esencialmente de las situaciones en que una persona puede ser enjuiciada en una jurisdicción extranjera por haber cometido un delito penal²⁰.

siempre se utiliza la competencia jurisdiccional en situaciones y para fines que son estrictamente de ejecución, Oliver, Firmage y otros, op. cit., pág. 134. Por lo común, los asuntos que son objeto de competencia jurisdiccional dentro de un Estado emanan de lo que se ha prescrito normativamente. Se juzga a una persona por determinado delito porque existe una ley que proscribe esa conducta. Un Estado no tendría competencia de ejecución dentro de su territorio si no tuviera *prima facie* competencia para dictar normas. Cabe destacar que la competencia de ejecución está en principio limitada al territorio propio del Estado. Si bien un Estado no puede hacer valer eficazmente su competencia jurisdiccional respecto de una persona que esté fuera de su territorio, no está impedido de pedir la ejecución por otros medios, inclusive solicitando la cooperación de cualquier otro Estado que esté interesado o tenga competencia para dictar normas, ibid.

¹⁷ La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, 2004 (véase *infra*, Primera parte, sección C.2), distingue entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución (medidas coercitivas).

¹⁸ D.W. Bowett, “Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources”, en Charlotte Ku y Paul F. Diehl (editores), *International Law: Classic and Contemporary Readings*, (Colorado y Londres, Lynne Rienner Publishers Inc, 1998), pág. 208.

¹⁹ Véase, por ejemplo, la Ley de los Estados Unidos sobre reclamaciones de extranjeros por ilícitos civiles, promulgada en 1789 y codificada como 28 U.S.C. § 1350. Con arreglo a dicha Ley, “los Tribunales de Distrito tendrán competencia originaria en cualquier acción civil incoada por un extranjero exclusivamente por un ilícito civil, cometido con violación del derecho de gentes o de un tratado de los Estados Unidos”.

²⁰ En *Bouzari et al. v. Islamic Republic of Iran* (2004), el apelante invocó, entre otros argumentos, la excepción contenida en la Ley del Canadá sobre las inmunidades de los Estados según la cual dicha Ley no se aplica a procedimientos penales o a procedimientos de naturaleza análoga a procedimientos penales, y argumentó que el procedimiento en que se reclamaba al Irán una indemnización por secuestro, privación ilegal de la libertad, agresión, tortura y amenazas de muerte era de naturaleza análoga a un procedimiento penal porque él había solicitado una indemnización punitiva cuya naturaleza era análoga a la de una multa. El juez de primera instancia y el Tribunal de Apelaciones de Ontario rechazaron el argumento, concluyendo que

10. Si bien el derecho internacional considera que la jurisdicción penal es por lo común territorial, ello no ha impedido que casi todos los sistemas jurídicos internos extiendan su aplicación a delitos extraterritoriales²¹. En el derecho internacional existen cinco principios que sirven de base para la jurisdicción penal: a) el principio *territorial*²², b) el principio de *nacionalidad* (“personalidad activa”)²³, c) el principio de *personalidad pasiva*²⁴, d) el principio de *protección*²⁵ y e) el principio *universal*²⁶. Si bien esas bases han logrado diversos niveles de aceptación en la

la reparación solicitada sólo podía obtenerse en un procedimiento civil después de una determinación de responsabilidad civil y el otorgamiento de una indemnización compensatoria. Si bien la finalidad de una indemnización punitiva era la disuasión, seguía siendo una reparación dentro de un procedimiento civil; reproducido en *International Law Reports*, vol. 128 (noviembre de 2006), pág. 586, párr. [44].

- ²¹ La actitud del derecho internacional frente al ejercicio de jurisdicción extraterritorial se ilustra con el siguiente *obiter dictum* [observación incidental] en la causa del *S.S. Lotus*: “La territorialidad del derecho penal, ..., no es un principio absoluto de derecho internacional y no coincide en modo alguno con la soberanía territorial.” *The Case of the S.S. Lotus (Turkey v. France)*, P.C.I.J. 1927 (*Series A*), No. 10, pág. 19.
- ²² La *jurisdicción territorial* determina la competencia por referencia al lugar en el cual se ha cometido el delito. Esta competencia puede ser *subjetiva* u *objetiva*; la primera comprende un incidente que se inicia dentro del territorio de un Estado pero se consuma fuera de él; mientras que la segunda se refiere a un incidente que se origina fuera del territorio de un Estado pero se completa dentro de él. Para las obras anteriores sobre el tema, véase en general, Harvard Research in International Law, “Study on Jurisdiction with Respect to Crime, Draft Convention on Jurisdiction with respect to Crime”, *American Journal of International Law*, vol. 29 (suplemento) (1935), págs. 435 a 651.
- ²³ El principio de *nacionalidad* funda la competencia en un nexo personal existente entre el nacional y el Estado enjuiciante, aunque el delito del nacional se haya cometido en el extranjero.
- ²⁴ El principio de la *personalidad pasiva* determina la competencia por referencia a la nacionalidad de la persona lesionada: Este principio, “durante tanto tiempo considerado polémico... encuentra hoy una oposición relativamente escasa, por lo menos en lo tocante a una categoría particular de delitos”, *Arrest Warrant*, opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 47. Ha encontrado su lugar específico particularmente en los instrumentos de lucha contra el terrorismo adoptados recientemente.
- ²⁵ El principio de *protección* atribuye competencia en virtud del interés nacional lesionado por el delito cometido en el extranjero. La consideración de las repercusiones económicas dentro de su territorio, y no de algún elemento de comportamiento ocurrido dentro del territorio, distingue al principio de protección (“efectos”) en su forma pura de la jurisdicción territorial objetiva. Lowe, op. cit., pág. 345.
- ²⁶ El principio *universal* determina la competencia por referencia a la naturaleza del delito reconocido como de trascendencia universal, independientemente del *locus delicti* y de las nacionalidades del infractor y de la víctima. La piratería es el ejemplo paradigmático. Henry Wheaton, *Elements of International Law* (reproducción literal de la edición de 1866 por Richard Henry Dana, Jr. editado con Notas por George Grafton Wilson) (Oxford, The Clarendon Press; Londres, Humphrey Milford, 1936) sugiere que “la razón por la cual un pirata *jure gentium* puede ser capturado y juzgado por cualquier nación, independientemente de su carácter nacional, o del de la embarcación a bordo de la cual, contra la cual, o desde la cual se cometió el acto, es que se trata de un acto respecto del cual todas las naciones tienen una igual jurisdicción.” § 124, nota de pie de página.
- La jurisdicción universal se ha entendido también en otros sentidos. Algunos comentaristas clásicos, como Grocio, Heinecio, Burlamaqui, Vattel, Rutherford, Schmelzing y Kent, pero con la oposición de Puffendorf, Voet, Martens, Klüber, Leyser, Kluit, Saalfeld, Schmaltz, Mittermeyer y Heffter, apuntaron al posible enjuiciamiento de los autores de determinados delitos particularmente graves no sólo en el Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el delito, sino también en el país en que hubiesen buscado refugio. Sobre la base de esta opinión, los Estados tenían la obligación de proceder a la detención, seguida por la extradición o el

enjuiciamiento, de conformidad con la máxima *aut dedere aut judicare*. Véase Wheaton, *ibíd.*, § 115, nota de pie de página. Véase también la opinión separada del magistrado Guillaume en la causa del *Arrest Warrant*, párrs. 3 a 12. Se encuentra una manifestación contemporánea de este enfoque en varios instrumentos multilaterales, en particular los atinentes al terrorismo internacional. El Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 860, pág. 105, dispone, en el párrafo 2 de su artículo 4, lo siguiente: “Cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo”, es decir, los que pueden establecer su jurisdicción de conformidad con el Convenio. Hay artículos análogos o variantes de ellos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, Montreal, 1971 (art. 52)), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 974, pág. 177; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, Nueva York, 1973 (art. 7), *ibíd.*, vol. 1035, pág. 167; la Convención internacional contra la toma de rehenes, Nueva York, 1979 (art. 10), *ibíd.*, vol. 1316, pág. 205; la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, Viena, 1980 (art. 8), *ibíd.*, vol. 1456, pág. 127; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 7, párr. 1), *ibíd.*, vol. 1465, pág. 85; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, Roma, 1988 (art. 10, párr. 1), *ibíd.*, vol. 1678 pág. 221; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, Nueva York, 1973 (art. 14), *ibíd.*, vol. 2051, pág. 363; el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (art. 8, párr. 1), *ibíd.*, vol. 2149, pág. 256; el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (art. 10, párr. 1), resolución 54/109 de la Asamblea General; y el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (art. 11), resolución 59/290 de la Asamblea General. Véanse también el Proyecto de código de crímenes aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (1996) (art. 9) y el proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional que es objeto de negociaciones en el Comité Especial sobre el Terrorismo Internacional establecido en virtud de la resolución 51/210 de la Asamblea General (art. 11). Dichas disposiciones, en un nivel, imponen a los Estados partes la obligación de establecer su jurisdicción sobre la base de uno de los criterios jurisdiccionales que estipulan o de una combinación de varios de ellos y, en otro nivel, eliminan la posibilidad de lagunas al imponer al Estado en cuyo territorio se haya refugiado el autor del delito la obligación de extraditarlo o enjuiciarlo. Esta forma ha sido llamada jurisdicción cuasiuniversal; véase Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5ª edición (Cambridge, Cambridge University Press, 2003), pág. 598. También se formularon sugerencias en relación con la existencia de jurisdicción universal *in absentia*. La posibilidad de que un Estado establezca su jurisdicción respecto de delitos cometidos en el extranjero por extranjeros en perjuicio de extranjeros sin que el autor esté presente en el territorio de dicho Estado de que se trata fue aceptada pero no aplicada por Bélgica en la causa del *Arrest Warrant*. En su opinión separada en la causa del *Arrest Warrant*, el magistrado Guillaume dijo que el derecho internacional sólo conoce un verdadero caso de jurisdicción universal: la piratería. La aplicación de la jurisdicción universal *in absentia* aplicada en un tribunal de un Estado en cuyo territorio no está presente el autor del delito era algo desconocido para el derecho internacional, párrs. 12 y 13. En su opinión separada conjunta, los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal (párr. 52), se manifestaron de acuerdo con el contenido del siguiente pasaje contenido en Robert Jennings y Arthur Watts (editores), *Oppenheim's International Law*, 9ª edición (Londres y Nueva York, Longman, 1992), vol. 1, pág. 998: “Si bien todavía no puede afirmarse que exista una norma general de derecho internacional positivo que otorgue a los Estados el derecho a castigar a extranjeros por crímenes de lesa humanidad del mismo modo que, por ejemplo, tienen derecho a castigar los actos de piratería, hay claras indicaciones que apuntan a la gradual evolución de un significativo principio de derecho internacional en tal sentido.”

Recientemente se han hecho esfuerzos científicos por esclarecer el alcance y el significado de la jurisdicción universal. Véase, por ejemplo, Asociación de Derecho Internacional, *Report of the*

práctica de Estados, un Estado puede fundar su jurisdicción sobre la base de cualquiera de dichos principios o de una combinación de ellos. Por ejemplo, en las diversas convenciones de lucha contra el terrorismo se prevén varias bases sobre las cuales un Estado puede tomar medidas para establecer su jurisdicción²⁷. En la causa *Eichmann*, Israel asumió competencia sobre la base del principio de la personalidad pasiva y los principios de protección y universalidad²⁸. La reforma del derecho penal sustantivo a fin de ajustarse a la obligación internacional asumida puede no ser suficiente para otorgar competencia a un tribunal interno, si, en caso de que así lo requiera el ordenamiento constitucional interno, no se hace el correspondiente cambio en el derecho penal a fin de reconocer el establecimiento de la jurisdicción por alguna de esas bases²⁹.

11. De los cinco principios, el principio de universalidad ha dado lugar a cuestiones de aplicación en relación con la inmunidad; y a veces se ha opinado que el reconocimiento de dicha jurisdicción determinaría que la inmunidad fuera efectivamente irrelevante respecto de determinados crímenes³⁰. El establecimiento

69th Conference held in London, 25-29th July 2000 (Londres, 2000), págs. 403 a 431. Véase también la resolución sobre la Jurisdicción penal universal con respecto al delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Cracovia en 2005; Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 71, Partes I y II, así como los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, 2001 (pueden consultarse [en inglés] en <http://www1.umn.edu/humanarts/instree/princeton.html>). Véase también Amnistía Internacional, “Universal Jurisdiction: the duty of States to enact and implement legislation”, septiembre de 2001 (AI Index IOR53/002/2001).

²⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 6 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; el artículo 7 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, y el artículo 9 del Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear. Véase también el apartado c) del párrafo 1 del artículo 5 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, pág. 85.

Con arreglo a la Ley general de seguridad diplomática y lucha contra el terrorismo de 1986, 18 U.S.C., constituye delito matar, o intentar matar, o conspirar para matar, o causar lesiones personales graves, a un nacional de los Estados Unidos fuera del territorio de los Estados Unidos. Sin embargo, el enjuiciamiento con arreglo a esta sección sólo puede llevarse a cabo previa certificación por el Fiscal General o su delegado de que a su juicio el delito se ha cometido para coaccionar o intimidar, a un gobierno o una población civil, o tomar represalias en su contra.

²⁸ *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Tribunal de Distrito de Jerusalén, 12 de diciembre de 1961, reproducido en *International Law Reports*, vol. 36, págs. 5 a 276, y *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Corte Suprema (actuando en funciones de Tribunal de Apelaciones en lo Penal), 29 de mayo de 1962, reproducido en *International Law Reports*, vol. 36, págs. 277 a 344.

²⁹ Causa *Hissène Habré* ante el Tribunal de Apelaciones de Dakar (Sala de Acusación), 4 de julio de 2000, y ante el Tribunal de Casación, 20 de marzo de 2001, reproducido en *International Law Reports*, vol. 125, págs. 569 a 580.

³⁰ Véase, por ejemplo, el artículo 5 de los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, 2001, op. cit.: “Inmunidades

Con respecto a los crímenes graves de derecho internacional indicados en el párrafo 1 del Principio 2 [1) piratería; 2) esclavitud; 3) crímenes de guerra; 4) crímenes contra la paz; 5) crímenes de lesa humanidad; 6) genocidio; y 7) tortura], el cargo oficial que desempeñe una persona acusada, ya sea de Jefe de Estado o de gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.”

de su competencia universal por un Estado se examinará en la Segunda parte en la medida en que incida en la inmunidad, particularmente con respecto a los crímenes de derecho internacional.

12. En el presente estudio se utilizan las expresiones “crímenes de derecho internacional” y “crímenes internacionales” como sinónimos para designar a los crímenes de naturaleza particularmente grave como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la tortura. De los tres componentes principales del derecho penal internacional, a saber, a) los aspectos internacionales del derecho penal nacional³¹; b) los aspectos penales del derecho internacional³², y c) el derecho penal internacional *stricto sensu*, se ha sugerido que los “crímenes de derecho internacional” están comprendidos en la última categoría. Son crímenes para los cuales las normas del derecho internacional imponen responsabilidad penal directamente a las personas³³. La expresión “crimen internacional”, en su contexto histórico, ha sido empleada por algunos autores para comprender en general “un crimen contra el derecho internacional” y un crimen que determina que el infractor

Véanse ejemplos de normas legislativas que prevén la jurisdicción universal en el artículo 8 de la Ley del Canadá sobre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (2000, c. 24):

“Jurisdicción

8. La persona a quien se imputa la comisión de un delito con arreglo a la sección 6 o la sección 7 puede ser enjuiciada por dicho delito si

- a) en el momento de la presunta comisión del delito,
 - i. el presunto autor era ciudadano del Canadá o trabajaba como civil o militar para el Canadá,
 - ii. el presunto autor era ciudadano de un Estado que participaba en un conflicto armado contra el Canadá, o trabajaba como civil o militar para ese Estado,
 - iii. la víctima del presunto delito era un ciudadano del Canadá, o
 - iv. la víctima del presunto delito era un ciudadana de un Estado aliado del Canadá en un conflicto armado; o
- b) después del momento de la presunta comisión del delito, el presunto autor está presente en el Canadá.”

Véase también, en relación con la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (UNTAET), el Reglamento No. 2000/15, de 6 de junio de 2000, relativo al establecimiento de grupos con competencia exclusiva para conocer de los crímenes graves, que dispone:

“Artículo 2

Competencia

2.2 A los efectos del presente reglamento, por “competencia universal” se entenderá competencia independientemente de si:

- a) El crimen grave de que se trate se cometió dentro del territorio de Timor Oriental;
- b) El crimen grave fue cometido por un ciudadano de Timor Oriental; o
- c) la víctima del crimen grave era un ciudadano de Timor Oriental.”

³¹ En lo tocante a las cuestiones que entrañan un componente delictivo extranjero, es decir, la aplicación transnacional del derecho penal interno, tales como la medida en que se permite que los tribunales nacionales asuman jurisdicción respecto de delitos extraterritoriales, la elección del derecho aplicable o el reconocimiento de sentencias penales extranjeras, véase Edward M. Wise y Ellen S. Podgor, *International Criminal Law: Cases and Materials* (Nueva York, Matthew Bender & Co., 2000), pág. 1.

³² En lo tocante a los estándares internacionales de justicia penal, que imponen obligaciones a los Estados en relación con el contenido de su derecho penal interno, tales como los principios y normas de derecho internacional que exigen que los Estados respeten los derechos de las personas acusadas de los crímenes o sospechosas de haberlos cometido o enjuicien y castiguen por “delitos de trascendencia internacional”, inclusive el apoderamiento de naves o aeronaves y la toma de rehenes; *ibíd.*, pág. 3

³³ En relación con el derecho aplicable que impone responsabilidad penal internacional, inclusive los crímenes directamente tipificados por el derecho internacional, *ibíd.*, págs. 4 y 5.

entre en conflicto con el derecho de más de un Estado³⁴. Se ha sugerido que la expresión “crimen contra el derecho internacional” comprendería a los “crímenes de derecho internacional” como “delitos de trascendencia internacional”³⁵. Por su parte, la CDI, cuando elaboró el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, parece haber utilizado la distinción entre crímenes sancionados por el derecho internacional general (“núcleo básico de crímenes”) y los crímenes con arreglo a determinados tratados o en virtud de ellos (“crímenes tipificados en tratados”)³⁶. A los efectos del presente estudio, las expresiones “crimen con arreglo al derecho internacional” o “crimen internacional” en relación con la configuración de una posible excepción a la inmunidad se utilizan para designar a los crímenes de derecho internacional general y a los crímenes tipificados en tratados³⁷. Estas cuestiones se examinarán más detalladamente en la Segunda parte, junto con la cuestión de si otros crímenes de trascendencia internacional —como el desfalco, la corrupción o la malversación de fondos públicos— estarían comprendidos en esa posible excepción.

2. Cooperación internacional para el ejercicio de la competencia penal

13. Puede no ser suficiente establecer competencia respecto de determinada conducta. En un mundo globalizado en que la Organización de las Naciones Unidas tiene 192 Estados Miembros, la cooperación internacional es capital para asegurar que el ejercicio de su competencia sea efectivo y eficaz en una jurisdicción extranjera. La extradición y la asistencia recíproca en asuntos judiciales constituyen mecanismos mediante los cuales los Estados cooperan mutuamente para tratar de someter a los infractores o fugitivos a la justicia. Las Naciones Unidas han señalado constantemente a la atención la pertinencia de la cooperación internacional en la detección, la detención, la extradición y el castigo de las personas que presuntamente han cometido crímenes, particularmente crímenes graves como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, si bien no es posible dejar de destacar la importancia de los problemas relacionados con la obtención y el intercambio de información y pruebas, así como con la extradición³⁸.

³⁴ *Ibid.*, pág. 496, citando a John Fischer Williams, *Chapters on Current International Law and the League of Nations* (Nueva York, Longmans, Green & Co., 1929), pág. 243.

³⁵ *Ibid.*, pág. 5.

³⁶ Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional con comentarios, *Anuario... 1994*, vol. II (Segunda parte).

³⁷ La noción de “crimen internacional” se utilizó en el proyecto de “Tratado de asistencia mutua” elaborado por la Sociedad de las Naciones en 1923 para caracterizar a “una guerra de agresión”, véase en general el Informe de Ricardo J. Alfaro, Relator Especial (A/CN.4/15 y Corr.1), *Anuario... 1950*, vol. II. Para un análisis de la noción de “crímenes internacionales” en el contexto de la responsabilidad de los Estados, véase Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados, por Roberto Ago, Relator Especial (A/CN.4/291 y Add.1 y 2), *Anuario... 1976*, vol. II (Primera parte). La CDI adoptó en primera lectura un artículo 19 relativo a los “crímenes internacionales” de los Estados, haciendo una distinción con los “delitos internacionales”. Esta “criminalización” del derecho internacional resultó polémica y fue sustituida por una referencia a la noción de “violaciones graves de obligaciones a la comunidad internacional en su conjunto”, véase en general, James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge, Cambridge University Press, 2002), págs. 1 a 60.

³⁸ Véase la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973. Véanse también las resoluciones de la Asamblea General 95 (I), de 11 de diciembre de 1946, en la que se reafirmaron los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg; 3 (I), de 13 de febrero de 1946,

C. Concepto de inmunidad y cuestiones conexas

14. Si la jurisdicción se refiere al ejercicio por un Estado de su competencia para prescribir, aplicar jurisdiccionalmente o ejecutar leyes, el concepto de inmunidad parece dirigirse a lograr el resultado inverso, a saber, evitar el ejercicio de la jurisdicción y denegar la satisfacción de una pretensión que por lo demás es jurídicamente fundada y ejecutable en una jurisdicción adecuada. Las normas que rigen la jurisdicción de los tribunales nacionales deben distinguirse de las que rigen la inmunidad de jurisdicción. Son dos normas distintas de derecho internacional que entran en funcionamiento, aunque la inmunidad sólo se plantea si existe jurisdicción³⁹. El hecho de que se haya establecido la jurisdicción no significa necesariamente que la inmunidad esté ausente. Inversamente, la ausencia de inmunidad no implica que haya jurisdicción. En la causa de la *Orden de detención*, la Corte Internacional de Justicia dijo que si bien diversas convenciones internacionales relativas a la prevención y el castigo de determinados crímenes graves imponían a los Estados obligaciones de enjuiciamiento o extradición, con lo cual les exigían ampliar su jurisdicción penal, esa ampliación de su competencia no afectaba en modo alguno a las inmunidades con arreglo al derecho internacional consuetudinario; seguían siendo oponibles ante los tribunales de un Estado extranjero, incluso en los casos en que dichos tribunales ejercieran dicha jurisdicción en virtud de tales convenciones⁴⁰.

15. La inmunidad funciona como barrera o impedimento para el ejercicio de su jurisdicción por parte de un Estado, particularmente con respecto a la competencia jurisdiccional y la competencia de ejecución. Esas normas deben distinguirse,

sobre Extradición y castigo de criminales de guerra, y 170 (II), de 31 de octubre de 1947, sobre Extradición de delincuentes de guerra y traidores. Véase también el estudio elaborado por el Secretario General, titulado “Estudio sobre la forma de asegurar la detención, la extradición y el castigo de las personas responsables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y el intercambio de documentación” (E/CN.4/983 y Add.1 y 2, A/8345). Véase también el *Estudio analítico elaborado en virtud de la resolución 1691 (LII) del Consejo Económico y Social relativa a los Principios de cooperación internacional para la detección, la detención, la extradición y el castigo de las personas culpables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad* (A/8823). La Declaración de la Conferencia de Moscú de octubre de 1943 disponía que los oficiales y soldados alemanes y los miembros del Partido Nazi responsables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad “serán enviados a los países donde hubieran perpetrado sus abominables actos a fin de que puedan ser juzgados y castigados de conformidad con las leyes de esos países liberados y de los gobiernos libres que hayan instituido”. La Declaración contenía la salvedad de que los grandes criminales de guerra alemanes “cuyos delitos no tienen localización geográfica precisa” serían “castigados por decisión conjunta de los gobiernos de las Potencias aliadas”.

³⁹ Opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en la causa del *Arrest Warrant*, párr. 5.

⁴⁰ *Arrest Warrant*, párr. 59. Véase también el artículo 11 del Proyecto de convención sobre la jurisdicción en materia de crímenes, Harvard Research in International Law, op. cit., pág. 592: “Al ejercer jurisdicción con arreglo a la presente Convención, los Estados respetarán las inmunidades otorgadas por el derecho internacional o por una convención internacional a los demás Estados o a las instituciones creadas por convención internacional.” La resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2005 sobre la Jurisdicción penal universal con respecto al delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, op. cit., dice que las disposiciones de la resolución son sin perjuicio de las inmunidades establecidas por el derecho internacional.

técnicamente, de las normas que protegen contra la intrusión, que entrañan cuestiones de inviolabilidad, si bien unas y otras están interrelacionadas⁴¹.

16. Si bien el derecho internacional no contiene ninguna norma que requiera que la estructura de un Estado se ajuste a determinadas pautas⁴², a lo largo del tiempo la mayoría de Estados han instituido una estructura que comprende los órganos siguientes, cuya condición es particularmente pertinente en lo tocante a las inmunidades: a) un Jefe de Estado, b) un gobierno, c) un servicio diplomático, d) un servicio consular y e) las fuerzas armadas del Estado⁴³. En su calidad de abstracción jurídica, el Estado actúa mediante actos de personas⁴⁴. Las circunstancias que existían como excepciones al ejercicio de su jurisdicción con arreglo al derecho internacional clásico, además de la excepción relativa al Estado mismo, se conformaron en torno a esas estructuras, y consiguientemente, a las personas a las que se comete el cumplimiento de funciones en nombre del Estado⁴⁵.

1. Distintos tipos de inmunidades

17. En derecho internacional hay diversos tipos de inmunidades, que abarcan una serie de aspectos. Dichas inmunidades comprenden, en general: a) las inmunidades diplomáticas; b) las inmunidades consulares; c) las “inmunidades de los soberanos y jefes de Estado”; d) las inmunidades de Estado, y e) las inmunidades de las organizaciones internacionales, así como de los respectivos funcionarios. Todas esas inmunidades tienen que ver con las actividades del Estado y sus órganos y forman parte de las normas del “derecho diplomático”⁴⁶. Sin embargo, las diversas inmunidades han tenido una trayectoria histórica variada pero interconectada, en la cual las inmunidades de las organizaciones internacionales han sido las de origen más reciente. En la medida en que las inmunidades de las organizaciones internacionales se refieren a los funcionarios internacionales y no a los funcionarios del Estado, están fuera del alcance del presente estudio. Si bien el origen y la aplicación del derecho de las inmunidades consulares datan de largo tiempo atrás, su

⁴¹ La inviolabilidad y la inmunidad se superponen (Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, párrs. 1 y 3 del art. 22 y arts 29 a 31.). Sin embargo, la primera se refiere más a las cuestiones de intrusión, mientras que la segunda se aplica a asuntos jurisdiccionales, inclusive la inmunidad de proceso judicial y la inmunidad tributaria, D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 5ª edición (Londres, Sweet y Maxwell, 1998), pág. 347.

⁴² *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pág. 12, párr. 94.

⁴³ N.A. Maryan Green, *International Law*, (Bath Press, Avon, Pitman Publishing, 1987), pág. 126.

⁴⁴ Véase el párrafo 2 del artículo 4 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, op. cit., párr. 76.

⁴⁵ Wheaton, op. cit., §§ 95 a 111, enumera entre tales excepciones a la persona de un soberano extranjero, un ministro extranjero [en inglés, “*foreign minister*”, que en español se traduce habitualmente como “Ministro de Relaciones Exteriores” o “de Asuntos Extranjeros”], un embajador u otro ministro público y un ejército o una flota. Las expresiones “ministro extranjero” o “ministro público” parecen emplearse como sinónimos e intercambiamente con el término “embajador”. Oppenheim, *International Law* (Londres, Longmans, Green & Co., 1905), vol. 1, *Peace*, págs. 414 y 415 describe al *Foreign [Secretary] [Minister]* [en español, [Secretario] [Ministro] de Relaciones Exteriores o Asuntos Extranjeros] como el jefe [de la Oficina] [del Ministerio] de Relaciones Exteriores o Asuntos Extranjeros, “una oficina que, desde la Paz de Westfalia [1648] ha existido en todos los Estados civilizados”. “Es el jefe de todos los embajadores del Estado, de sus cónsules, y de sus demás agentes en asuntos internacionales....”

⁴⁶ Chanaka Wickeremesinghe, “Immunities enjoyed by officials of States and International Organizations”, en Evans, (editor), *International Law*, op. cit., pág. 396.

carácter especializado determinó que el derecho de inmunidades diplomáticas tuviera una mayor influencia en las “inmunidades de los soberanos y jefes de Estado” y en la inmunidad de los Estados⁴⁷.

18. En sus esfuerzos en pro de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, la CDI ya ha elaborado las normas relativas a las inmunidades y privilegios diplomáticas y consulares, con lo cual en esencia ha considerado las normas de derecho internacional aplicables con respecto a los servicios diplomáticos y consulares. En su tratamiento del tema “las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, también se ocupó de los aspectos atinentes a la inmunidad de un Jefe de Estado, de un gobierno y de las fuerzas armadas de un Estado⁴⁸.

a) *La inmunidad diplomática frente a la inmunidad “de los soberanos y los jefes de Estado”*

19. La sinergia entre la inmunidad diplomática y la inmunidad de los soberanos y los jefes de Estado figura prominentemente en las obras de los escritores clásicos, entre ellos, Grocio, Burlamaqui, Bynkershoek y Vattel. Grocio observa que el carácter que ostentan los embajadores no es el de personas comunes, sino que representan la majestad del soberano, por quien son enviados, cuyo poder no está limitado por ninguna jurisdicción local⁴⁹. Burlamaqui afirma que el fundamento de los privilegios que el derecho de gentes otorga a los embajadores radica en que, como un embajador representa a la persona de su señor, debe consiguientemente gozar de todas los privilegios y derechos que tendría su señor mismo, en su calidad de soberano, si viniera a los Estados de otro príncipe para llevar adelante sus propios asuntos⁵⁰. Vattel sostuvo que el “soberano está obligado a proteger a todas

⁴⁷ Por ejemplo, el artículo 20 de la Ley del Reino Unido sobre las inmunidades de los Estados, 1978, dispone que la Ley sobre inmunidades diplomáticas, 1964, se aplicará, con las modificaciones necesarias, a los soberanos y otros Jefes de Estado tal como se aplica al jefe de una misión diplomática. En la causa *Djibouti v. France* (párr. 174), la Corte Internacional de Justicia recordó que la regla de derecho internacional consuetudinario reflejada en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, a pesar de estar referido a los agentes diplomáticos, era necesariamente aplicable a los jefes de Estado. El texto del artículo 29 es el siguiente:

“La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.”

⁴⁸ En la lista provisional de temas seleccionados por la CDI figuraban los atinentes a “Relaciones e inmunidades diplomáticas”, “Relaciones e inmunidades consulares” e “Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes”, véase el documento A/CN.4/13 y Corr.1 a 3, y *Anuario... 1949*, vol. I. La CDI ya ha elaborado las normas jurídicas relativas a a) las misiones diplomáticas, en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 1961; b) las misiones consulares, en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 1963; c) las misiones especiales, en la Convención sobre las Misiones Especiales, 1969; d) las personas internacionalmente protegidas, en la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, 1973, y e) la representación de los Estados, en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones internacionales de Carácter Universal, 1975.

⁴⁹ Grocio, *De jure belli ac pacis*. Libro II, cap. XVIII, sección 4.

⁵⁰ Jean-Jacques Burlamaqui, *The Principles of natural and politic law* (en dos volúmenes (1747, 1752)), traducido al inglés por Thomas Nugent, (edición electrónica, Lonang Institute, copyright 2003, 2005), vol. II, Partes IV a XI.

las personas que estén dentro de sus dominios”, ya sean nativas o extranjeras, y escudarlas de la violencia: pero esta atención se debe a un ministro extranjero en un grado aún mayor. “Un acto de violencia... si se dirige contra un ministro público,... es un crimen de Estado, un delito contra el derecho de gentes⁵¹.” Afirmando que el soberano goza de las mismas inmunidades que un embajador, si no mayores, Bynkershoek apela a la razón, señalando que si los embajadores, que representan al príncipe, no están sujetos ni en materia de contratos ni de crímenes a la jurisdicción del país en que se desempeñan como embajadores, no se podría llegar a una conclusión opuesta en el caso del soberano. Del mismo modo que los embajadores (y de hecho por razones aún más poderosas), los reyes y príncipes tienen inmunidad de arresto, y en este respecto difieren de todas las personas privadas⁵².

b) *Teorías básicas en materia de inmunidades*

20. Se han propuesto tres teorías básicas respecto del otorgamiento de inmunidades. Según la “teoría de la extraterritorialidad” se creaba una ficción jurídica con arreglo a la cual los locales de una misión o el alojamiento temporal de un soberano en una jurisdicción extranjera eran percibidos como una extensión del territorio del Estado acreditante. En las palabras de Westlake, “surgió [un] deseo de encontrar un fundamento jurídico para los privilegios de que ya se gozaba, lo cual llevó a la ficción de que el recinto de una legación forma parte del Estado que la envía, y consiguientemente a la expresión “extraterritorialidad” que denota la ausencia o exclusión del territorio geográfico⁵³.”

21. Para los enviados diplomáticos, la extraterritorialidad se racionalizó sobre la base de la necesidad de que los enviados, a los efectos del cumplimiento de sus funciones, sean independientes de su jurisdicción y el control del Estado receptor, mientras que en el caso del soberano se fundaba en el principio *par in parem non habet imperium*⁵⁴ o *par in parem non habet jurisdictionem*. A consecuencia de la igualdad de los Estados, ningún Estado puede pretender tener jurisdicción sobre otro⁵⁵. La inmunidad también se ha deducido de los principios de independencia y de dignidad de los Estados⁵⁶ y de no injerencia⁵⁷.

⁵¹ Emmerich de Vattel, *Droit des Gens* (en cuatro libros, 1758), traducido al inglés por Joseph Chitty (1833) (edición electrónica, Lonang Institute, copyright 2003, 2005), Libro 4, cap. 7, § 82. Véase también: § 92 “Es imposible concebir que un príncipe que envía un embajador, o cualquier otro ministro, tenga intención de someterlo a la autoridad de una potencia extranjera; y esta consideración brinda un argumento adicional, que establece completamente la independencia de un ministro público. Si no se puede presumir razonablemente que su soberano tiene la intención de someterlo a la autoridad del príncipe ante quien se acredita, éste, al recibir al ministro, consiente en admitirlo en condiciones de independencia; y de tal modo existe entre los dos príncipes una convención tácita, que da nueva fuerza a la obligación natural.”

⁵² Cornelius van Bynkershoek, *De Foro Legatorum Liber Singularis*, editado por James Brown Scott (con una introducción por Jan de Louter, reproducción fotográfica del texto de 1744, con una traducción por Gordon J. Laing, una lista de errata, e índices), (Londres, Oxford University Press), págs. 20 y 21.

⁵³ John Westlake, *International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 1904), Parte I, pág. 263.

⁵⁴ Oppenheim, op. cit., pág. 441.

⁵⁵ Robert Jennings y Arthur Watts (editores), *Oppenheim's International Law*, 9ª edición (Londres y Nueva York, Longman, 1992), vol. 1, pág. 341.

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 342.

⁵⁷ Causa *Pinochet* (No. 3), Lord Saville de Newdigate, pág. 642; Lord Millet, pág. 645, y Lord Phillips de Worth Matravers, pág. 658.

22. La “teoría representativa” funda las inmunidades en el supuesto de que la misión personifica al Estado acreditante. En lo tocante al soberano o Jefe de Estado, éste representaba en su persona el poder colectivo del Estado⁵⁸ y era considerado su principal órgano y representante en la totalidad de sus relaciones internacionales; todos sus actos jurídicos pertinentes eran considerados actos de su Estado; y su competencia para realizar tales actos era el *jus repraesentationis omnimodae*⁵⁹. Las inmunidades y privilegios pertenecían al Jefe de Estado en su carácter representativo. Con el tiempo, las situaciones en las cuales un Jefe de Estado negocia directamente y en persona con una potencia extranjera pasaron a ser ocasionales y los ministros extranjeros comenzaron a dirigir los asuntos extranjeros del Estado en nombre del Jefe de Estado y con su consentimiento; eran intermediarios, por cuyas “manos... debían pasar todas las transacciones atinentes a asuntos extranjeros⁶⁰.”

23. La “teoría de la necesidad funcional” justifica a las inmunidades como necesarias para que la misión cumpla sus funciones. En la elaboración de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la CDI se guió por la teoría funcional “para resolver los problemas respecto de los cuales la práctica no proporciona orientaciones precisas”, “aunque también ha tenido presente el carácter representativo del jefe de la misión y de la propia misión”⁶¹. La teoría de la necesidad funcional parece representar una racionalización más contemporánea de las inmunidades⁶². En la causa de la *Orden de detención*, se reconoció que las inmunidades de los ministros de relaciones exteriores se otorgaban para asegurar el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus respectivos Estados⁶³.

c) *Las inmunidades a nivel interno*

24. A esta altura cabe mencionar que fundándose en la mencionada conveniencia funcional, no es inusual que la legislación nacional otorgue inmunidades a nivel interno con respecto al Jefe de Estado, el jefe de gobierno u otros miembros del Poder Ejecutivo, como los miembros del Gabinete, o a los miembros del poder legislativo, entre ellos el presidente y los miembros de las asambleas legislativas, en particular con respecto a las expresiones que emitan en el cumplimiento de sus funciones oficiales. El fundamento de dichas inmunidades radica en el ordenamiento constitucional, en particular en el principio de separación de poderes⁶⁴. Es esencial para el funcionamiento de los diversos poderes del gobierno que sus funcionarios puedan cumplir sus respectivas funciones o expresar opiniones sinceras sin temor de enjuiciamiento ni favor.

25. En el derecho internacional consuetudinario no parece existir ninguna norma que imponga a los Estados una obligación general de no tener en cuenta las normas legislativas nacionales que otorguen inmunidad con respecto a sus propios

⁵⁸ Robert Phillimore, *Commentaries upon International Law*, 2ª edición (1871), vol. II, págs. 127 y 128. Véase también Arthur Watts, “The Legal Position in International Law of Heads of States, of Governments and Foreign Ministers”, *Recueil des cours...*, vol. 247 (1994-III), págs. 9 a 136.

⁵⁹ Oppenheim, op. cit., págs. 341 y 343.

⁶⁰ Ibid., págs. 414 y 415.

⁶¹ *Anuario...* 1958, vol. II, Comentarios generales sobre la sección II, párrs. 1) a 3).

⁶² Ibid. La CDI observó que “la tendencia moderna parece orientarse ahora hacia” esta teoría.

⁶³ *Arrest Warrant*, párr. 53.

⁶⁴ Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2003), pág. 264.

funcionarios⁶⁵. Sin embargo, las normas legislativas nacionales de esa índole que existan pueden entrar en conflicto con una norma de un tratado que imponga la obligación de enjuiciar y castigar a las personas responsables de crímenes de derecho internacional⁶⁶. Francia enmendó sus disposiciones constitucionales en materia de inmunidad para hacerlas compatibles con las obligaciones que había asumido con arreglo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁶⁷.

26. El presente estudio no se ocupa como tal de las inmunidades que los funcionarios del Estado tengan con arreglo a la legislación nacional a fin de cumplir funciones en el orden interno. Sin embargo, no se puede subestimar la incidencia de dichas inmunidades en el efectivo enjuiciamiento de los crímenes. Entre otros obstáculos existentes a nivel nacional que pueden impedir el enjuiciamiento oportuno y efectivo o poner en peligro la cooperación en materia penal figuran las leyes nacionales que otorgan una amnistía general, las leyes nacionales sobre prescripción y la aplicación de la norma sobre cosa juzgada⁶⁸.

d) *La inmunidad “de los soberanos y los jefes de Estado” frente a la inmunidad de los Estados*

27. Si bien las inmunidades diplomáticas inciden en las inmunidades de los soberanos y los jefes de Estado, las relaciones entre la segunda categoría y la inmunidad de los Estados son más estrechas aún. En el *Survey of International Law in relation to the Work of Codification of the International Law Commission* [Examen del derecho internacional en relación con los trabajos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional] se señaló que era conveniente incluir a las inmunidades del Jefe de Estado y las de los buques de guerra y las fuerzas armadas

⁶⁵ *Ibid.*, pág.273.

⁶⁶ *Ibid.*, págs. 273 y 274. En su Decreto No. 2764 de 2002 por el que se promulgó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Diario Oficial, Año CXXXVIII*, No. 45015, 30 de noviembre de 2002, Colombia formuló la siguiente declaración al ratificar el Estatuto de Roma: “1. Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado Colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.”

⁶⁷ En su decisión sobre el Tratado por el que se establece el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el Consejo Constitucional determinó que el artículo 27 del Estatuto de Roma era contrario a los regímenes particulares de responsabilidad penal establecidos por la Constitución de Francia en el artículo 68-1 (que los miembros del gobierno sólo pueden ser juzgados por los crímenes y delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones oficiales por la Corte de Justicia de la República); en el artículo 68 (según el cual el Presidente de la República goza de inmunidad por los actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones, fuera del caso de alta traición,); en el artículo 26-1 (según el cual los miembros del Parlamento gozan de inmunidad en razón de las opiniones o votos emitidos en el ejercicio de sus funciones), y en el artículo 26-2 (según el cual los miembros del Parlamento no pueden ser objeto, en materia criminal o correccional, fuera de los casos de flagrancia o de condena definitiva, de un arresto ni de otra medida privativa o restrictiva de la libertad, sino con la autorización de la mesa de la asamblea de la que forman parte), decisión 98-408 DC, de 22 de enero de 1998, disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/anglais/a98408dc.pdf>. (consultado el 21 de febrero de 2008) [texto original en francés: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1998/98408/98408dc.htm>].

⁶⁸ Véase en general, Cassese, *International Criminal Law*, op. cit., cap. 17.

del Estado, en la actividad de codificación de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes⁶⁹.

28. Esa vinculación no era una coincidencia. Históricamente, el principio de la inmunidad de los Estados, una novedad del siglo XIX, encuentra su origen en la inmunidad personal del soberano o Jefe de Estado⁷⁰. La defensa era absoluta. Para el Estado soberano de los siglos XVII y XVIII, el monarca en su forma absoluta personificaba al Estado, de lo cual es ejemplo el famoso aforismo atribuido a Luis XIV: “*L’État, c’est moi*”⁷¹. El rey no podía cometer ilícitos [en inglés, “*the King could do no wrong*”]; los monarcas no podían ser demandados ante sus propios tribunales. Se consideraba que sería incompatible con la dignidad real la comparecencia ante sus propios tribunales. Naturalmente, esa posición se trasladaba a las relaciones con los demás monarcas. Si un monarca entraba en el territorio de otro con el conocimiento y la licencia de éste, aunque no hubiera una estipulación expresa que eximiera de arresto a su persona, se entendía universalmente que dicha licencia contenía implícitamente tal estipulación. No se entendía que un soberano extranjero tuviese la intención de someterse a una jurisdicción incompatible con su dignidad y la dignidad de su nación⁷². El reconocimiento de esas inmunidades estuvo motivado en consideraciones que en parte eran de cortesía y en parte de conveniencia en un grado tal que casi equivalía a una necesidad⁷³. Por lo general se presumía que el ejercicio de jurisdicción respecto de Estados o soberanos extranjeros era contrario a su dignidad y en cuanto tal incompatible con la cortesía internacional y la amistad en las relaciones internacionales⁷⁴.

29. En los Estados Unidos de América, se fundaba la inmunidad de los Estados en la necesidad de otorgar deferencia a la dignidad de los “Estados de la Unión”⁷⁵. Se consideraba una “degradación de la soberanía de los estados su sometimiento al supremo órgano judicial de los Estados Unidos”⁷⁶. En *The Schooner Exchange v. Mc Faddon*, se explicaba la inmunidad absoluta en los términos siguientes:

“Como un soberano no es en ningún respecto responsable ante otro; y como obligaciones del carácter más elevado le imponen el deber de no degradar la dignidad de su nación, colocándose a sí mismo o a sus derechos soberanos dentro de la jurisdicción de otro, puede suponerse que sólo entra en un territorio extranjero en virtud de una licencia expresa o confiando en que las inmunidades inherentes a su condición de independiente y soberano, aun cuando no se hayan estipulado expresamente, están implícitamente reservadas y se le otorgarán⁷⁷.”

⁶⁹ *Survey of International Law in relation to the Work of Codification of the International Law Commission, Memorandum submitted by the Secretary-General (A/CN.4/1/Rev.1)* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: 1948.V.1(1)).

⁷⁰ Ian Sinclair, “The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments”, *Recueil des cours...*, vol. 167 (1980-II), pág. 121.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Wheaton, *op. cit.*, § 97.

⁷³ William Edward Hall, *op. cit.*, § 48.

⁷⁴ Hersch Lauterpacht, “The Problem of jurisdictional immunities of foreign States”, *British Year Book of International Law*, vol. 28 (1951), pág. 230.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Chisholm v. Georgia*, 2 Dall 412, en 425 (U.S.) 1793, citado en Lauterpacht, *ibid.*

⁷⁷ (1812) 7 Cranch 116, págs. 136 y 137.

30. En la causa del *Parlement Belge*, el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra empleó en diversos pasajes los términos “dignidad”, “independencia” o “independencia y dignidad” o “igualdad e independencia” para deducir que el ejercicio de su jurisdicción sería incompatible con la dignidad real del soberano — es decir, su absoluta independencia de toda autoridad superior⁷⁸:

“El principio que cabe deducir de todos ... los casos es que, como consecuencia de la absoluta independencia de toda autoridad soberana, y de la cortesía internacional que induce a todos los Estados a respetar la independencia y la dignidad de todos los demás Estados soberanos, todos y cada uno de ellos se abstiene de ejercer mediante sus tribunales cualquier aspecto de su jurisdicción territorial respecto de la persona de cualquier soberano ..., y, consiguientemente, de no ser por el acuerdo común, estaría sujeto a su jurisdicción”⁷⁹.

31. Hacia finales del siglo XIX, los tribunales italianos y belgas fueron los primeros en distinguir entre los *acta jure imperii*, es decir, los actos atribuibles al soberano o actos públicos de un Estado, y los *acta jure gestionis*, es decir, los actos relacionados con actividades comerciales⁸⁰. Así pues, luego de terminada la primera guerra mundial, la teoría de la inmunidad absoluta de los Estados comenzó a inclinarse cada vez más hacia una forma más restrictiva de inmunidad influenciada por el incremento de las actividades comerciales en las que el Estado era también uno de los principales actores.

32. Las justificaciones de la inmunidad de los Estados no se consideraron siempre satisfactorias y han sido criticadas. Se ha dicho que no hay un obvio detrimento de los derechos de igualdad o independencia o dignidad de un Estado cuando se ha sometido a sí mismo a un proceso judicial ordinario⁸¹. Lauterpacht afirmó que:

“todo el concepto de inmunidad del Estado —ya sea del Estado extranjero en cuanto a ser demandado en sus propios tribunales o del Estado territorial— es una supervivencia del tiempo en que el soberano, si hacía justicia al súbdito, no lo hacía en cumplimiento de un deber, sino como un acto gracioso ... Es una de las manifestaciones, más que de la de la concepción del Estado de Austin, de la concepción de Hobbes —una concepción que expresó el magistrado Holmes en un pasaje frecuentemente citado y a menudo criticado de *Kawananakoa c. Polyblank* en el que basó la inmunidad del Estado “en el fundamento lógico y práctico de que no puede haber un derecho fundado en la ley contra la autoridad que hace la ley de la cual dependen los derechos”⁸².”

Lauterpacht propugnó la abolición, sujeta a determinadas salvaguardias y excepciones, de la norma de la inmunidad de los Estados extranjeros, por conducto de un acuerdo internacional o de la acción legislativa unilateral⁸³.

⁷⁸ (1880) LR 5 PD 197.

⁷⁹ *Ibid.*, Brett, L.J., págs. 207 y 214 y 215.

⁸⁰ Harvard Research in International Law, “Competence of Courts in regard to Foreign States”, *American Journal of International Law*, vol. 26 (suplemento) (1932), págs.451 a 649.

⁸¹ Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 342.

⁸² Lauterpacht, *op. cit.*, pág. 236.

⁸³ *Ibid.*, pág. 237. Observó que la inmunidad subsistiría respecto de a) los actos legislativos de un Estado extranjero o las medidas tomadas en relación con ellos; b) los actos ejecutivos y administrativos de un Estado extranjero dentro de su territorio; c) los contratos celebrados con o por un Estado extranjero, salvo cuando la *lex fori* fuera la ley del contrato, y d) las acciones o la

33. En su manifestación moderna, puede utilizarse la defensa de la inmunidad de los Estados cuando se inicia un procedimiento contra un Estado extranjero. Se considera que es una defensa preliminar que se hace valer al comienzo del procedimiento⁸⁴. La finalidad de dicha defensa es impedir que el tribunal del Estado del foro ejerza su competencia y continúe conociendo de la acción, con lo cual esencialmente se interrumpe el procedimiento en el Estado del foro⁸⁵.

2. La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes

34. El mejor ejemplo de una más reciente evolución hacia una inmunidad restringida es la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes⁸⁶, adoptada por la Asamblea General sobre la base del trabajo realizado por la CDI⁸⁷. Se refiere a la cuestión de las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Estados⁸⁸. A los efectos de la inmunidad, la definición de “Estado” que figura en el artículo 2 de la Convención tiene un significado particular. Comprende generalmente la inmunidad para todos los tipos o categorías de entidades y personas: a) el Estado y sus diversos órganos de gobierno; b) los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado, que estén facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana y actúen en tal carácter; c) los organismos o instituciones del Estado u otras entidades, en la medida en que estén facultados para realizar y realicen efectivamente actos en ejercicio de la autoridad soberana del Estado; y d) los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter. Queda entendido que los soberanos y los jefes de Estado en su carácter público quedarían incluidos en las

ejecución contra un Estado extranjero en oposición a los principios aceptados de derecho internacional en materia de relaciones diplomáticas, *ibíd.*, pág. 237 a 240.

⁸⁴ Hazel Fox, “International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States”, en Evans, *International Law*, op. cit., pág. 384.

⁸⁵ *Ibíd.* Para una crítica reciente del formalismo que ello entraña, véase Lorna McGregor, “Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty”, *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), págs. 903 a 919

⁸⁶ Anteriores esfuerzos por codificar la inmunidad de los Estados: resolución de 1891 del Instituto de Derecho Internacional sobre la competencia de los tribunales en las acciones presentadas contra los Estados, soberanos y jefes de Estado extranjeros, *Annuaire de l’Institut de Droit International* (1891), pág. 436; resolución de 1954 del Instituto de Derecho Internacional sobre la inmunidad de jurisdicción y de medidas de ejecución de los Estados extranjeros; resolución de 1952 de la Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Forty-fifth Conference*, Lucerna, 1952, pág. viii; proyecto de Harvard sobre la Competencia de los tribunales en relación con los Estados extranjeros, op. cit. A nivel regional, el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano estableció un Comité sobre las inmunidades de los Estados con respecto a las Transacciones Mercantiles y otras Transacciones de Carácter Privado, Informe Final, 1960, M.M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 6 (1968), págs. 572 a 574. Dentro del Consejo de Europa, la Tercera Conferencia de Ministros de Justicia Europeos (1964) aprobó una iniciativa que culminó con la elaboración del Convenio Europeo de 1972 sobre la Inmunidad de los Estados, y su Protocolo Adicional. Véase también el Convenio para la unificación de ciertas reglas concernientes a las Inmunidades de los Buques de Estado, Bruselas, 1926. 13. Véase también el Código Bustamente de Derecho Internacional Privado, que fue aprobado por la Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en La Habana. Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol.86, pág.111.

⁸⁷ Véase la resolución 59/38 de la Asamblea General, de 2 de diciembre de 2004, anexo.

⁸⁸ *Anuario... 1991*, vol. II, (Segunda parte), párr. 2) del comentario al proyecto de artículo 1, adoptado por la CDI.

categorías a) y d), mientras que se contempla que los demás representantes mencionados en la categoría d) comprenderían a los jefes de gobierno, los jefes de los departamentos ministeriales, los embajadores, los jefes de misión, los agentes diplomáticos y funcionarios consulares en su carácter representativo⁸⁹.

35. El artículo 3 de la Convención contiene una cláusula de salvaguardia⁹⁰. El párrafo 1 dispone expresamente que la Convención se entenderá sin perjuicio de los privilegios e inmunidades de que goza un Estado según el derecho internacional en relación con el ejercicio de las funciones de a) sus misiones diplomáticas, sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales, y b) las personas adscritas a ellas.

36. El párrafo 2 no prejuzga el alcance de las inmunidades concedidas por los Estados a los soberanos u otros Jefes de Estado extranjeros, ni a los miembros de su familia o de su casa, que en la práctica pueden comprender también a otros miembros de su séquito. Análogamente, tampoco prejuzgan el alcance de las inmunidades concedidas por los Estados a los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores. Esta última categoría no fue incluida expresamente en el párrafo 2, ya que sería difícil confeccionar una lista exhaustiva. Además, cualquier enumeración de esa índole habría planteado cuestiones acerca del fundamento y de la amplitud de la inmunidad jurisdiccional ostentada por dichas personas⁹¹.

a) *Consideración del proyecto de artículo 25 propuesto por el Relator Especial Sompong Sucharitkul por la Comisión de Derecho Internacional*

37. Las disposiciones de reserva del párrafo 2 del artículo 3 surgieron de un esclarecedor debate en la CDI. Inicialmente, el Relator Especial sobre el tema propuso, en su séptimo informe (1985), un proyecto de artículo 25, que a su juicio era necesario para completar todo el cuadro de la inmunidad de los Estados⁹²,

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 17) del comentario al proyecto de artículo 2, adoptado por la CDI.

⁹⁰ El artículo 3 dispone lo siguiente:

“Privilegios e inmunidades no afectados por la presente Convención

1. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de los privilegios e inmunidades de que goza un Estado según el derecho internacional en relación con el ejercicio de las funciones de:

a) sus misiones diplomáticas, sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales; y

b) las personas adscritas a ellas.

2. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los jefes de Estado.

3. La presente Convención se aplicará sin perjuicio de la inmunidad de que goce un Estado, en virtud del derecho internacional, respecto de las aeronaves o los objetos espaciales de propiedad de un Estado u operados por un Estado.”

⁹¹ *Anuario... 1991*, vol. II (Segunda parte), párr. 7) del comentario al proyecto de artículo 3, adoptado por la CDI.

⁹² *Anuario... 1985*, vol. II (Primera parte). Para la presentación, véase S. Sucharitkul, acta resumida de la 1942ª sesión, 7 de mayo de 1986, *Anuario... 1986*, vol. I, párr. 11. Para el debate, véase *ibid.*, actas resumidas de las sesiones 1942ª a 1944ª. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

“Artículo 25. Inmunidades de los soberanos u otros jefes de Estado

1. Un soberano o jefe de Estado goza de inmunidad de la jurisdicción penal y civil de los tribunales de otro Estado durante su mandato. No es necesario concederle inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa:

incluidas las inmunidades diplomáticas y consulares, que eran efectivamente inmunidades del Estado y en definitiva le pertenecían a él, así como las inmunidades relativas a “la persona de los soberanos y demás Jefes de Estado”⁹³.

38. Para justificar esa disposición, el Relator Especial se refirió a la práctica judicial, de la que surgía una distinción trazada, en lo que concierne a los soberanos reinantes, entre los actos realizados como Jefe de Estado y los realizados con carácter privado⁹⁴. A su juicio, la escasez de casos en los que en la práctica se hubiera perseguido judicialmente a soberanos después de la terminación de su reinado era atribuible a la larga duración de su mandato⁹⁵. Respecto de lo que es un punto fundamental a los efectos del presente estudio, Lacleta Muñoz consideró que el proyecto de artículo 25 era necesario porque trataba de las inmunidades del jefe de Estado *ratione personae*. Si se decidiera eliminarlo, por estimarlo superfluo en vista de las disposiciones del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 (actualmente el apartado a) del párrafo 1 del artículo 2), que preveía la inmunidad del jefe de Estado *ratione materiae*, ya no existiría ninguna mención, en ningún artículo del proyecto, del principio de la inmunidad de jurisdicción penal del soberano o Jefe de Estado; dicho principio no se desprendía de ninguna otra disposición del proyecto de artículos⁹⁶. En respuesta a ello, Reuter se preguntó si, en los casos en que tribunales nacionales tuvieran que juzgar crímenes de lesa humanidad, los soberanos y los jefes de Estado gozarían de inmunidad; sostuvo que este aspecto de la cuestión se debería tratar, aunque sólo fuera en el comentario⁹⁷. Por otro lado, Ushakov estimó que el proyecto de artículo 25 era innecesario y peligroso. Se apartaba de normas bien establecidas, algunas de las cuales se habían originado en la CDI, como los Principios de Nuremberg⁹⁸. Thiam, en una análoga línea argumental, prefería que se eliminara ese proyecto de artículo, porque parecía imposible establecer sin reservas que un jefe de Estado gozara de inmunidad de jurisdicción penal. Sugirió que, si se decidiera mantenerlo, la CDI debería considerar la inclusión de una reserva sobre la posibilidad de dicha inmunidad, pues también estaba trabajando en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad⁹⁹.

a) en un procedimiento relativo a bienes inmuebles privados situados en el territorio del Estado del foro, a menos que los posea en nombre del Estado para fines gubernamentales; o

b) en un procedimiento relativo a la sucesión con respecto a bienes muebles o inmuebles en la que esté involucrado como albacea, administrador, heredero o legatario con carácter privado; o

c) en un procedimiento relativo a cualquier actividad profesional o comercial fuera de sus funciones soberanas o gubernamentales.

2. No puede adoptarse medida alguna de embargo o ejecución con respecto a los bienes de un soberano o jefe de Estado si no es posible adoptarla sin infringir la inviolabilidad de su persona o de su residencia.”

⁹³ Ibid., párr.12.

⁹⁴ Ibid., párrs.13 y 14.

⁹⁵ Ibid., párr.13. Hall, op. cit., § 50 señala que son comparativamente breves y raras las visitas de los soberanos a países extranjeros, y más aún las circunstancias en las que por lo común tienen lugar, y que ello ha determinado que la normativa jurídica que afecta a los jefes de Estado no haya pasado de ser una doctrina general, que ha tenido pocas oportunidades de aplicarse contenciosamente.

⁹⁶ Ibid., acta resumida de la 1942ª sesión, 7 de mayo de 1986, Lacleta Muñoz, párr. 53.

⁹⁷ Ibid., Reuter, párr. 56.

⁹⁸ Ibid., acta resumida de la 1943ª sesión, 12 de mayo de 1986, Ushakov, párrs. 29 a 31.

⁹⁹ Ibid., acta resumida de la 1944ª sesión, 13 de mayo de 1986, Doudou Thiam, párrs. 39 y 40.

39. Con el fin de contemplar los diferentes puntos de vista, Mahiou sugirió que en el proyecto de artículo 4 (el actual artículo 3) se insertara una referencia a las inmunidades y privilegios de los soberanos y los jefes de Estado reconocidos por “las convenciones diplomáticas y otras normas de derecho internacional vigentes”¹⁰⁰. Consiguientemente, Sinclair propuso que el problema se tratara en el proyecto de artículo 4, con lo cual se convertiría a la disposición de fondo contenida en el proyecto de artículo 25, que planteaba la polémica cuestión del tratamiento que ha de concederse a un jefe de gobierno y a un ministro de relaciones exteriores y la cuestión de los familiares y de servidores privados del soberano o jefe de Estado, en una cláusula “de procedimiento o salvaguardia”¹⁰¹. Como en el inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del proyecto de artículo 3 (el actual artículo 2), el término “Estado” comprendía al “soberano o Jefe de Estado”, lo que significaba el soberano o jefe de Estado que actuaba a título público, la dificultad se resolvería mediante una reserva que salvaguardara la situación prevista por las normas del derecho consuetudinario que regían los actos realizados a título privado o relacionados con bienes privados¹⁰².

40. El Relator Especial estuvo de acuerdo con la propuesta de Sinclair. De todos modos, advirtió que no era posible ignorar una parte del derecho internacional cuya codificación y desarrollo progresivo había emprendido la CDI, a saber, las inmunidades del Estado en general, independientemente de cómo se denominaran esas inmunidades. Así pues, además de la propuesta de Sinclair, era necesario agregar otras dos disposiciones: a) que a título público los soberanos y jefes de Estados gozaban de las inmunidades prescritas en el proyecto de artículos, y b) que a título privado gozaban de inmunidad de jurisdicción civil y penal durante el tiempo en que desempeñaran el cargo, de conformidad con el derecho internacional, o, según la costumbre, en virtud de ese derecho. Sugirió que la cuestión de si debería abarcar también a los jefes de gobierno se examinara brevemente en el comentario, que de tal manera podría servir a la CDI de base para un estudio más detenido. No creía que el contenido del proyecto de artículo 25 pudiera reflejarse adecuadamente en los proyectos de artículos 3 o 4¹⁰³.

41. La propuesta de Sinclair fue la base del párrafo 2 del proyecto de artículo 4, aprobado por la CDI en primera lectura.¹⁰⁴ Se puso de relieve que el proyecto de artículo 4 era simplemente una cláusula de salvaguardia y no confería inmunidad alguna; las inmunidades existentes con arreglo al derecho consuetudinario

¹⁰⁰ Ibid., Mahiou, párrs. 12 a 18.

¹⁰¹ Ibid., Sinclair, párrs. 23 a 26

¹⁰² Ibid. Sinclair, párr. 26, propuso la redacción siguiente:

“El presente proyecto de artículos no menoscabará el alcance de la inmunidad, ya sea la inmunidad de jurisdicción ya sea la inmunidad frente a las medidas de limitación contra sus bienes privados, de que goza el soberano o jefe de Estado según el derecho internacional respecto de los actos realizados a título personal.”

¹⁰³ Ibid., Relator Especial, párrs. 50 a 52. La CDI ya había terminado una serie de proyectos que trataban de distintos aspectos de las inmunidades del Estado, tales como las relaciones diplomáticas y consulares, las misiones especiales, la prevención y el castigo de los crímenes contra las personas internacionalmente protegidas y la representación de los Estados.

¹⁰⁴ Ibid., acta resumida de la 1968ª sesión, 16 de junio de 1986, Riphagen, Presidente del Comité de Redacción, párrs. 24 a 27. El texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 4 era el siguiente: “Los presentes artículos se entenderán asimismo sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce a los jefes de Estado *ratione personae*.”

permanecían inalteradas¹⁰⁵. Como algunos elementos del proyecto de artículo 25 ya estaban regulados en los apartados a) y d) del párrafo 1 del artículo 3 (actual artículo 2), el párrafo estaba concebido en términos generales, sin entrar en detalles.

b) *Consideración del proyecto de artículo 4 en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional*

42. En el examen de las observaciones y comentarios de los gobiernos que hizo en su informe preliminar, el Relator Especial, Motoo Ogiso, que entre tanto había reemplazado a Sompong Sucharitkul, observó que el proyecto de artículo 4 adoptado en primera lectura había gozado de aceptación general¹⁰⁶. Entre las observaciones concretas formuladas en relación con el párrafo 2, Alemania dijo que el párrafo, salvo en lo tocante a la inmunidad de los jefes de Estado, no hacía referencia a determinados tipos de inmunidad, y consideraba conveniente que se incluyera una cláusula en la que se aclarara de manera general que los artículos no afectaban a otros tipos de inmunidad distintos de la inmunidad jurisdiccional de los Estados. España, haciendo referencia al párrafo 2 del artículo 21 de la Convención sobre las Misiones Especiales, 1969, propuso que se incluyeran no sólo los privilegios de los jefes de Estado, sino también los reconocidos a los jefes de gobierno, ministros de relaciones exteriores y personalidades de rango elevado. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte también expresó el deseo de que se incluyera a determinadas personas relacionadas con el Jefe de Estado, por ejemplo, familiares suyos que viviesen con él y sus sirvientes personales. Aludiendo al Acuerdo entre los Estados partes del Tratado del Atlántico Norte relativo a la condición de las fuerzas, el Reino Unido también sugirió otra cláusula de salvaguardia con respecto a los privilegios e inmunidades de que disfrutaban las fuerzas armadas de un Estado mientras se encuentran en territorio de otro Estado con el consentimiento de éste¹⁰⁷.

43. En la CDI había opiniones encontradas sobre la fuente de la obligación que daba origen a la inmunidad. Para el Relator Especial, no estaba muy claro si, con arreglo al derecho consuetudinario, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores gozaban de los mismos privilegios e inmunidades que los jefes

¹⁰⁵ Comentario al proyecto de artículo 4 adoptado en primera lectura:

“6) El párrafo 2 se ha ideado para incluir una referencia expresa a las inmunidades que el derecho internacional vigente reconoce *ratione personae* a los soberanos extranjeros u otros jefes de Estado en su carácter privado. Las inmunidades jurisdiccionales de los Estados en lo que concierne a soberanos u otros jefes de Estado cuando actúan como órganos o representantes del Estado se rigen por el artículo 3. Los apartados a) y d) del párrafo 1 del artículo 3 se aplican a los diversos órganos de gobierno del Estado y a los representantes del Estado, incluidos los jefes de Estado, independientemente del sistema de gobierno. Por consiguiente, la reserva del párrafo 2 del artículo 4 se refiere exclusivamente a los actos privados o las inmunidades y privilegios personales concedidos y reconocidos en la práctica de los Estados, indicándose que su situación no se verá en absoluto afectada por los presentes artículos. El derecho consuetudinario vigente permanece inalterado.

7) Los presentes artículos no prejuzgan el alcance de las inmunidades concedidas por los Estados a los soberanos extranjeros u otros jefes de Estado ni a los miembros de su familia o de su casa, que, en la práctica, puede comprender también a otros miembros de su séquito.”
Anuario... 1986, vol. II (Segunda parte).

¹⁰⁶ Informe preliminar del Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial (A/CN.4/415 y Corr.1), *Anuario... 1989*, vol. II (Primera parte), párr. 42.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párrs. 46 y 47. Para los comentarios y observaciones de los gobiernos, véase el documento A/CN.4/410 y Add.1 a 5, en *Anuario... 1988*, vol. II (Primera parte).

de Estado. Los privilegios e inmunidades de los miembros de la familia de los jefes de Estado, los ministros de relaciones exteriores y las personas de rango elevado se concedían más bien por razones de cortesía internacional que de conformidad con normas reconocidas de derecho internacional. Análogamente, los privilegios e inmunidades de las fuerzas armadas de un Estado mientras se encuentran en otro Estado se determinan por acuerdo entre los Estados interesados, más bien que en virtud del derecho internacional consuetudinario. Consiguientemente, el Relator Especial consideraba que no era necesario introducir cambio alguno en el párrafo 2. Tomuschat¹⁰⁸, Rao¹⁰⁹, Koroma¹¹⁰, Solari Tudela¹¹¹, Pawlak¹¹², Roucouñas¹¹³ y Al-Khasawneh¹¹⁴ preferían que se ampliara el ámbito de aplicación del párrafo 2 para incluir expresamente a los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, así como a los funcionarios de rango elevado. Rao, Koroma, Solari Tudela y Roucouñas consideraron indefendible la afirmación del Relator Especial de que esos privilegios se concedían “más bien por razones de cortesía internacional que de conformidad con normas reconocidas de derecho internacional”.

44. En su resumen del debate, el Relator Especial indicó que estaba dispuesto a aceptar la opinión mayoritaria sobre este punto, aunque seguía teniendo dudas en relación con “las personas de rango elevado”, pues no había criterios generalmente aceptados para determinar si una persona era de rango elevado u ordinario y, en consecuencia, podían surgir algunas dificultades en la aplicación de la disposición. Si bien el Relator Especial propuso, en su tercer informe, un nuevo párrafo que incluía a los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores¹¹⁵, en el Comité de Redacción se prefirió un enfoque minimalista, que señaló que el párrafo 2 se refería a los privilegios e inmunidades otorgados a los jefes de Estado *ratione personae* y no a aquéllos de que gozaban en calidad de órganos del Estado. Consiguientemente, el Comité de Redacción estimaba que el asunto no debía ser mencionado en un proyecto de artículos sobre las inmunidades de los Estados. Sin embargo, como ningún gobierno había propuesto que se suprimiera el párrafo, se consideró inconveniente eliminarlo en la etapa de segunda lectura. Para subrayar el significado que debía asignarse a la cláusula de salvaguardia, el texto se hizo más

¹⁰⁸ Acta resumida de la 2116ª sesión, 9 de junio de 1989, *Anuario... 1989*, vol. I. Tomuschat sugirió que se añadiera “u otros funcionarios gubernamentales” después de “jefes de Estado”, con objeto de tener presentes las normas aplicables de derecho internacional, admitiendo la posibilidad de que hubiera otras personas que disfrutaran de determinados privilegios e inmunidades.

¹⁰⁹ *Ibid.*, acta resumida de la 2117ª sesión, 13 de junio de 1989.

¹¹⁰ *Ibid.*, acta resumida de la 2118ª sesión, 13 de junio de 1989.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*, acta resumida de la 2119ª sesión, 15 de junio de 1989. Al-Khasawneh sugirió que se incluyera a algunas personas vinculadas al jefe de Estado, por ejemplo los miembros de su familia que viviesen con él y los criados vinculados a su servicio personal, y quizás también los primeros ministros y los ministros de relaciones exteriores.

¹¹⁵ Tercer informe (A/CN.4/431 y Corr.1), por Motoo Ogiso, Relator Especial, *Anuario... 1990*, vol. II (Primera parte). El texto propuesto era el siguiente:

“2. Los presentes artículos son asimismo sin perjuicio de los privilegios e inmunidades otorgados con arreglo al derecho internacional a los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores.”

Esta propuesta se formuló cuando el proyecto de artículos ya había sido remitido al Comité de Redacción.

flexible mediante la supresión de la palabra “*the*” antes de las palabras “*privileges and immunities*” en la versión inglesa¹¹⁶.

c) *Cuestiones que quedaron pendientes*

45. El tratamiento de la inmunidad en la Convención deja pendientes algunas cuestiones por lo menos en cuatro aspectos: primero, la Convención no se refiere a la inmunidad con respecto a la jurisdicción penal¹¹⁷. Segundo, la Convención sólo se refiere a las cuestiones relacionadas con la inmunidad jurisdiccional de los jefes de Estado y otros representantes del Estado actuando en tal carácter *ratione materiae* en el contexto de la inmunidad de los Estados. La Convención, en su enfoque general, no se aplica cuando existe un régimen especial de inmunidad, inclusive las inmunidades *ratione personae*. La referencia expresa a los jefes de Estado en el artículo 3 no implica que la inmunidad *ratione personae* de los demás funcionarios del Estado resulte afectada por la Convención¹¹⁸. Tercero, hay opiniones encontradas acerca del grado en que las inmunidades jurisdiccionales de las fuerzas armadas de un Estado están comprendidas en la Convención¹¹⁹. Cuarto, la

¹¹⁶ Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (A/CN.4/L.444). Títulos y textos, aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura: artículos 1 a 10 y 12 a 16 – reproducidos en el acta resumida de la 2191ª sesión, 11 de julio de 1990, párrs. 23 y ss., *Anuario... 1990*, vol. I.

¹¹⁷ En el párrafo 2 de su resolución 59/38, la Asamblea General expresó su acuerdo con la interpretación general a que se había llegado en el Comité Especial en el sentido de que la Convención no comprendía las actuaciones penales. En su declaración ante la Sexta Comisión, el Presidente del Comité Especial señaló a la atención las recomendaciones del Comité Especial consignadas en los párrafos 13 y 14 de su informe, *Documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/59/22)*, de que la Asamblea General aprobase el proyecto de Convención; y de que la Asamblea General incluyese en su resolución por la que aprobase el proyecto de Convención la interpretación general de que la Convención no comprendía las actuaciones penales (A/C.6/59/SR.13, párr.32). Inicialmente, la interpretación general formaba parte de los entendimientos generales anexados a la Convención, *ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/58/22)*, anexo II. Posteriormente se consideró que era más adecuado tratar esta cuestión en la resolución de la Asamblea General (*ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/59/22)*, párr.11).

¹¹⁸ Declaración ante la Sexta Comisión del Presidente del Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (A/C.6/59/SR.13, párr.37). El Presidente también observó que en general se debería considerar conjuntamente con el comentario de la CDI, al menos en cuanto no se hubiese modificado el texto presentado por la CDI. El comentario de la CDI, los informes del Comité Especial y la resolución de la Asamblea General por la que se aprobase la Convención constituirían una parte importante de los trabajos preparatorios de la Convención. Esta lectura conjunta del texto de la Convención y el comentario a no dudar lo aclararía el texto si se presentaban algunas cuestiones de interpretación (*ibid.*, párr. 35).

¹¹⁹ En su declaración ante la Sexta Comisión, el Presidente del Comité Especial aclaró que una de las cuestiones planteadas se refería a saber si la Convención abarcaba las actividades militares. Había prevalecido siempre el entendimiento general de que las actividades militares no estaban abarcadas por la Convención. En todo caso, cabía referirse al comentario de la CDI sobre el artículo 12, según el cual “Tampoco afecta este artículo a la cuestión de las inmunidades diplomáticas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3, ni es aplicable a las situaciones de conflicto armado” (A/C.6/59/SR.13, párr.36). También se entiende que el artículo 26 de la Convención, que establece una salvaguardia en relación con los regímenes vigentes, implicará necesariamente que instrumentos tales como el Convenio Europeo sobre Inmunidad de los Estados, 1972, prevalecerá por lo menos entre los Estados partes en ambas convenciones. El artículo 31 de dicho Convenio dispone: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio afectará a ninguna de las inmunidades o privilegios de que goce un Estado Contratante con

Convención no contempla las cuestiones atinentes a la inmunidad que se planteen en razón de demandas civiles relativas a actos de un Estado violatorios de normas sobre derechos humanos que tengan el carácter de *jus cogens*, en particular la prohibición de la tortura.

46. Cuando la CDI estableció un Grupo de Trabajo¹²⁰ a fin de elaborar, en cumplimiento de la resolución 53/98 de la Asamblea General, observaciones preliminares sobre las cuestiones sustantivas pendientes relacionadas con el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, señaló a la atención de la Asamblea General las novedades que se habían producido en la práctica y la legislación de los Estados en relación con las demandas civiles planteadas ante las jurisdicciones nacionales. Dichas reclamaciones se fundaban en el argumento de que debía denegarse la inmunidad en los casos de muerte o lesiones personales causadas por actos del Estado en violación de las normas de derechos humanos que tienen carácter de *jus cogens*, en particular la prohibición de la tortura¹²¹. También se señaló a la atención la causa *Pinochet*, en la que se habían puesto de manifiesto los límites de la inmunidad con respecto a las violaciones graves de los derechos humanos por altos funcionarios del Estado. Si bien en dicha causa se hizo una distinción entre su conclusión de que no había inmunidad y las anteriores decisiones que habían admitido la excepción de

respecto a algo que se haya hecho u omitido hacer por parte de sus fuerzas armadas cuando se encuentren en el territorio de otro Estado Contratante, o en relación con dichas fuerzas armadas.” En un Seminario sobre las Inmunidades de los Estados y la nueva Convención de las Naciones Unidas celebrado en Chatham House el 5 de octubre de 2005, el Sr. Hafner, que era el Presidente del Comité Especial, fue menos categórico cuando dijo que el comentario de la CDI ya había señalado que las actividades militares en una situación de conflicto armado estaban exceptuadas de la Convención. La cuestión radicaba en determinar si todas las actividades militares estaban comprendidas en esta excepción. Recordó la declaración del Presidente del Comité Especial, que repetía las palabras de la CDI, pero añadió que él tenía la impresión de que abarcaba a todas las actividades militares pero dejando que los distintos Estados sacaran sus propias conclusiones sobre este punto. En el mismo seminario, Andrew Dickinson observó que el concepto de “actividades militares” era más amplio que “situaciones relativas a conflictos armados.” Las consecuencias de los acontecimientos en tiempo de guerra bien podrían requerir que las inmunidades de los Estados en los procesos civiles se rigieran por principios diferentes. Véase el resumen de dicho Seminario en http://www.chathamhouse.org.uk/files/3280_ilpstateimmunity.pdf (consultado el 21 de febrero de 2008). En las observaciones que presentó sobre el tema, el Japón consideró apropiado que la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de las fuerzas armadas extranjeras se regulara de manera bilateral y que las fuerzas armadas de un Estado estacionadas en otro Estado quedaran excluidas del ámbito de aplicación del proyecto de artículos (véase el documento A/48/464, anexo).

¹²⁰ En su resolución 53/98, la Asamblea General invitó a la CDI a presentar observaciones sobre las cuestiones sustantivas pendientes relacionadas con el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, teniendo en cuenta las novedades que se hubiesen producido en la práctica de los Estados y otros factores relacionados con esta cuestión desde que se aprobó el proyecto de artículos.

¹²¹ Por ejemplo, en los Estados Unidos se enmendó la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros [*Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*] de 1976, a fin de incluir una nueva excepción a la inmunidad: el artículo 221 de la Ley de lucha contra el terrorismo y aplicación efectiva de la pena de muerte de 1996 dispone que la inmunidad no podrá reconocerse en ningún caso “en que se pida indemnización monetaria contra un Estado extranjero por lesiones personales o muerte causadas por un acto de tortura, ejecución extrajudicial, sabotaje de aeronaves, toma de rehenes...”. Estados Unidos, Ley Pública 104-132, 110 Stat. 1214 (1996).

inmunidad soberana con respecto a las demandas civiles, porque en el caso se trataba de un procesamiento penal, la CDI señaló que la causa había generado cierto apoyo a favor de la opinión de que los altos funcionarios del Estado no debían poder invocar la inmunidad por los actos de tortura cometidos en su propio territorio en las acciones tanto civiles como penales. La CDI señaló que ese nuevo acontecimiento no se examinaba al considerar las cuestiones pendientes, pero era de todos modos una evolución reciente que no cabía pasar por alto¹²². Sin embargo, en la Convención no se hace referencia a esta cuestión.

47. Para concluir, cabe formular los comentarios siguientes:

a) El término “proceso” no está definido en la Convención. Sin embargo, se indicó claramente que debía entenderse que no comprendía al proceso penal en ningún órgano de un Estado con potestad para ejercer funciones judiciales, independiente del nivel del órgano y cualquiera que sea la denominación que se utilice¹²³. Ello fue confirmado por la Asamblea General en la resolución pertinente (59/38), en cuyo anexo figura la Convención;

b) Durante la elaboración del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes se hizo un intento de abordar la cuestión de las inmunidades *ratione personae* por lo menos con respecto a los soberanos y Jefes de Estado. En último análisis, el punto quedó pendiente en virtud de la inclusión de una disposición de salvaguardia que subsiste como artículo 3 de la Convención. La CDI, que en su *Survey* de 1949 había partido del supuesto de que sería conveniente incluir “en el esfuerzo de codificación de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, a las inmunidades de los jefes de Estado”, adoptó luego la posición de no incluir en el proyecto de artículos sobre la inmunidad jurisdiccional de Estados y sus bienes ninguna disposición sustantiva sobre el punto, sino sólo una cláusula de salvaguardia;

c) La propuesta formulada por el Relator Especial Sucharitkul de que se incluyera a las inmunidades de los funcionarios del Estado *ratione personae* dentro del alcance de los artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales se fundaba en gran medida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, y ello parece ser congruente con los enfoques aplicados a nivel interno por algunos países.¹²⁴ Se expresaron opiniones encontradas acerca de la fuente de la obligación relativa a las inmunidades, en especial en lo tocante a los funcionarios distintos del soberano y el Jefe de Estado;

d) El hecho de que el término “Estado” comprenda, con arreglo a la Convención, a los soberanos y los jefes de Estado en su carácter público —así como a los jefes de gobierno, jefes de departamentos ministeriales, embajadores, jefes de misión cuando actúan en su calidad de representantes— plantea la posibilidad de superposición entre el régimen de la Convención y las inmunidades de que gozan *ratione personae* con arreglo al derecho consuetudinario, particularmente en circunstancias en que se invoque la cuestión de la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes de derecho internacional. Estos temas se considerarán más detenidamente en la segunda parte;

¹²² Informe del Grupo de Trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (A/CN.4/L.576), *Anuario... 1999*, vol. II (Segunda parte), apéndice, párrs. 3 a 13.

¹²³ Comentario al apartado a) del párrafo 1 del artículo 2.

¹²⁴ Véase, por ejemplo, la Ley del Reino Unido sobre las inmunidades de los Estados.

e) La cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal con respecto a los crímenes de derecho internacional, que fue considerada por la CDI en su labor sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, se tuvo presente en los debates, y se reconoció que no debía prejuzgarse la labor sobre tales temas. La consideración de este aspecto por la CDI se expondrá en la sección D de la presente parte.

3. Otras técnicas que limitan el ejercicio de la competencia jurisdiccional

48. Además de los diversos aspectos atinentes a las inmunidades jurisdiccionales percibidas como un impedimento procesal que se consideraron en la sección C.1 d) *supra*, existen otras técnicas conexas que limitan la posibilidad de que los tribunales ejerzan su competencia en determinada materia. En la presente subsección se examinan las cuestiones relativas a la no justiciabilidad y a la doctrina de los actos de Estado. No todos los asuntos que se plantean ante un tribunal pueden ser objeto de determinación judicial. Una materia es justiciable cuando es objeto de juicio de conformidad con el derecho¹²⁵. En algunos sistemas de derecho interno, inspirados en el principio de derecho constitucional de separación de poderes, hay algunos asuntos que se afirma que están comprendidos dentro de la competencia de la rama ejecutiva del gobierno que no son justiciables ante los tribunales. Percibidas desde este alto nivel de generalidad, tanto la inmunidad de los Estados como la doctrina de los actos de Estado, en su carácter de técnicas de evitación de la jurisdicción, están comprendidas dentro de la noción de justiciabilidad.

a) No justiciabilidad

49. La excepción de no justiciabilidad se puede oponer en un proceso tanto si un Estado extranjero es parte como si no lo es¹²⁶, y tanto en la etapa preliminar como en la de fondo¹²⁷. Cuando se invoque en un proceso atinente a actos ejecutivos extranjeros, la Corte típicamente se negará a ejercer su función jurisdiccional respecto de un ejercicio de poder soberano, como hacer la guerra o la paz, concertar tratados internacionales o ceder territorio¹²⁸.

50. En *Buttes Gas and Oil Company c. Hammer* (NO. 3)¹²⁹, Lord Wilberforce trazó el contorno de la doctrina, por lo menos en el derecho inglés, en los términos siguientes:

“Por lo tanto pienso que la cuestión esencial es si... existe en el derecho inglés un principio más general según el cual los tribunales no juzgarán acerca de las transacciones de Estados soberanos extranjeros. Si bien preferiría evitar una discusión terminológica, parece conveniente considerar que este principio, si existe, no es una variedad de los “actos de Estado”, sino un caso de limitación o abstención judicial”¹³⁰.

51. En el caso de que se trataba, a la Corte le resultaba claro que si se permitía que el proceso siguiera adelante, comprendería la adopción de una determinación respecto de cuestiones atinentes a los aspectos siguientes: a) qué Estado tenía

¹²⁵ Malcolm N. Shaw, op. cit. (2003), pág. 162.

¹²⁶ Fox, “International Law and Restraints...”, op. cit., pág. 384.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Shaw, op. cit. (2003), pág. 384.

¹²⁹ [1982] A.C. 888. Véase también *International Law Reports*, vol. 64, pág. 331.

¹³⁰ *Ibid.*, pág. 344.

soberanía respecto de una zona determinada; b) la anchura de las aguas territoriales de esa zona, y c) el límite de la plataforma continental entre Estados. La profundización del análisis de esas cuestiones habría entrañado considerar el significado y el efecto de las declaraciones paralelas emitidas; si equivalían a un acuerdo interestatal, y su “ilicitud” con arreglo al derecho internacional. La Corte se abstuvo de hacerlo determinando que se trataba de cuestiones respecto de las cuales no podía pronunciarse un tribunal nacional. Dejando de lado toda posibilidad de una situación embarazosa en las relaciones exteriores, “no había criterios judiciales o practicables con los cuales juzgar esas cuestiones. La Corte se encontraría en una tierra de nadie judicial”¹³¹.

52. Así pues, la no justiciabilidad, por lo menos tal como se entiende en las tradiciones jurídicas angloamericanas, impide que un tribunal nacional juzgue respecto de determinadas cuestiones, como las relaciones internacionales entre Estados, en razón de que carece de cualquier criterio judicial o practicable por el cual determinar esas cuestiones¹³². El principio de no justiciabilidad no significa que un tribunal sufra de una incapacidad que le impediría conocer del derecho internacional o considerar que ha tenido lugar una violación del derecho internacional. Por ejemplo, en circunstancias apropiadas, es legítimo que un tribunal tenga en cuenta el contenido del derecho internacional para decidir si ha de reconocer una ley extranjera¹³³.

b) *Doctrina de los actos de Estado*

53. La doctrina de los actos de Estado está relacionada con la doctrina de la no justiciabilidad, pero no están claros sus límites exactos ni su condición en el derecho internacional. Algunos comentaristas han sostenido que es esencialmente una doctrina de derecho internacional privado [en inglés, *conflict of laws*]¹³⁴,

¹³¹ *Ibid.*, pág. 351

¹³² Fox, “International Law and Restraints...”, *op. cit.*, pág. 364.

¹³³ Véase Lord Nicholls en *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. y otros* (No. 2), 16 de mayo de 2002, [2002] UKHL 19, párr. 26.

Disponible también en:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/kuwait-1.htm>

(consultado por última vez el 5 de febrero de 2008). Lord Hope (párr. 140) dijo:

“A mi juicio, la esencia de la excepción de orden público es que no está limitada en esa forma.

La regla de oro es que se debe tener cuidado de no ampliar su aplicación más allá de los verdaderos límites del principio. Esos límites exigen que, cuando haya lugar a alguna duda, se aplique la autolimitación judicial. Pero lo que se necesita es autolimitación, no abstención. Y no hay necesidad de autolimitación por razones de orden público cuando está claro más allá de toda controversia que se ha violado una norma claramente establecida de derecho internacional.”

¹³⁴ Para los diversos puntos de vista, véase en general, Louis Henkin, “Act of State today: Recollections in Tranquility”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 6 (1967), pág. 175. Véase también: Cámara de los Lores, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte*, 25 de noviembre de 1998, reproducido en *International Legal Materials*, vol. 37, 1998 (citado como “*Pinochet* (No. 1)”), Lord Nicholls, pág. 1331:

“La doctrina de los actos de Estado es un principio de *common law* de aplicación incierta que impide que el tribunal inglés examine la legalidad de determinados actos realizados en el ejercicio de autoridad soberana dentro de un país extranjero u, ocasionalmente, fuera de él. En algunos *dicta* [opiniones incidentales] en fallos del siglo XIX (por ejemplo, en *Duke of Brunswick v. King of Hanover* (1848) 2 H.L.Cas. 1 y *Underhill v. Hernandez* (1897) 169 U.S. 456) se sugirió que dicha doctrina reflejaba una norma de derecho internacional. La opinión moderna es que se trata de un principio de derecho interno que refleja un reconocimiento por

mientras que otros han afirmado que no es una norma de derecho internacional público¹³⁵. Un comentarista ha señalado por lo menos siete aplicaciones en las cuales se emplea la expresión “acto de un Estado” en un contexto jurídico¹³⁶. A los efectos del presente estudio puede ser necesario distinguir dos tipos de “actos de Estado”. En la sección C.1 d) *supra* ya se han considerado los “actos de un Estado” en los cuales se otorgará a un gobierno extranjero inmunidad de jurisdicción con respecto a sí mismo o a sus bienes. Se ha considerado que ésta es la inmunidad de los Estados propiamente dicha. Sin embargo, hay otros “actos de Estado” que implican que los actos del gobierno de un Estado, tales como sus leyes, no serán objeto de investigación en un proceso judicial ante los tribunales de otro Estado. Este tipo de argumento puede plantearse en un proceso en el que sea parte un particular o un Estado extranjero¹³⁷. Como se dijo en la causa *Underhill c. Hernandez*, que se considera el *locus classicus*:

“Todo Estado soberano está obligado a respetar la independencia de todos los demás Estados soberanos, y los tribunales de un país no han de juzgar los actos del gobierno de otro realizados dentro de su propio territorio. La reparación por tales actos debe obtenerse por los medios existentes de que pueden valerse las potencias soberanas entre sí¹³⁸.”

54. Mientras que en los sistemas de *common law* la doctrina de los actos de Estado es una doctrina establecida, rara vez es utilizada por los tribunales de los sistemas de inspiración románica¹³⁹. La invocación de la doctrina de los actos de Estado es una excepción de derecho sustantivo¹⁴⁰. A diferencia de la excepción de inmunidad, no es de carácter procesal¹⁴¹. La doctrina no es absoluta. está sujeta a excepciones¹⁴². Desde que el magistrado Cardozo, en expresión que se hizo famosa, dijo en la causa

parte de los tribunales de que determinadas cuestiones en materia de relaciones exteriores no son justiciables (*Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer* [1982] A.C. 888) y, particularmente en los Estados Unidos, de que la intervención judicial en las relaciones exteriores puede ser una injerencia en el ámbito de la competencia de las otras dos ramas del gobierno (*Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398).”

¹³⁵ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª edición (Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2003), pág.483. Véase también *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 307 F2d 845 (1962), pág. 855:

“la doctrina de los actos de Estado decía, en resumen, que los tribunales de los Estados Unidos no se pronunciarán sobre la validez de los actos de gobiernos extranjeros realizados en su calidad de soberanos dentro de sus propios territorios... Esta doctrina es una de las normas de derecho internacional privado [*conflicts of laws*] aplicadas por los tribunales de los Estados Unidos; no es en sí misma una norma de derecho internacional... deriva del concepto de la inmunidad del soberano porque “el soberano no puede cometer actos ilícitos [*can do no wrong*]””.

¹³⁶ Philip Allott, “The Courts and the Executive: Four House of Lords Decisions”, *Cambridge Law Journal*, vol. 36 (1977), pág. 270.

¹³⁷ Fox, “International Law and Restraints...”, op. cit., pág. 364.

¹³⁸ *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250, 18 S.Ct. 83, 42 L.Ed. 456 (1897).

¹³⁹ Oliver, Firmage, y otros, op. cit., pág. 624 señalan que en los sistemas de derecho románico los tribunales utilizan el principio de que no se debe examinar la legitimidad de una norma jurídica extranjera que por lo demás sería aplicable. No se aplicaría una norma extranjera que fuera contraria al orden público del Estado del foro. Pero rara vez se utiliza la expresión “acto de Estado”.

¹⁴⁰ Fox, “International Law and Restraints...”, op. cit., pág. 364. Véase también Brownlie, *Principios...*, op. cit., pág. 50.

¹⁴¹ Véase, empero, la posición adoptada por algunos juristas que consideran que la inmunidad *ratione materiae* es una defensa sustantiva; *infra*, nota de pie de página 213.

¹⁴² Véase, en general, Fox, “International Law and Restraints...”, op. cit., pág. 384.

Loucks v. Standard Oil Co. of New York que la Corte sólo dejaría de lado un decreto extranjero en caso de que éste “violara algún principio fundamental de justicia, alguna concepción predominante de buena moralidad, alguna tradición arraigada en materia de bienestar común”¹⁴³, un acto de un gobierno extranjero puede no ser aplicado en el Estado del foro si es contrario al orden público. En *Oppenheimer c. Cattermole*, que se refería al decreto de 1941 del gobierno nacionalsocialista de Alemania por el que se privó a los emigrados judíos de su nacionalidad alemana, con las consecuencias conexas que determinaban la confiscación de sus bienes, Lord Cross de Chelsea dijo que una ley racialmente discriminatoria y confiscatoria de ese tipo era una violación tan grave de los derechos humanos que los tribunales del Reino Unido debía negarse absolutamente a reconocerla como ley¹⁴⁴.

55. En *Kuwait Airways Corp. c. Irati Airways Co.* (NO. 2), Lord Nichols observó lo siguiente:

“Cuando deciden una cuestión por referencia al derecho extranjero, los tribunales de este país deben tener un poder residual, que debe ejercerse excepcionalmente y con la mayor circunspección, para dejar de lado una disposición del derecho extranjero en caso de que, si no lo hicieran, ofenderían principios básicos de justicia y equidad que los tribunales procuran aplicar en la administración de justicia en este país. Las violaciones graves de los derechos humanos son un ejemplo, y de los más importantes, de disposiciones de esa índole. Pero el principio no puede limitarse a una categoría determinada de leyes inaceptables. No sería algo sensato ni lógico. Las leyes pueden ser fundamentalmente inaceptables por razones distintas de las violaciones de los derechos humanos¹⁴⁵.”

56. Cabe señalar un último aspecto en este tema. La defensa fundada en la doctrina de los “actos de Estado” también se ha invocado en procesos penales¹⁴⁶. Sin embargo, esta variante de la doctrina de los “actos de Estado”, fundada en la máxima *par in parem non habet imperium*, tiene que ver con la inmunidad *ratione materiae*. Postula que un Estado no puede juzgar a una persona por un acto delictivo que constituya un “acto de Estado” de otro Estado, sin el consentimiento de éste para que se juzgue a dicha persona. Según Kelsen, el Estado en cuyo nombre había actuado el “órgano” (gobernante o alto funcionario) es el único responsable de la violación, por medio de ese acto, del derecho internacional, mientras que el autor mismo, con excepción de los casos de espionaje y traición de guerra, no es responsable¹⁴⁷. Se ha sostenido que esta norma general está bien establecida en el

¹⁴³ (1918) 120 NE 198, pág. 202.

¹⁴⁴ [1976] AC 249, págs. 277 y 278.

¹⁴⁵ Párrafo 18. En esa causa, Lord Hope llegó a la conclusión siguiente:

“... Sostendría que un acto legislativo de un Estado extranjero que constituya una flagrante violación de normas claramente establecidas de derecho internacional no debe ser reconocido por los tribunales de este país como formando parte de la *lex situs* de dicho Estado.”

¹⁴⁶ Lord Slynn de Hadley dijo en la causa *Pinochet* (No. 1) que “a pesar de las opiniones encontradas expresadas acerca de lo que comprende la doctrina de los actos de Estado, ... una vez que se ha determinado que el ex Jefe de Estado tiene derecho a la inmunidad de detención y extradición en la forma que he indicado, los tribunales del Reino Unido no se pronunciarán acerca de los hechos que se tomaron como fundamento de la detención, sino que, en las palabras de Lord Wilberforce [en *Buttes Gas*], aplicarán la “autolimitación o abstención judicial.”

¹⁴⁷ Hans Kelsen, “Collective and individual responsibility in international law with particular regard to punishment of war criminals”, *California Law Review*, vol. 31 (1942-1943), pág. 530.

derecho internacional¹⁴⁸. En la causa *Eichmann*¹⁴⁹ se argumentó que los crímenes contra el pueblo judío, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra que se imputaban al acusado habían sido cometidos en ejercicio de sus funciones y constituían “actos de Estado” de los que sólo era responsable el Estado alemán. El Tribunal de Distrito rechazó esa noción por varios motivos. Primero, señaló que la teoría de los “actos de Estado” ya había sido invalidada por el derecho de gentes con respecto a los crímenes internacionales. Dicha teoría fue repudiada por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg¹⁵⁰ y posteriormente por la Asamblea General de las Naciones Unidas cuando confirmó los Principios de Nuremberg, en su resolución 95 (I), de 11 de diciembre de 1946. La Asamblea, en su resolución 96 (I), de 11 de diciembre de 1946, también confirmó que el genocidio era un crimen con arreglo al derecho internacional. El principio III de los Principios de Nuremberg formulados por la Comisión de Derecho Internacional y el artículo IV de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio fueron ejemplos del rechazo de esta defensa con respecto a los crímenes odiosos.

57. Segundo, el Tribunal de Distrito rechazó la teoría kelseniana, señalando que el Estado que planificó y puso en práctica una “solución final” no puede ser tratado como *par in parem*, sino sólo como una banda de criminales.

58. En la Corte Suprema, la defensa también fue rechazada. La Corte, concordando con el Tribunal de Distrito, dijo que cualquiera fuese el valor de la doctrina de los actos de Estado en otros casos, no podía admitirse como defensa con respecto a los crímenes internacionales, a la luz del artículo 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, los Principios de Nuremberg y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. La esencia misma del Estatuto era que las personas tenían deberes internacionales que trascendían sus obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el respectivo Estado. Si alguien violaba las leyes de la guerra, no podía obtenerse la inmunidad cuando se hubiese actuado en virtud de la autoridad del Estado si el Estado, al autorizar la acción, se había excedido de la jurisdicción que le incumbía con arreglo al derecho internacional.

59. La Corte también observó que, como derivaba del concepto de “soberanía”, que no era absoluta, la doctrina de los “actos de Estado” debía aplicarse de manera análoga; la doctrina misma no era absoluta. Además, no había fundamentos para la doctrina cuando el asunto pertenecía a los actos prohibidos por el derecho de gentes, en especial cuando eran crímenes internacionales de la clase de “crímenes de lesa humanidad”. Dichos actos, desde el punto de vista del derecho internacional, estaban completamente fuera de la jurisdicción “soberana” del Estado que hubiese ordenado o ratificado su comisión, y, consiguientemente, quienes hubiesen participado en tales actos debían responder personalmente por ellos y no podían escudarse detrás del carácter oficial de sus cometidos o su misión, ni detrás de las “leyes” del Estado en virtud de las cuales pretendían actuar. El derecho internacional postulaba que era imposible que un Estado condonara un acto que violaba severas prohibiciones.

¹⁴⁸ *Fiscal v. Blaškić*, (IT-95-14), Sala de Apelaciones, sentencia relativa a la solicitud de la República de Croacia de revisión de la decisión de la Sala de Apelaciones II de 18 de julio de 1997 (decisión sobre la citación), párr. 41. En general, véase también Akehurst, op. cit., págs. 240 y ss.

¹⁴⁹ *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, párr. 28 y *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Corte Suprema (actuando en funciones de Tribunal de Apelaciones en lo Penal), párr. 14.

¹⁵⁰ *Ibid.*

60. En Nuremberg se formularon argumentos análogos¹⁵¹. La defensa argumentó, primero, que los individuos no podían ser penalmente responsables con arreglo al derecho internacional, pues sólo los Estados estaban sujetos al derecho de gentes; y sólo ellos podían ser responsables de un “crimen jurídico internacional”. Segundo, que determinados actos atribuidos a los acusados como crímenes contra la paz eran actos de Estado, que sólo podían imputarse al Estado y [no] a los individuos que los habían cometido como órganos del Estado. Castigar a las personas por sus decisiones respecto de la guerra y la paz sería destruir la noción de Estado. La defensa, sin embargo, admitió que los usos de la guerra habían eliminado, excepcionalmente, con respecto a determinados crímenes de guerra, “la divisoria erigida por el derecho internacional, respetuoso de la soberanía nacional, entre la persona que actúa y las Potencias extranjeras”.

61. A su vez, la sentencia negó que existiera un principio de derecho internacional según el cual sólo se podía responsabilizar con arreglo al derecho internacional al Estado y no a la persona; los casos de piratería, violación de bloqueo, espionaje y crímenes de guerra indicaban deberes que el derecho internacional imponía directamente a los individuos¹⁵². Los crímenes comprendidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg eran, en cambio, testimonio de la necesidad de afirmar que los derechos y deberes de los Estados eran los derechos y los deberes de los hombres y que a menos que “obliguen a los individuos no obligan a nadie”.

62. Rechazando la doctrina de los actos de Estado, la fiscalía dijo además que la serie de decisiones en que se confirmaba que un Estado no tenía autoridad sobre otro Estado soberano ni sobre su jefe o su representante estaba basada en los preceptos de la cortesía de las naciones y de las pacíficas y fluidas relaciones internacionales. Esas decisiones no constituían un fundamento suficiente para la proposición según la cual quienes constituyen los órganos —quienes están detrás del Estado— tienen derecho a invocar a la entidad metafísica que ellos habían creado y controlaban cuando por las directrices impartidas por ellos ese Estado se dedicaba a destruir la misma cortesía de la que dependían las normas del derecho internacional.

63. El Tribunal no vaciló en afirmar la responsabilidad penal de los individuos con arreglo al derecho internacional; desde mucho tiempo atrás se reconocía que el derecho internacional imponía deberes y responsabilidades a los individuos así como a los Estados. Aseveró, en un pasaje frecuentemente citado:

¹⁵¹ En *Goering and others*; Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 1º de octubre de 1946, en *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 13, págs. 203 y ss.; la referencia corresponde a la página 221. Véase en general, Memorandum presentado por el Secretario General, *The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal: History and Analysis* [Estatuto y sentencias del Tribunal de Nuremberg: historia y análisis], documento A/CN.4/5 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: 1949.V.7). Véase también el estudio de la Secretaría, *Examen histórico de la evolución en materia de agresión* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.03.V.10).

¹⁵² Para el espionaje, véanse los artículos 29 a 31 del Reglamento anexo a la Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Convención IV de La Haya), 18 de octubre de 1907.

El artículo 41 del Reglamento anexo a la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Convención II de La Haya), 29 de julio de 1899, dispone lo siguiente: “La violación de las cláusulas del armisticio por particulares que obren por propia iniciativa da derecho solamente a exigir el castigo de los culpables, y si fuere el caso, a indemnización por las pérdidas sufridas.”

“Los delitos contra el derecho internacional se cometieron por hombres, y no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional¹⁵³.”

64. Respecto de la doctrina de los actos de Estado, el Tribunal dijo:

“El principio del derecho internacional, que en ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a actos condenados como delitos por el derecho internacional. Los autores de estos actos no pueden escudarse con su cargo oficial a fin de sustraerse a la sanción en un proceso apropiado¹⁵⁴.”

65. También invocó el artículo 7 del Estatuto y sostuvo que:

“... la esencia misma del Estatuto estriba en que los individuos tienen deberes internacionales superiores a las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por los respectivos Estados. Quien viola las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad por el hecho de actuar en cumplimiento de las órdenes del Estado, si el Estado, al ordenar un acto, se excede de su jurisdicción en derecho internacional¹⁵⁵.”

66. El tratamiento de la doctrina de los “actos de Estado” en la causa *Eichmann* y en Nuremberg se refiere a cuestiones atinentes a la inmunidad *ratione materiae*, que serán objeto de un examen más detenido en la segunda parte.

D. Responsabilidad penal individual y exclusión de la inmunidad

67. A fin de deducir si había alguna forma de excepción a la norma que concede la inmunidad de jurisdicción penal a un ministro de relaciones exteriores en ejercicio, la Corte Internacional de Justicia en la causa de la *Orden de detención* examinó, entre otras cosas, las normas atinentes a la inmunidad o responsabilidad penal de las personas que ocupan un cargo oficial contenidas en los instrumentos jurídicos por los que se crearon tribunales penales internacionales, y determinó que no podía concluir que en el derecho internacional consuetudinario hubiera alguna excepción con respecto a los tribunales nacionales¹⁵⁶. También observó que la inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual eran conceptos nítidamente separados. Haciendo un contraste entre ambas, la Corte señaló que la primera era de carácter procesal, mientras que la segunda era una cuestión de derecho sustantivo¹⁵⁷.

68. Sin embargo, el formalismo de esta dicotomía tiende a oscurecer la naturaleza de la relación dinámica que parece existir. Esta relación entre las jurisdicciones penales nacionales por un lado y las jurisdicciones internacionales por otro¹⁵⁸ sigue siendo pertinente para las cuestiones atinentes a la inmunidad. Como concluyeron

¹⁵³ *Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment*, (Washington: United States Government Printing Office, 1947), pág. 53, citado en el Memorándum presentado por el Secretario General, *The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal...*, op. cit., pág. 41.

¹⁵⁴ *Ibid.*, págs. 41 y 42.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pág. 2.

¹⁵⁶ *Arrest Warrant*, párr. 58.

¹⁵⁷ *Ibid.*, párr. 60.

¹⁵⁸ Véase la declaración del Presidente Shi (ex Presidente de la Corte Internacional de Justicia) sobre las “Inmunidades en el derecho internacional, en la jurisprudencia de la C.I.J.” en ocasión de la visita del Primer Ministro de Madagascar el 23 de octubre de 2003, disponible en: <http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?p1=6&p2=1&pr=97&search=%22owed%22>.

tres magistrados en su opinión separada en la causa de la *Orden de detención*: “el creciente reconocimiento de la importancia de asegurar que los autores de graves crímenes internacionales no queden impunes ha tenido incidencia en las inmunidades de que gozaban los altos dignatarios de los Estados con arreglo al derecho consuetudinario tradicional¹⁵⁹.”

69. Existe una estrecha relación entre la inmunidad y la responsabilidad penal individual. En particular, dos novedades del derecho penal internacional en el siglo XX parecen haber tenido incidencia en los debates atinentes a la evolución de las inmunidades: el establecimiento de la jurisdicción penal internacional y el desarrollo del derecho sustantivo en lo tocante a la irrelevancia del cargo oficial, cada una de las cuales fijaba efectivamente un criterio más exigente en materia de responsabilidad por los delitos atroces. Por lo tanto, a fin de poner en un contexto adecuado las cuestiones de inmunidad que se examinan en la Segunda parte del estudio, en la presente sección, se exponen los antecedentes históricos del desarrollo del derecho penal internacional y se pasa revista a las disposiciones de esa rama del derecho atinentes a la irrelevancia del carácter oficial a los efectos de la responsabilidad penal¹⁶⁰.

1. Jurisdicción penal internacional

70. Si, dentro de la estructura interna, la función legislativa de un Parlamento está complementada por las potestades jurisdiccionales de los tribunales y por la actividad de ejecución del derecho, en el sistema jurídico internacional no se siguió un camino de desarrollo análogo. En el derecho internacional clásico, la proscripción de ciertas conductas delictivas como *delicta juris gentium* no estaba acompañada por un correspondiente deseo o posibilidad de otorgar jurisdicción respecto de tales crímenes a un tribunal u órgano internacional. En efecto, la calificación de determinados actos como crímenes internacionales evolucionó independientemente de la cuestión de la jurisdicción penal internacional, hasta que ésta pasó a ser objeto de investigaciones serias a consecuencia de la primera guerra mundial (1914-1919)¹⁶¹. El sistema internacional dependía del derecho interno para la ejecución. Había una tendencia general a conferir competencia respecto de los crímenes internacionales a las jurisdicciones nacionales o a suponer que dichas jurisdicciones ejercerían competencia. La guerra y diversos impulsos influyeron para que el debate gravitara hacia la jurisdicción penal internacional. Se estimaba que tal sistema estaría en mejor posición para asegurar el debido proceso que las medidas aplicadas a nivel interno por los Estados victoriosos.

71. Además —cosa que tal vez es significativa para el presente estudio— había cierta oscuridad en lo tocante a las normas que regían la responsabilidad que cupiera por delitos de guerra a los soberanos y los jefes de Estado y los dirigentes civiles de la guerra¹⁶². La percepción dominante entonces era que los jefes de Estado no eran en modo alguno enjuiciables o no eran responsables de los actos de sus subordinados.

¹⁵⁹ Opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 74.

¹⁶⁰ La sustancia de esta interacción entre el crecimiento del derecho penal internacional y las inmunidades de los funcionarios del Estado ante las jurisdicciones nacionales se examina más adelante, en relación con la inmunidad *ratione personae* (*infra*, Segunda parte, sección A) y con la inmunidad *ratione materiae* (*infra*, Segunda parte, sección B).

¹⁶¹ Véase, en general, Memorándum presentado por el Secretario General, *Estudio histórico del problema de la jurisdicción penal internacional* (A/CN.4/7/Rev. 1) (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: 1949.V.8). Véase también Informe sobre la cuestión de la jurisdicción penal internacional, por Ricardo J. Alfaro, Relator Especial (A/CN.4/15 y Corr.1), *Anuario... 1950*, vol. II.

¹⁶² Memorándum presentado por el Secretario General (A/CN.4/7/Rev.1), pág. 2.

Para los funcionarios civiles cuyas actividades delictivas se hubieran circunscrito al territorio de su propio Estado, era tal la preponderancia del principio territorial que se les responsabilizaba en la medida en que eventualmente lo dispusiera la legislación del Estado territorial¹⁶³.

72. Entre las dos guerras mundiales¹⁶⁴ y en el período posterior¹⁶⁵, la opinión prevaleciente comenzó a dar paso a arreglos que se relacionan con el carácter y la

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ En la Conferencia de Paz de París de 1919 hubo propuestas de que se juzgara en tribunales internacionales a los acusados de las nacionalidades de las potencias derrotadas por “graves ultrajes contra los principios elementales del derecho internacional” contra, entre otros, todas las autoridades civiles o militares, pertenecientes a países enemigos, por más elevado que hubiese sido su cargo, sin distinción de nivel, incluidos los jefes de Estado, que hubieran ordenado violaciones de las leyes o usos de la guerra, o que, teniendo conocimiento de ellas y poder para intervenir, se hubieran abstenido de impedirlos o de tomar medidas para impedirlos, ponerles fin o hacerlos terminar (quedando entendido que en ningún caso tal abstención debería constituir una defensa para los autores efectivos); “Commission on the Responsibility of the authors of the War and on Enforcement of Penalties, Report presented to the Preliminary Peace Conference”, *American Journal of International Law*, vol. 14 (1920), págs. 95 a 154. Sin embargo, las diferencias entre las potencias victoriosas sólo permitieron llegar a lo dispuesto en el artículo 227 del Tratado de Versalles, en virtud del cual las Potencias Aliadas y Asociadas acusaron públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex Emperador de Alemania, “por suprema ofensa contra la moral internacional y la santidad de los tratados” ante un tribunal especial; véase el Memorandum of reservations presented by the representatives of the United States to the Report of the Commission on Responsibilities, *ibid.* El juicio nunca tuvo lugar. Guillermo de Hohenzollern se refugió en los Países Bajos y el gobierno se negó a entregar al ex Emperador a las Potencias Aliadas y Asociadas, invocando el principio *nullum crimen sine lege*. Para otras iniciativas, véase el Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, enmendado por el Comité para la Corte Penal Internacional Permanente de la Asociación de Derecho Internacional, *34° Informe, Viena* (1927), págs. 133 a 125; Resolución de la Unión Interparlamentaria sobre la Criminalidad de la Guerra de Agresión y de las Medidas Internacionales Represivas (1925), *Union interparlementaire, compte rendu de la XXIIIème Conférence* (Washington, 1925), págs. 46 a 50, y pág. 801. *Væu* del Congreso Internacional de Derecho Penal relativo a una Corte Penal Internacional (Bruselas, 1926), *Premier congrès international de droit pénal, Actes du congrès*, pág. 634; Proyecto de Estatuto para la creación de una Sala de lo Penal de la Corte Internacional de Justicia adoptado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, París, 16 de enero de 1928, y revisado en 1946, en *Memorandum de la Secretaría*, apéndice 7; Convención para la creación de una Corte Penal Internacional, abierta a la firma en Ginebra, 16 de noviembre de 1947, anexada a la Convención para la prevención y el castigo del terrorismo, *ibid.*, apéndice 8; Conclusiones aprobadas por la Asamblea Internacional de Londres el 21 de junio de 1943, en cuyo párrafo 3 se disponía que se instituiría una Corte Penal Internacional que tendría jurisdicción respecto de las siguientes categorías de crímenes de guerra... d) crímenes cometidos por jefes de Estado, *ibid.*, apéndice 9; Proyecto de convención para la creación de una Corte Penal Internacional, Asamblea Internacional de Londres, 1943, *ibid.*, apéndice 9.B; Proyecto de convención para el establecimiento de un tribunal de crímenes de guerra de las Naciones Unidas, con memorando explicativo, en cuyo artículo 1 se establecía una comisión de las Naciones Unidas para los crímenes de guerra a los efectos del enjuiciamiento y castigo de las personas acusadas de haber cometido un delito contra las leyes y costumbres de la guerra, con competencia para juzgar y castigar a cualquier persona, cualquiera que fuese su rango o posición, *ibid.*, apéndice 10.

¹⁶⁵ Proyecto de propuesta de establecimiento de una Corte Penal Internacional, Memorando presentado a la Comisión de Desarrollo Progresivo y Codificación del Derecho Internacional por el representante de Francia, *ibid.*, apéndice 11; Proyecto de convención sobre el delito de genocidio elaborado por el Secretario General (E/447), con dos anexos sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional permanente para el castigo de los actos de genocidio. Se

arquitectura del sistema jurídico penal internacional de hoy. Si renunciar a su jurisdicción penal interna y verse obligado a entregar a sus nacionales una jurisdicción extranjera era considerado por los Estados como algo contrario al principio clásico de soberanía, podía argumentarse que un tribunal clásico de la soberanía, podía argumentarse que un tribunal internacional correctamente establecido era una respuesta apropiada de la comunidad internacional para disipar cualquier malentendido en el sentido de que hubiera determinados crímenes cometidos por los gobiernos o por individuos como representantes de los gobiernos que mal podían ser juzgados por tribunales territoriales. Al crear un tribunal de esa índole, los Estados estarían actuando consensualmente por su propia y soberana voluntad en concierto con otros Estados al servicio de la supremacía del derecho internacional¹⁶⁶. La Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona, en su decisión relativa a la inmunidad de jurisdicción con respecto a Charles Taylor, señaló que el principio de la inmunidad de los Estados deriva de la igualdad de los Estados soberanos —en razón de lo cual un Estado no puede juzgar la conducta de otro Estado— y consiguientemente carece de relevancia para los tribunales penales internacionales, que no son órganos del Estado sino que derivan sus mandatos de la comunidad internacional¹⁶⁷.

73. La adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue resultado de este desafío a la ortodoxia que se inició a comienzos del siglo XX. La internacionalización de la jurisdicción penal permitió que la comunidad internacional superara las constricciones de la soberanía. Al mismo tiempo, permitió que los Estados siguieran tomando medidas internas para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales¹⁶⁸. Cabe considerar que todos esos nuevos

preveía que el Estado estaría obligado a remitir los actos de genocidio ante una Corte Penal Internacional si tales actos hubieran sido cometidos por personas que hubiesen actuado en calidad de órganos del Estado o con el apoyo o la tolerancia del Estado. La Corte juzgaría entonces a los gobernantes de un Estado o a las personas que hubiesen conspirado con dichos gobernantes; Proyecto de convención sobre el genocidio presentado a la Sexta Comisión por la delegación de Francia, en *Ibíd...*, apéndice 15. El Tribunal de Nuremberg concluyó que Karl Dönitz, en calidad de Jefe de Estado de Alemania del 1° al 9 de mayo de 1945, tuvo “participación activa en la realización de la guerra de agresión”, en parte en razón de la orden que en tal carácter impartió a la Wehrmacht de que continuara la guerra en el Este, lo declaró culpable de los cargos dos y tres de la acusación y lo condenó a 10 años, véase el estudio de la Secretaría, *Examen histórico de la evolución en materia de agresión...* op. cit., págs. 51 a 53.

¹⁶⁶ Véase, en general, Informe sobre la cuestión de la jurisdicción penal internacional, por Ricardo J. Alfaro, Relator Especial, op. cit.

¹⁶⁷ Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, decisión relativa a la inmunidad de jurisdicción, causa No. SCSL-2003-01-I, 31 de mayo de 2004.

¹⁶⁸ En su resolución 3074 (XXVIII), de 3 de diciembre de 1973, relativa a los Principios de cooperación internacional en the identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, la Asamblea General, teniendo en cuenta la necesidad especial de adoptar, en el plano internacional, medidas con el fin de asegurar el enjuiciamiento y el castigo de las personas culpables de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad, proclamó los siguientes principios de cooperación internacional en the identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad:

“1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

acontecimientos no reemplazan a la competencia penal nacional, sino que la complementan; de hecho, el Estatuto de Roma es complementario de las jurisdicciones nacionales¹⁶⁹.

2. Consideración de los Principios de Nuremberg por la Comisión de Derecho Internacional

74. Además del establecimiento de la jurisdicción penal internacional, se han hecho también esfuerzos por resolver la cuestión misma que impulsó en parte el movimiento encaminado a hacer efectiva la responsabilidad penal individual, es decir, si los soberanos, los jefes de Estado o los dirigentes civiles de la guerra podrían eludir la responsabilidad penal individual en virtud de su condición oficial, y de tal modo disipar sustantivamente las dudas que persistieran en relación con la inmunidad una vez que se hubiera llevado a una persona ante una jurisdicción internacional.

75. Cuando la CDI estaba elaborando los Principios de Nuremberg, hubo un debate sobre el alcance de su mandato de “formular los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y por las sentencias del Tribunal”, según lo dispuesto en la resolución 177 (II) de la Asamblea General. La cuestión radicaba en saber si la CDI debía determinar en qué medida los principios contenidos en el Estatuto y en las sentencias constituían principios de derecho internacional. La CDI llegó a la conclusión de que los principios reconocidos en Nuremberg habían sido confirmados por la Asamblea General en su

2. Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

3. Los Estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin.

4. Los Estados se prestarán ayuda mutua a los efectos de la identificación, detención y enjuiciamiento de los presuntos autores de tales crímenes y, en caso de ser éstos declarados culpables, de su castigo.

5. Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes. A este respecto, los Estados cooperarán entre sí en todo lo relativo a la extradición de esas personas.

6. Los Estados cooperarán mutuamente en la compilación de informaciones y documentos relativos a la investigación a fin de facilitar el enjuiciamiento de las personas a que se refiere el párrafo 5 *supra* e intercambiarán tales informaciones.

7. De conformidad con el artículo 1 de la Declaración sobre el Asilo Territorial, de 14 de diciembre de 1967, los Estados no concederán asilo a ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad.

8. Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

9. Al cooperar para facilitar la identificación, la detención, la extradición y, en caso de ser reconocidas culpables, el castigo de las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la ejecución de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, los Estados se ceñirán a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.”

¹⁶⁹ Preámbulo y artículo 1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

resolución 95 (I). Por lo tanto, la tarea de la CDI no consistía en expresar un juicio acerca de esos principios en cuanto principios del derecho internacional, sino únicamente en formularlos, centrándose más en los elementos sustantivos —en especial los que figuraban en los artículos 6, 7 y 8— que en los procesales¹⁷⁰. El Principio III aprobado se basaba en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg.¹⁷¹ De conformidad con el Estatuto y las sentencias, el hecho de que una

¹⁷⁰ *Anuario... 1949*, vol. I, acta resumida de la 17ª sesión, 9 de mayo de 1949, párr. 35. Sin embargo, Scelle, *ibid.*, acta resumida de la 28ª sesión, 26 de mayo de 1949, prefería que se formularan los principios generales del derecho internacional en que se basaban el Estatuto y las sentencias. A su juicio, el Tribunal y las sentencias de Nuremberg, en primer lugar, habían confirmado que el individuo estaba sujeto al derecho internacional, incluido el derecho penal internacional, y era punible con arreglo al derecho penal internacional; y, en segundo lugar, habían rechazado la antigua teoría que eximía de responsabilidad individual a los gobernantes o funcionarios por todo acto realizado en nombre del Estado. El cargo de Jefe de Estado, gobernante o funcionario público no confería inmunidad alguna en materia penal, ni atenuaba la responsabilidad. Scelle formuló la propuesta siguiente, que la CDI rechazó fundándose básicamente en una interpretación más estrecha del mandato de la Asamblea General (*ibid.*): “Los principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en las sentencias del Tribunal son los siguientes:

- “1. El individuo está sujeto al derecho internacional, incluido el derecho penal internacional.
2. El cargo de Jefe de Estado, gobernante o funcionario público no confiere inmunidad alguna en materia penal, ni atenúa la responsabilidad.
3. Esta responsabilidad penal subjetiva de los jefes de Estado, gobernantes y agentes es distinta de la responsabilidad objetiva del Estado, que puede llegar a ser una cuestión subsidiaria.
4. El derecho internacional, incluido el derecho penal internacional, prevalece sobre el derecho interno. De ello se deduce que los gobernantes y agentes del Estado son directamente responsables de sus crímenes y delitos internacionales independientemente de si configuran delitos con arreglo al derecho penal interno de sus países. Por consiguiente, toda persona que cometa un crimen contra el derecho internacional, por comisión u omisión, es responsable por dicho crimen y está sujeta a castigo.
5. Las órdenes superiores no constituyen una defensa completa, sino sólo una circunstancia atenuante, cuando la justicia así lo requiera.
6. Un tribunal de jurisdicción internacional parece particularmente adecuado para juzgar los crímenes y delitos internacionales, en especial los cometidos por jefes de Estado, gobernantes o altos funcionarios.
7. En el estado actual del derecho internacional un tribunal de esa índole no está necesariamente obligado por el principio de que los delitos y las penas no son retroactivos; ello presupone la preparación y la redacción de un código penal internacional.
8. De conformidad con el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg los siguientes ya son actualmente crímenes internacionales:
Crímenes contra la paz;
Crímenes de guerra;
Crímenes de lesa humanidad.
9. Son crímenes contra la paz:...”

¹⁷¹ Véase también el apartado a) del párrafo 4 del artículo II de la Ley No. 10 del Consejo de Control, promulgada para dar cumplimiento a la Declaración de Moscú de 1943, al Acuerdo de Londres de 1945 y al Estatuto anexo a dicho Acuerdo, así como para establecer una base jurídica uniforme en Alemania para el enjuiciamiento de los criminales de guerra y otros criminales análogos, fuera de los criminales sometidos al Tribunal Militar Internacional: “El cargo oficial de una persona, sea como Jefe de Estado o como funcionario responsable de un departamento del gobierno, no la exime de responsabilidad por un crimen ni le da derecho a una atenuación de la pena.” El artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente tenía algunas variantes, pero el principio era el mismo: “Ni el cargo oficial que haya ocupado un acusado, en cualquier momento, ni el hecho de que un acusado haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior será, por sí

persona hubiese actuado como Jefe de Estado o jefe de una dependencia estatal no lo eximía de responsabilidad internacional. “Quien viola las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad por el hecho de actuar en cumplimiento de las órdenes del Estado, si el Estado, al ordenar un acto, se excede de su jurisdicción en derecho internacional.”¹⁷²

76. La CDI no mantuvo, en la formulación del Principio III, la última frase del artículo 7 del Estatuto, que decía “ni como atenuante de la pena”. La CDI estimó que esa cuestión era de la competencia del Tribunal¹⁷³.

3. Consideración del Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad por la Comisión de Derecho Internacional

77. Luego de su consideración inicial entre 1949 y 1954¹⁷⁴, la CDI reanudó en 1982 la labor sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en cumplimiento de una solicitud de la Asamblea General¹⁷⁵. En su 43º período de sesiones (1991), la CDI aprobó en primera lectura el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en el que figuraba el proyecto de artículo 13¹⁷⁶, del siguiente tenor:

“Artículo 13 (Carácter oficial y responsabilidad)

El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, y en especial el hecho de que haya actuado como Jefe de Estado o de gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal.”

mismo, suficiente para eximir a dichos acusados de responsabilidad por cualquier de los crímenes de que se le acuse, pero tales circunstancias podrán ser consideradas como atenuantes de la pena si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere.”

Esa formulación ha sido reiterada en otros instrumentos; véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991 (documento S/25704; aprobado por el Consejo de Seguridad en su resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, enmendada por resoluciones posteriores):

“El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.”

Una disposición análoga figura en el párrafo 2 del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

¹⁷² *Anuario... 1950*, vol. II, documento A/136, párr. 103.

¹⁷³ *Ibid.*, párr. 104.

¹⁷⁴ En el texto que fue aprobado en 1954 figuraba el artículo siguiente:

“Artículo 3

El hecho de que una persona haya actuado como Jefe de un Estado o como autoridad del Estado no la eximirá de responsabilidad por la perpetración de cualquiera de los delitos definidos en el presente código.”

Anuario... 1954, vol. II. Para los comentarios, véase *ibid.*, 1951, vol. II, párrs. 59 y ss.

¹⁷⁵ Resolución 36/106 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1981.

¹⁷⁶ Duodécimo informe, por Doudou Thiam, Relator Especial, A/CN.4/460 y Corr. 1, *Anuario... 1994*, vol. II (Primera parte).

El modelo en que se inspiró este proyecto de artículo era el Principio III de los Principios de Nuremberg. Sin embargo, el texto [en su versión inglesa] estaba redactado en tiempo presente, porque se refería a numerosas situaciones que podrían plantearse en el futuro. Al afirmar a) que no habría “inmunidad respecto de la aplicación del código en razón del cargo del acusado”, y b) que “la alegación del acusado de que había actuado en el cumplimiento de sus funciones oficiales no lo exoneraría de responsabilidad penal, el Código estaba levant[ando] el velo del Estado y enjuici[ando] a quienes eran materialmente responsables de los crímenes cometidos en nombre del Estado como entidad abstracta”¹⁷⁷. La frase inicial “el hecho de que sea Jefe de Estado o de gobierno”, fue sustituida por las palabras “el hecho de que haya actuado como Jefe de Estado o de gobierno”, a fin de subrayar que el Código tenía en vista el tiempo de la comisión del crimen¹⁷⁸.

78. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura no suscitó ninguna objeción de los gobiernos. Sin embargo, Costa Rica¹⁷⁹ destacó que era necesario tener en cuenta los diversos casos en que esos funcionarios podían ser enjuiciados, en lugar de dejar al proyecto de artículo como una norma de principio que, como tal, podía ser inaplicable. En un sentido análogo, el Reino Unido señaló la necesidad de abordar la cuestión de la posible inmunidad de jurisdicción de dichos funcionarios¹⁸⁰. Por otro lado, los países nórdicos observaron que debía presumirse que incluso los jefes de Estado no podían ser eximidos de responsabilidad internacional por sus actos si dichos actos constituyeran un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad; el artículo debía aplicarse aún si la constitución de determinado Estado disponía lo contrario¹⁸¹. Polonia consideraba que el proyecto de artículo era “una limitación grave pero lógica y razonable a la inmunidad plena de los jefes de Estado. Tal inmunidad no puede permitirles colocarse al margen de la responsabilidad penal por delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”¹⁸².

79. El Relator Especial prefería que se mantuviera el proyecto de artículo tal como había sido formulado en primera lectura; era difícil prever con detalle los diferentes casos en los cuales los jefes de Estado o de gobierno debían ser enjuiciados. El aspecto importante consistía en destacar el principio de que cada vez que un Jefe de Estado o de gobierno cometiese un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, debía ser enjuiciado. Así pues, la finalidad del artículo era señalar a la atención el hecho de que el carácter oficial de la persona que cometiera un crimen previsto en el Código no podía eximirla de responsabilidad penal. Incluso en los casos en que la persona tuviera el más elevado carácter oficial, como Jefe de Estado o de gobierno, seguiría siendo penalmente responsable¹⁸³.

¹⁷⁷ Declaración del Presidente del Comité de Redacción, Christian Tomuschat, 2084ª sesión (A/CN.4/SR.2084), *Anuario... 1988*, vol. I, párr. 72.

¹⁷⁸ *Ibid.*, párrs. 71 y 72.

¹⁷⁹ Documento A/CN.4/448, *Anuario... 1993*, vol. II (Primera parte), Costa Rica, párr. 39.

¹⁸⁰ *Ibid.*, Reino Unido, párr. 17: “Obviamente es importante para la eficaz aplicación del Código que los funcionarios, incluidos los jefes de Estado o de gobierno, no estén exentos de responsabilidad penal en virtud de su carácter oficial. Sin embargo, la CDI no ha abordado aquí, ni en el artículo 9, la posible inmunidad de jurisdicción de dichos funcionarios. La CDI debería considerar la inmunidad de jurisdicción a que pueden tener derecho los funcionarios con arreglo al derecho internacional, y considerar las relaciones de este proyecto con las normas vigentes sobre el tema.”

¹⁸¹ *Ibid.*, países nórdicos, párr. 23

¹⁸² *Ibid.*, Polonia, párr. 37.

¹⁸³ *Anuario... 1994*, documento A/CN.4/460, vol. II (Primera parte), párrs. 133 y 134.

80. Esa opinión fue aceptada por el Comité de Redacción, que señaló que la cuestión de la posible inmunidad jurisdiccional de las personas que actúan a título oficial, con inclusión de jefes de Estado o de gobierno, era una cuestión relativa a la aplicación y no cabía tratarla en la parte del código relativa a los principios generales. Las cuestiones de procedimiento nada tenían que ver con el principio de que, si un Jefe de Estado o de gobierno cometiese un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, debería ser enjuiciado¹⁸⁴.

81. Posteriormente, el Comité de Redacción introdujo dos cambios. Las palabras “y en especial el hecho de que haya actuado” fueron reemplazadas por las palabras “incluso si actuó” a fin de poner de relieve que incluso si, en otras circunstancias, la persona tendría inmunidad en virtud de su alto cargo en el gobierno, ello no la eximiría de responsabilidad penal con arreglo al Código. En segundo lugar, se hizo un cambio de fondo al final del artículo, consistente en añadir las palabras “ni atenuará su castigo”, para que el artículo quedara más claro y evitar toda confusión¹⁸⁵. La ubicación del proyecto de artículo 13 fue cambiada y pasó a ser el proyecto de artículo 7, con el texto siguiente:

“Artículo 7. Carácter oficial y responsabilidad

El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluso si actuó como Jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal ni atenuará su castigo.”

82. La CDI afirmó que la ausencia de toda inmunidad procesal frente a la persecución o castigo en el procedimiento judicial correspondiente era una consecuencia esencial de la ausencia de cualquier inmunidad o excepción sustantivas¹⁸⁶. Sería paradójico impedir a un individuo que invocara su carácter oficial para evitar la responsabilidad por un crimen y, en cambio, permitirle que invocara el mismo argumento para evitar las consecuencias de esa responsabilidad¹⁸⁷.

83. Sin embargo, al no considerar en segunda lectura las preocupaciones planteadas por algunos gobiernos, parecería que la disposición no llegó a contemplar sustantivamente las cuestiones atinentes a la exclusión de la inmunidad de jurisdicción frente a los procesos judiciales internos¹⁸⁸.

4. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

84. El párrafo 2 del artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional avanza en la consideración de la inmunidad de jurisdicción frente a los procesos judiciales internos, en los términos siguientes:

¹⁸⁴ Acta resumida de la 2408ª sesión (A/CN.4/SR.2408), *Anuario... 1995*, vol. I, párr. 36.

¹⁸⁵ Acta resumida de la 2439ª sesión (A/CN.4/SR.2439), *Anuario... 1996*, vol. I, párr. 16.

¹⁸⁶ La CDI observó que el procedimiento judicial ante un tribunal penal internacional sería el arquetipo de procedimiento judicial pertinente en el que el individuo no podría alegar una inmunidad de fondo o una excepción de procedimiento basada en su carácter oficial, para evitar la persecución y el castigo, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), nota de pie de página 69.

¹⁸⁷ *Ibid.*, párr. 6) del comentario al proyecto de artículo 7.

¹⁸⁸ En su resolución 51/160, de 16 de diciembre de 1996, la Asamblea General expresó su reconocimiento por la terminación del proyecto definitivo de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y señaló a la atención de los Estados que participaban en el Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional la pertinencia del proyecto de código para su labor.

“Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella¹⁸⁹.”

85. La posibilidad de que el Estatuto comprendiera los principios generales de derecho penal fue reconocida ya en 1995 en la labor del Comité Especial sobre el establecimiento de una corte penal internacional¹⁹⁰, cuando dicho Comité elaboró directrices para la consideración de los temas que había de examinar, entre los que figuraba la prescindencia del cargo oficial. En particular, se expresó el parecer de que convendría estudiar más a fondo la cuestión de la inmunidad diplomática de detención y otras medidas procesales adoptadas por la corte o en su nombre¹⁹¹, y posteriormente, en el contexto del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional, se elaboraron varias propuestas para regular la cuestión y la versión final fue una combinación de esas propuestas¹⁹². Otra cuestión

¹⁸⁹ El párrafo 1 del artículo 27 dispone lo siguiente:

“El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.”

Véase también el artículo 15 del Reglamento No. 2000/15 de la UNTAET, de 16 de junio de 2000, relativo al establecimiento de Grupos Especiales con competencia exclusiva sobre delitos graves:

“15.1 El presente reglamento será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal con arreglo al presente reglamento ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.

15.2 Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que los Grupos Especiales ejerzan su competencia sobre ella.”

¹⁹⁰ *Documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/50/22)*, anexo II, B.1. Véase también el Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional (Proyecto de Siracusa) elaborado por un Comité de Expertos, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, el Instituto Internacional de Altos Estudios en Ciencias Penales y el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Siracusa/Friburgo/Chicago, 31 de julio de 1995.

¹⁹¹ *Ibid.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/51/22)*, vol. I, párr. 193.

¹⁹² Resumen de las actuaciones del Comité Preparatorio (A/AC.249/1), 7 de mayo de 1996, pág. 83. Hubo una propuesta de Austria del siguiente tenor:

“*Inmunidad*

En el caso de una investigación o un procedimiento realizado por solicitud de la corte no se podrá aducir inmunidad de jurisdicción sobre la base del derecho internacional ni sobre la base del derecho nacional.”

Posteriormente, luego de los debates en el Comité Preparatorio, se formularon las propuestas siguientes:

“*Propuesta 1*

“[1. El presente Estatuto se aplicará a todas las personas sin discriminación.] El carácter oficial de la persona que cometa uno de los crímenes tipificadas en el presente Estatuto, y, en particular, el hecho de que actúe en calidad de Jefe de Estado o de gobierno o de funcionario con responsabilidades en la Administración, no le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá motivo para reducir la pena.

que también se señaló para ser debatida casi al mismo tiempo, pero que sólo se resolvió en la Conferencia de Roma mediante el artículo 98¹⁹³, fue la necesidad de considerar las relaciones entre las obligaciones de los Estados Partes en el Estatuto de cooperar con la Corte y sus demás obligaciones vigentes y las emanadas de tratados bilaterales de extradición y de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas¹⁹⁴. En particular, se reconoció que era necesario seguir deliberando acerca del párrafo 2 en relación con el procedimiento y la cooperación judicial internacional¹⁹⁵. El artículo 98 del Estatuto de Roma no otorga inmunidad de

2. Inmunidad

En el curso de una investigación o un procedimiento realizado por solicitud de la Corte no se podrá aducir inmunidad de jurisdicción sobre la base del derecho internacional ni sobre la base del derecho nacional.”

“Propuesta 2

1. El hecho de que el acusado desempeñe un cargo oficial, en calidad de Jefe de Estado o de gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante electo o agente del Estado, no le eximirá de responsabilidad penal con arreglo al presente Estatuto ni ello constituirá motivo para que se reduzca la pena.

2. Ante la Corte no se podrán interponer como excepción las normas especiales de procedimiento, las inmunidades ni la protección que lleve aparejadas el cargo oficial del acusado y que estén reconocidas por el derecho interno o por convenciones o tratados internacionales.”

A/AC.249/CRP.13 y A/AC.249/CRP.9; véase también Informe del Comité Preparatorio, vol. II, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 22A (A/51/22, vol. II)*.

Per Saland, que coordinó la parte del Estatuto de Roma relativa a los principios generales, señala que este principio fue “indiscutido durante todos los debates, y fue relativamente fácil ponerse de acuerdo sobre su formulación.” México tenía algunas objeciones respecto de la redacción del párrafo 2 del artículo 27, pero dichas objeciones fueron retiradas. España también tenía algunos problemas. Véase Per Saland, “International Criminal Law Principles”, en Roy S. Lee (editor), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results* (La Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1999), pág. 202.

¹⁹³ Artículo 98 del Estatuto de la Corte Penal Internacional:

“Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega

1. La Corte podrá negarse a dar curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que obtenga la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega.”

¹⁹⁴ Propuesta presentada por Singapur, A/AC.249/WP.40. Véase también Kimberly Prost y Angelika Schlunck, “Article 98”, en Otto Triffterer (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden (Alemania), Nomos, 1999), págs. 1131 a 1133.

¹⁹⁵ Véase A/AC.249/1997/L.5, artículo B.e, nota de pie de página 14.

“1. El presente Estatuto se aplicará a todas las personas sin discriminación. El cargo oficial de una persona, bien sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un Gobierno o parlamento, un representante elegido o un funcionario gubernamental, en ningún caso eximirá a esa persona de responsabilidad penal ni constituirá [per se] motivo para reducir la pena.

2. No se podrá invocar, con arreglo al derecho nacional o al derecho internacional, inmunidad de jurisdicción o normas de procedimiento especiales vinculadas al cargo oficial de una persona para impedir que la Corte ejerza su jurisdicción en relación con esa persona.”

enjuiciamiento a las personas que la Corte se proponga enjuiciar¹⁹⁶. Impone a la Corte la obligación de no colocar a un Estado en una situación en la que tenga que violar una obligación internacional relacionada con la inmunidad¹⁹⁷. Mientras que el párrafo 1 del artículo 27 del Estatuto de Roma parecería ser una formulación escrita del derecho consuetudinario sobre el tema¹⁹⁸, el párrafo 2 establece primariamente una norma convencional.

86. La legislación nacional de aplicación del Estatuto de Roma sobre cuestiones relacionadas con la inmunidad ha asumido diversas formas, por lo cual no es posible establecer concluyentemente que esté surgiendo una tendencia determinada¹⁹⁹. En un primer grupo de leyes se hace hincapié en las consultas entre la autoridad de aplicación y la Corte Penal Internacional²⁰⁰. En el segundo grupo se excluye la

Véase también el artículo 18 [B.e], *Informe de la reunión entre periodos de sesiones celebrada en Soutphen (Países Bajos) del 19 al 30 de enero de 1998*, A/AC.249/1998/L.13. En ese momento sólo quedaba pendiente el debate sobre el párrafo 2 en relación con la cooperación judicial. Para el comentario sobre el artículo 27 del Estatuto de Roma, véase Otto Triffterer, "Article 27, Irrelevance of official position", en Otto Triffterer (editor), *Commentary on the Rome Statute...*, op. cit., págs. 501 a 514. Véase también Paola Gaeta, "Official Capacity and Immunities", en Antonio Cassese, Paola Gaeta y otros (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I (Oxford, Oxford University Press, 2002), págs. 975 a 1001.

¹⁹⁶ Prost y Schlunck, op. cit., pág. 1132.

¹⁹⁷ Ibid., pág. 1131.

¹⁹⁸ Gaeta, op. cit. (2002), pág. 990.

¹⁹⁹ Véase la base de datos sobre la legislación nacional establecida por la Corte Penal Internacional en: <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>.

²⁰⁰ Véase, por ejemplo, el artículo 12 de la Ley de Australia No. 41 de 2002 sobre la Corte Penal Internacional:

"... 2) Si, después de la consulta, el Fiscal General concluye que el cumplimiento de la solicitud no entrará en conflicto con ninguna de esas obligaciones, el Fiscal General deberá firmar un certificado en que conste que el cumplimiento de la solicitud no entrará en conflicto con ninguna de esas obligaciones.

3) Un certificado firmado con arreglo al párrafo 2 constituirá prueba concluyente de los hechos que constan en el certificado.

4) Si, después de la consulta, el Fiscal General no llega a la conclusión indicada en el párrafo 2, el Fiscal General deberá aplazar el cumplimiento de la solicitud mientras que el país extranjero no formule la renuncia necesaria u otorgue el consentimiento necesario."

Con arreglo al artículo 5 de la Ley de Georgia sobre la cooperación entre la Corte Penal Internacional y Georgia, el Organismo Responsable estará facultado para consultar con la Corte Penal Internacional sobre cuestiones relativas a la solicitud con arreglo a lo prescrito por el Estatuto y la consulta es obligatoria si el cumplimiento de la solicitud:...

"d) viola las inmunidades internas o diplomáticas."

Y con arreglo al artículo 13:

"Si la solicitud de la Corte se relaciona con la tramitación de un proceso penal contra las personas a quienes se otorga inmunidad con arreglo a la legislación de Georgia, el Organismo Responsable notificará al organismo estatal competente de la existencia de fundamentos para iniciar un procedimiento penal en relación con las personas de que se trate y facilitará las acciones relacionadas con la inmunidad de conformidad con la Constitución y demás normas legislativas de Georgia."

La Ley Federal de Suiza sobre la cooperación con la Corte Penal Internacional, de 22 de junio de 2001, dispone en su artículo 4 que la Autoridad Central celebrará las consultas indicadas en el artículo 97 del Estatuto, en particular cuando el cumplimiento de una solicitud: ... d) pudiera violar la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona (artículo 98 en conexión con el artículo 27 del Estatuto). Además, el artículo 6 dispone que, a solicitud del Departamento Federal de Justicia y Policía (Departamento), el Consejo Federal decidirá acerca de las cuestiones atinentes a la inmunidad relacionadas con el artículo 98 en conjunción con el

aplicación de las inmunidades con respecto al enjuiciamiento de los crímenes mencionados en el artículo 5 del Estatuto de Roma²⁰¹. En el tercer grupo se excluye

artículo 27 del Estatuto que se planteen en el curso del cumplimiento de solicitudes y, cuando se aplique dicho artículo, el Departamento podrá ordenar la detención u otras medidas preventivas. Con arreglo a la Ley de Liechtenstein de 20 de octubre de 2004 relativa a la cooperación con la Corte Penal Internacional y otros tribunales internacionales, las cuestiones que se planteen se resolverán por medio de consultas con la Corte Penal Internacional, en particular cuando el cumplimiento de una solicitud de la Corte Penal Internacional:

“c) entrañaría la violación de la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado (párrafo 1 del artículo 98 del Estatuto de Roma);

2) Durante las consultas, se considerará la posibilidad de cumplir la solicitud en otras formas o en condiciones específicas.

3) Si una cuestión no puede resolverse mediante consultas, se pedirá a la Corte Penal Internacional que modifique su solicitud. Si no es posible considerar esa modificación por parte de la Corte Penal Internacional, la solicitud será denegada.

4) Dicha decisión denegatoria será adoptada por el gobierno. Se informará a la Corte Penal Internacional de toda denegación de una solicitud suya y de los respectivos fundamentos.” (Artículo 10)

El artículo 23 de la Ley de 2001 del Reino Unido relativa a la Corte Penal Internacional dispone lo siguiente:

“1) La existencia de una inmunidad de Estado o una inmunidad diplomática inherente a una persona en razón de una conexión con un Estado parte en el Estatuto de la CPI no será obstáculo para la realización de procedimientos con arreglo a la presente Parte en relación con dicha persona.

2) Cuando –

a) exista una inmunidad de Estado o una inmunidad diplomática inherente a una persona en razón de una conexión con un Estado que no sea parte en el Estatuto de la CPI, y

b) la CPI obtenga la renuncia de dicha inmunidad en relación con una solicitud de entrega de dicha persona,

se considerará que la renuncia comprende los procedimientos con arreglo a la presente Parte en conexión con dicha solicitud.

3) Un certificado del Secretario de Estado—

a) de que un Estado es o no es parte en el Estatuto de la CPI, o

b) de que ha existido la renuncia mencionada en el párrafo 2),

será prueba concluyente de ese hecho a los efectos de la presente Parte.

4) El Secretario de Estado podrá en un caso determinado, después de celebrar consultas con la CPI y el Estado de que se trate, disponer que no se lleve a cabo contra una persona un procedimiento (o la continuación de un procedimiento) con arreglo a la presente Parte que, de no ser por el párrafo 1) o el párrafo 2), estaría vedado por una inmunidad de Estado o una inmunidad diplomática inherente a dicha persona.

...

6) En el presente artículo, por “una inmunidad de Estado o una inmunidad diplomática” se entiende todo privilegio o inmunidad inherente a una persona, en razón de la condición de dicha persona o a otra persona en carácter de Jefe de Estado, o de representante, funcionario o agente de un Estado, con arreglo a—

a) la Ley de 1964 sobre los privilegios diplomáticos (c. 81), la Ley de 1968 sobre las relaciones consulares (c. 18), la Ley de 1968 sobre las organizaciones internacionales (c. 48) o la Ley de 1978 sobre las inmunidades de los Estados (c. 33),

b) cualquier otra disposición legislativa dictada a los efectos de dar cumplimiento a una obligación internacional, o

c) cualquier norma jurídica derivada del derecho internacional consuetudinario.”

²⁰¹ El artículo 4 de la Ley 37 de 2001 de Sudáfrica, relativa a las inmunidades y privilegios diplomáticos, leído conjuntamente con el artículo 15, dispone que los jefes de Estado son inmunes frente a la jurisdicción penal y civil de los tribunales de la República y gozan de los privilegios de que gozan los jefes de Estado de conformidad con las normas del derecho internacional consuetudinario, y tipifica como delito la conducta de cualquier persona que

el enjuiciamiento de personas que gocen de inmunidades mientras estén desempeñando el cargo²⁰² o se excluye dicho enjuiciamiento sin limitación temporal, a menos que haya una renuncia expresa²⁰³.

87. Otros acuerdos de creación de tribunales penales han abordado las cuestiones atinentes a la inmunidad. El carácter híbrido de tales acuerdos puede influir en la forma en que puedan invocarse las inmunidades ante dichos tribunales, aun cuando,

intencionalmente o por no haber actuado con la diligencia razonable expida, obtenga o practique una citación a proceso judicial contra la persona que goce de inmunidad con arreglo a dicha Ley. Sin embargo, el artículo 4 de la Ley No. 27 de 2002 de Sudáfrica, relativa a la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (que prevé, entre otras cosas, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra; el enjuiciamiento en los tribunales de Sudáfrica de las personas acusadas de haber cometido dichos crímenes en Sudáfrica y fuera de las fronteras de Sudáfrica en determinadas circunstancias, y la detención de las personas acusadas de haber cometido tales crímenes y su entrega a dicha Corte en determinadas circunstancias) dispone lo siguiente:

“1) No obstante cualquier disposición en contrario contenida en cualquier otra ley de la República, toda persona que cometa un crimen, será culpable de un delito y en caso de condena será penada con multa o prisión, inclusive prisión a perpetuidad, o prisión sin opción de multa, o a la vez multa y prisión.

2) No obstante cualquier disposición en contrario contenida en otra ley, inclusive una norma de derecho internacional consuetudinario o convencional, el hecho de que una persona-

a) sea o haya sido Jefe de Estado o de gobierno, miembro de un gobierno o un parlamento, representante electivo o funcionario gubernamental; o

b) siendo miembro de un servicio de seguridad o fuerza armada, haya estado legalmente obligado a obedecer una orden manifiestamente ilícita de un gobierno o un superior, no será ni – i. una circunstancia eximente de un crimen; ni – ii. un motivo que permita la reducción de la pena una vez que la persona haya sido declarada culpable de un crimen.”

El párrafo 3 del artículo 6 de la Ley de Croacia de 4 de noviembre de 2003 sobre la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sobre el enjuiciamiento de los actos criminales contra el derecho internacional humanitario y de guerra dispone lo siguiente:

“Las normas sobre inmunidades y privilegios previstas con arreglo a la ley no se aplicarán en los procedimientos relativos a los actos criminales a los que se refiere el artículo 1 de la presente Ley.”

²⁰² El artículo 16 de la Ley No. 270 de los Países Bajos, de 19 de junio de 2003, relativa a los crímenes internacionales, que contiene normas sobre las violaciones graves del derecho internacional humanitario (Ley sobre los crímenes internacionales), dispone lo siguiente: “El enjuiciamiento penal por uno de los crímenes mencionados en la presente Ley está excluido con respecto a:

a) los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores extranjeros, mientras se encuentren en ejercicio del cargo, así como otras personas, en la medida en que su inmunidad esté reconocida con arreglo al derecho internacional consuetudinario;

b) las personas que tengan inmunidad en virtud de una convención aplicable dentro del Reino de los Países Bajos.”

²⁰³ La Ley de Polonia relativa al procedimiento en los casos penales en materia de relaciones internacionales (Parte XIII) dispone, en su artículo 578, lo siguiente:

“La jurisdicción de los tribunales penales de Polonia no comprenderá a:

1) los jefes de las misiones diplomáticas de Estados extranjeros acreditados ante la República de Polonia,

2) las personas que integren el personal diplomático de dichas misiones,

3) las personas que integren el personal administrativo y técnico de dichas misiones,

4) los miembros de las familias de las personas enumeradas en los apartados 1) a 3), si son miembros de sus hogares, y

5) otras personas a quienes se otorgue inmunidad diplomática con arreglo a leyes, acuerdos o costumbres internacionales universalmente reconocidas.”

Véase también la legislación de los Países Bajos, *ibíd.*

en la causa *Taylor*, la Sala de Apelaciones resolvió el punto considerando que el Tribunal era de carácter internacional, con lo cual hizo que fuera inaplicable la defensa de inmunidad. Asimismo el Tribunal Supremo de Sierra Leona ha determinado que, si bien habría derecho a inmunidad de jurisdicción ante los tribunales internos del Estado al que pertenezca un funcionario o ante los tribunales de un tercer Estado (salvo en caso de renuncia), no existiría un derecho *a priori* a pretender inmunidad ante un tribunal internacional, particularmente respecto de un proceso penal referido a crímenes internacionales²⁰⁴.

²⁰⁴ En la causa *Issa Hassan Sesay (aka Issa Sesay) and Allieu Kondewa and Moinina Fofana and the President of the Special Court, the Registrar of the Special Court and the Prosecutor of the Special Court and the Attorney General and Minister of Justice*, S. C No. 1/2003, del Tribunal Supremo de Sierra Leona puso de relieve la importancia de la distinción que debe hacerse entre la inmunidad de jurisdicción con arreglo al derecho interno, por un lado, y con arreglo al derecho internacional, por otro; disponible en http://news.sl/drwebsite/uploads/specialcourtjudgement_sc1_2003.htm.

Para el texto de las disposiciones, véase, por ejemplo, el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, establecido por un Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona en virtud de la resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad, de 14 de agosto de 2000, que dispone lo siguiente:

“...2. El cargo oficial de un acusado, sea Jefe de Estado o de Gobierno o funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá motivo para reducir la pena.

...

5. La responsabilidad penal individual por los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 será determinada de conformidad con las respectivas leyes de Sierra Leona.”

El artículo 29 de la Ley sobre el establecimiento de Salas Especiales en los tribunales de Camboya para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática, aprobada por la Asamblea Nacional el 2 de enero de 2001 en el quinto período de sesiones de la segunda legislatura, aprobada sin reservas por el Senado el 15 de enero de 2001, en el cuarto período de sesiones de la primera legislatura, que procura juzgar a los más altos dirigentes de la Kampuchea Democrática y a aquellos a quienes incumba la mayor responsabilidad por los crímenes y graves transgresiones del derecho penal de Camboya, el derecho internacional humanitario y las normas consuetudinarias en la materia, así como los instrumentos internacionales en que Camboya es parte, cometidos en el período comprendido entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979, dispone lo siguiente:

“El cargo o rango de un sospechoso no eximirá a dicha persona de responsabilidad penal ni mitigará la pena.”

El apartado c) del artículo 15 del Estatuto del Tribunal Especial para el Iraq, promulgado el 10 de diciembre de 2003 dispone lo siguiente:

“El carácter oficial de una persona acusada, ya sea como presidente, primer ministro, miembro del gabinete, presidente o miembro del Consejo del Comando Revolucionario, miembro del Comando Regional del Partido Árabe Socialista Ba’az o del gobierno (o como instrumento de alguno de ellos) o como funcionario responsable del gobierno del Iraq o miembro del Partido Ba’az o en cualquier otro carácter, no eximirá a dicha persona de responsabilidad penal ni mitigará la pena. Ninguna persona tiene derecho a inmunidad alguna con respecto a ninguno de los crímenes estipulados en los artículos 11 a 14 [relativos al genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y las violaciones de las leyes del Iraq que se estipulan].”

III. Segunda parte. Alcance y aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

88. Al considerar los temas relacionados con el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, es preciso abordar tres cuestiones principales, a saber, a) qué funcionarios del Estado gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera; b) qué actos están comprendidos en dicha inmunidad, y c) si el derecho internacional reconoce algunas excepciones o limitaciones a dicha inmunidad (en particular, en el caso de los crímenes internacionales). Esas cuestiones parecen haber recibido diferentes respuestas según el tipo de inmunidad considerado. De acuerdo con una interpretación que parece ser ampliamente aceptada por los Estados²⁰⁵, los órganos judiciales²⁰⁶ y la doctrina jurídica²⁰⁷, es frecuente que las cuestiones atinentes a los beneficiarios, los actos

²⁰⁵ La distinción fue reconocida por ambas partes en las actuaciones orales de la causa relativa a *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)* ante la Corte Internacional de Justicia: CR 2008/3, pág. 15 (Condorelli, en nombre de Djibouti); CR 2008/5, pág. 50 (Pellet, en nombre de Francia).

²⁰⁶ La distinción fue utilizada originalmente en el contexto de la inmunidad diplomática, y está bien establecida en el contexto de dicha inmunidad (véase, por ejemplo, Yoram Dinstein, “Diplomatic Immunity from Jurisdiction *Ratione Materiae*”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15 (1966), págs. 76 a 89). Véase también, por ejemplo, Alemania, Tribunal Constitucional Federal, *Former Syrian Ambassador to the German Democratic Republic*, Causa No. 2 BvR 1516/96, reproducido en *International Law Reports*, vol. 115, pág. 606). Para su utilización en el contexto de la inmunidad de otros funcionarios del Estado, véase, por ejemplo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Al-Adsani v. Reino Unido*, demanda No. 35763/97, sentencia, 21 de noviembre de 2001, párr. 65; Suiza, Tribunal Federal, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police (recours de droit administratif)*, ATF 115 Ib 496, págs. 501 y 502 (reproducido en Lucius Caflisch, “La pratique suisse en matière de droit international public 1980”, *Revue suisse de droit international et droit européen* (1991), págs. 535 y 536); *Pinochet* (No. 3), pág. 581 (en particular: Lord Browne-Wilkinson, *ibid.*, pág. 592; Lord Goff de Chieveley, pág. 598; Lord Hope de Craighead, pág. 622; Lord Hutton, pág. 629; Lord Saville de Newdigate, pág. 641; Lord Milletyt, págs. 644 y 645). Cabe señalar, empero, que, en su sentencia en la causa del *Arrest Warrant*, la Corte Internacional de Justicia examinó la cuestión de la inmunidad de un ministro de relaciones exteriores en ejercicio y la comparó con la de un ex ministro sin referirse a esta clasificación (para una crítica del razonamiento de la Corte en este aspecto, véase Antonio Cassese, “When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium Case*”, *European Journal of International Law*, vol. 13 (2002), págs. 862 a 864).

²⁰⁷ Esta distinción fue utilizada por la CDI en el párrafo 19) del comentario al proyecto de artículo 2 del Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (*Anuario... 1991*, vol. II (Segunda parte), págs. 18 y 19). Véase también, entre otros: Cassese, “When May Senior State Officials...”, *op. cit.*, págs. 862 a 864; Vanessa Klingberg, “(Former) Heads of State before international(ized) criminal courts: the case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone”, *German Yearbook of International Law*, vol. 46 (2003), pág. 544; Andrew D. Mitchell, “Leave Your Hat On? Head of State Immunity and Pinochet”, *Monash University Law Review*, vol. 25 (1999), págs. 230 y 231; Geoffrey Robertson, *Crimes against Humanity: The Struggle for Global Justice* (Londres, Allen Lane, The Penguin Press, 1999), pág. 402. En los trabajos del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y de gobierno en el derecho internacional, la distinción fue utilizada explícitamente por Sucharitkul (Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), pág. 467), Verhoeven, (“Rapport provisoire”, *ibid.*, pág. 488), Salmon (*ibid.*, pág. 563), Fox (*ibid.*, pág. 579) y Dinstein (*ibid.*, pág. 624); sin embargo, la distinción impregna la mayoría de los debates.

comprendidos y las posibles excepciones se examinen con referencia a dos categorías diferentes de inmunidades de los funcionarios del Estado, a saber, la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*²⁰⁸. En la presente parte se ha adoptado una estructura que refleja esa distinción fundamental.²⁰⁹

89. Sin embargo, se debería dejar en claro desde el comienzo que esta distinción es utilizada para fines puramente descriptivos y sin perjuicio de la cuestión de si hay alguna diferencia en cuanto al fundamento o la naturaleza de las inmunidades de que se trata. En lo tocante al fundamento, la mayoría de las decisiones judiciales y estudios doctrinales contemporáneos tienden a coincidir en que las inmunidades no se otorgan a los funcionarios del Estado para su beneficio personal, sino que tienen la finalidad de “asegur[ar] el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus respectivos Estados”²¹⁰. Ello es así no sólo en materia de inmunidades *ratione materiae*, sino también en materia de inmunidades *ratione personae*²¹¹. Sin embargo, está claro que la necesidad de asegurar el eficaz desempeño de las funciones del Estado se plantea de maneras diferentes según la naturaleza e importancia de las atribuciones del funcionario de que se trate, y de si éste se encuentra ejerciendo sus funciones o ha cesado en su cargo: Dichos factores combinados parecen explicar el diferente alcance de los dos tipos de inmunidad. De hecho, mientras el funcionario del Estado está en el ejercicio del cargo, el proceso penal tramitado por una jurisdicción extranjera puede determinar la detención del funcionario, cosa que tendría el efecto de obstaculizar directamente su capacidad para continuar cumpliendo sus funciones. La necesidad de preservar esa capacidad es particularmente acuciante en el caso de los funcionarios del Estado de alto rango e investidos de funciones (particularmente de carácter diplomático o representativo) que, por su naturaleza, se desempeñan en el extranjero. En lo tocante a la naturaleza de la institución, la posición mayoritaria parece ser que las inmunidades *ratione personae* y *ratione materiae* tienen la misma naturaleza procesal²¹². Sin embargo, se

²⁰⁸ En las decisiones judiciales y en la doctrina ocasionalmente se emplea una terminología diferente, calificando a la inmunidad *ratione personae* también como inmunidad “personal” o “absoluta”, y describiendo a veces a la inmunidad *ratione materiae* como “funcional” u “orgánica”. Sin embargo, las expresiones utilizadas en el texto parecen ser las que se adoptan más generalmente y, como se explicará con mayor detenimiento más adelante, las que mejor describen el criterio conforme al cual deberían distinguirse esos dos tipos de inmunidad.

²⁰⁹ La estructura propuesta parece ser la que refleja más exactamente el estado del debate sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado en el derecho internacional, y por consiguiente se adecua al objeto del presente estudio. En particular, evita repeticiones en la descripción de los actos comprendidos, así como excepciones para distintas categorías de funcionarios del Estado. Sin embargo, en la labor de codificación es posible pensar en otros enfoques (por ejemplo, describir el alcance de la inmunidad para las distintas categorías de funcionarios del Estado: jefes de Estado, jefes de gobierno, ministros de relaciones exteriores, otros funcionarios de alto rango, otros funcionarios del Estado).

²¹⁰ *Arrest Warrant*, párr. 53.

²¹¹ En este sentido, puede decirse que la inmunidad *ratione personae* se otorga al beneficiario para fines “funcionales”, de manera muy parecida a la inmunidad *ratione materiae* (esto milita contra el uso de la expresión “inmunidad funcional” para describir a esta última). Sobre el papel que las justificaciones más tradicionales de la inmunidad *ratione personae* del jefe de Estado parecen seguir desempeñando en el derecho internacional, véase la sección A.1 a) *infra*.

²¹² En otros términos, tanto las inmunidades *ratione personae* como las inmunidades *ratione materiae* constituyen un obstáculo al ejercicio de jurisdicción por parte de los tribunales penales extranjeros, y no una defensa de fondo que excluya la responsabilidad penal del funcionario del Estado de que se trate. El carácter procesal de la cuestión de la inmunidad ha sido sostenido, por ejemplo, por la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona, *Fiscal v. Charles*

ha expresado la opinión de que, si bien la inmunidad *ratione personae* efectivamente se relaciona con el derecho procesal, la inmunidad *ratione materiae* sería más bien “una defensa sustantiva”²¹³, debido a que la conducta de un agente del Estado que constituye un acto oficial no le sería atribuible a él, sino al Estado²¹⁴.

Ghankay Taylor, párr. 27, o por los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión separada conjunta en la causa del *Arrest Warrant*, párr. 74.

²¹³ Este argumento ha sido formulado, en particular, por Gaetano Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7ª edición (Padua, CEDAM, 1967), págs. 215 y 216; Cassese, “When May Senior State Officials...”, op. cit., págs. 862 y 863.

²¹⁴ La segunda proposición se encuentra en la doctrina. Véase, por ejemplo, Cassese, “When May Senior State Officials...”, op. cit., pág. 862 (“[La inmunidad *ratione materiae*] se funda en la noción de que los funcionarios del Estado no son responsables ante otros Estados por los actos que cumplan en su carácter oficial y que, por consiguiente, deben ser atribuidos al Estado.”); Hans Kelsen, *Principles of International Law* (Nueva York, Holt, Rinehart y Winston, 1952), págs. 358 y 359 (“Por consiguiente, el principio se aplica no sólo en caso de que un Estado como tal sea demandado ante un tribunal de otro Estado, sino también en caso de que el demandado o el acusado sea un individuo y el delito civil o penal por el cual se enjuicia al individuo tenga el carácter de un acto de Estado. Entonces, el delito debe ser imputado al Estado, y no al individuo.”); Gaeta, op. cit. (2002), pág. 976, y Salvatore Zappalà, “Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation”, *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), pág. 598 (que considera que este tipo de inmunidad comprende los actos realizados en el ejercicio de funciones de carácter oficial, pues dichos actos deben ser referidos al Estado mismo). La misma opinión fue expresada por Lord Lloyd de Berwick, *Pinochet* (No. 1), pág. 1328: “El ex Jefe de Estado goza de una inmunidad continuada con respecto a los actos gubernamentales que haya realizado como Jefe de Estado porque en ambos casos los actos se atribuyen al Estado mismo.” Este enfoque puede basarse, en particular, en los siguientes precedentes. En su *Droit des gens*, Emer de Vattel observó que “si una nación, o su jefe, aprueba o ratifica el acto del individuo, dicho acto pasa a ser de interés público, y la parte lesionada debe considerar a la nación como el verdadero autor de la injuria, de la cual el ciudadano fue sólo el instrumento” (Libro II, cap. 6, § 74). Esa autorizada opinión, entre otras, fue invocada en el contexto de la causa *McLeod*, en la cual un súbdito británico fue detenido en los Estados Unidos acusado de homicidio e incendio intencional en conexión con la destrucción de la nave *Caroline* por súbditos británicos que luchaban contra la rebelión canadiense de 1837. El Gobierno británico pidió la liberación de McLeod fundándose en que el ataque era un acto público de personas al servicio de Su Majestad que obedecieron una orden de sus autoridades superiores y no podía servir de base para procedimientos en los Estados Unidos. El principio fue aceptado por el Gobierno de los Estados Unidos, pero la cuestión de un *nolle prosequi* se presentó ante la Corte Suprema de Nueva York que, si bien consideró el argumento, decidió reenviar al acusado para ser sometido a juicio con las formalidades legales ordinarias (*The People v. McLeod*, 1 Hill (NY) 377 (1841; posteriormente el acusado fue declarado inocente). En respuesta a una nota enviada después de los acontecimientos (28 de julio de 1842) en la cual el Gobierno británico pidió seguridades de que en el futuro se respetaría “el principio jamás negado en la argumentación según el cual las personas que actúan en obediencia a una legítima autoridad no son personalmente responsables de ejecutar las órdenes de su gobierno”, el Gobierno de los Estados Unidos reconoció dicho principio (para una descripción del caso, véase R.Y. Jennings, “The *Caroline* and *McLeod* Cases”, *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), págs. 82 a 99, esp. págs. 92 a 96). Véase también la declaración del Fiscal General de los Estados Unidos en un juicio civil contra Collot, Gobernador francés de Guadalupe, en 1797 (reproducida en J. B. Moore, *A Digest of International Law*, vol. II (1906), págs. 23 y 24). En el contexto de la causa *Blaškić*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (presidida por el magistrado Cassese) desestimó la posibilidad de que el Tribunal emplazara a funcionarios del Estado que habían actuado en su carácter oficial, señalando que “los funcionarios del Estado no pueden sufrir las consecuencias de actos ilícitos que no les son atribuibles a ellos personalmente sino al Estado en cuyo nombre actuaron: gozan de la llamada “inmunidad funcional”” (*Fiscal v. Blaškić*, decisión sobre la citación bajo apercibimiento

Debería observarse, empero, que este último principio ha sido criticado²¹⁵ o interpretado de manera diferente²¹⁶. En todo caso, también vale la pena señalar que en la doctrina, independientemente de la posición que se adopte acerca de la cuestión de la naturaleza de esas inmunidades, por lo general parece concebirse a la inmunidad *ratione personae* como un tipo autónomo²¹⁷, mientras que frecuentemente se vincula a la inmunidad *ratione materiae* con la doctrina de la inmunidad de los Estados²¹⁸.

[*subpoena*], párr. 38 (nota de pie de página omitida). La Sala de Apelaciones se refirió además al argumento del Gobierno de Francia en el caso del *Rainbow Warrior* y a la sentencia del Tribunal Supremo de Israel en la causa *Eichmann* (para un examen más detenido de la sentencia en la causa *Blaškić* y los dos últimos casos, véase la sección B de la presente Parte.

²¹⁵ Véase la opinión de Lord Hoffmann en la causa *Jones*:

“Respetuosamente pienso que es un poco artificial decir que los actos de los funcionarios no son ‘atribuibles a ellos personalmente’ y que este uso puede generar una confusión, especialmente en los casos en que por un tratado se retira algún aspecto de la inmunidad del individuo, como ocurre en lo tocante a los procedimientos penales por la Convención contra la Tortura. Sería extraño decir, por ejemplo, que la tortura ordenada por el General Pinochet le era atribuible a él personalmente a los efectos de la responsabilidad penal, pero sólo al Estado de Chile a los efectos de la responsabilidad civil. Sería más claro decir que la Convención contra la Tortura retiró la inmunidad respecto del enjuiciamiento penal pero no afectó a la inmunidad respecto de la responsabilidad civil. Por consiguiente, yo preferiría decir, como Leggatt LJ en *Propend Finance Pty Ltd v. Sing* (1997) 111 ILR 611, 669, que la inmunidad del Estado otorga a los distintos empleados o funcionarios de un Estado extranjero ‘protección bajo el mismo manto que protege al Estado mismo’. Pero se trata de una diferencia en la forma de expresión y no en la sustancia de la regla.”

Reino Unido, Cámara de los Lores, *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia), Mitchell and others v. Al-Dali and others and Ministry of Interior of Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia), Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)* (en adelante, la causa *Jones*), 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26, párr. 68.

Para una reciente crítica del lenguaje formalista, véase McGregor, op. cit., págs. 903 a 919.

²¹⁶ Véase Alain Pellet, en nombre de la República Francesa, en la causa relativa a *Certain Questions of Mutual Assistance*, (CR 2008/5, pág. 51), citado en la sección B de la presente Parte.

²¹⁷ En las palabras de la CDI, “desde el punto de vista histórico, las inmunidades de los soberanos y los embajadores aparecieron con anterioridad incluso a las inmunidades de los Estados. En la práctica de los Estados, se rigen por diferentes series de principios de derecho internacional”. Sin embargo, la CDI también observó que “se ha expresado la opinión de que, en estricta teoría, todas las inmunidades jurisdiccionales tienen su origen en la norma básica de la soberanía del Estado” (párr. 19) del comentario al artículo 2, en *Anuario... 1991*, vol. II (Segunda parte), pág. 19, nota de pie de página 47.

²¹⁸ La identificación de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios con la inmunidad de los Estados parece ser corrientemente aceptada en el contexto de los procesos civiles. Véase la Primera parte para el tratamiento de este punto en la labor de la CDI relativa a la Convención de las Naciones Unidas de 2004 sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Como se explicó en el comentario al artículo 2: “Las acciones promovidas contra esos representantes o agentes de un gobierno extranjero por razón de sus actos oficiales son esencialmente acciones contra el Estado al que representan. El Estado extranjero, al actuar por conducto de sus representantes, goza de inmunidad *ratione materiae*... la inmunidad de que se trata no sólo pertenece al Estado, sino que se basa además en el carácter soberano u oficial de las actividades, precisamente por ser inmunidades *ratione materiae*” (párr. 18) del comentario al artículo 2, *ibid.*, págs. 18 y 19). En la jurisprudencia, véase, por ejemplo, Reino Unido, *Jones*,

90. En lo tocante a los beneficiarios, las dos inmunidades difieren en que de la inmunidad *ratione personae* sólo gozan una cantidad limitada de funcionarios de alto rango en ejercicio, mientras que la inmunidad *ratione materiae* parecería comprender a los funcionarios del Estado en general²¹⁹ y prolongarse más allá del periodo en que dichos funcionarios ejercen sus funciones. De ello se deriva, en particular, que a los funcionarios de alto rango, como los jefes de Estado, se les otorgará una amplia inmunidad *ratione personae* mientras desempeñen el cargo²²⁰, pero seguirán gozando de una más limitada inmunidad *ratione materiae* una vez que hayan dejado el poder²²¹. Sin embargo, se plantean varias cuestiones. Por ejemplo, se discute si la inmunidad *ratione personae* sólo comprendería a los jefes de Estado o si abarcaría a otros funcionarios de alto rango (en opinión de la Corte Internacional de Justicia, también gozaban de dicha inmunidad los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, y otros tribunales han ampliado el alcance de dicha inmunidad aún más, de modo de abarcar a otros funcionarios de alto rango).

91. Con respecto al contenido, cabe recordar que la inmunidad *ratione personae* tiene un alcance material más amplio, pues abarca cualquier conducta del

párr. 10 (Lord Bingham de Cornhill, con referencia a otro casos de diversas jurisdicciones), párr. 30 (Lord Bingham de Cornhill) y párr. 66 (Lord Hoffmann). En los Estados Unidos, algunos tribunales han considerado a las personas como “dependencias” [en inglés, “instrumentalities”] de los Estados extranjeros con arreglo a la Ley de 1976 sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros: *Kline v. Kaneko*, 685 F.Supp. 386 (Distrito Sur de Nueva York, 1988) (que concluyó que el Secretario de Gobernación de México puede ser demandado en su carácter oficial y tiene derecho a protección con arreglo a la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros); *Mueller v. Diggelman*, No. 82 Civ. 5513, 1983 WL 25419 (Distrito Sur de Nueva York, 13 de mayo de 1983) (que consideró que un tribunal suizo es un “órgano” del Estado); *Rios v. Marshall*, 530 F.Supp. 351 (Distrito Sur de Nueva York, 1981) (que concluyó que una junta laboral extranjera es una “dependencia” con arreglo a la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros, y en consecuencia los funcionarios de la junta tienen derecho a protección).

Las relaciones entre la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado y la inmunidad de los Estados se han invocado también con respecto a procedimientos penales (véase, por ejemplo: Hazel Fox, “The Pinochet Case No. 3”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), págs. 695 y 696; Pasquale De Sena, “Immunity of State Organs and Defence of Superior Orders as an Obstacle to the Domestic Enforcement of International Human Rights”, en Benedetto Conforti y Francesco Francioni (editores), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (La Haya, Martinus Nijhoff Publications, 1997), pág. 371).

²¹⁹ Sobre esta cuestión, véase la sección B. de la presente Parte.

²²⁰ Como ha señalado Cassese, a un funcionario de alto rango también se le ha otorgado, incluso mientras está en ejercicio, la inmunidad *ratione materiae* por actos realizados en el ejercicio de funciones oficiales. En este sentido, puede decirse que las dos clases de inmunidad coexisten y en cierta forma se superponen (véase Cassese, “When May Senior State Officials...”, op. cit., pág. 864; véase también Dinstein, op. cit., pág. 82). Sin embargo, esa coexistencia no tendría consecuencia alguna, salvo que llegara a considerarse que las dos inmunidades son de naturaleza diferente, en cuyo caso la inmunidad *ratione personae* configuraría un obstáculo procesal para el ejercicio de competencia por los tribunales penales extranjeros, mientras que la inmunidad *ratione materiae* fundamentaría una defensa sustantiva (sobre esta teoría, véanse las notas de pie de página 213 y 214 *supra*, así como el texto correspondiente).

²²¹ Por esta razón, a veces se emplea la expresión “inmunidad residual” para designar la inmunidad *ratione materiae* de que se goza después de la expiración del mandato (véase, por ejemplo, Andrea Bianchi, “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case”, *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), pág. 254, nota de pie de página 73).

funcionario del Estado de que se trate²²², mientras que la inmunidad *ratione materiae* se limita a los actos realizados en el cumplimiento de funciones oficiales. En otras palabras, la primera inmunidad se otorga por referencia a la condición de la persona de que se trata (*ratione personae*), mientras que la segunda se otorga por referencia a las características de la conducta a que se refiere (*ratione materiae*). Las cuestiones principales que se plantean en este contexto se refieren a la definición de los “actos oficiales” comprendidos en la inmunidad *ratione materiae* y a cómo deberían distinguirse dichos actos de la conducta cumplida por el funcionario del Estado con carácter privado.

92. La cuestión de las posibles excepciones también ha recibido un tratamiento diferente según el tipo de inmunidad que se esté examinando. La principal controversia a este respecto tiene que ver con los crímenes de derecho internacional. La argumentación con arreglo a la cual tales crímenes estarían excluidos de la inmunidad *ratione materiae* parece ser la que se acepta predominantemente (si bien la motivación y el alcance precisos de esa excepción siguen dando lugar a distintas interpretaciones). Por el contrario, la opinión mayoritaria (prominentemente sostenida por la Corte Internacional de Justicia en la causa de la *Orden de detención* y por la jurisprudencia nacional, pero criticada por una parte de la doctrina) es que dicha excepción no se aplicaría en el caso de la inmunidad *ratione personae*.

93. Esas cuestiones se examinarán más detalladamente *infra*.

A. Inmunidad *ratione personae*

94. La inmunidad *ratione personae* se caracteriza por su amplio alcance material y se otorga con arreglo al derecho internacional a una cantidad limitada de funcionarios, en primerísimo lugar a los jefes de Estado mientras estén en ejercicio de sus funciones. La práctica de los Estados sobre esta cuestión es bastante nutrida en lo tocante a procesos civiles (e incluso existen numerosas decisiones judiciales nacionales), pero son poco frecuentes los procesos penales en que se haya considerado la cuestión de la inmunidad ante las jurisdicciones internas. Si bien las sentencias dictadas en procesos civiles están técnicamente fuera del alcance del presente tópico, pueden ser de particular interés y se refieren a algunas cuestiones pertinentes a los efectos del presente estudio. Por lo tanto, ocasionalmente se utiliza a esas causas como material de referencia. En todo caso, la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal ha sido colocada en el primer plano del debate jurídico en los últimos tiempos, particularmente con el incremento de la cantidad de causas penales incoadas por crímenes de derecho internacional contra Jefes de Estado y otros funcionarios de alto rango en ejercicio.

95. Se puede observar un súbito incremento de la cantidad de pronunciamientos judiciales directamente pertinentes respecto de este tema, así como de artículos doctrinales conexos²²³. Es digno de señalarse que la cuestión de la inmunidad

²²² Por ello se suele calificar a la inmunidad *ratione personae* como “absoluta” o “total”.

²²³ Es evidente que la publicidad que rodea a los casos en que están involucrados ex funcionarios de alto rango (muy en particular, la causa *Pinochet* en España y el Reino Unido), que en términos técnicos corresponden al ámbito de la inmunidad *ratione materiae*, también ha desencadenado un incremento del interés por la cuestión de la inmunidad *ratione personae*, inspirando procedimientos judiciales contra funcionarios en ejercicio y un tratamiento más cuidadoso de la inmunidad *ratione personae* en la doctrina.

ratione personae está en el centro de la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en la causa de la *Orden de detención*, que se refiere a la controversia relativa al dictado y la circulación internacional por Bélgica de una orden de detención contra el Ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio de la República Democrática del Congo por cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad con arreglo al derecho belga. Si bien en dicha causa la Corte formuló un claro pronunciamiento sobre el alcance de la inmunidad de que goza un ministro de relaciones exteriores, el debate en torno a la inmunidad *ratione personae* parece persistir.

1. Personas comprendidas

96. La determinación del alcance personal de la inmunidad *ratione personae* entraña esencialmente la individualización de las categorías de funcionarios del Estado que están comprendidas en dicha inmunidad y la justificación de ésta. También es preciso considerar varias cuestiones conexas, sobre todo atinentes a las circunstancias en que se otorga esta inmunidad.

97. A la luz de la práctica de los Estados y la doctrina, los funcionarios del Estado que son candidatos al goce de inmunidad *ratione personae* podían clasificarse en tres categorías diferentes: a) el jefe de Estado; b) el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores; y c) otros funcionarios de alto rango. Parece no haber ningún caso en que se haya alegado que los funcionarios del Estado de menor rango gozaban de este tipo de inmunidad, salvo en circunstancias muy específicas. Ya han sido objeto de codificación tres casos en que funcionarios de nivel inferior gozan de dicha inmunidad, a saber, el de los agentes diplomáticos, que están comprendidos en la inmunidad de jurisdicción penal del Estado receptor, con arreglo al párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas, 1961; el de los representantes del Estado que envía en una misión especial y los miembros de su personal diplomático, que también gozan de inmunidad de jurisdicción penal en el Estado receptor con arreglo al párrafo 1 del artículo 31 de la Convención sobre las Misiones Especiales, 1969, y el del jefe de misión y los miembros del personal diplomático de una misión ante una organización internacional de carácter universal, con arreglo al artículo 30 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, 1975²²⁴.

98. Debería ponerse de relieve, desde el comienzo, que esta inmunidad está limitada al período en que el funcionario del Estado de que se trata está desempeñando sus funciones: su amplio alcance material se justifica por la finalidad de proteger al titular y permitirle que cumpla sus funciones oficiales²²⁵. Una vez que la persona haya dejado de ejercer sus funciones, sólo quedará comprendida en la

²²⁴ También hay acuerdos consulares bilaterales que disponen que los miembros del personal diplomático a quienes se asignen funciones consulares seguirán gozando de los derechos, privilegios e inmunidades que se les otorgan en virtud de su estatuto diplomático, y que también disponen que los funcionarios consulares gozarán de inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa en el Estado receptor, salvo en caso de acciones civiles; véanse, por ejemplo, los artículos 23 y 32 del Acuerdo Consular entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y la República Popular China, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1477, pág. 210.

²²⁵ La inmunidad de este tipo es análoga a la que se otorga al jefe de una misión diplomática cuando está en ejercicio, que se otorga en virtud del principio *ne impediatur legatio* (véase Fox, "The Pinochet Case No. 3", op. cit., págs. 494 a 496).

más limitada inmunidad *ratione materiae*. El estricto alcance temporal de la inmunidad *ratione personae* es unánimemente aceptado en doctrina²²⁶ y está confirmado por las decisiones judiciales nacionales²²⁷. Un buen ejemplo de este principio es la posición de la Audiencia Nacional de España que, en los respectivos procesos penales por análogos cargos, denegó la inmunidad de Augusto Pinochet, en su carácter de ex Jefe de Estado de Chile, pero reconoció dicha inmunidad en una acción contra Fidel Castro, en su carácter de Jefe de Estado en ejercicio de Cuba²²⁸.

a) *Jefes de Estado*

99. El reconocimiento de la inmunidad *ratione personae* a los jefes de Estado en ejercicio ante una jurisdicción penal extranjera parece no haber sido cuestionado. La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes estipula, en el párrafo 2 del artículo 3, que los artículos se entenderán “sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los jefes de Estado”²²⁹. En la causa de la

²²⁶ Véase, entre otros: Cassese, “When May Senior State Officials...”, op. cit., pág. 864; Michel Cosnard, “Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l’affaire Pinochet”, *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (1999), pág. 314; Michael A. Tunks, “Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity”, *Duke Law Journal*, vol. 52 (2002), pág. 663; Zappalà, op. cit., pág. 600.

²²⁷ Véanse los distintos casos judiciales, particularmente en procesos civiles, en que se denegó la inmunidad a un ex jefe de Estado por actos privados (y por consiguiente no se le otorgó la inmunidad *ratione personae*), por ejemplo: Tribunal de Apelaciones de París, *Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d’Espagne*, 3 de junio de 1872 (relativo a la compra de joyas para uso personal); Tribunal Civil del Sena, *Seyyid Ali Ben Hammond, Prince Rashid c. Wiercinski*, 25 de julio de 1916 (relativo al pago de mensajes por el ex Sultán de Zanzíbar); Tribunal de Apelaciones de París, *Ex-roi d’Egypte Farouk c. s.a.r.l. Christian Dior*, 11 de abril de 1957, reproducido en *Journal du droit international* (1957), págs. 716 a 718; Tribunal de Gran Instancia del Sena, *Société Jean Dessès c. Prince Farouk et dame Sadek*, 12 de junio de 1963, reproducido en *Clunet*, 1964, pág. 285; versión inglesa en *International Law Reports*, vol. 33, págs. 37 y 38 (relativo a la compra de ropa por el ex Rey de Egipto para su esposa); *United States of America v. Noriega*, (1990) 746 F.Supp. 1506 (relativo al tráfico de drogas); e *in Re Estate of Ferdinand Marcos*, 25 F.3d 1467, 1471 (novenno circuito, 1994).

²²⁸ Para la causa Pinochet, véase la solicitud de extradición expedida el 3 de noviembre de 1998 (*Auto de solicitud de extradición de Pinochet*, Madrid, 3 de noviembre de 1998, cuarto párrafo, 5 d), que contiene una distinción clara entre las inmunidades que se otorgan a los jefes de Estado en ejercicio y a los ex jefes de Estado (reproducida en <http://www.ua.es/up/pinochet/documentos/auto-03-11-98/auto24.htm>). Para la causa Castro, véase Audiencia Nacional, *Auto del Pleno de la Sala de lo Penal*, 4 de marzo de 1999 (el Tribunal consideró que esa inmunidad del Jefe de Estado extranjero se basaba, no en las convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y relaciones consulares, sino en tratados bilaterales y en el derecho internacional consuetudinario).

²²⁹ En el párrafo 6) de su comentario al correspondiente proyecto de artículo, la CDI dijo lo siguiente: “El párrafo 2 se ha ideado para incluir una referencia expresa a las inmunidades que el derecho internacional vigente reconoce *ratione personae* a los soberanos extranjeros u otros jefes de Estado en su carácter privado. Las inmunidades jurisdiccionales de los Estados en lo que concierne a los soberanos u otros jefes de Estado cuando actúan como órganos o representantes del Estado se rigen por el artículo 2. Los incisos i) y v) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 2 se aplican a los diversos órganos de gobierno del Estado y a los representantes del Estado, incluidos los jefes de Estado, independientemente del sistema de gobierno. Por consiguiente, la reserva del párrafo 2 del artículo 3 se refiere exclusivamente a los actos privados o a las inmunidades y privilegios personales concedidos y reconocidos en la práctica de los Estados,

Orden de detención, la Corte Internacional de Justicia dijo que “en derecho internacional está bien establecido que... ciertos titulares de altos cargos en un Estado, como el Jefe de Estado... gozan en otros Estados de inmunidades de jurisdicción, tanto civil como penal”²³⁰. La inmunidad *ratione personae* de un jefe de Estado fue reconocida por ambas partes en la causa *Djibouti c. Francia*²³¹. En su reciente sentencia en dicha causa, la Corte reafirmó que un jefe de Estado gozaba de “una inmunidad de jurisdicción penal y de una inviolabilidad totales”²³². Además, a veces la legislación nacional reconoce expresamente esta inmunidad, como, por ejemplo, en el artículo 20 de la Ley del Reino Unido de 1978 sobre las inmunidades de los Estados, aplicable a “un soberano u otro Jefe de Estado”²³³.

100. En la jurisprudencia nacional pueden encontrarse varios ejemplos judiciales en que se hizo efectiva dicha inmunidad²³⁴. Por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal de la República Federal de Alemania no hizo lugar en 1984 a una solicitud de determinación del tribunal competente en una causa penal contra el Sr. Honecker, Jefe de Estado de la República Democrática Alemana, sobre la base de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de ésta con arreglo a las normas generales del

indicándose que su situación no se verá en absoluto afectada por los presentes artículos. El derecho consuetudinario vigente permanece inalterado.” (*Anuario...*, 1991, vol. II (Segunda parte), pág. 23 (nota de pie de página omitida)).

²³⁰ *Arrest Warrant*, págs. 20 y 21, párr. 51.

²³¹ Véase, por ejemplo: *Memoria de la República de Djibouti*, 15 de marzo de 2007, párr. 133; *Contramemoria de la República Francesa*, 13 de julio de 2007, párr. 4.6; CR 2008/1, págs. 35 a 37 (van den Biesen, en nombre de Djibouti); CR 2008/5, pág. 25 (Pellet, en nombre de Francia). *Djibouti v. France*, pág. 53, párr. 170.

²³² Ley de 20 de julio de 1978, reproducida en *International Legal Materials*, vol. 17, 1978, pág. 1123. El artículo 36 de la Ley de Australia sobre inmunidades de los Estados extranjeros (Ley No. 196 de 1985) también hace aplicable al jefe de un Estado extranjero la legislación nacional de aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Ley sobre inmunidades y privilegios diplomáticos, 1967), “con las modificaciones que sean necesarias”. En otros países, la legislación nacional sobre las inmunidades de los Estados define al “Estado extranjero” de modo que comprende al jefe de Estado que actúa en su carácter público; véase: apartado a) del artículo 2 de la Ley del Canadá sobre las inmunidades de los Estados (promulgada originalmente en 1980 y enmendada posteriormente); apartado a) del párrafo 1 del artículo 15 de la Ordenanza del Pakistán No. VI de 1981 sobre las inmunidades de los Estados; párrafo 1 del artículo 16 de la Ley de Singapur sobre las inmunidades de los Estados, de 1979 (enmendada en 1985); apartado a) del artículo 2 de la Ley de Sudáfrica No. 87 de 1981, sobre inmunidades de los Estados extranjeros (todas reproducidas en Andrew Dickinson, Rae Lindsay y James P. Loonam – Clifford Chance (editores), *State Immunity. Selected Materials and Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2004), págs. 469 a 522). En la jurisprudencia de los Estados Unidos existe una polémica acerca de si la Ley de 1976 sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros sustituye a la regla de *common law* relativa a la inmunidad de los jefes de Estado: sobre esta cuestión, véase la nota de pie de página 249 *infra*.

²³⁴ Para una referencia a la jurisprudencia tradicional que otorga la inmunidad soberana, véase el Segundo informe de Sompong Sucharitkul, Relator Especial, que concluyó: “Que un soberano extranjero goza de inmunidad jurisdiccional, incluida la inmunidad de detención y prisión dentro del territorio de otro Estado, es algo que ha quedado firmemente establecido en la práctica de los Estados” (*Anuario...*, 1980, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/331, pág. 217, párr. 36). Además de los casos que se describen *infra*, se podría hacer referencia a un proceso civil en Suiza, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, págs. 535 y 536, en el cual el Tribunal Federal, al considerar la cuestión de la inmunidad *ratione materiae* de un ex jefe de Estado, confirmó el carácter consuetudinario de la inmunidad *ratione personae* de jurisdicción penal extranjera del Jefe de Estado en ejercicio.

derecho internacional²³⁵. El Tribunal de Casación de Francia revocó, en 2000, una decisión del Tribunal de Apelaciones de París que había denegado la inmunidad al Coronel Gaddafi, Jefe de Estado de la Jamahiriya Árabe Libia, con respecto a cargos relacionados con un ataque contra una aeronave en 1989, afirmando que:

“la costumbre internacional impide que los jefes de Estado en ejercicio sean objeto de un proceso ante los tribunales penales de un Estado extranjero, en ausencia de disposiciones [internacionales] específicas en contrario que sean vinculantes para las partes de que se trate”²³⁶.

101. En 2004, un Juez Superior de Distrito británico se negó a dictar una orden de detención contra el Sr. Mugabe por alegaciones de tortura, fundándose en que, en su carácter de Jefe de Estado en ejercicio de Zimbabwe, tenía derecho a inmunidad con arreglo al artículo 20 de la Ley sobre las inmunidades de Estado²³⁷. En una causa reciente, en 2008, la Audiencia Nacional de España, haciendo referencia a precedentes de Alemania y Bélgica y a la causa de la *Orden de detención*, concluyó que los tribunales españoles carecían de competencia para enjuiciar al Sr. Kagame, el actual Jefe de Estado de Rwanda, por cargos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y actos terroristas²³⁸. La inmunidad *ratione personae* de los jefes de Estado en ejercicio también ha sido reafirmada por los tribunales que han examinado (y a veces denegado) la inmunidad de los ex Jefes de Estado: así, por ejemplo, algunos Loes de Derecho en la causa *Pinochet* (NO. 3), al paso que encontraron límites a la inmunidad del General Pinochet con respecto a los cargos penales de tortura, reconocieron que la situación habría sido diferente si

²³⁵ Supremo Tribunal Federal (Segunda Sala Penal), *Re Honecker*, Causa No. 2 ARs 252/84, sentencia de 14 de diciembre de 1984, reproducida en *International Law Reports*, vol. 80, págs. 365 y 366.

²³⁶ Tribunal de Casación, *Affaire Kadhafi*, sentencia No. 1414 de 13 de marzo de 2001, reproducida en *International Law Reports*, vol. 125, págs. 508 a 510 (la versión original en francés es la siguiente: “la coutume internationale s’oppose à ce que les chefs d’Etat en exercice puissent, en l’absence de dispositions internationales contraires s’imposant aux parties concernées, faire l’objet de poursuites pénales d’un Etat étranger” (reproducido en *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), pág. 474)).

²³⁷ Juez Superior de Distrito de Bow Street, *Tatchell v. Mugabe*, sentencia de 14 de enero de 2004, reproducida en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), págs. 769 y 770: “el derecho internacional consuetudinario que está incorporado a nuestro *common law* dispone actualmente la inmunidad absoluta de todo Jefe de Estado”.

²³⁸ Audiencia Nacional, *Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4*, 6 de febrero de 2008, cuarto párrafo, No. 1, págs. 151 a 157. El Tribunal fundó su conclusión en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone que la jurisdicción española está limitada por la inmunidad de jurisdicción reconocida con arreglo al derecho internacional (“Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público”). Como se indicó en dicha decisión, la Audiencia Nacional hizo pronunciamientos análogos en causas penales incoadas contra el Rey de Marruecos (*Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional*, 23 de diciembre de 1998) y el Presidente de la República de Guinea Ecuatorial.

todavía hubiese sido el Presidente de Chile²³⁹. La doctrina también confirma el reconocimiento de la inmunidad *ratione personae* de los jefes de Estado²⁴⁰.

102. El tratamiento especial otorgado a los jefes de Estado, y en particular su inmunidad *ratione personae*, ha recibido diversas justificaciones en el derecho internacional. Tradicionalmente, se fundaba en la condición personal del Jefe de Estado como soberano, un fundamento que se explicaba por el principio *par in parem non habet imperium*²⁴¹. También se justificaba por el imperativo de respetar la dignidad del Jefe de Estado, como personificación de la soberanía del Estado²⁴². Esas teorías suponían que no se hacía una clara distinción entre la inmunidad del Jefe de Estado y la inmunidad soberana del Estado²⁴³ (a la segunda de las cuales, en

²³⁹ Véase *Pinochet* (No. 3), en particular: Lord Hope de Craighead, pág. 624; Lord Hutton, págs. 637 y 638; Lord Saville de Newdigate, pág. 642; Lord Millett, pág. 651; e implícitamente Lord Phillips de Worth Matravers, págs. 660 y 661. Este principio fue reconocido por la fiscalía (ibíd., pág. 637).

²⁴⁰ Véase, por ejemplo, Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 516 (y los autores citados allí); Christian Dominicé, “Quelques observations sur l’immunité de juridiction pénale de l’ancien chef d’Etat”, *Revue générale de droit international public*, vol. 103 (1999), págs. 301 y 302; Virpi Koivu, “Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XII (2001), pág. 312; Charles Pierson, “Pinochet and the End of Immunity: England’s House of Lords Holds that a Former Head of State is Not Immune for Torture”, *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 14 (2000), págs. 273 y 274; Charles Rousseau, *Droit international public, Tome IV: Les relations internationales* (París, Sirey, 1980), págs. 125 y 126; Ernest Mason Satow, *Satow’s Guide to Diplomatic Practice*, Lord Gore-Booth (ed.), 5ª edición (Londres, Longmans Green, 1979), págs. 9 y 10; Xiaodong Yang “State immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and misconceptions”, *British Year Book of International Law*, vol. 74 (2003), págs. 352 y 353; y Zappalà, op. cit., págs. 599 y 600. Véase, empero, Jerrold L. Mallory, “Resolving the Confusion Over Head of State Immunity: The Defined Rights of Kings”, *Columbia Law Review*, vol. 86 (1986), págs. 176 a 179, que observó, en 1986, que “si bien un examen del enfoque de la comunidad internacional acerca de la inmunidad de los jefes de Estado revela un amplio acuerdo en el sentido de que los jefes de Estado tienen derecho a alguna inmunidad, no hay consenso acerca del alcance de dicha inmunidad” (ibíd., pág. 177).

²⁴¹ Véase, por ejemplo, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, *Tachiona v. Mugabe*, 169 F. Supp. 2d (Distrito Sur de Nueva York, 2001), pág. 264.

²⁴² Véase ibíd., págs. 268 y 269. Véase también Reino Unido, *De Haber v. Queen of Portugal*: “[...] hacer comparecer a un potentado extranjero ante un tribunal nacional por cualquier demanda presentada contra él en su calidad pública, es contrario al derecho de gentes, y un insulto por el que puede legítimamente sentirse ofendido” (citado por el Relator Especial Sucharitkul, en *Anuario...*, 1980, vol. II, Primera parte, pág. 218, nota de pie de página 28). Véase también la Primera parte del presente estudio, sección C.1 *supra*.

²⁴³ Como señaló el Relator Especial Sucharitkul, en su segundo informe, “la mayor parte de los tratadistas se han ocupado de las inmunidades de los soberanos junto con las de los Estados extranjeros (*Anuario...*, 1980, vol. II, Primera parte, pág. 207, párr. 36). Véase también Estados Unidos, *Tachiona v. Mugabe*, en el cual el Tribunal de Distrito observó que, antes de 1976 (año de adopción de la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros en los Estados Unidos), “no había una práctica internacional ampliamente aceptada que estableciera un principio separado de inmunidad de los jefes de Estado” (ibíd., pág. 276; véase también J.W. Dellapenna, “Head-of-state immunity - Foreign Sovereign Immunities Act- suggestion by the Department of State”, *American Journal of International Law*, vol. 88 (1994), págs. 529 y 530; S.V. George, “Head-of-state immunity – Foreign Sovereign Immunities Act – suggestion by the Department of State”, *Fordham Law Review*, vol. 64 (1995), pág. 1055).

esa época, se consideraba absoluta)²⁴⁴. En algunas ocasiones, también se ha invocado en este contexto a la doctrina de la cortesía, fundada en la idea de que cada Estado respeta la inmunidad para que su propio Jefe de Estado reciba un tratamiento análogo cuando esté en el extranjero²⁴⁵.

103. El derecho internacional contemporáneo se ha alejado de la justificación de la inmunidad del Jefe de Estado por esos fundamentos, insistiendo, en cambio, en la necesidad de asegurar el eficaz desempeño de sus funciones en nombre del Estado.²⁴⁶ Ésta es, en particular, la posición adoptada por el Instituto de Derecho Internacional²⁴⁷, pero también por la CDI en el comentario a su proyecto sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes²⁴⁸. De ello se deduce que la inmunidad del Jefe de Estado se interpreta actualmente como una institución autónoma dentro del derecho internacional, inspirada en su propio fundamento y sujeta a un régimen distinto²⁴⁹. Sin embargo, parece que las justificaciones clásicas

²⁴⁴ Sobre la inmunidad absoluta del soberano extranjero con arreglo a esta teoría clásica, véase la frecuentemente citada decisión de 1812 de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa *The Schooner Exchange v. McFaddon*, en particular págs. 136 y 137.

²⁴⁵ Véase, por ejemplo, Corte Suprema, *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163 y 64, 16 S.Ct.139, 143 L.Ed. 95 (1895): “ni una cuestión de obligación absoluta... ni de mera cortesía y buena voluntad... sino que es el reconocimiento que una nación otorga dentro de su territorio a los actos legislativos, ejecutivos o judiciales de otra nación, teniendo debidamente en cuenta la conveniencia y el deber internacionales, como los derechos de sus propios ciudadanos o de otras personas que están bajo la protección de sus leyes” (citado en Tribunal de Distrito del Distrito Este de Nueva York, *Lafontant v. Aristide*, 844 F.Supp.128, sentencia de 27 de enero de 1994, pág. 132). Véase también Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia, *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, 76 F. Supp. 2d 28 (D.D.C. 1999), pág. 24: “igual que la inmunidad de los soberanos extranjeros, la inmunidad de los jefes de Estado es una cuestión de gracia y cortesía, más que una cuestión de derecho”.

²⁴⁶ Véase Verhoeven, “Rapport provisoire”, párr. 16, reproducido en Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, op. cit., págs. 507 y 508.

²⁴⁷ En el preámbulo de la resolución adoptada sobre este tema por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Vancouver se afirma “que se debe dar un tratamiento especial a un Jefe de Estado o a un jefe de gobierno, como representante de dicho Estado y no en su interés personal, porque es necesario para el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de sus obligaciones de manera independiente y efectiva, en el bien concebido interés del Estado o del gobierno de que es jefe y de la comunidad internacional en su conjunto” (resolución de 26 de agosto de 2001, tercer párrafo del preámbulo).

²⁴⁸ En el párrafo 19) del comentario de la CDI al proyecto de artículo 2 de lo que más adelante sería la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes se indica que las inmunidades *ratione personae* de soberanos y embajadores “surten efecto... en beneficio de los Estados a los que representan, para que puedan desempeñar sus funciones de representación y cumplir eficazmente sus obligaciones oficiales” (*Anuario...*, 1991, vol. II (Segunda parte), pág. 19).

²⁴⁹ La cuestión de la autonomía de la institución de la inmunidad de los jefes de Estado ha sido considerada frecuentemente por los tribunales nacionales. En los Estados Unidos, se plantea la cuestión de si la inmunidad de los jefes de Estado (y otros funcionarios) está comprendida en las disposiciones de la Ley de 1976 sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros: la jurisprudencia parece estar dividida acerca de este punto entre los tribunales que consideran que dicha Ley se aplica a los funcionarios extranjeros individualmente (véase, en particular, Tribunal de Apelaciones, Noveno Circuito, *Chuidian v. Philippine National Bank*, 912 F.2d 1095 (novenos circuito, 1990) (reproducido en *International Law Reports*, vol. 92, págs. 480 a 493), seguido, por ejemplo, en Tribunal de Distrito, Distrito Norte de California, *Doe v. Qi*, 349 F.Supp.2d 1258), y los que conciben a la inmunidad de los jefes de Estado como una doctrina autónoma de *common law* que obliga a los tribunales a aceptar como concluyentes las sugerencias de inmunidad del Departamento de Estado (véase, por ejemplo, *Lafontant v. Aristide*

mencionadas *supra* no han desaparecido completamente y aún son utilizadas por algunos autores para explicar determinados aspectos de la inmunidad *ratione personae* del Jefe de Estado²⁵⁰. En todo caso, el objetivo general de la inmunidad es preservar la estabilidad de las relaciones internacionales²⁵¹, un imperativo que se hace sentir particularmente en el caso del Jefe de Estado, habida cuenta de sus funciones representativas de alto rango²⁵² y de la importancia de su papel en la organización interna del Estado.

104. El otorgamiento de inmunidad *ratione personae* presupone la determinación de que el acusado es un Jefe de Estado en ejercicio, lo cual, a su vez, requiere que se llegue a conclusiones sobre dos cuestiones diferentes, a saber, si la entidad de que se trata es un Estado soberano y si la persona de que se trata ocupa el cargo de Jefe de Estado en la organización de dicha entidad²⁵³. Si bien es frecuente que esas

o *Tachiona v. Mugabe*). Sobre esta cuestión, véase por ejemplo, Tunks, op. cit., págs. 666 a 675. En el Reino Unido, la Ley de 1978 sobre las inmunidades de los Estados distingue la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros (regulada en la Parte I, que no se aplica a los procedimientos penales) y la inmunidad de los jefes de Estado (incluida en el artículo 20, en la Parte III); consiguientemente, los Lores de Derecho (*Law Lords*) en la causa *Pinochet* (No. 3) examinaron la inmunidad de un ex jefe de Estado sobre la base de estas últimas disposiciones, a las que consideraron conformes con el derecho internacional (véase *Pinochet* (No. 3), en particular Lord Browne-Wilkinson, pág. 593; Lord Goff de Chieveley, ibíd., pág. 598; y Lord Hope de Craighead, págs. 621 y 622).

²⁵⁰ Watts, por ejemplo, señala que el jefe de Estado goza de inmunidad “en reconocimiento de su condición muy especial como titular del cargo más elevado de su Estado” (Watts, op. cit. (1994), pág. 53). Más adelante justifica el tratamiento especial otorgado por el derecho internacional a los jefes de Estado (por oposición a los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores) en virtud de la calidad de soberano o majestad anexa a éstos personalmente (ibíd., págs. 102 y 103; se hace referencia a esta posición en la opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en la causa del *Arrest Warrant*, párr. 80, y en la opinión disidente del magistrado Al-Khasawneh, ibíd., párr. 2). Análogamente, Lord Millett en la causa *Pinochet* (No. 3) (el Jefe de Estado en funciones goza de inmunidad *ratione personae* “en razón de su condición especial como titular del cargo más alto de su Estado. Es visto como la personificación individual del Estado mismo” (*International Legal Materials*, vol. 38, pág. 644)). Véase también: Robertson, op. cit., pág. 402; Rémy Prouvèze, “L’affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*): quelle contribution de la Cour Internationale de Justice au droit international pénal?”, *Observateur des Nations Unies*, No. 12 (2002), págs. 296 y 297; y Tunks, op. cit., págs. 654 a 657.

²⁵¹ Zappalà, op. cit., pág. 611. En *Re Honecker*, el Supremo Tribunal Federal de la República Federal de Alemania señaló que la inmunidad de un Jefe de Estado con arreglo al derecho internacional se “otorga principalmente en interés mutuo de los Estados en que no se perturben sus relaciones bilaterales”, que “podrían verse perjudicadas” si correspondiera al Tribunal la determinación del foro apropiado para el litigio (*Re Honecker*, op. cit., 14 de diciembre de 1984, reproducido en *International Law Reports*, vol. 80, pág. 366).

²⁵² Para un caso en que se hace hincapié en la calidad representativa del jefe de Estado en relación con la inmunidad de que éste goza con arreglo al derecho internacional, véase: India, Tribunal Supremo, *Colonel H.H. Raja Sir Harinder Singh Barar Bans Ahadur v. Commissioner of Income Tax*, sentencia de 15 de octubre de 1971, reproducida en *International Law Reports*, vol. 64, pág. 528: “En derecho internacional el Jefe de un Estado representa al Estado en su calidad de tal y no en calidad de individuo que representa sus propios derechos. En dicha calidad goza de determinados privilegios extraterritoriales en otros Estados, conocidos como los Estados receptores, que tienen relaciones amistosas con el Estado al que representa y están en paz con él”.

²⁵³ Watts señala esas dos cuestiones en el contexto del reconocimiento de jefes de Estado (op. cit. (1994), pág. 33).

conclusiones sean formuladas autónomamente por el poder judicial²⁵⁴, en algunos países (principalmente de tradición de *common law*) se prevé que el Poder Ejecutivo presente al poder judicial un certificado o sugerencia de inmunidad, que se considerará prueba concluyente sobre dichas cuestiones²⁵⁵.

i. Determinación de si una entidad es un Estado soberano

105. En la mayoría de los casos, la primera cuestión no plantea dificultades particulares (ni controversia entre las partes) y la determinación de que la entidad es un Estado queda implícita en la fundamentación de la decisión judicial. Sin embargo, es preciso mencionar algunos casos en los que el tribunal competente tuvo que prestar una atención específica a la cuestión. Así, por ejemplo, el Tribunal de Casación de Italia debió determinar, en 1985, si el Sr. Arafat, contra quien las autoridades italianas habían dictado una orden de detención, gozaba de inmunidad en su carácter de líder y representante de la Organización de Liberación de Palestina (OLP)²⁵⁶. El Tribunal afirmó que el derecho internacional consuetudinario sólo otorgaba inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad a los líderes de organizaciones soberanas que pudieran equipararse al Estado (al que el Tribunal definió como una entidad que ejerce, con plena independencia, potestades

²⁵⁴ Aún en esos casos, empero, el poder judicial, sin dejar de mantener su discrecionalidad para formular esa determinación, puede recurrir al asesoramiento del gobierno, en particular el ministerio de relaciones exteriores (véase, por ejemplo, la observación de Brossat con respecto a la práctica de Finlandia, en Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), pág. 475).

²⁵⁵ Véase, por ejemplo, el apartado a) del artículo 21 de la Ley del Reino Unido de 1978 sobre las inmunidades de los Estados (“Un certificado expedido por el Secretario de Estado o en nombre suyo será prueba concluyente respecto de cualquier cuestión relativa: a) a si un país es un Estado a los efectos de la Parte I de la presente Ley, si un territorio es un territorio constitutivo de un Estado federal a tales efectos, o en cuanto a la persona o las personas que deben considerarse a tales efectos como jefe o gobierno de un Estado...”); el apartado c) del párrafo 1 del artículo 40 de Ley de Australia sobre inmunidades de los Estados extranjeros; el apartado c) del párrafo 1 del artículo 14 de la Ley del Canadá sobre inmunidades de los Estados; el apartado a) del artículo 18 de la Ordenanza del Pakistán sobre las inmunidades de los Estados; el apartado a) del artículo 18 de la Ley de Singapur sobre las inmunidades de los Estados; el apartado c) del artículo 17 de la Ley de Sudáfrica sobre inmunidades de los Estados extranjeros. Cabe destacar que por lo común dichas disposiciones están destinadas a aplicarse en el contexto de procesos civiles: así, por ejemplo, según la Ley del Reino Unido sobre las inmunidades de los Estados el certificado será presentado “a los efectos de la Parte I”, que no se aplica a los procedimientos penales (párrafo 4 del artículo 16)). Sin embargo, en una reciente causa penal, la sección de apelaciones de un tribunal británico observó que “sería raro que [tal] certificado... fuera concluyente para los procesos civiles pero que el mismo certificado no tuviese valor alguno en procedimientos penales” y determinó que, incluso en una causa penal, “el certificado del Secretario de Estado ha de considerarse de importancia decisiva para determinar el derecho a una inmunidad de Estado” (Reino Unido, Queen ‘s Bench Division (sección de apelaciones), *R (on the application of Diepreye Solomon Peter Alamiyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, sentencia de 25 de noviembre de 2005, en particular párrafos 31 a 34; sin embargo, como se describirá más adelante en el texto, el tribunal también tuvo en cuenta otros factores pertinentes para llegar a su conclusión acerca de la inmunidad en el caso concreto).

²⁵⁶ Tribunal de Casación (Penal, I), *Arafat e Salah*, sentencia de 28 de junio de 1985 (No. 1981), reproducida en *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXIX, págs. 884 a 889. Para otra causa en la que el tribunal consideró cuestiones análogas, véase: Tribunal de Casación, *Bacchelli v. Comune di Bologna*, sentencia de 20 de febrero de 1978 (No. 804), reproducida en *Italian Yearbook of International Law*, vol. IV (1978-1979) (nota de Luigi Condorelli), págs. 137 a 145 (denegando la inmunidad al Gran Maestro de la Orden de Santa Maria Gloriosa).

gubernamentales efectivas sobre una comunidad establecida en un territorio) y que la OLP no se ajustaba a esa calificación, habida cuenta de que carecía de soberanía territorial²⁵⁷. El Tribunal señaló que esa conclusión resultaba asimismo confirmada por la posición del Gobierno de Italia en sus relaciones con la OLP, comunicada por el Ministerio de Relaciones Exteriores²⁵⁸. También observó, empero, que el reconocimiento *de jure* o *de facto* otorgado a la OLP por determinados gobiernos no tenía un efecto constitutivo y no podía considerarse suficiente para investir a la OLP de la calidad de Estado²⁵⁹.

106. Más recientemente, pero antes de que Montenegro adquiriese la calidad de Estado independiente en 2006, el Tribunal de Casación de Italia había denegado al Presidente de Montenegro la inmunidad reconocida a los jefes de Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario, considerando que dicha entidad no podía ser calificada como un Estado soberano. El Tribunal llegó a esa conclusión examinando las normas constitucionales pertinentes (de Montenegro y de la Unión de Serbia y Montenegro), la posición adoptada por otros Estados en sus relaciones con dicha entidad, los acuerdos concertados por ésta con otros Estados, su calidad de miembro de organizaciones internacionales y las opiniones del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre la cuestión²⁶⁰. En los Estados Unidos, la jurisprudencia indica que la determinación judicial de si un Jefe de Estado goza de inmunidad se funda en el reconocimiento como Estado de la entidad de que se trate por el Poder Ejecutivo²⁶¹. En el Reino Unido, la sección de apelaciones de un tribunal a la que incumbía determinar si el Gobernador y Jefe Ejecutivo del Estado de Bayelsa gozaba de inmunidad en una causa por cargos penales de corrupción consideró que un certificado del Secretario de Estado británico afirmando que “el Estado de Bayelsa es un territorio constitutivo de la República Federal de Nigeria” y que la persona “no debe ser considerada ... como Jefe de Estado de la República Federal de Nigeria” era “prueba decisiva” a los efectos de denegar dicha inmunidad. El

²⁵⁷ *Ibid.*, pág. 885. El derecho internacional consuetudinario era directamente aplicable por el tribunal con arreglo al párrafo 1 del artículo 10 de la Constitución de Italia. El tribunal reconoció que la OLP era un movimiento de liberación nacional que gozaba de una limitada personalidad internacional (*ibid.*), pero determinó que el derecho internacional no imponía a Italia la obligación de otorgar la inmunidad al líder de un movimiento de esa índole y que la legislación italiana no había otorgado al líder de la OLP una inmunidad más extensa que la prevista por el derecho internacional (*ibid.*, págs. 887 y 888).

²⁵⁸ *Ibid.*, págs. 886 y 887.

²⁵⁹ *Ibid.*, pág. 887.

²⁶⁰ Tribunal de Casación (Tercera Sección Penal), *Fiscalía (Tribunal de Nápoles) c. Milo Djukanovic*, No. 49666, sentencia de 28 de diciembre de 2004, en particular párrafos 16 y 35.

²⁶¹ Esto es lo que surge del razonamiento del Tribunal de Apelaciones (Segundo Circuito) en la causa *Kadic v. Karadzic* (70 F.3d 232) contra el líder de la República Srpska. Si bien el argumento principal de Karadzic en ese caso fue que “su condición en calidad de invitado de las Naciones Unidas durante sus visitas a los Estados Unidos lo hacía inmune frente a la notificación de un proceso”, sea con arreglo al Acuerdo relativo a la sede o con arreglo al *common law* federal (alegación que fue rechazada; *ibid.*, págs. 246 y 247), el tribunal hizo referencias accesorias a la cuestión de la inmunidad de los jefes de Estado. Observó, por ejemplo, que, si bien la adquisición de la calidad de Estado en el derecho internacional no requería el reconocimiento por otros Estados, “los Estados reconocidos gozan de determinados privilegios e inmunidades pertinentes para los procedimientos judiciales”, entre ellos, la inmunidad del jefe de Estado (*ibid.*, pág. 244). También determinó que sería totalmente inapropiado que el tribunal otorgara a Karadzic la inmunidad correspondiente a un jefe de Estado fundándose en una especulación acerca del futuro reconocimiento de la República Srpska por el Gobierno de los Estados Unidos (*ibid.*, pág. 248).

Tribunal, sin embargo, también tuvo en cuenta la falta de capacidad jurídica del Estado de Bayelsa para entablar relaciones internacionales y “otros posibles factores pertinentes”, tales como las funciones encomendadas al Estado miembro y las opiniones del poder judicial federal²⁶².

ii. Determinación de si una persona ocupa el cargo de Jefe de Estado

107. La segunda cuestión —si la persona es un Jefe de Estado— se complica porque el derecho internacional no define la noción de “Jefe de Estado” ni determina los modos de adquisición de dicha calidad, ni tampoco (con escasas excepciones) las funciones generalmente anexas a ella²⁶³. Consiguientemente, debería hacerse referencia a la organización interna de cada Estado, que puede tener considerables variantes²⁶⁴. Ello puede entrañar un examen del derecho y la práctica internos²⁶⁵. El Instituto de Derecho Internacional expresó la opinión de que esa determinación, particularmente por parte de los tribunales, entrañaba cuestiones atinentes a las normas sobre prueba aplicables en el derecho interno y consiguientemente decidió abstenerse de seguir examinando la cuestión²⁶⁶. El artículo 6 de la resolución que se adoptó en la reunión de Vancouver simplemente pone de relieve que las autoridades nacionales deberán reconocer la inmunidad de

²⁶² *R (on the application of Diepreye Solomon Peter Alamieyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, en particular párrs. 37 a 48.

²⁶³ Véase Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., págs. 497 y 498. Señala que la noción de Jefe de Estado “designa simplemente a la persona que, en un Estado, está colocada a la cabeza de su aparato orgánico” (ibid., pág. 497; véase también Alain Fenet, “La responsabilité pénale internationale du chef d’Etat”, *Revue générale de droit*, vol. 32 (2002), pág. 597). Verhoeven también observa que el artículo 7 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados contiene una presunción, probablemente absoluta, de que el jefe de Estado (junto con el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores) representa al Estado para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado. Como se describirá más extensamente *infra*, esta disposición también fue empleada por la Corte Internacional de Justicia en su examen de las funciones normalmente ejercidas por un ministro de relaciones exteriores (véase *Arrest Warrant*, párr. 53).

²⁶⁴ Específicamente, el jefe de Estado puede tener, en algunos países, importantes funciones institucionales, en calidad de jefe del Poder Ejecutivo, o su cargo puede ser más bien simbólico. Como ha señalado Verhoeven (“Rapport provisoire”, op. cit., pág. 498), teniendo en cuenta la moderna tendencia a justificar la inmunidad *ratione personae* fundándose en la finalidad de garantizar el eficaz cumplimiento de funciones oficiales, se podría esperar que dicha inmunidad no se otorgara a un jefe de Estado que sólo cumpliera limitadas funciones formales o protocolares, pero ello no resulta confirmado por la práctica. Puede verse en ello una indicación de que en el reconocimiento de la inmunidad al jefe de Estado siguen siendo pertinentes otras consideraciones.

²⁶⁵ Se podría encontrar un paralelismo, a este respecto, con la cuestión de la pertinencia del derecho interno para determinar la condición de un órgano del Estado a los efectos de la atribución de un acto internacionalmente ilícito. Como ha señalado la CDI, en el párrafo 11) de su comentario al artículo 4 de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados: “Cuando el derecho de un Estado caracteriza a una entidad como órgano, no se plantean dificultades. En cambio, no basta con remitirse al derecho interno en lo que respecta a la condición jurídica de los órganos del Estado. En algunos sistemas la condición jurídica y las funciones de diversas entidades están determinadas no sólo por la ley, sino también por la práctica, y referirse exclusivamente al derecho interno puede inducir a error.” (*Anuario...* 2001, vol. II (Segunda parte), págs. 75 y 76).

²⁶⁶ La cuestión fue planteada en el punto 2 del cuestionario distribuido por el Relator (véase Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, op. cit., pág. 452) y la opinión general en la comisión que examinó el tema fue que no era apropiado que estudiara la cuestión (ibid., pág. 485).

jurisdicción a un Jefe de Estado extranjero “tan pronto como esa condición llegue a su conocimiento”²⁶⁷.

108. El examen de la jurisprudencia revela que algunos tribunales han determinado la condición de Jefe de Estado de la persona que tenían ante sí con referencia a las funciones que dicha persona ejercía tanto en la estructura interna del Estado (a la luz de la legislación y de la práctica) como en las relaciones internacionales de dicho Estado²⁶⁸. En otras palabras, si bien hacían referencia al derecho interno, dichos tribunales consideraban que el ejercicio efectivo de poder era determinante. Así, por ejemplo, en la causa *Re Honecker*, el Supremo Tribunal Federal de Alemania examinó la cuestión de si el acusado, que era Presidente del Consejo de Estado de la República Democrática Alemana, podía ser considerado como el Jefe de Estado de dicho país haciendo referencia a sus funciones con arreglo a la Constitución y a la práctica del Gobierno de la República Federal de Alemania en sus relaciones bilaterales con dicho país²⁶⁹. El Tribunal de Apelaciones francés en la causa *Gaddafi* señaló que el acusado, que era el presidente del Consejo de Comando de la Revolución, era la más alta autoridad de la Jamahiriya Árabe Libia con arreglo a la proclamación constitucional, y que también participaba en tal carácter en conferencias internacionales (por ejemplo, las reuniones de Jefes de Estado árabes o africanos) y recibía a los representantes de los Estados extranjeros y las cartas credenciales de sus embajadores²⁷⁰. En los Estados Unidos, por el contrario, algunos tribunales se han considerado obligados por la determinación hecha por el Poder Ejecutivo, tanto en su práctica de reconocimiento de los gobiernos extranjeros como en sus sugerencias de inmunidad presentadas en causas judiciales contra Jefes de Estado: esa determinación fue seguida incluso en las causas en las que no correspondía al ejercicio efectivo de funciones oficiales en el momento del proceso. Así, por ejemplo, el Tribunal de Distrito en la causa *Lafontant c. Aristide* dijo que “la inmunidad sólo comprende a la persona que el Gobierno de los Estados Unidos reconoce como jefe oficial del Estado” y que, como la “determinación de quién tiene la condición de jefe de Estado es hecha por el Poder Ejecutivo, no es una cuestión de hecho que deba ser determinada por de los tribunales”²⁷¹. Dicho tribunal señaló que el “Gobierno de los Estados Unidos ha[bía] reconocido constantemente a

²⁶⁷ Artículo 6 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional. El proyecto preliminar propuesto por el Relator era diferente: “Un Jefe de Estado puede prevalerse de... la inmunidad de jurisdicción... desde el instante en que hace conocer su calidad a las autoridades del foro” (ibíd., págs. 552 y 553).

²⁶⁸ Verhoeven señala que en los países de derecho románico lo más frecuente es que la determinación judicial de la calidad de Jefe de Estado sea hecha por los tribunales, que tradicionalmente no tienen la obligación de solicitar o seguir las opiniones del Poder Ejecutivo, mientras que en los países de *common law* los tribunales tienden a tener esa obligación y a atenerse a la posición expresada por el ministro de relaciones exteriores o El Departamento de Estado (“Rapport provisoire”, ibíd., págs. 500 y 501; véase también pág. 496). Sobre la jurisprudencia de los Estados Unidos, véase el texto a continuación.

²⁶⁹ *Re Honecker*, op. cit., págs. 365 y 366.

²⁷⁰ Tribunal de Apelaciones de París (Sala de Acusación), *Affaire Kadhafi*, sentencia de 20 de octubre de 2000 (versión inglesa en *International Law Reports*, vol. 125, pág. 495). Consiguientemente, se otorgó inmunidad al Coronel Gaddafi en calidad de Jefe de Estado *de facto* de Libia, fundándose en que ejercía los poderes propios de un Jefe de Estado (véase Zappalà, op. cit., págs. 596 y 597).

²⁷¹ *Lafontant v. Aristide*, págs. 132 y 133 (cabe observar que se trataba de un juicio civil fundado en particular en la Ley sobre demandas de extranjeros por ilícitos civiles y la Ley de protección a las víctimas de la tortura).

Jean-Bertrand Aristide como actual jefe de Estado legítimo de la República de Haití”, incluso con posterioridad a su exilio después de un golpe militar, y concluyó que la sugerencia de inmunidad presentada por el Departamento de Estado en dicha causa era “determinante con respecto al Presidente Aristide”, que consiguientemente gozaba de inmunidad²⁷². Un tribunal de distrito diferente aplicó la misma doctrina para denegar la inmunidad al nieto del gobernante de Abu Dhabi y primogénito del príncipe heredero de Abu Dhabi, observando que Ejecutivo no había hecho determinación alguna en cuanto a la condición del demandado como Jefe de Estado y no había presentado una sugerencia de inmunidad²⁷³.

iii. Papel del reconocimiento de Estados y gobiernos

109. Todas esas consideraciones plantean la cuestión conexa del papel del reconocimiento de Estados y gobiernos en el otorgamiento de la inmunidad *ratione personae*²⁷⁴. Como se vio en los párrafos anteriores, la práctica judicial en algunos Estados (particularmente en los Estados Unidos o el Reino Unido) considera que la cuestión del reconocimiento no es justiciable y se allana a las determinaciones hechas por el Poder Ejecutivo, y consiguientemente el reconocimiento desempeña un papel decisivo en el otorgamiento de la inmunidad²⁷⁵. En otros países, los

²⁷² Ibid., págs. 130 y 139, respectivamente. Cabe observar que el tribunal también extrajo la inferencia lógica de esta posición al examinar la cuestión de si Haití había renunciado a la inmunidad de Aristide, diciendo que “como los Estados Unidos no reconocen al gobierno *de facto* [de Haití], ese gobierno no tiene el poder de renunciar a la inmunidad del Presidente Aristide” (ibid., pág. 134).

²⁷³ Tribunal de Distrito, Distrito de Columbia, *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, 940 F Supp. 312 (1996), reproducido en *International Law Reports*, vol. 113, pág. 531 (sobre una excepción de incompetencia en una acción civil).

²⁷⁴ Sobre el papel del reconocimiento con respecto a la inmunidad *ratione materiae*, que plantea problemas idénticos, véase la sección B.2 c), *infra*.

²⁷⁵ Como resulta claro de la descripción que se ha hecho *supra*, por lo general los tribunales de los Estados Unidos consideran que las sugerencias de inmunidad presentadas por el Departamento de Estado son vinculantes sobre el punto, pero sus decisiones son inequívocas en lo tocante al papel decisivo que desempeña el reconocimiento en el otorgamiento de la inmunidad. Véase, por ejemplo, *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, pág. 24 (“sólo las personas a quienes los Estados Unidos reconocen como legítimos jefes de Estado reúnen las condiciones necesarias” para la inmunidad de jefe de Estado) o Estados Unidos, *Jungquist v. Sheikh Sultan Al Nahyan*, *International Law Reports*, vol. 113, pág. 531 (“La inmunidad de jefe de Estado... sólo comprende a la persona a la cual el Gobierno de los Estados Unidos reconoce como jefe de Estado oficial. El reconocimiento de un gobierno y de sus funcionarios es función exclusiva del Poder Ejecutivo, a la cual los tribunales deben atenerse” (refiriéndose a *Lafontant v. Aristide*, pág. 131 a 134)). En el Reino Unido, los tribunales han afirmado claramente su acatamiento de las determinaciones del Poder Ejecutivo (véase, por ejemplo, Cámara de los Lores, *Government of the Republic of Spain v. SS “Arantzazu Mendi”*, 1939, AC 256, pág. 264: “Nuestro Estado no puede hablar con dos voces [sobre el tema del reconocimiento de un gobierno extranjero], diciendo una cosa el poder judicial, y otra el ejecutivo... Nuestro Soberano tiene que decidir a quién reconocerá como su par soberano en la familia de los Estados; y las relaciones del Estado extranjero con el nuestro en el tema de las inmunidades de los Estados deben derivar únicamente de esa decisión”). Sin embargo, los tribunales británicos también han tenido en cuenta otros factores (entre ellos, los poderes ejercidos por el individuo o la estructura interna del Estado extranjero de que se trata) para llegar a su determinación en lo tocante a las inmunidades (véase *R (on the application of Diepneye Solomon Peter Alamiyeseigha v. The Crown Prosecution Service* sentencia mencionada en el párrafo 106 *supra*). En *Pinochet* (No. 1), causa en la cual el Secretario de Estado no había presentado un certificado de inmunidad, Lord Slynn de Hadley concluyó que, si bien el General Pinochet no había sido designado en una

tribunales consideran que esta determinación es una cuestión de hecho planteada en el contexto de la causa judicial, que resuelven sobre la base de un estudio autónomo de las normas internas pertinentes, así como de la práctica nacional e internacional: en este contexto, el reconocimiento del Estado o el gobierno de que se trate (en particular por el gobierno del país en que se encuentra el tribunal) es sólo un elemento (aunque de cierta autoridad) entre otros que se tienen en cuenta al hacer esa determinación.²⁷⁶ Sin embargo, desde la perspectiva del derecho internacional, sigue planteada la cuestión de si la obligación de los Estados de otorgar inmunidad a un Jefe de Estado extranjero depende del reconocimiento del Estado o gobierno de que se trate²⁷⁷. Esta cuestión fue planteada en la reunión de Vancouver del Instituto

forma reconocida por la Constitución de Chile, había actuado como Jefe de Estado, como lo demostraba, entre otras cosas, el hecho de que he había firmado cartas credenciales presentadas a la Reina por el embajador de Chile ante el Reino Unido (*Pinochet* (No. 1), pág. 1305; los otros Lores de Derecho en ese caso se limitaron a suponer que era el Jefe de Estado de Chile en el período pertinente; los Lores de Derecho en *Pinochet* (No. 3) no volvieron a considerar la cuestión). Como ha señalado Michel Cosnard, la posición de Lord Slynn de Hadley implicaba que era suficiente con el ejercicio efectivo de poder y el reconocimiento *de facto* del General Pinochet como Jefe de Estado de Chile para considerarlo *prima facie* como beneficiario de la inmunidad, independientemente de cualquier consideración relacionada con la legalidad de su llegada al poder (Cosnard, op. cit. (1999), pág. 313). Cabe destacar que el Reino Unido es uno de los Estados que han abandonado la práctica de reconocer a los gobiernos extranjeros (véanse la nota de pie de página siguiente).

²⁷⁶ El reconocimiento que es pertinente en el contexto de esa determinación de hechos puede ser expreso o tácito. Se desprende de los casos descritos *supra* que los tribunales frecuentemente asignan un peso especial a la práctica de su respectivo gobierno en sus relaciones con la entidad de que se trata (por ejemplo, el Gobierno de Italia con la OLP en la causa *Arafat* o con Montenegro antes de 2006 en la causa *Djukanovic*) y/o con el individuo como jefe de un Estado extranjero (por ejemplo, el Gobierno de la República Federal de Alemania con Honnecker como Jefe de Estado de la República Democrática Alemana). Con respecto al reconocimiento expreso, el Tribunal de Casación de Italia ha dicho expresamente que consideraba que el reconocimiento (incluso por el Gobierno de Italia) no era una condición necesaria para que una entidad pudiera considerarse como un Estado soberano a los efectos de la inmunidad, pero tomó en cuenta las opiniones del Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia sobre la personalidad jurídica internacional de Montenegro (*Fiscal (Tribunal de Nápoles) c. Milo Djukanovic*, párr. 13). Cabe observar que varios Estados (por ejemplo, Francia, Bélgica, el Reino Unido, etc.) siguen la práctica de reconocer formalmente a los nuevos Estados, pero no a los nuevos gobiernos, y por consiguiente el poder judicial no puede fundarse en un reconocimiento expreso a los efectos de determinar la calidad de Jefe de Estado.

²⁷⁷ Algunos autores dan una respuesta afirmativa a esta cuestión, que tratan de justificar sobre la base de los intereses protegidos; véase: Watts, op. cit. (1994), pág. 34; Zappalà, op. cit., págs. 599 y 600 (“existe una especie de presunción según la cual se supone que los demás Estados han de aceptar [al jefe de Estado] como contraparte en las relaciones exteriores... El reconocimiento, aún en forma tácita, cumple la misma función que la aceptación de las credenciales para los agentes diplomáticos”); Tunks, op. cit., pág. 672 (“Cuando dos gobiernos dejan de reconocerse mutuamente, ya no hay necesidad de promover la diplomacia bilateral entre ellos, porque las relaciones diplomáticas ya se han interrumpido completamente. Y, análogamente, no hay necesidad de que un gobierno tome medidas para promover la igualdad soberana de una entidad a la que ni siquiera reconoce como Estado soberano permitiendo que su líder eluda la responsabilidad por actos ilícitos privados y crímenes internacionales. En ausencia de relaciones diplomáticas efectivas entre los Estados Unidos y un líder extranjero, los objetivos de la inmunidad de jefe de Estado no pueden considerarse suficientemente fuertes para contrabalancear los intereses de la justicia”). Para la opinión contraria, según la cual la obligación de otorgar la inmunidad con arreglo al derecho internacional no depende del reconocimiento, véase la posición del Relator Verhoeven en el Instituto de Derecho Internacional, que se describirá a continuación.

de Derecho Internacional²⁷⁸ y generó un interesante debate: varios miembros señalaron la importancia del reconocimiento en el otorgamiento de la inmunidad y algunos incluso consideraron que constituía un requisito previo para el otorgamiento de la inmunidad²⁷⁹. Sin embargo, la resolución final aprobada por el Instituto de Derecho Internacional limita su consideración de esta cuestión a una cláusula de salvaguardia con arreglo a la cual la resolución “es sin perjuicio del efecto del reconocimiento o no reconocimiento de un Estado o un gobierno extranjero en la aplicación de sus disposiciones”²⁸⁰. En su comentario relativo a ese artículo, el Relator expresó sus serias dudas acerca de que la falta de reconocimiento de un Estado o un gobierno extranjero eximiera a un Estado de sus obligaciones con arreglo al derecho internacional²⁸¹. También se ha señalado que la disposición puede

²⁷⁸ Véase el punto 2 del cuestionario distribuido por el Relator (véase Instituto de Derecho Internacional, op. cit., pág. 452).

²⁷⁹ En el debate preliminar en la 13ª Comisión, Salmon puso de relieve que un Estado tal vez no considerase adecuado colaborar con un presidente autoproclamado tal y, en el contexto de la inmunidad, planteó la cuestión de la oponibilidad al Estado de un nuevo gobierno (ibíd., pág. 456). Fox y Sucharitkul observaron que el reconocimiento podía constituir un elemento importante para determinar el derecho aplicable a nivel interno (ibíd., págs. 459 y 470, respectivamente). Tomuschat observó que “numerosos países entienden que el respeto por la soberanía extranjera depende del reconocimiento formal del Estado o gobierno de que se trate. Ciertamente no hay un deber de respeto y solidaridad internacionales para con un gobierno con el cual no se han establecido nunca relaciones diplomáticas, o éstas se han roto” y “que las irregularidades que vicien la llegada al poder de la persona de que se trate merecen ser examinadas” (ibíd., pág. 477). Para el resumen de los debates en la comisión hecho por el Relator, véase ibíd., págs. 484 y 485. Posteriormente, en la comisión, Salmon indicó que “el reconocimiento de la calidad de jefe de Estado, el de su Estado, e incluso el del gobierno del cual es en realidad el jefe, son evidentemente previos a todo otorgamiento de privilegios e inmunidades a la persona que pretende representar a ese Estado o a ese gobierno” (ibíd., pág. 555). Fox comentó que “la práctica reciente que tiene en cuenta la legitimidad del nuevo ocupante del cargo y la conformidad con las exigencias del “buen gobierno” sugieren que el reconocimiento desempeña un papel más importante que el que [el Relator] quizás le [haya] otorg[ado]” (ibíd., pág. 579).

²⁸⁰ Artículo 12. La disposición fue incluida en el informe final del Relator, siguiendo las recomendaciones de Fox y Salmon (véase ibíd., pág. 594).

²⁸¹ Ibíd., pág. 594 (“Ello se refiere tanto a los efectos que el derecho internacional asignaría a ese (no) reconocimiento como a los que le atribuyera un derecho nacional. En esta ocasión, se han evocado diversos efectos. La Comisión no consideró oportuno debatir a su respecto. Dicho lo que antecede, el Relator tiene serias dudas, sobre el fondo, acerca de que tal (no) reconocimiento pueda jamás dispensar a un Estado de respetar las obligaciones que le impone el derecho internacional, en esta materia como en otras.”). En su informe preliminar, el Relator había indicado sus opiniones sobre la influencia que las irregularidades en la adquisición del poder podrían tener en el otorgamiento de la inmunidad: “no parece que la calidad de jefe de Estado pueda ser controvertida internacionalmente por el solo motivo de que fue adquirida irregularmente. Sin duda, cabe desear que las violaciones del derecho sean, si así procede, debidamente sancionadas. Sin embargo, es difícil satisfacerse con ello para negar toda representatividad internacional a autoridades que ejercen efectivamente el poder. Se puede juzgar oportuno privarlas de toda inmunidad cuando ejercen el poder o han llegado a él en condiciones incompatibles con las exigencias de un “buen” gobierno, cosa que, sin embargo, la práctica internacional no parece confirmar. Ello demuestra que una de las sanciones puede o podría ser la negativa a otorgar al jefe de Estado cualquier clase de estatuto privilegiado. De ello no resulta que no se pueda considerar jefe de Estado a quien ejerce efectivamente las funciones de tal, a riesgo de confundir las dos cuestiones. *A fortiori* ocurre lo mismo cuando las “irregularidades” resultantes del desconocimiento de disposiciones constitucionales no están acompañadas por la violación de una regla de derecho Internacional o no son constitutivas de tal violación. No se ve cuál sería en tal hipótesis el título que podrían

haber creado una “escapatoria no deseada”, pues parecería posible que “un Estado, al retirar el reconocimiento de una persona o de un gobierno como jefe o como gobierno, respectivamente, de un Estado, frustraría la intención de la resolución”.²⁸²

iv. Irrelevancia de la presencia en el Estado del foro

110. La inmunidad *ratione personae* de jurisdicción penal extranjera ha sido otorgada al Jefe de Estado en ejercicio independientemente de su presencia en el territorio del Estado del foro²⁸³ o, cuando está presente, de las circunstancias de su visita (sea oficial, privada o de incógnito)²⁸⁴. Ello podía justificarse con arreglo al fundamento tradicional de la inmunidad (pues el ejercicio de jurisdicción, incluso en rebeldía, constituye una afirmación de *imperium* frente a un soberano extranjero), pero también puede hallar su justificación en la necesidad de asegurar el eficaz desempeño de sus funciones por el Jefe de Estado, a menudo invocada hoy en día como inspiradora de esta inmunidad, pues el ejercicio de jurisdicción respecto de un Jefe de Estado mientras está en una visita oficial en el Estado del foro constituye un obstáculo directo al ejercicio de sus funciones oficiales en el contexto de dicha visita²⁸⁵. Sin embargo, independientemente de dónde esté el Jefe de Estado o de cuáles sean las condiciones de su visita, el solo riesgo de ser detenido y llevado ante un tribunal también obstaculiza su capacidad de cumplir sus funciones

invocar Estados terceros para sancionar la violación de un derecho público extranjero.” (Ibid., págs. 499 y 500).

²⁸² Hazel Fox, “The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), págs. 119 a 125; la cita corresponde a la página 123.

²⁸³ Así, por ejemplo, en las causas descritas *supra* contra Honecker ante el Supremo Tribunal Federal de Alemania y contra el Coronel Gaddafi ante el Tribunal de Casación de Francia, la inmunidad fue otorgada sin considerar para nada la cuestión de la presencia en el territorio del Estado (ninguno de los dos jefes de Estado en cuestión estaba presente en el Estado del foro). Watts observa, con respecto a la inmunidad de proceso de los jefes de Estado, que “no ha habido mucha tendencia a tratar de fundamentar las diferencias de tratamiento” sobre la base de, entre otras cosas, si el jefe de Estado está ausente del Estado del foro o está presente en él, y que a los efectos prácticos, las dos situaciones pueden ser tratadas conjuntamente (Watts, op. cit. (1994), pág. 52).

²⁸⁴ Véase: *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit., 1991, pág. 535 (la inmunidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario “también se otorga a un Jefe de Estado que está visitando un Estado extranjero con carácter privado” (versión inglesa, op. cit., pág. 201) – sin embargo, la causa se refería a un ex jefe de Estado; *Tatchell v. Mugabe* (el magistrado superior de distrito otorgó la inmunidad de jefe de Estado sin dar importancia a las circunstancias relacionadas con la presencia del Sr. Mugabe en el Reino Unido). Sin perjuicio de señalar que la posición en el derecho internacional del jefe de Estado durante una visita privada en el extranjero es “en el mejor de los casos incierta”, Watts no parecía ver ninguna diferencia con respecto a la inmunidad del jefe de Estado (y menos aún a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera) entre el caso en que el jefe de Estado esté en visita privada y el caso en que esté ausente del Estado del foro (Watts, op. cit., págs. 72 a 74).

El caso de una visita de incógnito plantea específicamente el problema de que las autoridades del Estado del foro pueden no tener conocimiento de la condición del jefe de Estado. Este problema está resuelto por el artículo 6 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional, que dispone que dichas autoridades tienen la obligación de otorgar al Jefe de Estado extranjero, entre otras cosas, la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción “tan pronto como esa condición llegue a su conocimiento”. Para una aplicación de ese principio, véase *Mighell v. The Sultan of Johore* (se otorgó al Sultán la inmunidad como Jefe de Estado en un juicio tan pronto como hizo conocer su verdadera identidad), citado por Watts, op. cit., pág. 75.

²⁸⁵ Véase, por ejemplo, Watts, op. cit., pág. 53.

representativas en general y de conducir las relaciones internacionales del Estado, en la medida en que limita su posibilidad de viajar²⁸⁶. Es cierto que el Jefe de Estado en visita oficial gozará de varias facilidades y privilegios que no le son debidos durante una estancia privada²⁸⁷; sin embargo, la inmunidad *ratione personae* de jurisdicción penal extranjera debe ser otorgada en cualquiera de esos casos²⁸⁸.

v. Jefe de Estado en misión especial

111. La posición del Jefe de Estado cuando encabeza una misión especial es objeto de una referencia específica en la Convención sobre las Misiones Especiales de 8 de diciembre de 1969, que, en el párrafo 1 del artículo 21, dispone lo siguiente:

“El jefe del Estado que envía, cuando encabece una misión especial, gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a los jefes de Estado en visita oficial.”

En su comentario al correspondiente proyecto de artículo, la CDI explicó que había considerado la posibilidad de incluir en el proyecto de convención disposiciones especiales relativas a las misiones especiales llamadas “de alto rango”, pero que, después de un examen detenido del punto, había llegado a la conclusión de que el rango del jefe o de los miembros de una misión especial no confería a la misión ningún estatuto particular²⁸⁹. Observó, sin embargo, que “en derecho

²⁸⁶ Véase, por ejemplo, Verhoeven, que afirma que el otorgamiento de la inmunidad al jefe de Estado, independientemente de las circunstancias de su visita al territorio del Estado del foro, está en consonancia con la justificación funcional de su condición”, explicando luego que “desde el instante que el ejercicio de sus funciones (internacionales) puede ser comprometido por las intervenciones de las autoridades del foro, no se ve por qué no se beneficiaría de las mismas inmunidades que en caso de visita “oficial” (“Rapport provisoire” en Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, op. cit., pág. 535). Luego añade: “No hay razón, entonces, para limitar las inmunidades reconocidas al jefe de un Estado extranjero cuando no está en visita “oficial”, aun cuando se comprende que ciertas disposiciones estrictamente protocolares no sean aplicables en tal hipótesis” (ibid., pág. 536). Véase también: Watts, op. cit. (1994), pág. 73 (“el carácter en general representativo de un Jefe de Estado significa que está en todo momento en cierta medida representando a su Estado... aun cuando esté en el extranjero en una visita privada, los asuntos de Estado pueden exigir que las autoridades de su Estado tengan un pronto y libre acceso a él”); Zappalà, op. cit., pág. 598 (la inmunidad *ratione personae* durante una misión oficial garantiza el alcance de la misión y el cumplimiento de las tareas concretas de que se trate, mientras que durante una visita privada se otorga para proteger el interés general del Estado en estar representado).

²⁸⁷ Como ha señalado Watts, empero, incluso en el caso de una visita privada, “puede preverse que el Estado al que se visita otorgue al Jefe de Estado visitante cortesías ceremoniales y medidas especiales de protección, y se puede llegar a entendimientos —o incluso a un acuerdo— a ese efecto por los conductos diplomáticos” (Watts, op. cit. (1994), pág. 73).

²⁸⁸ En lo tocante al debate acerca de si debe descartarse la supuesta excepción a la inmunidad *ratione personae* en el caso de procedimientos penales por crímenes internacionales (y mantenerse la inmunidad) cuando el jefe de Estado esté en visita oficial, véase la sección A.3 *infra*.

²⁸⁹ Párrafo 1) del comentario al proyecto de artículo 21 en *Anuario...*, 1967, vol. II, pág. 373. En su 16° período de sesiones, la CDI había decidido invitar a su Relator Especial a que presentara unos artículos relativos a la condición de las llamadas “misiones especiales de alto rango”. En su segundo informe, el Relator Especial, Milán Bartoš, había comunicado a la CDI que no había logrado hallar ni en la práctica ni en la doctrina ninguna regla que se aplicara especialmente a dichas misiones. Propuso un conjunto de normas que comprendían una referencia específica a la “total inmunidad” de jurisdicción de los jefes de Estado, los jefes de gobierno, los ministros de

internacional... el rango puede conferir a la persona que lo tenga facilidades, privilegios e inmunidades excepcionales que mantiene cuando pasa a ser miembro de una misión especial”²⁹⁰. Consiguientemente, la disposición tenía la finalidad de especificar que, cuando el Jefe del Estado acreditante encabece una misión especial, gozará de todas las facilidades, privilegios e inmunidades que le otorga el derecho internacional en una visita oficial, además de las que le confieran los demás artículos del proyecto (inclusive la inmunidad de jurisdicción penal)²⁹¹. Sin embargo, esos privilegios, inmunidades y facilidades adicionales no están definidos ni en la Convención ni en el comentario de la CDI. En algunos casos, el Jefe de Estado en visita oficial también puede gozar de privilegios e inmunidades con arreglo a normas especiales de derecho internacional (inclusive normas convencionales), tales como las que se aplican a los representantes de Estados que asisten a conferencias internacionales o llevan a cabo actividades oficiales en la sede de una organización internacional: la jurisprudencia demuestra que, en tales circunstancias, los tribunales nacionales han tenido en cuenta esos privilegios e inmunidades, además de los que se confieren al Jefe de Estado con arreglo al derecho internacional general y a las normas internas aplicables²⁹².

vi. Jefe de Estado en el exilio

112. La práctica de los Estados indica que a los jefes de Estado en el exilio se les otorga inmunidad *ratione personae* en el país en el cual han encontrado refugio. Así, por ejemplo, los tribunales británicos reconocieron plena inmunidad, sobre la base del *common law* y el derecho internacional consuetudinario, a los jefes de Estado extranjeros (por ejemplo, el presidente de Polonia o el rey de Noruega) que residían

relaciones exteriores y los miembros del Gobierno que presidieran una misión especial (véase el documento A/CN.4/179, en *Anuario...*, 1965, vol. II, págs. 152 a 154). Se solicitó a los Estados que formularan observaciones y, a la luz de dichas observaciones, el Relator Especial concluyó que los Estados no habían alentado la inclusión de esas disposiciones en el proyecto (véase Tercer informe, por Milán Bartoš, Relator Especial (A/CN.4/189 y Add.1 y 2), en *Anuario...*, 1966, vol. II, párrs. 271 a 286).

²⁹⁰ *Anuario...*, 1967, vol. II, pág. 373 (párrafo 1) del comentario al proyecto de artículo 21).

²⁹¹ *Ibid.* (párrafo 2) del comentario al proyecto de artículo 21). Con arreglo a la Convención, los representantes del Estado que envía en la misión especial gozarán, entre otras, de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor (artículo 31, que está basado en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (véase el comentario de la CDI al correspondiente proyecto de artículo en *Anuario...*, 1967, vol. II, pág. 376).

²⁹² Por ejemplo, en *Tachiona v. Mugabe*, el Departamento de Estado había presentado una sugerencia de inmunidad en nombre, entre otros, del Presidente Mugabe, invocando tanto una inmunidad de jefe de Estado como una inmunidad diplomática con arreglo a la sección 11 del artículo IV de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas y el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, habida cuenta de que estaba presente en los Estados Unidos como representante del gobierno de Zimbabwe ante la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas en el momento en que fue notificado (*Tachiona v. Mugabe*, págs. 267 y 268). Después de haber examinado, y aceptado, el derecho del Sr. Mugabe a la inmunidad de jefe de Estado (determinando que la sugerencia de inmunidad era concluyente sobre la cuestión), el tribunal pasó a considerar la cuestión de la inmunidad diplomática del Sr. Mugabe, como argumentaba el Departamento de Estado, y también aceptó su inmunidad por esos fundamentos (*ibid.*, págs. 297 a 302). Véase también Estados Unidos, *Kadic v. Karadzic*, págs. 246 a 248 (en el cual el tribunal, después de haber rechazado la pretensión de inmunidad formulada por Karadzic en razón de su condición de invitado de las Naciones Unidas tanto con arreglo al Acuerdo relativo a la sede de las Naciones Unidas como con arreglo al *common law* federal, también desestimó la posibilidad de otorgarle la inmunidad de jefe de Estado).

en Londres durante la ocupación de sus respectivos países en el curso de la segunda guerra mundial²⁹³. Más recientemente, como se describió *supra*, se otorgó inmunidad al Presidente Aristide en un juicio civil iniciado contra él cuando estaba viviendo en los Estados Unidos después del golpe de Estado que lo había depuesto en Haití²⁹⁴. La inmunidad *ratione personae* del Jefe de Estado en el exilio también es aceptada por la doctrina²⁹⁵.

113. Sin embargo, la determinación de esa condición plantea algunas dificultades. En términos teóricos, la categoría está bien definida y comprende a los jefes de Estado que se vieren obligados a salir de sus países, a causa de ocupación bélica o de disturbios o desórdenes civiles, pero a quienes se sigue considerando como titulares de dicho cargo. De todos modos, se plantea la cuestión de si el exilio debería considerarse como pérdida del cargo, en cuyo caso la persona sólo se beneficiaría de la inmunidad *ratione materiae* que corresponde a los ex Jefes de Estado²⁹⁶. Consiguientemente, los autores han hecho hincapié en el carácter temporal del exilio, que según se dice revela si la persona ha dejado de ocupar su cargo como Jefe de Estado, pero incluso esa determinación está sujeta a interpretación a la luz de las circunstancias de cada caso²⁹⁷. Por esta razón, el reconocimiento (formal o implícito) por el Poder Ejecutivo del Estado del foro de que la persona sigue siendo considerada como jefe de un Estado extranjero parece desempeñar un papel particularmente determinante²⁹⁸. Se ha señalado, empero, que dicha determinación, que puede estar influida por motivos políticos, sólo sería

²⁹³ Véase, por ejemplo, François de Kerchove de Exaendre, “Quelques questions en droit international public relatives à la présence et à l’activité du Gouvernement belge en exil à Londres (Octobre 1940-Septembre 1944)”, *Revue belge de droit international*, vol. 23 (1990), pág. 123. La Ley sobre privilegios diplomáticos (ampliación) de 6 de marzo de 1941 extendió los privilegios diplomáticos de modo de abarcar a los miembros de gobiernos en exilio, pero no se aplicaba a los jefes de Estado, que estaban comprendidos en el *common law* (para el texto de dicha Ley, véase *ibíd.*, anexo I, págs. 144 y 145).

²⁹⁴ Véase, *Lafontant c. Aristide*; como se indicó *supra*, párrafo 108, el Tribunal otorgó la inmunidad sobre la base de una sugerencia de inmunidad presentada por el Departamento de Estado en el caso y teniendo en cuenta el reconocimiento de Aristide por parte del Gobierno de los Estados Unidos, incluso después del golpe, como legítimo Jefe de Estado de Haití.

²⁹⁵ Stefan Talmon, *Recognition of Governments in International Law: with Particular Reference to Governments in Exile* (Oxford, Oxford Clarendon Press, 1998), págs. 259 y 261; Philippe Cahier, *Le droit diplomatique contemporain* (París, Droz, 1962), pág. 343; Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., págs. 542 y 543; y Watts, op. cit. (1994), págs. 85 y 86.

²⁹⁶ Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 542. Véase también Watts, op. cit. (1994), pág. 87. Este último autor identifica otra categoría de personas, la de los “pretendientes”, integrada por los descendientes de un ex monarca que nunca han tenido personalmente el poder, pero siguen manteniendo una pretensión al trono: señala que esas personas no tienen derecho a ningún tratamiento especial con arreglo al derecho internacional y deben considerarse como personas privadas (*ibíd.*, pág. 87).

²⁹⁷ Véase, en particular, Verhoeven, “Rapport provisoire”, *ibíd.*, págs. 542 y 543; y Watts, op. cit. (1994), págs. 85 a 87. En el debate en la 13ª Comisión del Instituto de Derecho Internacional, Salmon observó que “el carácter de ese estatuto no es necesariamente “provisional”. Cuando su otorgamiento se funde en una ilegalidad internacional (ocupación ilegal por ejemplo), se justifica que perdure mientras dure la situación ilegal que lo justifica. Si el otorgamiento se funda en convicciones ideológicas en cuanto a la legitimidad del poder que ha obligado al jefe de Estado al exilio, el estatuto durará mientras el Estado de acogida persista en su negativa a reconocer al nuevo régimen” (Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire...*, op. cit., pág. 577).

²⁹⁸ Véase, en particular, Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., págs. 542 y 543, así como la intervención de Salmon, pág. 577. Véase también Watts, op. cit. (1994), págs. 85 a 87.

vinculante para las autoridades que la han hecho. Según esta opinión, el otorgamiento de inmunidad por las autoridades nacionales a un Jefe de Estado extranjero en el exilio debería ser interpretado como “un régimen de naturaleza esencialmente bilateral, análogo a una condición de cortesía, no vinculante, en principio, para terceros Estados” y, como consecuencia, debería distinguirse del tratamiento dado con arreglo al derecho internacional general al Jefe de Estado que efectivamente ejerza su poder²⁹⁹.

vii. Miembros de la familia y miembros del séquito

114. El otorgamiento de inmunidad *ratione personae* con arreglo al derecho internacional a los miembros de la familia y los miembros del séquito de un Jefe de Estado sigue siendo un punto incierto³⁰⁰. Esta inmunidad está reconocida en las leyes nacionales que contienen referencias expresas a la inmunidad del Jefe de Estado, aunque difieren en lo tocante a la determinación de los beneficiarios: El párrafo 1 del artículo 20 de la Ley del Reino Unido sobre las inmunidades de los Estados dispone que se otorga inmunidad a los “miembros de la familia [del Jefe de Estado] que formen parte de su casa” y a sus “sirvientes privados”; el párrafo 1 del artículo 36 de la Ley de Australia sobre las inmunidades de los Estados extranjeros limita dicha inmunidad al “cónyuge del jefe de un Estado extranjero”³⁰¹. La jurisprudencia nacional (en la mayoría de los casos en procesos civiles³⁰²) es limitada y no resulta concluyente, tanto porque los tribunales de distintos foros han expresado opiniones encontradas sobre el punto como porque a menudo los miembros de la familia de que se trataba tenían un cargo oficial propio. Así, por ejemplo, el Tribunal Federal de Suiza otorgó inmunidad a Imelda Marcos, la esposa del ex Presidente de Filipinas, en los términos siguientes:

²⁹⁹ Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 543. [Traducido por la Secretaría.]

³⁰⁰ Tanto Verhoeven (“Rapport provisoire”, op. cit., pág. 530) como Watts (op. cit. (1994), pág. 76) ponen de relieve esta incertidumbre en su tratamiento de la cuestión. En cambio, anteriores escritores reconocen inmunidades de jurisdicción local con respecto a los soberanos y su séquito, véase Hall, op. cit., § 48; T.J Lawrence, *The Principles of International Law*, revisión a cargo de Percy H. Winfield, 7ª edición (Londres, MacMillan and Co, 1924), § 105: “Si surgen algunos casos graves y urgentes entre su séquito, deben ser enviados a su país para ser juzgados.”

³⁰¹ Como se indicó *supra*, ambas disposiciones se fundan en una extensión, con las modificaciones que sean necesarias, de las inmunidades otorgadas al jefe de una misión diplomática. Cabe recordar, a este respecto, que, con arreglo al párrafo 1 del artículo 37 de Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, “los miembros de la familia de un agente diplomático que formen parte de su casa” gozarán, “siempre que no sean nacionales del Estado receptor”, de los privilegios e inmunidades otorgados al agente diplomático, inclusive la inmunidad de jurisdicción penal con arreglo al párrafo 1 del artículo 31.

³⁰² Ya se ha mencionado en términos generales el problema que planea la utilización de precedentes civiles en el contexto del presente estudio. Si bien las decisiones dictadas en causas civiles pueden ayudar a entender el posible alcance de la inmunidad de la familia y los miembros del séquito del jefe de Estado (y, por esa razón, se mencionan *infra*), debe subrayarse que no pueden considerarse concluyentes con respecto a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, especialmente si se adopta una justificación funcional de dicha inmunidad. El hecho de que, a diferencia de los procesos civiles, un enjuiciamiento penal puede llevar a la adopción de penas que afecten a la libertad personal de los miembros de la familia y por consiguiente puede tener una grave repercusión en la independencia del jefe de Estado para el cumplimiento de sus funciones, podría tenerse en cuenta en la determinación de si esta inmunidad es otorgada con arreglo al derecho internacional.

“el derecho internacional consuetudinario siempre ha otorgado a los jefes de Estado y a los miembros de su familia y de su casa que visiten un Estado extranjero, los privilegios de inviolabilidad personal e inmunidad de jurisdicción penal ... Esta inmunidad jurisdiccional también se otorga a un Jefe de Estado que esté visitando un Estado extranjero con carácter privado y también se extiende en tales circunstancias, a los miembros más próximos de su familia que lo acompañen, así como a los miembros de más alto rango del personal de su casa”³⁰³.

115. En 1945, una Alta Corte de la India denegó la inmunidad de tributación en la India Británica a la esposa del gobernante del Estado de Kalsia, argumentando que no podía “extender a la esposa de cada gobernante de cada Estado de la India el reconocimiento de la soberanía de su marido en el pleno sentido de personalidad internacional reconocida por el derecho internacional público”, con lo cual implícitamente sugirió que su conclusión habría sido diferente si ella hubiese estado relacionada con un Jefe de Estado extranjero³⁰⁴. En una causa atinente una demanda de compensación por una expropiación, el Tribunal Civil de Bruselas concluyó que ni la difunta esposa del presidente del Zaire ni sus hijos tenían derecho a inmunidad, señalando, en lo tocante a éstos, que los hijos eran “mayores de edad” y por lo tanto debían ser considerados “personas distintas de su padre”³⁰⁵. En una causa atinente a una solicitud de filiación, el Tribunal Supremo de Austria confirmó la conclusión de los tribunales interiores de que el Jefe de Estado en ejercicio de Liechtenstein tenía derecho a la inmunidad, pero concluyó que no ocurría lo mismo respecto de su hermana y sus dos hermanos, habida cuenta de que ya no podían ser considerados como “los más próximos miembros de la familia de un Jefe de Estado que formaran parte de su casa” y tuvieran derecho a la inmunidad en virtud del derecho internacional consuetudinario³⁰⁶. En causas relativas a miembros de la familia de jefes de Estado, los tribunales de los Estados Unidos han seguido una vez más las opiniones del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, un tribunal de los Estados Unidos desestimó en 1988 una demanda de daños y perjuicios por privación ilegal de libertad y secuestro contra la esposa del presidente de México sobre la base de una sugerencia de inmunidad, señalando que “con arreglo a los principios generales del

³⁰³ *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, pág. 535 (versión inglesa, op. cit., pág. 201). Cabe señalar, empero, que la Sra. Marcos también había tenido un carácter oficial en el gobierno de Filipinas (por haber sido Ministra de Asuntos Sociales y Gobernadora del Distrito Metropolitano de Manila). En su sentencia, el Tribunal Federal se refiere ocasionalmente a los solicitantes como los “ex líderes de un Estado extranjero” y a Filipinas como “el Estado que ellos habían gobernado”.

³⁰⁴ Alta Corte de Allahabad, *Rani Amrit Kunwar v. Commissioner of Income Tax*, 21 de diciembre de 1945, reproducido en *International Law Reports*, vol. 22, págs. 73 a 75. En su sentencia separada, el magistrado Malik hizo referencia a Oppenheim, *International Law*, según el cual “Análogamente se debe otorgar extraterritorialidad a la esposa de un soberano, pero no a otros miembros de la familia de un soberano”, pero consideró preferible la opinión de Bluntschli en el sentido de que la esposa de un soberano no recibiría ese tratamiento especial en el derecho internacional (ibíd., pág. 75).

³⁰⁵ Tribunal Civil de Bruselas (competencia en materia de embargo), *Mobutu v. SA Cotoni*, reproducido en *International Law Reports*, vol. 91, pág. 260 (una de las hijas de Mobutu era menor y el tribunal entendió que el embargo era admisible con respecto al administrador que representaba los intereses de esa hija).

³⁰⁶ Tribunal Supremo, *W. v. Prince of Liechtenstein*, sentencia de 14 de febrero de 2001, 7 Ob 316/00x, párr. 11. Se hizo referencia en particular al artículo 37 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

derecho internacional, los jefes de Estado y los miembros de su familia inmediata tienen inmunidad de proceso”³⁰⁷. Como se describió *supra*, a falta de una sugerencia del Poder Ejecutivo en un proceso civil, se denegó la inmunidad al nieto del gobernante de Abu Dhabi y primogénito del príncipe heredero de Abu Dhabi³⁰⁸. Un tribunal de Distrito también desestimó una acción contra el Príncipe de Gales atendiendo una sugerencia de inmunidad presentada sobre la base de que era el heredero aparente del trono y miembro de la “familia inmediata y la casa” de la Reina del Reino Unido, y que, durante la visita en que habían ocurrido los hechos, debía ser considerado un enviado diplomático oficial presente en los Estados Unidos en una misión diplomática especial³⁰⁹. La doctrina también parece estar dividida sobre la cuestión³¹⁰.

116. La inmunidad de los miembros de la familia y el séquito del Jefe de Estado puede tener una menor justificación dentro de un enfoque funcional de la inmunidad de los jefes de Estado, pero todavía puede estar motivada por la necesidad de preservar la de éstos independencia³¹¹. En todo caso, de los elementos de la práctica de los Estados descritos *supra* (y también por analogía con la posición de los jefes de misión diplomática), parece desprenderse que sólo los miembros más próximos de la familia del Jefe de Estado que formen parte de su casa podrán tener derecho a esta inmunidad (e incluso se ha argumentado que sólo el cónyuge tendría tal derecho)³¹². Sin embargo, a la luz de la práctica fragmentaria, se ha expresado

³⁰⁷ *Kline v. Kaneko*, pág. 788.

³⁰⁸ *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, reproducido en *International Law Reports*, pág. 531.

³⁰⁹ Tribunal de Distrito del Distrito Norte de Ohio, División Este, *Kilroy v. Windsor*, Civ. No. C-78-291, 1978. Los argumentos mencionados en el texto figuraban en la carta del Asesor Jurídico del Departamento de Estado al Fiscal General en la que solicitaba que el Departamento de Justicia presentase una sugerencia de inmunidad con respecto al príncipe (reproducida en *International Law Reports*, vol. 81, pág. 605).

³¹⁰ Véase, en favor de la inmunidad de los miembros de la familia: *Oppenheim's International Law*, H. Lauterpacht (ed.), 8ª edición (Londres, Longmans, Green & Co., 1955), párr. 349 (sólo para la esposa del soberano); Watts, op. cit., pág. 76 (pero, véase también *ibíd.*, págs. 80 y 81, donde considera dudoso que tuvieran derecho a inmunidades y privilegios cuando estuvieran en una visita privada en el extranjero, no en compañía del jefe de Estado); Cahier, op. cit., pág. 337; F. Deák, en M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (Nueva York, St. Martin's Press, 1968), pág. 387. Mallory, op. cit., pág. 188; Mitchell, op. cit., págs. 230 y 231. Véase, contra la inmunidad de los miembros de la familia: Catherine Kessedjian, “Inmunidades”, *Répertoire Dalloz droit international*, 2ª edición (1998), No. 46; Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 550; Fox, “The Resolution of the Institute of International Law”, op. cit., pág. 120 (comentando la resolución del Instituto de Derecho Internacional citada *infra* en el texto).

³¹¹ Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 531, refiriéndose a Cahier, op. cit., pág. 437.

³¹² Véase Watts, op. cit. (1994), págs. 77 y 78, que señala que “una referencia a una persona que forma parte de “la casa” de alguien no tiene el mismo significado en el contexto de los miembros de la familia de un Jefe de Estado que en relación con los miembros de la familia de un embajador. En las circunstancias de una misión diplomática, puede pensarse que la calidad de miembro de la casa de un embajador requiere un elemento de dependencia respecto del embajador, y la residencia bajo el mismo techo. Pero las circunstancias de un Jefe de Estado pueden ser muy diferentes; si se trata de un monarca, bien puede considerarse que su casa comprende a los miembros adultos de la familia real inmediata que, aun cuando vivan en una morada separada de la del monarca, de todos modos participan en el ejercicio de ciertas funciones reales de carácter constitucional y representativo y prestan asistencia en ellas”. Véase, empero, la conclusión del Tribunal Supremo de Austria en la causa *W. v. Prince of Liechtenstein* descrita *supra*, párr. 115.

autorizadamente la opinión de que las inmunidades y privilegios se otorgan a los miembros de la familia de los jefes de Estado sobre la base de la cortesía internacional, y no de conformidad con normas establecidas de derecho internacional. Ésta era la posición del Relator Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes³¹³ y del Instituto de Derecho Internacional, cuya resolución sobre el tema de las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y de gobierno en el derecho internacional dispone lo siguiente:

“Ni los miembros de la familia ni los miembros del séquito del Jefe de Estado gozan de inmunidad ante las autoridades de un Estado extranjero, a menos que se les otorgue por razones de cortesía. Ello es sin perjuicio de las inmunidades de que puedan gozar en otro carácter, en particular, como miembros de una misión especial, mientras que acompañen a un Jefe de Estado en el extranjero³¹⁴.”

117. Con arreglo al artículo 39 de la Convención de 1969 sobre las Misiones Especiales, los miembros de las familias de los representantes del Estado que envía en la misión especial (inclusive el Jefe de Estado, en el caso previsto en el párrafo 1 del artículo 21), si acompañan a esos miembros de la misión especial y siempre que no sean nacionales del Estado receptor o no tengan en él residencia permanente, gozarán de los privilegios e inmunidades especificados en la Convención, inclusive la inmunidad de jurisdicción penal extranjera con arreglo al párrafo 1 del artículo 31³¹⁵.

b) *Jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores*

118. En la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en la causa de la *Orden de detención* hay un pronunciamiento categórico en favor de la inmunidad *ratione personae* de los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores:

“en el derecho internacional está firmemente establecido que, al igual que los agentes diplomáticos y consulares, determinados titulares de altos cargos en un Estado, tales como el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, gozan de inmunidades de jurisdicción en otros Estados, en materia civil y penal³¹⁶”.

119. En esa causa, la Corte consideró que las disposiciones de la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas y la Convención sobre las Misiones Especiales, a las que habían hecho referencia las partes en el proceso, brindaban una útil orientación sobre determinados aspectos de la cuestión de las inmunidades, pero señaló que no contenían ninguna disposición que definiera específicamente las inmunidades de que goza un ministro de relaciones exteriores. Consiguientemente,

³¹³ Véase Informe preliminar por Motoo Ogiso, Relator Especial (A/CN.4/415 y Corr.1), párr. 49, en *Anuario... 1988*, vol. II (Primera parte), pág. 107. Véase también el comentario de la CDI en *Anuario... 1989*, vol. II (Segunda parte), pág. 110, párr. 446. Para el debate en la CDI, véase la Primera parte del presente estudio, sección C.2 *supra*.

³¹⁴ Artículo 5 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional.

³¹⁵ Como explicó la CDI en su comentario al correspondiente proyecto de artículo, esta disposición se inspira en el párrafo 1 del artículo 37 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, pero omite las palabras “que formen parte de su casa” (*Anuario... 1967*, vol. II, pág. 378), pues la CDI estimó que, “dadas las características de las misiones especiales, hay que prever la posibilidad de que sus miembros se hagan acompañar por personas de su familia que normalmente no formen parte de su casa” (*ibid.*, pág. 378).

³¹⁶ *Arrest Warrant*, párr. 51.

la Corte tuvo que decidir esta cuestión sobre la base del derecho internacional consuetudinario³¹⁷. Vale la pena citar íntegramente su motivación sobre este punto:

“En el derecho internacional consuetudinario, las inmunidades otorgadas a los ministros de relaciones exteriores no se otorgan para su beneficio personal, sino para asegurar el eficaz desempeño de sus funciones en representación de sus respectivos Estados. A fin de determinar el alcance de esas inmunidades, la Corte debe, por lo tanto, considerar en primer lugar la naturaleza de las funciones ejercidas por un ministro o una ministra de relaciones exteriores. Está a cargo de las actividades diplomáticas de su gobierno y generalmente actúa como su representante en las negociaciones internacionales y las reuniones intergubernamentales. Los embajadores y demás agentes diplomáticos desempeñan sus funciones bajo su autoridad. Sus actos pueden obligar al Estado representado, y hay una presunción de que un ministro de relaciones exteriores, simplemente en virtud de dicho cargo, tiene plenos poderes para actuar en nombre del Estado (véase, por ejemplo, el apartado *a*) del párrafo 2 del artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados). En el cumplimiento de esas funciones, frecuentemente debe viajar internacionalmente, y por lo tanto debe estar en condiciones de hacerlo libremente siempre que surja la necesidad. También debe estar en constante comunicación con el gobierno, así como con sus misiones diplomáticas en todo el mundo, y tener en todo tiempo capacidad para comunicarse con los representantes de otros Estados. La Corte observa además que un ministro de relaciones exteriores, responsable de la conducción de las relaciones de su Estado con todos los demás Estados, ocupa un puesto de carácter tal que, como el Jefe de Estado o el jefe de gobierno, es reconocido con arreglo al derecho internacional como representante del Estado únicamente en virtud de su cargo. No tiene que presentar cartas credenciales: por el contrario, por lo general es el ministro quien determina los poderes que han de conferirse a los agentes diplomáticos y refrenda sus cartas credenciales. Por último, los encargados de negocios se acreditan ante el Ministro de Relaciones Exteriores.

Consiguientemente, la Corte concluye que las funciones de un ministro de relaciones exteriores son de un carácter tal que, durante todo el tiempo en que desempeñe su cargo, goza, mientras se encuentre en el extranjero de inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad totales. Esa inmunidad y esa inviolabilidad protegen a la persona de que se trata contra cualquier acto de autoridad de otro Estado que pueda obstaculizarla en el cumplimiento de sus funciones³¹⁸.”

120. En otras palabras, la Corte se ajustó a una justificación funcional de la inmunidad *ratione personae* otorgada al ministro de relaciones exteriores: a la luz de sus funciones diplomáticas y representativas, que se le reconocen con arreglo al derecho internacional únicamente en virtud de su cargo, se determinó que debía realizar frecuentemente viajes internacionales y tenía una constante necesidad de comunicarse con su gobierno y con los representantes de los demás Estados.

121. Las conclusiones de la Corte constituyen una determinación autorizada del estado del derecho internacional consuetudinario con respecto a la inmunidad *ratione personae* del ministro de relaciones exteriores, que podría utilizarse, *mutatis*

³¹⁷ Ibid., párr. 52.

³¹⁸ Ibid., párrs. 53 y 54.

mutandis, para justificar la inmunidad del jefe de gobierno en ejercicio. De hecho, han sido tomadas como base de decisiones judiciales nacionales posteriores. En particular, el Tribunal de Casación de Bélgica no hizo lugar a una denuncia penal contra el Sr. Sharon, Primer Ministro de Israel en ejercicio, fundándose en que éste gozaba de inmunidad de jurisdicción penal ante los tribunales de Bélgica³¹⁹.

122. De todos modos, debería ponerse de relieve que antes del pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia se habían expresado algunas dudas acerca de si las inmunidades generalmente reconocidas al Jefe de Estado podían extenderse a los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores. Se hicieron eco de esas dudas algunos magistrados en las opiniones que anexaron a la sentencia dictada en la causa de la *Orden de detención*³²⁰. En su opinión separada conjunta, los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal señalaron que tradicionalmente la inmunidad del Jefe de Estado se fundaba en su condición, en base a la cual era percibido como personificando al Estado soberano³²¹ y concluyeron que no encontraban “fundamento alguno al argumento según el cual los ministros de relaciones exteriores tienen derecho a las mismas inmunidades que los jefes de Estado”³²². Refiriéndose a los trabajos de la CDI y el Instituto de Derecho Internacional, dichos magistrados concordaron con la Corte en que “el objeto de las inmunidades otorgadas a los ministros de relaciones exteriores en el derecho internacional consuetudinario es permitirles que ejerzan libremente sus funciones por cuenta de sus respectivos Estados”, pero opinaron que un ministro de relaciones exteriores sólo “tiene derecho a la plena inmunidad durante las visitas oficiales que haga en el ejercicio de sus funciones” o “cada vez que ejerza las funciones requeridas por su cargo y cualquiera sea el lugar en que las ejerza”³²³. Sin embargo, consideraron que “la respuesta a las preguntas de si también tiene derecho a inmunidades durante sus viajes privados y de cuál es el alcance de esas eventuales inmunidades, es mucho menos clara” y concluyeron que “no puede estar sujeto a medidas que le impedirían ejercer eficazmente las funciones de un ministro de relaciones exteriores”, como la detención o el arresto³²⁴.

³¹⁹ *H.S.A. et al. v. S.A. et al.*, decisión relativa a la acusación de Ariel Sharon, Amos Yaron y otros, No. P.02.1139.f, 12 de febrero de 2003, reproducida en *International Legal Materials*, vol. 42, No. 3 (2003), págs. 596 a 605. Si bien es cierto que las autoridades belgas estaban en una situación especial, en la medida en que la sentencia de la Corte en la causa del *Arrest Warrant* era vinculante para Bélgica con arreglo al artículo 59 del Estatuto de la Corte, en esta causa realmente se aplicó un principio más amplio, pues se refería a la inmunidad de jurisdicción penal de un jefe de gobierno. El Tribunal de Casación no hizo referencia a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en su decisión.

³²⁰ Some comentaristas también han criticado la sentencia de la Corte por esos fundamentos, véase: Maurice Kamto, “Une troublante ‘Immunité totale’ du Ministre des affaires étrangères”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), págs. 519 a 523; Jean Salmon, “Libres propos sur l’arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l’affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000, R.D.C. c. Belgique”, *Revue belge de droit international*, 2002, pág. 513; Jan Wouters, “The Judgment of the International Court of Justice in the Arrest Warrant case: Some Critical Remarks”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), págs. 256 a 258.

³²¹ Opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 80.

³²² *Ibid.*, párr. 81.

³²³ *Ibid.*, párr. 83. Como señalaron los magistrados, ello también fue reconocido por el juez de instrucción belga en la orden de detención de 11 de abril de 2000, que era el objeto de la controversia.

³²⁴ *Ibid.*, párr. 84. Por consiguiente, estos magistrados opinaron que, habida cuenta de que “la orden de detención de 11 de abril de 2000 era directamente ejecutable en Bélgica y habría obligado a

123. En su opinión disidente, el magistrado Al-Khasawneh expresó la opinión de que, en lo tocante a la inmunidad de proceso penal, la posición del ministro de relaciones exteriores estaba “lejos de ser clara”, habida cuenta, en particular, de “la total ausencia de precedentes”³²⁵, y que no podía asimilarse ni a las de los representantes diplomáticos (cuya inmunidad dependía de la acreditación discrecional por el Estado receptor)³²⁶ ni a la del Jefe de Estado (que es percibido como personificación del Estado)³²⁷. Según el magistrado Al-Khasawneh,

“un ministro de relaciones exteriores tiene derecho a la inmunidad de ejecución cuando se encuentre en misión oficial pues de no ser así la diplomacia no podría ser conducida sin trabas, pero no se puede considerar en modo alguno, cualesquiera sean los criterios objetivos que se apliquen, que la iniciación de investigaciones penales a su respecto constituya una injerencia en la conducción de la diplomacia”³²⁸.

124. La magistrada ad hoc van den Wyngaert llegó a una conclusión análoga en su opinión disidente, argumentando que “ningún elemento” respalda la afirmación según la cual existe una regla de derecho internacional consuetudinario que ponga a los ministros de relaciones exteriores al abrigo del enjuiciamiento penal³²⁹. También criticó las analogías formuladas por la Corte entre las inmunidades de los agentes diplomáticos (que residen y ejercen sus funciones en el territorio del Estado receptor, luego de una acreditación)³³⁰ y las de los jefes de Estado (que “personifican” al Estado y son el “*alter ego* del Estado”)³³¹. La magistrada sugirió que “ciertamente la idea de que se deberían otorgar a un ministro de relaciones exteriores los mismos privilegios e inmunidades que a un Jefe de Estado está impregnada de sensatez política, pero tal principio puede también derivar de la cortesía”. A su juicio, en virtud de la aplicación del principio contenido en el artículo 21 de la Convención sobre las Misiones Especiales, no se podría ejecutar una orden de detención contra un ministro de relaciones exteriores cuando se

las autoridades policiales a detener al Sr. Yerodia si hubiese visitado dicho país por razones no oficiales... la sola emisión de la orden debe, por consiguiente, considerarse una infracción de la inviolabilidad a que el Sr. Yerodia tenía derecho mientras desempeñara el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores del Congo” (ibíd.).

³²⁵ Opinión disidente del magistrado Al-Khasawneh, ibíd., párr. 1

³²⁶ Ibíd., párr. 1.

³²⁷ Ibíd., párr. 2.

³²⁸ Ibíd., párr. 4. El magistrado Al-Khasawneh también basó su argumento en el hecho de que la inmunidad es por definición una excepción a la norma general según la cual el hombre es responsable jurídica y moralmente por sus acciones y, dado ese carácter, debe ser definida estrictamente (ibíd., párr. 3). Su conclusión fue que dicha orden de detención emitida contra el Sr. Yerodia no constituía una violación de obligaciones que Bélgica tuviese con respecto a la República Democrática del Congo, pues contenía disposiciones expresas según las cuales no debía ser ejecutada si el Sr. Yerodia se encontraba en territorio belga en una misión oficial (ibíd., párr. 4).

³²⁹ Opinión disidente de la magistrada ad hoc van den Wyngaert, ibíd., párr. 10, y párr. 11. Más concretamente, la magistrada van den Wyngaert observó que “no hay ninguna práctica bien establecida (*usus*) en cuanto a la supuesta inmunidad “total de los ministros de relaciones exteriores” y que una “práctica negativa” de los Estados no podría, en cuanto tal, considerarse como la manifestación de una *opinio juris* (ibíd., párr. 13).

³³⁰ Ibíd., párr. 15.

³³¹ Ibíd., párr. 16.

encuentre en una visita oficial (inmunidad de ejecución), pero el derecho internacional no impide que se ejerza una acción penal contra él³³².

125. Como se señaló *supra*, la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes contiene una disposición que salvaguarda los privilegios e inmunidades otorgados con arreglo al derecho internacional a los jefes de Estado *ratione personae*, pero no dice nada sobre las inmunidades de los demás funcionarios del Estado. Los debates que tuvieron lugar sobre esta disposición durante los trabajos preparatorios, que se describieron en la Primera parte³³³, indican que la CDI había dejado esta cuestión sin resolver. La Convención de 1969 sobre las Misiones Especiales parece sugerir que con arreglo al derecho internacional general se otorgan determinadas facilidades, privilegios e inmunidades a los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores. Según el párrafo 2 del artículo 21 de dicha Convención:

“El jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y demás personalidades de rango elevado, cuando participen en una misión especial del Estado que envía, gozarán en el Estado receptor o en un tercer Estado, además de lo que otorga la presente Convención, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional.”

126. Sin embargo, la Convención no indica cuáles son esas facilidades y esos privilegios e inmunidades (y, en particular, no especifica si comprenderían la inmunidad de jurisdicción penal) y la CDI, en su comentario al correspondiente proyecto de artículo, no dio explicación alguna acerca de la naturaleza y el alcance que podrían tener³³⁴. En la preparación del proyecto, el Relator Especial dijo que no había encontrado normas especialmente aplicables a las “misiones especiales de alto nivel” fuera de “las relacionadas con el tratamiento de esas personas distinguidas en su propio Estado, no sólo en lo tocante a la cortesía que se les otorga, sino además en lo tocante al alcance de los privilegios e inmunidades”³³⁵. En todo caso, está claro que los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores que participen en una misión especial (o la encabecen) gozarán de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor, según se reconoce en el artículo 31 de la Convención.

127. En la práctica de los Estados son pocos los casos relativos a la inmunidad de los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores. Las leyes nacionales que contemplan expresamente la inmunidad del Jefe de Estado por lo general no contienen una disposición análoga aplicable al jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores³³⁶. En el *Restatement (Second) of the Foreign Relations Law of*

³³² *Ibid.*, párrs. 18 y 22. En apoyo de su crítica de la posición de la Corte sobre la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores, la magistrada también hizo referencia a la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, 1973 (*ibid.*, párr. 19), la doctrina jurídica (*ibid.*, párr. 20) y los trabajos del Instituto de Derecho Internacional (*ibid.*, párr. 21).

³³³ Véase la Primera parte, sección C.2 *supra*.

³³⁴ Párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 21 en *Anuario...*, 1967, vol. II, pág. 373, que se limita a señalar que el párrafo 2 de dicho artículo establece una regla análoga a la que es aplicable a los jefes de Estado que encabezan una misión (comprendida en el párrafo 1).

³³⁵ *Tercer informe de Milán Bartoš, Relator Especial (A/CN.4/189 y Add.1 y 2)*, en *Anuario...* 1966, vol. II, párr. 272.

³³⁶ Véase el artículo 20 de la Ley del Reino Unido de 1978 sobre las inmunidades de los Estados y el artículo 36 de la Ley de Australia de 1985 sobre las inmunidades de los Estados extranjeros.

the United States, por otro lado, se consideró que el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores gozaban de la misma inmunidad que el Jefe de Estado respecto de los actos oficiales y los actos privados³³⁷. La jurisprudencia interna es limitada y se refiere principalmente a causas civiles³³⁸. Un tribunal de Francia, en 1961, si bien por un lado no hizo lugar a la inmunidad invocada por un Ministro de Estado de Arabia Saudita en un proceso civil, pareció sugerir que se habría otorgado dicha inmunidad si la persona hubiese sido un ministro de relaciones exteriores³³⁹. En 1963, un tribunal de los Estados Unidos desestimó una acción civil presentada contra el Sr. Kim Yong Shik, Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Corea, durante su tránsito por el Estado de Hawaii en el curso de una visita oficial a los Estados Unidos, sobre la base de una sugerencia de inmunidad presentada por el Poder Ejecutivo, que había argumentado que “[c]on arreglo al derecho internacional consuetudinario, reconocido y aplicado en los Estados Unidos, el jefe de un gobierno extranjero, su ministro de relaciones exteriores y las personas designadas por él como miembros de su séquito oficial tienen inmunidad de jurisdicción frente a los tribunales federales y de los Estados miembros de los Estados Unidos” y que “el Departamento de Estado reconoce el estatuto diplomático del Excelentísimo Señor Kim Yong Shik, en ocasión de su visita a los Estados Unidos”.³⁴⁰ En 1988, otro tribunal de los Estados Unidos desestimó una demanda de indemnización por muerte, lesiones personales y daños a los bienes a los bienes causados por un bombardeo aéreo a la Jamahiriya Árabe Libia dirigida contra, entre otras personas, la Sra. Thatcher, Primera Ministra del Reino Unido en ejercicio, concluyendo que la sugerencia de inmunidad presentada por el Departamento de Estado respecto de ella era concluyente sobre ese punto³⁴¹. En 2001, un Tribunal de Distrito de los Estados Unidos aceptó una sugerencia de inmunidad presentada por el Poder Ejecutivo en

³³⁷ Véase *Restatement (Second) of the Foreign Relations Law of the United States* (St. Paul, American Law Institute, 1962), párr. 66, págs. 200 y 202. Los tribunales de los Estados Unidos se han referido al *Restatement* incluso en tiempos recientes: véase *Lafontant v. Aristide*, pág. 133.

³³⁸ La sentencia en la causa *The Schooner Exchange v. McFaddon* contenía una referencia a “la inmunidad que todas las naciones civilizadas otorgan a los ministros extranjeros [en inglés, “*foreign ministers*”]”, que a veces se ha invocado para justificar la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores [cuyo equivalente inglés también puede ser “*foreign ministers*”] (véase, por ejemplo, la sugerencia de inmunidad presentada por el Poder Ejecutivo en la causa *Tachiona v. Mugabe*, reproducida en *American Journal of International Law*, vol. 95, pág. 874). Sin embargo, la lectura de la sentencia revela que en ese caso la Corte Suprema de los Estados Unidos utilizó la expresión “*foreign minister*” para referirse más bien a los representantes diplomáticos del soberano residentes en un Estado extranjero, págs. 138 y 139.

³³⁹ Tribunal de Apelaciones de París, *Ali Ali Reza v. Grimpel*, sentencia de 28 de abril de 1961, reproducida en *International Law Reports*, vol. 47, págs. 275 a 277 (versión original en francés en *Revue générale de droit international public* (1962), pág. 418), citada e interpretada en la misma forma que en el texto por Watts, op. cit., pág. 106. El tribunal indicó que “el estatuto de Ali Ali Reza como Ministro de Estado y no Ministro de Relaciones Exteriores no es suficiente para asegurarle el beneficio de” la inmunidad como enviado de un gobierno extranjero; pág. 276.

³⁴⁰ Tribunal de Circuito del Primer Circuito (Estado de Hawaii), *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, acción civil No. 12565, sentencia de 9 de septiembre de 1963. El texto de la sugerencia de inmunidad está reproducido en *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), págs. 186 y 187, bajo el epígrafe “Exención de jurisdicción – misiones especiales”.

³⁴¹ *Saltany v. Reagan*, reproducido en *International Law Reports*, vol. 80, pág. 21. Se procuraba responsabilizar a la Sra. Thatcher porque el Gobierno del Reino Unido había dado permiso para que aviones de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos con base en el Reino Unido partieran de sus bases a fin de participar en la misión y retornasen a ellas.

beneficio de, entre otras personas, el Ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio de Zimbabwe, en una acción colectiva iniciada, entre otros fundamentos, con arreglo a la Ley sobre demandas de extranjeros por ilícitos civiles (*Alien Tort Claims Act*)³⁴². Como se mencionó *supra*, el hecho de que la cantidad de casos que comprende esta práctica sea escasa fue invocada por algunos magistrados de la Corte Internacional de Justicia para considerar que no estaban probados el *usus* y la *opinio juris* necesarios para la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. En cambio, expresó una interpretación diferente el Relator del Instituto de Derecho Internacional, que señaló que, si bien había pocas decisiones que confirmaran las inmunidades de los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, “no había, empero, ninguna decisión que contradijera dichas inmunidades, lo que daba lugar a la creencia de que dichas inmunidades eran generalmente reconocidas”³⁴³.

128. La doctrina parece estar dividida sobre la cuestión. Sin embargo, parece haber una solución ampliamente aceptada, a saber, que los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores gozan de inmunidad *ratione personae*, o por lo menos de una inviolabilidad absoluta, cuando se encuentren en visita oficial, conclusión que asimismo es confirmada por el artículo 31 de la Convención de 1969 sobre las Misiones Especiales mencionado *supra*³⁴⁴. Más allá de ese punto, las posiciones son divergentes. Los que afirman la existencia de inmunidad incluso en visitas privadas (o cuando la persona esté ausente del Estado del foro) se fundan, en particular, en la justificación funcional de la inmunidad del Jefe de Estado y no encuentran obstáculos para ampliar dicha inmunidad de modo de abarcar a los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, cuyas funciones internacionales son por lo general tan importantes como las del Jefe de Estado (si no más importantes que

³⁴² *Tachiona v. Mugabe*, pág. 297. La acción representativa [“*class action*”] también se refería al Sr. Mugabe, Presidente de Zimbabwe, a la Unión Nacional Africana de Zimbabwe-Frente Patriótico y a otros altos funcionarios de Zimbabwe.

³⁴³ Verhoeven, “Rapport provisoire”, Instituto de Derecho Internacional, op. cit., pág. 546 [traducido por la Secretaría]. Verhoeven mantuvo esta posición después de la sentencia de 2002, apoyando el razonamiento de la Corte: “Nadie discutirá que en el caso la práctica sobre la cual debe apoyarse una regla consuetudinaria no es demasiado explícita. No obstante, sigue siendo cierto que no se conoce ningún caso en el cual un ministro de relaciones exteriores haya sido acusado penalmente y juzgado en el extranjero, que en los pocos casos conocidos en que algunos lo han intentado, se le reconoció sin ambigüedad una inmunidad de jurisdicción y que, en su enorme mayoría, la doctrina da fe de su existencia. También es cierto que el ejercicio de las responsabilidades de un ministro de relaciones exteriores correría el riesgo de verse singularmente comprometido si pudiera en cualquier momento ser objeto de acusaciones penales en el extranjero. Por lo tanto, no hay que asombrarse de que la Corte no haya controvertido en principio su inmunidad de jurisdicción.” (Joe Verhoeven, “Quelques réflexions sur l’affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), pág. 532). Véase también Gionata P. Buzzini, *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume. Essai de conceptualisation d’une réalité aux contours fluctuants*, tesis de doctorado, No. 741, Universidad de Ginebra (Graduate Institute of International Studies), 2007, págs. 266 a 268 y 292 a 294. El autor considera que el razonamiento deductivo utilizado por la Corte Internacional de Justicia en la causa del *Arrest Warrant* estaba justificado, porque las conclusiones a las que condujo no están en contradicción con la práctica internacional.

³⁴⁴ Como se ha descrito anteriormente en el texto, esta conclusión fue apoyada incluso por los magistrados de la minoría en la sentencia de la Corte en la causa del *Arrest Warrant*, aun cuando parece haber algunas divergencias acerca de si se debería reconocer sólo la inviolabilidad, o también la inmunidad de jurisdicción penal. Véase también: Watts, op. cit. (1994), pág. 106; Wouters, op. cit., pág. 256 (después de la sentencia en la causa del *Arrest Warrant*).

éstas)³⁴⁵. Por el contrario, quienes rechazan la ampliación de la inmunidad *ratione personae* de modo de abarcar a esas dos categorías de funcionarios del Estado hacen hincapié, en cambio, en el especial carácter representativo del Jefe de Estado, y su posición única como personificación del Estado mismo³⁴⁶.

129. La labor del Instituto de Derecho Internacional sobre esta cuestión merece una consideración separada. El Relator y la 13ª Comisión opinaron que el derecho internacional otorgaba al jefe de gobierno y al ministro de relaciones exteriores una inviolabilidad y una inmunidad de jurisdicción análogas a las del Jefe de Estado, y habían propuesto un proyecto de artículo que contenía disposiciones acordes con esa opinión³⁴⁷. Sin embargo, dicho artículo fue posteriormente revisado de modo de hacer referencia expresa sólo al jefe de gobierno e incorporar una cláusula de salvaguardia respecto de los demás miembros del gobierno (inclusive el ministro de relaciones exteriores)³⁴⁸. En el debate en el plenario, se oyeron varias voces en favor

³⁴⁵ Particularmente, Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., págs. 543, 544 y 546. Véase también: Chanaka Wickremasinghe, “Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations”, en Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, 2ª edición (Oxford, Oxford University Press, 2006), pág. 408 (después de la sentencia en la causa del *Arrest Warrant*).

³⁴⁶ Particularmente, Watts, op. cit. (1994), págs. 102 y 103 (“los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, si bien son figuras importantes y de alto rango, no simbolizan ni personifican a sus Estados en la forma en que lo hacen los jefes de Estado. Consiguientemente, no gozan en el derecho internacional de ningún derecho a un tratamiento especial en virtud de cualidades de soberanía o majestad que sean inherentes a ellos personalmente”). Véase también: Michael Bothe, “Die Strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), págs. 264 y 265; Adam Day, “Crimes against Humanity as a Nexus of Individual and State Responsibility: Why the ICJ Got *Belgium v. Congo* Wrong”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22 (2004), págs. 498 y 499 (después de la sentencia en la causa del *Arrest Warrant*); Prouvéze, op. cit. (2002), págs. 296 y 297 (criticando el razonamiento de la Corte); Wouters, op. cit., pág. 257 (criticando el razonamiento de la Corte). En *Pinochet* (No. 3) (p. 644), Lord Millett expresó la opinión de que el Jefe de Estado en funciones goza de dicha inmunidad *ratione personae* “en razón de su condición especial como titular del cargo más alto de su Estado. Es visto como la personificación individual del Estado mismo”; de ello se deriva que, según él, esa inmunidad “no corresponde a los jefes de gobierno en funciones que no sean también jefes de Estado”.

³⁴⁷ Para la posición del Relator, véase Verhoeven, “Rapport provisoire”, Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, op. cit., págs. 543 a 547 y 550 (punto viii) (véase también Verhoeven, “Rapport définitif”, ibid., pág. 595). En el posterior debate en la 13ª Comisión, las opiniones del Relator fueron explícitamente apoyadas por Valticos (ibid., págs. 555), Salmon (ibid., págs. 577 y 578), Sucharitkul (ibid., pág. 582) y Morin (ibid., págs. 584 y 585). Tomuschat previno contra el uso de la expresión “*mutatis mutandis*” en este contexto (ibid., pág. 587). El artículo presentado al plenario, que se mantuvo entre corchetes habida cuenta de que excedía del mandato de la Comisión, disponía lo siguientes:

“El jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores de un Estado extranjero gozan, en el territorio del foro, de una inviolabilidad, así como de una inmunidad de jurisdicción y de una inmunidad de medidas de ejecución análoga a las que se reconocen, en la presente Resolución, al Jefe de su Estado.” (Ibid., págs. 610 y 611; versión francesa ibid., pág. 606).

³⁴⁸ Véase el artículo 15 del proyecto de resolución revisado No. 1 (ibid., pág. 646; versión francesa ibid., pág. 640), cuyo texto es análogo al de la resolución definitiva reproducida *infra* en el texto (aunque reconocía la inmunidad de ejecución al jefe de gobierno: una referencia que posteriormente se suprimió, probablemente teniendo en cuenta las observaciones de Gaja en el plenario). El *Annuaire* no contiene una justificación formal de la exclusión de los ministros de relaciones exteriores en la parte sustantiva Parte del artículo 15, pero las explicaciones dadas por Salmon durante el debate en el plenario, confirmadas por el Relator, sugieren que dicha revisión estuvo motivada por el alcance del mandato de la Comisión, más que por la convicción

de la inmunidad de una de esas categorías de funcionarios del Estado, o de ambas³⁴⁹. La resolución final del Instituto de Derecho Internacional dispone lo siguiente:

“1. El jefe de gobierno de un Estado extranjero goza de la misma inviolabilidad y la misma inmunidad de jurisdicción que se reconocen, en la presente resolución, al Jefe del Estado. Esta disposición es sin perjuicio de la inmunidad de ejecución que corresponda a un jefe de gobierno

2. El párrafo 1 es sin perjuicio de las inmunidades a que tengan derecho otros miembros del gobierno en razón de sus funciones oficiales.”

i. Determinación de si una persona es jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores

130. La determinación, a los efectos del otorgamiento de inmunidad, de si la persona de que se trata es un jefe de gobierno o un ministro de relaciones exteriores de otro Estado no parece plantear ningún problema jurídico específico. De todos modos, las observaciones formuladas *supra* con respecto a la determinación de la condición de Jefe de Estado (particularmente en relación con el papel del reconocimiento) también son válidas para estas otras dos categorías de funcionarios³⁵⁰.

ii. Miembros de la familia y miembros del séquito

131. No parece haber una práctica de los Estados relativa al otorgamiento de inmunidad a la familia y a los miembros del séquito de los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores³⁵¹. Se ha sugerido que las mismas consideraciones mencionadas *supra* en relación con la familia y el séquito del Jefe de Estado serían pertinentes en este contexto³⁵². En todo caso, el artículo 39 de la Convención de 1969 sobre las Misiones Especiales, que otorga privilegios e inmunidades a los

de que el ministro de relaciones exteriores no gozaba de inmunidades comparables a las del jefe de gobierno (*ibíd.*, págs. 677 y 678).

³⁴⁹ Para ese debate, véase *ibíd.*, págs. 674 a 679. Véanse, en particular, las declaraciones de Morin, Sahovic (que, empero, expresó algunas dudas con respecto a la formulación de las disposiciones), Gaja (que creía, empero, que no se otorgaba inmunidad de ejecución al jefe y otros miembros del gobierno), McWhinney, Lalive, Salmon, Shahabuddeen (que observó que, sin esa disposición, la resolución no tendría importancia funcional para varias partes del mundo, tales como el Caribe, el Canadá y el Reino Unido; dijo también, empero, que algunos elementos del texto del artículo no correspondían de hecho a lo que en general ocurría en la práctica de los Estados) y Torres Bernárdez. Franck opinaba que el Instituto de Derecho Internacional no debía tomar posición antes de la conclusión de la causa del *Arrest Warrant* ante la Corte Internacional de Justicia.

³⁵⁰ Mientras que por lo común la identificación de un Jefe de Estado es sencilla, la determinación de si una persona es un funcionario del Estado distinto del Jefe de Estado puede resultar más difícil de realizar, pues tal vez requiera un examen más profundo de la estructura interna del Estado de que se trate. Sin embargo, respecto del jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores la información por lo común es fácil de obtener y no debería plantear problemas particulares. En los países en los cuales el poder judicial sigue las sugerencias de inmunidad del Poder Ejecutivo para el establecimiento de la inmunidad del jefe de Estado, los tribunales también consideran determinantes tales sugerencias de inmunidad con respecto al jefe de gobierno y al ministro de relaciones exteriores: véanse, para los Estados Unidos, las causas *Saltany v. Reagan* y *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim* mencionadas *supra*.

³⁵¹ Verhoeven, “Rapport provisoire”, *op. cit.*, pág. 547.

³⁵² *Ibid.*

miembros de las familias de representantes del Estado que envía en una misión especial (siempre que acompañen a dichos representantes y no sean nacionales del Estado receptor ni tengan residencia permanente en él) también sería aplicable a las familias de los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores que participen en tales misiones.

c) *Otros funcionarios de alto rango*

132. Se ha sugerido que otros funcionarios de alto rango del Estado (en particular, otros ministros o miembros del Gabinete) gozarían de inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* mientras estuvieran en ejercicio de sus funciones. En su afirmación de carácter general mencionada *supra*, con arreglo a la cual “determinados titulares de altos cargos en un Estado, *tales como* el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, gozan de inmunidades de jurisdicción en otros Estados”³⁵³, la Corte Internacional de Justicia pareció dejar la puerta abierta a esa posibilidad. Sin embargo, su posterior fundamentación en lo tocante al ministro de relaciones exteriores deja en claro que, en opinión de la Corte, el criterio de “de alto rango” no es concluyente en sí mismo, y que la naturaleza de las funciones desempeñadas por el funcionario del Estado y las circunstancias en que tales funciones se llevan a cabo cumplen un papel determinante en el otorgamiento de inmunidad: al llegar a su conclusión, la Corte insistió en las funciones diplomáticas y representativas de un ministro de relaciones exteriores a nivel internacional y en el hecho de que frecuentemente debe viajar al extranjero³⁵⁴.

133. Como se señaló con respecto a los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, la disposición de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes que salvaguarda la inmunidad *ratione personae* de los jefes de Estado no hace referencia a otros funcionarios, pero los trabajos preparatorios indican que la CDI había dejado la cuestión abierta³⁵⁵. En general, las leyes nacionales que contemplan expresamente la inmunidad del Jefe de Estado no otorgan una inmunidad análoga a los demás funcionarios del Estado³⁵⁶. El *Restatement (Second) of the Foreign Relations Law of the United States*, que reconoció la inmunidad *ratione personae* de los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, consideró que la inmunidad de los demás ministros públicos, funcionarios o agentes del Estado estaba limitada a los actos realizados en su carácter oficial³⁵⁷. En las actuaciones orales ante la Corte Internacional de Justicia en la causa *Djibouti c. Francia*, ambas partes parecieron concordar en que ni el Fiscal ni el Jefe de Seguridad Nacional de la República de Djibouti gozarían en su calidad de tales de inmunidad *ratione personae* con arreglo

³⁵³ *Arrest Warrant*, párr. 51 (cursiva añadida).

³⁵⁴ *Ibid.*, párrs. 53 a 55.

³⁵⁵ Véase la Primera parte, sección C.2 *supra*.

³⁵⁶ Véanse el artículo 20 de la Ley del Reino Unido de 1978 sobre las inmunidades de los Estados y el artículo 36 de la Ley de Australia de 1985 sobre las inmunidades de los Estados extranjeros.

³⁵⁷ Véase *Restatement (Second) of the Foreign Relations Law of the United States*, párr. 66, pág. 200.

al derecho internacional³⁵⁸. Esto fue claramente confirmado por la Corte en su sentencia de 4 de junio de 2008³⁵⁹.

134. Una vez más en este caso, la jurisprudencia no parece ser concluyente. Se ha informado, por ejemplo, de que los tribunales franceses han denegado la inmunidad a un ministro de Estado³⁶⁰ y a un ministro del interior³⁶¹ de gobiernos extranjeros. En 1987, un Tribunal de Distrito de los Estados Unidos adoptó la inusual medida de rechazar una sugerencia de inmunidad presentada por el Departamento de Estado en beneficio del Sr. Ordóñez, Procurador General de Filipinas, a quien se le había notificado de una citación bajo apercibimiento que lo obligaba a comparecer para una deposición en el contexto de un proceso civil. La Corte señaló que el argumento del gobierno según el cual el Sr. Ordóñez tenía “derecho a una inmunidad de jefe de Estado, a pesar de que no es ni un soberano ni un ministro de relaciones exteriores, las dos bases tradicionales para el reconocimiento o el otorgamiento de una inmunidad de Jefe de Estado”, procuraba “ampliar la doctrina relativa al jefe de Estado a fin de abarcar a todos los funcionarios gubernamentales de un Estado extranjero a los que el Departamento de Estado desee otorgar inmunidad” y que “no hay precedentes para un apartamiento tan radical de la costumbre anterior”³⁶². En 2004, el Tribunal de Casación de Italia, en una sentencia que ya se describió *supra*, consideró que la inmunidad otorgada con arreglo al derecho internacional consuetudinario a los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores en funciones no comprendía (ni podía aplicarse por analogía) a las personas que ocuparan tales cargos dentro de entidades que no tuvieran la condición de Estado soberano, como un estado miembro de una federación (en el caso, el presidente de Montenegro)³⁶³. En 2005, la sección de apelaciones de un tribunal británico análogamente denegó la inmunidad al Gobernador y Jefe Ejecutivo de un

³⁵⁸ Véase: CR 2008/3, pág. 15 (Condorelli, en nombre de Djibouti, que argumentó, empero, que los dos funcionarios mencionados gozaban de inmunidad *ratione materiae* (ibíd., págs. 15 a 17)); CR 2008/5, págs. 42 a 47 y 50 (Pellet, en nombre de Francia).

³⁵⁹ *Djibouti v. France*, pág. 58, párr. 194: “La Corte constata ante todo que no existe en derecho internacional base alguna que permita afirmar que los funcionarios de que se trata tienen derecho a inmunidades personales, habida cuenta de que no se trata de funcionarios diplomáticos en el sentido de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y de que la Convención sobre las Misiones Especiales de 1969 no es aplicable en el presente caso.”

³⁶⁰ Véase la causa *Ali Ali Reza v. Grimpel*, reproducida en *International Law Reports*, vol. 47, págs. 275 a 277, ya descrita *supra*.

³⁶¹ Véase la causa *Ben Barka*, relativa al Ministro del Interior de Marruecos, relacionado en Bothe, op. cit., pág. 264, nota de pie de página 86.

³⁶² Tribunal de Distrito del Distrito Norte de California, *Republic of the Philippines v. Marcos*, 665 F.Supp. 793, sentencia de 11 de febrero de 1987, págs. 797 y 798. La Corte llegó a esa conclusión aun cuando reconoció que Ordóñez era “un funcionario de muy alto rango de la República de Filipinas”. En su sugerencia de inmunidad, el Departamento de Estado había invocado las causas *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik* y *Kilroy v. Windsor* descritas *supra*, que el tribunal no consideró persuasivas a los efectos de determinar la inmunidad del Procurador General. Véase también *Tachiona v. Mugabe*, pág. 289 (señalando que “si bien los tribunales han aceptado uniformemente la pretensión [de inmunidad de jefe de Estado] en lo tocante a los jefes de Estado y jefes de gobierno reconocidos por los Estados Unidos, sigue habiendo dudas acerca de la cuestión de determinar hasta qué grado inferior en la cadena jerárquica podría llegar legítimamente la protección” y refiriéndose al caso mencionado *supra*) y *El Haddad v. Embassy of the United Arab Emirates*, 69 F.Supp.2d 69 (D.D.C.1999), pág. 82, nota de pie de página 10 (señalando que la doctrina relativa al Jefe de Estado “está limitada únicamente al Jefe de Estado oficial en funciones...” La Corte no acepta ampliar la inmunidad de jefe de Estado de modo de abarcar a todos los agentes del Jefe de Estado).

³⁶³ *Fiscal (Tribunal de Nápoles) c. Milo Djukanovic*, párr. 10.

estado integrante de la República Federal de Nigeria, señalando, entre otras cosas, que dicho estado no participaba en las relaciones internacionales y tenía poderes muy limitados que estaban sujetos a la autoridad predominante del gobierno federal³⁶⁴. Sin embargo, en un *obiter dictum* de una causa de 2005 atinente a la extradición de un ex Ministro de Energía Atómica de la Federación de Rusia, el Tribunal Federal de Suiza pareció aceptar que la inmunidad tenía un alcance más amplio, señalando que la inmunidad de jurisdicción penal tenía la finalidad de proteger a los gobiernos contra la obstaculización del ejercicio de sus funciones por un proceso penal políticamente motivado contra sus “altos funcionarios” en el extranjero³⁶⁵. En la sentencia de 2008 que otorgó la inmunidad de jurisdicción penal al Jefe de Estado en ejercicio de Rwanda, ya descrita *supra*, la Audiencia Nacional de España confirmó los cargos penales contra comandantes militares de alto rango en funciones, entre ellos, el Jefe de Estado Mayor en funciones del Ejército de Rwanda, sin plantear la cuestión de su inmunidad³⁶⁶.

135. Dos recientes decisiones dictadas por tribunales del Reino Unido merecen especial consideración pues, al otorgar la inmunidad a funcionarios de alto rango, se basaron en la fundamentación de la causa de la *Orden de detención*. En una sentencia de 2004 relativa a una solicitud de una orden de detención contra el General Shaul Mofaz, Ministro de Defensa en ejercicio de Israel, el Tribunal de Magistrados de Bow Street interpretó el párrafo 51 de la sentencia de 2002 en el sentido de que indicaba que otras categorías de funcionarios de alto rango en ejercicio —además del Jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores— podían gozar de inmunidad si sus funciones comprendían viajes o misiones diplomáticas por cuenta del Estado. Aun cuando, en un *obiter dictum*, expresó la opinión de que sería “muy improbable que los titulares de cargos ministeriales con designaciones tales como las de Secretario del Interior, Ministro de Empleo, Ministro del Medio Ambiente, o Ministro de Cultura, Medios de Comunicación y Deportes adquirieran automáticamente un rótulo de inmunidad de Estado”, el tribunal consideró que, por el contrario “las funciones de defensa y política exterior tienen muy estrechos vínculos mutuos”, a la luz del hecho de que “numerosos Estados mantienen tropas en el extranjero y hay numerosas misiones de las Naciones Unidas que visitar en las cuales las cuestiones militares desempeñan un papel prominente entre determinados Estados”. Consiguientemente concluyó que “un ministro de defensa adquiriría automáticamente inmunidad de Estado en la misma forma que la que corresponde a un ministro de relaciones exteriores” y en consecuencia denegó la expedición de la orden solicitada³⁶⁷. Análogamente, en una decisión de 2005 relativa a una solicitud de una orden de detención contra el Sr. Bo Xilai, Ministro de Comercio Interno e Internacional en ejercicio de China, el Tribunal de Magistrados de Bow Street concluyó que sus “funciones son

³⁶⁴ *R (on the application of Diepneye Solomon Peter Alamieyeseigha v. The Crown Prosecution Service*, párrs. 37 a 48 (ya descrito *supra*). En esta decisión se hace una referencia incidental a la causa del *Arrest Warrant* (ibid., párr. 22), que sin embargo no parece ser la base principal de su razonamiento.

³⁶⁵ *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, 1º Sala de Derecho Público, Nr. 1A.288/2005, parcialmente publicada como *Bundesgerichtsentscheide* 132 II 81, párr. 3.4.2.

³⁶⁶ *Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4* (2008), págs. 157 a 181.

³⁶⁷ Tribunal de Distrito (Bow Street), *Re General Shaul Mofaz*, sentencia de 12 de febrero de 2004, reproducida en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), págs. 771 a 773. Véase también en el mismo lugar el comentario de Warbick, que critica en particular el *obiter dictum* mencionado *supra* (ibid., págs. 773 y 774).

equivalentes a las que ejerce un ministro de relaciones exteriores y, adoptando la fundamentación de la Corte Internacional de Justicia en [la causa de la *Orden de detención*] ..., que con arreglo a las normas de derecho internacional consuetudinario el Sr. Bo t[enía] inmunidad de enjuiciamiento pues no podría cumplir sus funciones a menos que pudiera viajar libremente”³⁶⁸.

136. Hasta 2002, la doctrina jurídica por lo general no había considerado la cuestión de si otros funcionarios además del Jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores gozarían de inmunidad *ratione personae*; cuando la había considerado, la tendencia parecía inclinarse al rechazo de dicha inmunidad³⁶⁹. Sin embargo, después de la sentencia en la causa de la *Orden de detención*, los comentaristas han interpretado la fundamentación de la Corte en el sentido de que acepta la posibilidad de una inmunidad *ratione personae* de los funcionarios de alto rango, por lo menos en circunstancias específicas y teniendo debidamente en cuenta las funciones desempeñadas³⁷⁰. La cuestión se planteó también en los trabajos del Instituto de Derecho Internacional³⁷¹ y determinó la adopción de una disposición en la cual, si bien se reconoció la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción de los jefes de gobierno, se expresó que ello era “sin perjuicio de las inmunidades a que puedan tener derecho otros miembros del gobierno en razón de sus funciones oficiales”³⁷². Las actas del debate revelan que

³⁶⁸ Tribunal de Magistrados de Bow Street, *Re Bo Xilai*, sentencia de 8 de noviembre de 2005, reproducida en *International Law Reports*, vol. 128, págs. 713 a 715. Cabe señalar, empero, que posteriormente el magistrado observó que, en la época pertinente, el Sr. Bo formaba parte de la delegación oficial para la visita de Estado del Presidente de la República Popular China y que, por consiguiente, era miembro de una misión especial que gozaba de dicha inmunidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario, tal como consta en la Convención de 1969 sobre las Misiones Especiales. La conclusión de la sentencia deja en claro que este último argumento fue preponderante: “Por consiguiente considero que particularmente en virtud de ser miembro de una misión especial el Sr. Bo tiene inmunidad de enjuiciamiento y deniego la expedición de una orden”.

³⁶⁹ Véase por ejemplo Bothe, op. cit., págs. 264 y 265; y Robertson, op. cit., pág. 402 (con especial referencia a generales, jefes de policía y ministros).

³⁷⁰ Véase, por ejemplo: Cassese, “When May Senior State Officials...”, op. cit., pág. 864 (la inmunidad *ratione personae* se aplica sólo a *algunas categorías* de funcionarios del Estado, a saber, los agentes diplomáticos, los jefes de Estado, los jefes de gobierno, quizás (en todo caso con arreglo a la doctrina expuesta por la Corte [en la causa del *Arrest Warrant*]) los ministros de relaciones exteriores y posiblemente incluso otros miembros de alto rango del gabinete”); Wouters, op. cit., pág. 265 (que indica, empero, que “el tono general de la sentencia da la impresión de que la Corte tendría renuencia a aceptar cualquier excepción a la regla de la inmunidad absoluta de otros altos funcionarios”); Wickremasinghe, op. cit. (2006), pág. 409 (“Hasta dónde las inmunidades pueden también extenderse a otros ministros o funcionarios puede depender de un razonamiento análogo, sobre la base de la participación de dichas personas en las relaciones internacionales”).

³⁷¹ Si bien la cuestión excedía los límites del tema determinados por el Instituto de Derecho Internacional (que estaba restringido a las inmunidades de los jefes de Estado y de gobierno), el Relator preguntó a la 13ª Comisión si estimaría deseable extender su consideración a las inmunidades de todos los funcionarios públicos (véase el punto No. 3 del cuestionario en Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, op. cit., pág. 453). En el debate (ibíd., págs. 453 a 482; resumido por el Relator en lo tocante a este punto ibíd., págs. 485 y 486), la mayoría de los miembros de la Comisión prefirió que no se considerara esa cuestión, sea porque era de menor importancia o porque haría que la Comisión se aventurara en “territorio no explorado” (véase, empero, Bedjaoui, que sugirió que se consideraran las inmunidades de los ministros; ibíd., pág. 473).

³⁷² Párrafo 2 del artículo 15 de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 26 de agosto de 2001.

esa disposición tenía la finalidad de tener en cuenta las inmunidades que puedan otorgarse a los miembros de gobierno, distintos del jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores, que desempeñen funciones representativas a nivel internacional.³⁷³

2. Actos comprendidos

137. La inmunidad *ratione personae* de jurisdicción penal extranjera comprende a todos los actos realizados por el funcionario del Estado de que se trate, tanto en carácter oficial como en carácter privado, e incluso a la conducta anterior a su período de mandato. The alcance material de esta inmunidad está bien establecido tanto en las decisiones judiciales³⁷⁴ como en la

³⁷³ Como se describió *supra* (véase la nota de pie de página 346), la disposición originalmente propuesta, que reconocía al jefe de gobierno y al ministro de relaciones exteriores inmunidades análogas a las del jefe de Estado y no contenía referencia alguna a otros miembros del gobierno, fue revisada para limitar dicho reconocimiento al jefe de gobierno y comprender a todos los demás miembros del gobierno en la cláusula de salvaguardia reproducida en el texto. Si bien el *Annuaire* no contiene ninguna explicación formal de esta revisión, en el plenario se hicieron las observaciones siguientes. Sahovic indicó que el párrafo 2 del artículo 15 se explica por la voluntad de reflejar la evolución general de la representación de los Estados en las relaciones internacionales, en las cuales el ministro de relaciones exteriores no es el único representante de un Estado; otros miembros del gobierno representan al Estado, por ejemplo en la esfera económica” (Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), pág. 676). Gaja consideró que la disposición no tenía justificación, habida cuenta de que el proyecto de resolución no contenía otras referencias a otros miembros del gobierno (*ibíd.*). Salmon explicó que los miembros de la 13ª Comisión “contemplaron el caso de los Consejos de Ministros en Bruselas en los que se reúnen, por ejemplo, los ministros europeos de finanzas, agricultura o economía. Se preguntaron si era conveniente que en el proyecto de Resolución se encararan tales casos o no. Pese a restringir el proyecto a los jefes de Estado y de gobierno, los miembros de la Comisión estimaron útil precisar que ello no prejuzgaba los privilegios e inmunidades que el derecho internacional público pueda reconocer a los demás miembros del gobierno. Por ejemplo, no corresponde referirse aquí a las reglas aplicables a las misiones especiales” (*ibíd.*, pág. 677). Torres Bernárdez observó que, aunque en el derecho internacional estaba bien establecido el papel de los ministros de relaciones exteriores, el de los demás miembros del gobierno seguía siendo incierto (*ibíd.*, pág. 678). El Relator Verhoeven confirmó la declaración de Salmon sobre los trabajos preparatorios de la disposición (*ibíd.*). En un comentario posterior a la resolución, Fox dijo que la disposición se justificaba por el hecho de que el Instituto de Derecho Internacional había “concluido que en la práctica moderna otros ministros y miembros del gobierno, tales como el ministro de finanzas, representaban en igual o mayor medida [que el ministro de relaciones exteriores] al Estado en los asuntos internacionales” (Fox, “The Resolution of the Institute of International Law”, *op. cit.*, pág. 120).

³⁷⁴ Véase, específicamente sobre la inmunidad de jurisdicción penal: *Arafat e Salah, Rivista di diritto internazionale*, vol. LXIX (1986), pág. 886; *Ferdinand et Imelda Marcos v. Office fédéral de police*, versión inglesa, *op. cit.*, pág. 202 (“En contraste con la inmunidad de jurisdicción civil, la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado es absoluta... Dicha inmunidad también parecería comprender, sin reservas, a las actividades privadas de los jefes de Estado”, con referencias doctrinales); *Pinochet* (No. 3), pág. 592 (“La inmunidad de que goza un Jefe de Estado en el poder... es una inmunidad completa inherente a la persona del Jefe de Estado... y que lo vuelve inmune a todas las acciones o acusaciones, se relacionen o no con asuntos llevados a cabo en beneficio del Estado” (Lord Browne-Wilkinson)); Francia, *Gaddafi, International Law Reports*, vol. 125, pág. 509 (“La costumbre internacional impide que los jefes de Estado en ejercicio sean objeto de procedimientos ante los tribunales penales de un Estado extranjero, en ausencia de disposiciones específicas en contrario que sean vinculantes para las partes de que se trate”); *H.S.A. et al. v. S.A. et al., International Legal Materials*, vol. 42 (2003), pág. 599 (“el derecho internacional consuetudinario se opone a la idea de que los jefes de

doctrina³⁷⁵, que a menudo expresan esta idea calificando a la inmunidad *ratione personae* como “completa”, “plena”, “integral” o “absoluta”. En la causa de la *Orden de detención*, la Corte Internacional de Justicia describió y justificó el alcance de la inmunidad de un ministro de relaciones exteriores en ejercicio en los términos siguientes:

“a este respecto, no se puede hacer distinción alguna entre los actos realizados por un ministro de relaciones exteriores con carácter “oficial”, y los que se alega que han sido realizados con “carácter privado”, o, incluso, entre los actos realizados antes de que la persona de que se trata asumiera el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores y los actos realizados durante el término del mandato. Así pues, si un Ministro de Relaciones Exteriores es detenido en otro Estado por un cargo penal, por ese hecho queda claramente impedido de ejercer las funciones de su cargo. Las consecuencias de ese impedimento para el ejercicio de dichas funciones oficiales son igualmente graves, independientemente de si el Ministro de Relaciones Exteriores, en el momento de la detención, estaba presente en el territorio del Estado de detención en una

Estado y jefes de gobierno puedan ser objeto de acusaciones ante los tribunales penales de un Estado extranjero, en ausencia de disposiciones de derecho internacional en contrario obligatorias para los Estados de que se trate”); *Tatchell v. Mugabe, International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, pág. 770 (“el derecho internacional consuetudinario... establece la inmunidad absoluta de todo Jefe de Estado”); Corte Suprema de Sierra Leona, *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney General and Minister of Justice*, sentencia de 14 de octubre de 2005, SC No. 1/2003 (“Un Jefe de Estado en ejercicio tiene derecho a inmunidad absoluta frente a un proceso incoado ante los tribunales nacionales así como ante los tribunales nacionales de Estados terceros, salvo que haya renunciado a ella el Estado de que se trata”); España, *Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4* (2008), págs. 156 y 157.

³⁷⁵ Al explicar la *ratio legis* de lo que posteriormente sería el párrafo 2 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas de 2004 sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, la CDI hizo referencia a “las inmunidades otorgadas con arreglo al derecho internacional vigente a los soberanos u otros jefes de Estado extranjeros en su carácter privado, *ratione personae*” y dijo que la reserva contenida en dicha disposición “se refiere exclusivamente a los actos privados o a los privilegios e inmunidades personales reconocidos y otorgados en la práctica de los Estados” (*Anuario... 1991*, vol. II (Segunda parte), pág. 22). Véanse también, entre otros: Cahier, op. cit., pág. 338; Klingberg, op. cit., pág. 544; Pierson, op. cit., págs. 273 y 274; *Restatement (Second)...*, op. cit., pág. 202, párr. 66 (“Reporters’ Note”); Rousseau, op. cit., págs. 124 a 126; Jean Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (Bruselas, Bruylant, 1994), págs. 596 a 599 (véase también Salmon, op. cit. (2002), pág. 513); *Satow’s Guide to Diplomatic Practice*, op. cit., capítulo 2, párrs. 2.2 a 2.4; Gilbert Sison, “A King No More: The Impact of the Pinochet decision on the Doctrine of Head of State Immunity”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 78 (2000), pág. 1588; Alfred Verdross y Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*, tercera edición (Berlín: Duncker und Humblot, 1984), págs. 640 y 641; Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 516 (“no se discute que el jefe de Estado se beneficia de una inmunidad penal absoluta ante las jurisdicciones de un Estado extranjero. El carácter absoluto de la inmunidad excluye la posibilidad de que se le introduzca cualquier excepción, en razón por ejemplo de la naturaleza de la infracción que se le imputa o de la fecha en la cual se haya cometido”); Watts, op. cit. (1994), pág. 54; y Zappalà, op. cit., pág. 598; etc. Mallory (op. cit., págs. 177 y 178) considera que “si bien un examen del enfoque de la comunidad internacional respecto de la inmunidad de los jefes de Estado revela un amplio acuerdo en que los jefes de Estado tienen derecho a alguna inmunidad, no hay consenso sobre el alcance de dicha inmunidad”. Para una posición crítica respecto del alcance material absoluto de la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores adoptado por la Corte Internacional de Justicia, véase: Kamto, op. cit., pág. 524.

visita “oficial” o en una visita “privada”, independiente de si la detención se relaciona con actos presuntamente realizados antes de que la persona pasara a ser Ministro de Relaciones Exteriores o a los actos realizados mientras estaban en ejercicio de sus funciones, e independientemente de si la detención se refiere a presuntos actos realizados con carácter “oficial” o “privado”. Además, incluso el solo riesgo de que, por viajar a otro Estado o circular en tránsito por él un ministro de relaciones exteriores pudiera exponerse a un proceso judicial podrían disuadir al ministro de viajar internacionalmente cuando tuviera que hacerlo a los efectos del cumplimiento de sus funciones oficiales³⁷⁶.”

138. Podría hacerse la misma afirmación, *mutatis mutandis*, para describir y explicar la posición del Jefe de Estado, el jefe de gobierno o cualquier otro funcionario que goce de la misma inmunidad.

139. El alcance material de la inmunidad *ratione personae* de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se compara frecuentemente con la inmunidad análoga otorgada a los jefes de misiones diplomáticas con arreglo al derecho internacional consuetudinario, reflejado en el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas³⁷⁷. Esta metodología puede ser útil para encontrar soluciones razonables para los diversos problemas que se plantean en el presente contexto, particularmente habida cuenta de la cantidad limitada de casos existentes en la práctica de los Estados acerca del otorgamiento de inmunidad a funcionarios del Estado distintos de los agentes diplomáticos³⁷⁸. Por ejemplo, la Ley del Reino Unido sobre las inmunidades de los Estados, que regula la inmunidad *ratione personae* de los jefes de Estado, lo hace extendiendo a esta última la aplicación de la ley interna de aplicación de la Convención de Viena, con sujeción a “las modificaciones que sean necesarias”³⁷⁹. Las decisiones judiciales y la doctrina también han establecido ocasionalmente un paralelismo entre los dos tipos de inmunidad, a menudo utilizando esta técnica para explicar el alcance de la inmunidad del Jefe de Estado³⁸⁰. Más bien que invocar una simple analogía, esta

³⁷⁶ *Arrest Warrant*, párr. 55.

³⁷⁷ El texto de dicha disposición es el siguiente: “El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor...”. Se encuentra una disposición equivalente en el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de 1969 sobre las Misiones Especiales, cuyo texto es el siguiente: “Los representantes del Estado que envía en la misión especial y los miembros del personal diplomático de ésta gozarán de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor.”

³⁷⁸ Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 511.

³⁷⁹ Tal es el caso del artículo 20 de la Ley del Reino Unido de 1978 sobre las inmunidades de los Estados, que se refiere a la Ley de 1964 sobre privilegios diplomáticos. El artículo 36 de la Ley de Australia de 1985 sobre las inmunidades de los Estados extranjeros hace extensible al jefe de Estado la Ley de 1967 sobre inmunidades y privilegios diplomáticos “con las modificaciones que sean necesarias”.

³⁸⁰ Véase Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., págs. 510 y 511. En la doctrina, hace referencia a F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 1960, pág. 269; Benedetto Conforti, *Diritto internazionale*, 3ª edición (1987), (Nápoles, Editoriale Scientifica), pág. 222; Deák, op. cit., pág. 388; Salmon, op. cit. (1994), pág. 596 (para la inmunidad de jurisdicción penal); y Zappalà, op. cit., pág. 598. En la jurisprudencia de los tribunales, véase: *Ferdinand et Imelda Marcos v. Office fédéral de la police*, op. cit., pág. 535 (versión inglesa, op. cit., pág. 202); *In Re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, 817 F.2d 1108, sentencia de 5 de mayo de 1967, reproducida en *International Law Reports*, vol. 81, págs. 599 y 602; *Pinochet* (No. 3), pág. 592 (Lord Browne-Wilkinson).

fundamentación se basa en el hecho de que, habida cuenta de las funciones del Jefe de Estado en su carácter de más alto representante del Estado y su posición como superior jerárquico de los agentes diplomáticos, deberían otorgársele inmunidades por lo menos comparables con las que se otorgan con arreglo a la Convención de Viena³⁸¹. El mismo argumento fue mencionado incidentalmente por la Corte Internacional de Justicia en su examen de la inmunidad del ministro de relaciones exteriores³⁸², y podrían fácilmente extenderse *mutatis mutandis* al jefe de gobierno; por el contrario, no podrían aplicarse directamente a los demás ministros, cuyos cometidos no están relacionados con la conducción general de las relaciones exteriores del Estado. En todo caso, se ha puesto de relieve que la posición del Jefe de Estado (y los mismos argumentos son aplicables a los demás funcionarios mencionados) no deberían ser plenamente identificada con la del agente diplomático a los efectos de la inmunidad. Los poderes representativos del Jefe de Estado no están condicionados a la acreditación por un Estado receptor y son oponibles a todos los terceros Estados³⁸³. Además, “el embajador reside temporalmente en un Estado extranjero mientras que el Jefe de Estado es un visitante ocasional; y... la capacidad representativa del Jefe de Estado es a la vez cualitativamente mayor que la de un embajador, y más extensa en cuanto a la materia, el tiempo y el alcance geográfico, mientras que la de un embajador se limita al Estado ante el cual está acreditado”³⁸⁴.

140. Durante los trabajos del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y de gobierno en el derecho internacional, el Relator había apoyado la inmunidad absoluta de jurisdicción penal del Jefe de Estado en ejercicio. Al hacerlo, rechazó, en particular, el argumento según el cual dicha inmunidad no comprendería los actos ilícitos con arreglo a las leyes del Estado del foro, una excepción que, a su juicio, frustraría el objeto mismo de la inmunidad³⁸⁵. También señaló que, si bien podría ser deseable

³⁸¹ Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., págs. 510 y 511, que cita en particular un memorando, de fecha 31 de enero de 1981, de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores del Canadá según el cual “en realidad sería mejor decir que se debe un respeto aún mayor a la dignidad del soberano o Jefe de Estado visitante, pues sus propios enviados diplomáticos en el Estado receptor son claramente inferiores a él” (reproducido en *Canadian Yearbook of International Law*, 1981, pág. 325). Véase también Watts, op. cit., pág. 40. Véase también Bynkershoek, en Primera parte, sección C.1 a) *supra*.

³⁸² Véase *Arrest Warrant*, párr. 53 (“en general es el Ministro quien determina la autoridad que ha de conferirse a los agentes diplomáticos y refrenda sus cartas credenciales”).

³⁸³ Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 511.

³⁸⁴ Watts, op. cit. (1994), pág. 40. En *Pinochet* (No. 3), Lord Goff de Chieveley explicó que “la historia legislativa de la [Ley del Reino Unido sobre las inmunidades de los Estados de 1978]... originalmente tenía la finalidad de aplicarse sólo a un soberano u otro Jefe de Estado que se encontrase en este país por invitación o con el consentimiento del gobierno de este país, pero fue enmendada a fin de contemplar también la posición de un Jefe de Estado que no estuviese en este país... Por consiguiente, tenemos que ser firmes en la aplicación de la Convención de Viena a los jefes de Estado “con las modificaciones necesarias”. En el caso de un Jefe de Estado, no corresponde vincular el párrafo 1 o el párrafo 2 del artículo 39 al territorio del Estado receptor... Una vez que ello se comprende, parece no haber razón alguna por la cual la inmunidad de un Jefe de Estado con arreglo a la Ley no deba interpretarse en la medida de lo posible en consonancia con su inmunidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario, que es el telón de fondo delante del cual se insertó esta ley” (*Pinochet* (No. 3), pág. 598).

³⁸⁵ Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 513. En la página. 516, explicó: “no se discute que el jefe de Estado se beneficia de una inmunidad penal absoluta ante las jurisdicciones de un Estado extranjero. El carácter absoluto de la inmunidad excluye la posibilidad de que se le

que dicha inmunidad fuera dejada de lado en el caso de delitos particularmente graves, la práctica de los Estados no confirmaba la existencia de una excepción aún en ese caso³⁸⁶. Los demás miembros concordaron con las opiniones del Relator³⁸⁷ y consiguientemente el Instituto de Derecho Internacional aprobó una resolución que, en su artículo 2, dispone lo siguiente: “En materia penal, el Jefe de Estado gozará de la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de un Estado extranjero por cualquier delito que haya cometido, independientemente de su gravedad”. Esta disposición es de interés particular porque adopta una descripción independiente de la inmunidad del Jefe de Estado, que parece ser más precisa que el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1961, porque especifica que la inmunidad subsiste independientemente de la gravedad del delito.

3. Posibles excepciones, fundadas en la naturaleza de la conducta penal

141. Si bien el amplio alcance de la inmunidad *ratione personae* en lo tocante a los actos comprendidos se mantiene incontrovertido, se ha planteado, en especial en los últimos tiempos, la cuestión de si el carácter absoluto de dicha inmunidad encontraría una excepción en el caso de los crímenes de derecho internacional³⁸⁸. En otras palabras, se plantea, particularmente después de las causas *Pinochet* en el Reino Unido, la cuestión de si un tribunal extranjero seguiría estando impedido de ejercer jurisdicción penal frente a funcionarios de alto rango en ejercicio, como un Jefe de Estado, un jefe de gobierno o un ministro de relaciones exteriores, contra quien se hayan formulado cargos de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad u otros delitos que hacen surgir la responsabilidad penal individual con arreglo al derecho internacional..

142. A este respecto deberían formularse dos observaciones preliminares. La primera es que esta excepción sigue siendo controvertida con respecto a los procedimientos penales ante jurisdicciones internas extranjeras: por lo general se acepta que incluso un funcionario de alto rango en ejercicio no estaría protegido por la inmunidad cuando se formularan contra él cargos análogos ante determinados tribunales penales *internacionales* en los casos en que éstos tengan competencia. Este punto fue confirmado en la causa de la *Orden de detención*³⁸⁹. Es objeto de una disposición específica en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³⁹⁰ y está ilustrado por los procesos penales internacionales efectivamente incoados en el pasado contra funcionarios en ejercicio que gozaban de inmunidad *ratione personae*³⁹¹. La segunda observación es que, por las razones que se explican *infra*,

introduzca cualquier excepción, en razón por ejemplo de la naturaleza de la infracción que se le imputa o de la fecha en la cual se haya cometido”. A este respecto, véase la causa *Duke of Brunswick v. King of Hanover*, 2 H.L.C. 1 (1848), en la cual se concluyó que un soberano extranjero no puede ser responsabilizado en otro país por un acto soberano realizado en su propio país independientemente de si el acto era ajustado a derecho o ilícito.

³⁸⁶ *Ibid.*, págs. 513 y 514.

³⁸⁷ Para los elementos del debate con respecto a una posible excepción para los crímenes de derecho internacional, véase la subsección siguiente.

³⁸⁸ Para una definición de la noción de “crímenes de derecho internacional” a los fines del presente estudio, véase *supra*, Primera parte, sección B.1.

³⁸⁹ Véase, en particular, *Arrest Warrant*, párr. 61.

³⁹⁰ Párrafo 2 del artículo 27. Para el texto, véase la Primera parte, sección D.4.

³⁹¹ Particularmente, la primera acusación en el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia contra Milosevic se presentó cuando éste era Jefe de Estado en ejercicio de la República Federal de

el examen de esta cuestión se ha centrado particularmente en la existencia de una excepción a la inmunidad *ratione materiae* de los ex funcionarios del Estado. Consiguientemente, las diversas teorías invocadas para justificar esa excepción se examinarán en detalle en la sección siguiente del presente estudio, mientras que el párrafo que sigue estará dedicado a una descripción de los argumentos que se plantean más específicamente en el contexto de la inmunidad *ratione personae*.

143. La cuestión de una excepción a la inmunidad *ratione personae* fue notoriamente planteada ante la Corte Internacional de Justicia en la causa de la *Orden de detención*. Al justificar la legalidad con arreglo al derecho internacional de la expedición y la circulación de la orden de detención de 11 de abril de 2000 contra el Sr. Yerodia, Bélgica había alegado que “las inmunidades otorgadas a los ministros de relaciones exteriores en ejercicio no pueden en caso alguno protegerlos cuando sean sospechosos de haber cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad”, invocando en apoyo de esa posición diversos instrumentos jurídicos por los que se crearon tribunales penales internacionales, ejemplos de la legislación nacional y de la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales³⁹². En su sentencia, la Corte rechazó el argumento de Bélgica:

“La Corte ha examinado detenidamente la práctica de los Estados, inclusive la legislación nacional y las escasas decisiones de los más altos tribunales nacionales, como la Cámara de los Lores [en la causa *Pinochet*] o el Tribunal de Casación de Francia [en la causa *Gaddafi*]. No ha podido deducir de esa práctica que exista con arreglo al derecho internacional consuetudinario ninguna forma de excepción a la norma que otorga inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad a los ministros de relaciones exteriores en ejercicio, cuando sean sospechosos de haber cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad³⁹³.”

144. Análogamente, la Corte tampoco llegó a la convicción de que la existencia de tal excepción en relación con los tribunales nacionales podía deducirse de las normas atinentes a la inmunidad o responsabilidad penal de los funcionarios del Estado contenidas en los instrumentos jurídicos que creaban tribunales penales internacionales, ni de las decisiones de tribunales penales internacionales citadas por Bélgica³⁹⁴. Consiguientemente, la Corte concluyó que la expedición y la circulación de la orden de detención constituían una falta de respeto a la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad del Sr. Yerodia, en su calidad de Ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio de la República Democrática del Congo³⁹⁵. Sin embargo, la Corte a continuación especificó, en un *obiter dictum*³⁹⁶, que la inmunidad en cuestión no representaría un obstáculo para el enjuiciamiento penal en cuatro circunstancias: a) en caso de enjuiciamiento en el país de la persona; b) si el Estado al que la persona representaba decide renunciar a la inmunidad; c) en caso de enjuiciamiento en el extranjero cuando la persona ya no esté en ejercicio de sus funciones con respecto a actos realizados antes o después del período en que ejercieron el cargo o cometidos durante dicho período con carácter privado, y d) en

Yugoslavia (véase la acusación inicial relativa a Kosovo contra Slobodan Milosevic y otros, de fecha 22 de mayo de 1999, causa No. IT-99-37).

³⁹² *Arrest Warrant*, párr. 56.

³⁹³ *Ibid.*, párr. 58.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ *Ibid.*, párr. 78 (D) 2).

³⁹⁶ *Ibid.*, párr. 61

caso de procesos penales ante determinados tribunales penales internacionales, cuando éstos tengan competencia³⁹⁷.

145. La solución sugerida por la Corte encuentra apoyo en elementos de la práctica de los Estados, incluso en decisiones judiciales nacionales, y ha sido confirmada posteriormente. En la legislación nacional, por ejemplo en las leyes pertinentes del Reino Unido y de Australia que reconocen la inmunidad de los jefes de Estado, no hay ninguna referencia expresa a alguna excepción a esa inmunidad³⁹⁸. La Ley de Bélgica de 1993 relativa al castigo de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, enmendada en 1999, parecía, por el contrario, reconocer una excepción a las inmunidades respecto de los delitos comprendidos en dicha Ley³⁹⁹: el párrafo 2 del artículo 5 disponía originalmente que “la inmunidad atribuida al carácter oficial de una persona no impide la aplicación de la presente Ley”⁴⁰⁰. Sin embargo, en 2003 dicha Ley fue nuevamente enmendada para armonizarla con la sentencia de la Corte, y la legislación de Bélgica dispone ahora que “de conformidad con el derecho internacional, no habrá enjuiciamiento en relación con... los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, durante el término de sus mandatos, y cualquier otra persona cuya inmunidad esté reconocida por el derecho internacional”⁴⁰¹.

146. Varias causas penales internas, ya mencionadas en el presente estudio, también son pertinentes en la medida en que se referían a cargos por delitos de derecho internacional. Así, por ejemplo, en 2001, el Tribunal de Casación de Francia, en la causa *Gaddafi*, revocó la anterior decisión de un tribunal inferior que había concluido que “ninguna inmunidad podría escudar la complicidad en la destrucción de bienes a consecuencia de una explosión que causó la muerte e involucró un emprendimiento terrorista” y otorgó inmunidad al Coronel Gaddafi⁴⁰². Aún antes de la más reciente enmienda de la Ley de 1993, el Tribunal de Casación de Bélgica

³⁹⁷ Ibid.

³⁹⁸ Véanse el artículo 20 de la Ley del Reino Unido sobre las inmunidades de los Estados de 1978 y el artículo 36 de la Ley de Australia de 1985 sobre las inmunidades de los Estados extranjeros. Parece no haber habido ninguna propuesta de interpretar la referencia a la aplicación de la inmunidad diplomática con “las modificaciones que sean necesarias” en el sentido de que incluía alguna forma de restricción a dicha inmunidad. Sin embargo, la falta de referencia a alguna excepción debería tomarse con cautela: como observó Lord Browne-Wilkinson en la causa *Pinochet* (No. 3), al aprobar el artículo 20 de la Ley del Reino Unido sobre las inmunidades de los Estados, “el Parlamento no puede haber tenido la intención de dar a los jefes de Estado y los ex jefes de Estado mayores derechos que los que ya tenían con arreglo al derecho internacional” (*International Legal Materials*, vol. 38 (1999), pág. 593). De hecho, en esa causa, a pesar del silencio de la Ley sobre esta cuestión, la mayoría de los Lores interpretaron la ley británica de modo de reconocer una excepción a la inmunidad de un ex jefe de Estado en caso de tortura, de conformidad con el derecho internacional.

³⁹⁹ Véase, empero, el razonamiento del Tribunal de Casación de Bélgica con respecto al Sr. Sharon, que se describe más adelante en el texto.

⁴⁰⁰ Ley relativa al castigo de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, 16 de junio de 1993, enmendada por la Ley de 10 de febrero de 1999 (reproducida en *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), págs. 921 a 925).

⁴⁰¹ Véase el artículo 13 de la Ley de Bélgica relativa al castigo de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, nuevamente enmendada el 23 de abril de 1993 (reproducida en *International Legal Materials*, vol. 42 (2003), págs. 1258 a 1283, junto con la versión original en francés).

⁴⁰² *Affaire Kadhafi*, pág. 509 (versión original en francés, op. cit., pág. 474). Sobre el argumento según el cual esa decisión puede interpretarse como conteniendo un reconocimiento tácito de excepciones a la inmunidad *ratione personae*, véase *infra* en el texto.

declaró inadmisibles una acción penal contra el Sr. Sharon, Primer Ministro en ejercicio de Israel, por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, fundándose en que “el derecho internacional consuetudinario se opone a la idea de que los jefes de Estado y los jefes de gobierno puedan ser objeto de enjuiciamiento ante los tribunales penales de un Estado extranjero, en ausencia de disposiciones del derecho internacional en contrario que obliguen a los Estados en cuestión”. El Tribunal concluyó, en particular, que el texto original del párrafo 3 del artículo 5 de la Ley de 1993 “sería contrario al principio de derecho penal internacional consuetudinario relativo a la inmunidad jurisdiccional si se interpretara en el sentido de que su finalidad es dejar de lado la inmunidad sancionada por dicho principio”, y que “esa ley interna no puede tener tal finalidad, sino que en cambio debe entenderse sólo como impidiendo que el carácter oficial de una persona absuelva a la persona de responsabilidad penal por los crímenes enumerados en la ley”⁴⁰³. En 2004, se otorgó inmunidad ante los tribunales del Reino Unido al Sr. Mugabe, presidente de Zimbabwe, en una causa basada en alegaciones de tortura⁴⁰⁴. Análogamente, dos tribunales británicos invocaron la inmunidad, tal como la interpretó la Corte Internacional de Justicia, para denegar la emisión de órdenes de detención contra el Ministro de Defensa de Israel (acusado de violaciones graves del Cuarto Convenio de Ginebra) y el Ministro de Comercio de China (por delitos de conspiración para torturar)⁴⁰⁵. La fundamentación de la Corte Internacional de Justicia también fue la base de la reciente decisión de la Audiencia Nacional de España de otorgar inmunidad al Sr. Kagame, Presidente en ejercicio de Rwanda, acusado de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y actos terroristas⁴⁰⁶. Como se señaló *supra*, los Lores de derecho en la causa *Pinochet* (No. 3) también dejaron en claro que el General Pinochet habría gozado de inmunidad con respecto a los cargos penales de la tortura si hubiese estado en ejercicio de sus funciones en el tiempo del proceso⁴⁰⁷.

⁴⁰³ *H.S.A. y otros c. S.A. y otros*, op. cit., págs. 600 y 601.

⁴⁰⁴ *Tatchell v. Mugabe*, op. cit., pág. 770.

⁴⁰⁵ Véanse, respectivamente: *Re General Shaul Mofaz*, op. cit., págs. 771 a 773, y *Re Bo Xilai*, op. cit., págs. 713 y 715. En su comentario a la primera de esas decisiones, Colin Warbick señala que el magistrado, si bien invoca la causa *Pinochet* (No. 3), no examina si el argumento que resultó decisivo para los Lores de derecho en esa causa se extendería a una conducta tipificada como constitutiva de violaciones graves de los Convenios de Ginebra. Asimismo señala que la sentencia “no hace referencia a ningún argumento en el sentido de que la inmunidad podría estar limitada por la naturaleza de los cargos (violaciones graves), indudablemente aceptando que esa cuestión había sido resuelta por la Corte Internacional de Justicia” (*International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), págs. 773 y 774).

⁴⁰⁶ *Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4* (2008), págs. 151 a 157. Como se señaló en dicha sentencia (ibíd., págs. 152 y 153), la Audiencia Nacional ha llegado a la misma conclusión en causas penales incoadas, por delitos que constituían crímenes internacionales, contra el Presidente de Cuba (*Auto del Pleno de la Sala de lo Penal*, op. cit.), el Rey de Marruecos y el Presidente de Guinea Ecuatorial.

⁴⁰⁷ Véanse los pasajes mencionados en la nota de pie de página 239 *supra*. Para comentarios sobre ese aspecto de la decisión de los Lores, véase: Cosnard, op. cit. (1999), págs. 322 y 323; y Santiago Villalpando, “L’affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L’apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999”, *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (2000), págs. 418 a 420.

147. La posición expuesta por la Corte Internacional de Justicia en la causa de la *Orden de detención* también es apoyada por parte de la doctrina⁴⁰⁸. Durante los trabajos del Instituto de Derecho Internacional, el Relator señaló que, si bien tal vez pudiera considerarse apropiado hacer una excepción a la inmunidad de los jefes de Estado en ejercicio en el caso de crímenes internacionales u otras violaciones particularmente graves, dicha excepción no podía darse por sentada en el momento actual⁴⁰⁹. Consiguientemente, no propuso ninguna excepción a la norma de la inmunidad absoluta de jurisdicción penal para el Jefe de Estado en ejercicio⁴¹⁰. Esa propuesta fue aceptada en general por los miembros del Instituto⁴¹¹ y consiguientemente el artículo 2 de la resolución finalmente aprobada por el Instituto de Derecho Internacional no contiene referencia alguna a una posible excepción a la inmunidad de jurisdicción penal del Jefe de Estado en ejercicio.

148. Por lo general se justifica el funcionamiento de la inmunidad *ratione personae* incluso con respecto a los crímenes internacionales por la necesidad de asegurar el eficaz desempeño de las funciones de los funcionarios de que se trate en nombre de sus Estados (lo que parece ser particularmente apremiante cuando la persona es un funcionario de alto rango y durante el período en que está ejerciendo el cargo) y el adecuado funcionamiento de la red de relaciones interestatales mutuas⁴¹². Esta idea

⁴⁰⁸ También sostienen esta posición autores que consideran que, por el contrario, la inmunidad *ratione materiae* no puede constituir un obstáculo para el enjuiciamiento por crímenes internacionales. Véase, por ejemplo: Dapo Akande, “International law immunities and the International Criminal Court”, *The American Journal of International Law*, vol. 98 (2004), pág. 411; Cassese “When May Senior State Officials...”, op. cit., págs. 855 y 864 y 865; Klingberg, op. cit., pág. 551; Mary Margaret Penrose, “It’s Good to Be the King!: Prosecuting Heads of State and Former Heads of State Under International Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39 (2000), pág. 200; Salmon, op. cit. (1994), págs. 596 a 599 (cuando el jefe de Estado está en visita oficial, reside abiertamente en un Estado extranjero o está ausente del Estado del foro); Tunks, op. cit., pág. 678; y Verhoeven, “Quelques réflexions sur l’affaire...”, op. cit., págs. 533 y 536.

⁴⁰⁹ Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 519: “Seguramente se puede estimar que sería oportuno hacer una excepción a la inmunidad en el caso de los crímenes de derecho internacional u otras infracciones particularmente graves. No se podría, con carácter inmediato, considerarla como adquirida. Lo más que puede decirse es que se asiste a la “emergencia de una nueva regla”, aun cuando corresponde ser prudente en los juicios que se formulen.”

⁴¹⁰ *Ibid.*, págs. 548 y 549.

⁴¹¹ Sobre la 13ª Comisión véanse explícitamente las declaraciones de Salmon (Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, op. cit., págs. 563 a 567) y Fox (*ibid.*, págs. 580 y 581). Durante el examen del artículo 2 en el plenario (*ibid.*, págs. 649 a 654), la inmunidad absoluta reflejada en el texto de dicha disposición fue aceptada, pero en el debate también se centró la atención en la cuestión de si el artículo 11 debía contener, como lo proponía la 13ª Comisión, una cláusula que salvaguardara el “indispensable desarrollo del derecho penal internacional, y en particular la norma que asegura la represión de los crímenes de carácter internacional” (esta referencia fue suprimida en el texto definitivo de la resolución). En el debate general, Abi-Saab (*ibid.*, pág. 626) tomó la posición de que la inmunidad *ratione personae* no funcionaría en el caso de crímenes internacionales: “La inmunidad de un jefe de Estado no funcionaba en relación con los crímenes internacionales, es decir, los crímenes con arreglo al derecho Internacional. Actualmente sólo hay tres categorías “básicas” de tales crímenes, a saber, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. No existe inmunidad con respecto a dichos crímenes para nadie, y no existe *ab initio*, y no sólo cuando han terminado las funciones oficiales del acusado.”

⁴¹² *Arrest Warrant*, Opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 75. Como han señalado dichos magistrados, la cuestión de una posible excepción a la inmunidad hace necesario un equilibrio de intereses: en un platillo, está “el

se refleja, en particular, en la fundamentación de la Corte Internacional de Justicia en la causa de la *Orden de detención*, pero también se encuentra en algunos pronunciamientos de los tribunales nacionales⁴¹³ o de la doctrina⁴¹⁴.

149. Sin embargo, esta posición sigue siendo objeto de controversia, incluso después de la sentencia de la Corte de 2002. Se encuentra una crítica de la posición de la Corte en las opiniones anexadas a ella por algunos de los magistrados. Los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, si bien concordaron con la parte dispositiva, señalaron que, en su fundamentación, “la Corte redu[jo] en cierta forma la importancia de los argumentos de Bélgica” y expresaron dudas en cuanto a la importancia práctica de las circunstancias, puestas de relieve por la Corte en el párrafo 61, en que la inmunidad no representaría un impedimento para el enjuiciamiento penal⁴¹⁵. En su opinión disidente, el magistrado Al-Khasawneh expresó la opinión de que “puede argumentarse que la eficaz lucha contra los crímenes graves ha adquirido un carácter de *jus cogens* que refleja el reconocimiento por parte de la comunidad internacional de los vitales intereses y valores comunitarios que procura proteger y realzar. Consiguientemente, cuando esta norma jerárquicamente superior entra en conflicto con las normas relativas a la inmunidad, ella debe prevalecer”⁴¹⁶. En su opinión disidente, la magistrada ad hoc van den Wyngaert encontró un “problema fundamental” en el enfoque general de la Corte “que hace caso omiso de todo el reciente movimiento del moderno derecho penal internacional hacia el reconocimiento del principio de la responsabilidad personal por los crímenes básicos de derecho internacional”, prefiriendo “un enfoque sumamente minimalista al adoptar una interpretación muy estrecha de las “cláusulas de no inmunidad” de los instrumentos internacionales”⁴¹⁷.

interés de la comunidad de la humanidad en prevenir y hacer cesar la impunidad de los autores de crímenes graves contra sus miembros” y, en el otro, “el interés de la comunidad de los Estados en permitirles que actúen libremente en el plano interestatal sin injerencias injustificadas” (ibíd.).

⁴¹³ Véase, en la causa *Pinochet* (No. 3), Lord Philips de Worth Matravers, pág. 657. En la misma causa, Lord Hope de Craighead propuso una explicación diferente, fundada en el supuesto carácter de *jus cogens* de la regla que otorga inmunidad *ratione personae* a los jefes de Estado en ejercicio (ibíd., pág. 624); para una crítica de esta posición, véase Villalpando, op. cit., pág. 419.

⁴¹⁴ Véase, por ejemplo, Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 519 (“resulta difícil admitir que un jefe de Estado, e particular cuando está de paso en un Estado extranjero, pueda ser enjuiciado penalmente en dicho Estado —y, en su caso, detenido— únicamente sobre la base de las alegaciones de un particular, nacional o extranjero, que le reprocha, con razón o sin ella, conductas delictivas. Se correría el riesgo de perturbar gravemente el (buen) funcionamiento de las relaciones internacionales”).

⁴¹⁵ Opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, *Arrest Warrant*, párr. 78.

⁴¹⁶ Opinión disidente del magistrado Al-Khasawneh, ibíd., párr. 7. Este magistrado también criticó lo que consideró una distinción artificial hecha por la Corte entre la inmunidad como defensa sustantiva, por un lado, y la inmunidad como defensa procesal, por otro (ibíd., párr. 5) y las circunstancias puestas de relieve por la Corte en el párrafo 61 de la sentencia (ibíd., párr. 6).

⁴¹⁷ Opinión disidente de la magistrada ad hoc van den Wyngaert, ibíd., párr. 27. En las páginas siguientes, la magistrada van den Wyngaert apoyó la evaluación de dicho movimiento hecha por el magistrado Al-Khasawneh, con referencias a diversas fuentes. A continuación criticó dos afirmaciones concretas contenidas en la sentencia de la Corte, a saber, la distinción entre defensas sustantivas y procesales, y la idea de que las inmunidades no son un impedimento para el enjuiciamiento (según se refleja en el párrafo 61 de la sentencia).

150. La posición con arreglo a la cual la inmunidad *ratione personae* no sería un impedimento para los procedimientos penales en relación con los crímenes de derecho internacional puede encontrar apoyo en algunos elementos de la práctica de los Estados. Como se observó *supra*, si bien generalmente se reconoce que el artículo 27 del Estatuto de Roma debe interpretarse en el sentido de excluir la defensa de inmunidad sólo ante la Corte Penal Internacional⁴¹⁸, algunas leyes nacionales de aplicación del Estatuto contienen disposiciones que parecen dejar de lado la inmunidad en los procesos penales internos relativos a crímenes de derecho internacional⁴¹⁹. En una acción por daños y perjuicios contra la República Islámica del Irán y algunos funcionarios suyos, iniciada por la sucesión de un estudiante universitario muerto en un atentado suicida con bomba en Israel, un Tribunal de Distrito de los Estados Unidos concluyó que la defensa de inmunidad de jefe de Estado no es procedente en acciones iniciadas de conformidad con la excepción a la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros en caso de terrorismo patrocinado por el Estado⁴²⁰. En un auto de fecha 6 de noviembre de 1998 por el que se inició el proceso penal contra Pinochet por crímenes de derecho internacional, un juez de instrucción de Bélgica observó, en términos generales que parecían comprender también a los jefes de Estado en ejercicio, que la inmunidad reconocida a los jefes de Estado no parecía aplicarse con respecto a los crímenes de derecho internacional, tales como los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz y los crímenes de lesa humanidad⁴²¹. Algunos comentaristas también han interpretado a la sentencia de 2001 del Tribunal de Casación de Francia en la causa *Gaddafi* en el sentido de que implícitamente admite que el derecho internacional reconoce, para otros delitos, excepciones a la inmunidad de los jefes de Estado en ejercicio, aunque el alcance exacto de esas excepciones no queda claro⁴²². Dicha sentencia, de hecho, basó su conclusión en la que otorgó la inmunidad al Coronel Gaddafi en la posición de que “en el estado actual del derecho internacional el presunto delito, por más grave que fuera, no constituía una de las excepciones al principio de la inmunidad jurisdiccional de los jefes de Estado extranjeros en ejercicio”⁴²³.

⁴¹⁸ Véase, por ejemplo, Gaeta, op. cit. (2002), pág. 996.

⁴¹⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 4 de la Ley No. 27 de 2002 de Sudáfrica, sobre la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, o el párrafo 3 del artículo 6 de la Ley de Croacia sobre la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y el enjuiciamiento de los actos criminales contra el derecho internacional sobre la guerra y el derecho humanitario de 4 de noviembre de 2003 (véase también Primera parte, sección D).

⁴²⁰ *Flatow v. Irán*, págs. 24 y 25. Sin embargo, debe destacarse: a) que esta decisión parece haber quedado aislada; b) que se refería a los procesos civiles, y c) que se fundaba en la teoría según la cual “la inmunidad del jefe de Estado es una cuestión de gracia y cortesía, más que una cuestión de derecho” (ibid., pág. 24).

⁴²¹ Auto del juez de instrucción Vandermeersch, *Pinochet*, 6 de noviembre de 1998 (reproducida en *Revue de droit pénal et de criminologie*, vol. 79, No. 2 (Bruselas, Palacio de Justicia, 1999), pág. 278, sección 3.2, refiriéndose, en apoyo a esa afirmación, a Eric David, *Eléments de Droit pénal international* (Bruselas, Presses Universitaires de Bruxelles, 1997-1998), págs. 36 y 37 y la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

⁴²² Véase, por ejemplo, Marco Sassòli, “L’arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit International”, *Revue belge de droit international*, vol. 106 (2002), pág. 808; y Zappalà, op. cit., págs. 600 y 601.

⁴²³ *Affaire Kadhafi*, reproducido en *International Law Reports*, vol. 125, pág. 509. El texto del pasaje original en francés es el siguiente: “en el estado actual del derecho internacional, el crimen denunciado, cualquiera sea su gravedad, no se relaciona con las excepciones al principio de la inmunidad de jurisdicción de los jefes de Estado extranjeros en ejercicio” (*Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), pág. 474): “la costumbre internacional se opone a

151. Esta excepción a la inmunidad *ratione personae* es apoyada por parte de la doctrina. Se ha argumentado, por ejemplo, que la tendencia general del derecho internacional hacia la aceptación del principio de la responsabilidad penal individual independientemente del carácter oficial de la persona de que se trata también incidiría en la inmunidad, incluso de funcionarios de alto rango en ejercicio. Consiguientemente, se hace referencia a diversos instrumentos y decisiones judiciales que han reconocido la responsabilidad de los jefes de Estado, jefes de gobierno y otros funcionarios públicos por crímenes de derecho internacional, entre ellos, el artículo 227 del Tratado de Versalles⁴²⁴; los estatutos y sentencias de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokyo⁴²⁵; los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para

que los jefes de Estado en ejercicio puedan, en ausencia de disposiciones internacionales contrarias que se impongan a las partes interesadas, ser objeto de enjuiciamiento penal por parte de un Estado extranjero” (traducción inglesa en *International Law Reports*, vol. 125, págs. 508 a 510).

⁴²⁴ Sobre la importancia de este precedente en particular, véase Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties [Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y la aplicación de las penas], 29 de marzo de 1919, Dotación Carnegie para la Paz Internacional, División de Derecho Internacional, Pamphlet No. 32: “en la jerarquía de las personas con autoridad, no hay razón por la cual el rango, por encumbrado que sea, haya de proteger a su titular frente a la responsabilidad, en cualquier circunstancia, cuando dicha responsabilidad haya sido establecida ante un tribunal adecuadamente constituido. Esto se extiende incluso al caso de los jefes de Estado. Se ha formulado un argumento en contra, fundado en la supuesta inmunidad, y en particular en la supuesta inviolabilidad, del soberano de un Estado. Pero este privilegio, cuando se reconoce, es un privilegio fundado en la conveniencia práctica en el derecho interno, y no es fundamental. Sin embargo, aun si, en algunos países, un soberano está eximido de ser enjuiciada ante un tribunal nacional de su propio país, la posición desde el punto de vista internacional es bastante diferente. ... Si la pretende que la inmunidad de un soberano se extienda más allá de los límites arriba indicados, significaría que se estaría estableciendo el principio de que los mayores ultrajes contra las leyes y usos de guerra y las leyes de la humanidad, en caso de que se probaran contra él, no podrían ser castigados en circunstancia alguna. Esa conclusión conmocionaría la conciencia de la humanidad civilizada.” (Reproducido en *American Journal of International Law*, vol. 14 (1920), pág. 116.)

⁴²⁵ Muy particularmente, véase el siguiente *obiter dictum* del Tribunal de Nuremberg: “El principio de derecho internacional que, en determinadas circunstancias, protege al representante de un Estado, no puede aplicarse a actos que son condenados como criminales por el derecho internacional. Los autores de esos actos no pueden escudarse en su carácter oficial para verse libres de castigo en los procedimientos apropiados” (*Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals [Sentencia del Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de los grandes criminales de guerra alemanes]* (con la opinión disidente del miembro soviético) – Nuremberg, 30 de septiembre y 1º de octubre de 1946, Cmd. 6964, Misc. No. 12 (Londres, H.M.S.O 1946), pág. 42. En su “Report to President Truman on the Legal Basis for Trial of War Criminals” [Informe al Presidente Truman sobre el fundamento jurídico del juicio de los criminales de guerra], el magistrado Robert H. Jackson dijo: “Tampoco debería reconocerse una defensa tal como la obsoleta doctrina de que un Jefe de Estado goza de inmunidad de responsabilidad jurídica. Hay más que una sospecha de que esta idea es un resabio de la doctrina del derecho divino de los reyes. Es, en todo caso, incompatible con la posición que hemos adoptado respecto de nuestros propios funcionarios, que son frecuentemente llevados ante un tribunal a instancias de ciudadanos que afirman que sus derechos han sido invadidos. Nosotros no aceptamos la paradoja de que la responsabilidad jurídica debería ser menor cuando el poder es mayor. Mantenemos el principio del gobierno responsable declarado unos tres siglos atrás al Rey Jacobo por el Lord Justicia Mayor Coke, que proclamó que incluso un Rey sigue estando debajo de Dios y del derecho.” (Disponible en www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/jackson/jack08.htm.)

Rwanda⁴²⁶, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, etc.⁴²⁷. En este contexto, también se ha mencionado al Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad⁴²⁸. Quienes sostienen esta opinión han hallado otra justificación a la excepción en la incompatibilidad de la inmunidad con la proposición de que los graves crímenes internacionales están sujetos a la jurisdicción universal u otros mecanismos encaminados a lograr el castigo universal de tales crímenes⁴²⁹. Algunos otros autores insisten en cambio en el hecho de que la prohibición de determinados crímenes internacionales está consagrada en una norma de *jus cogens* y, como tal, debe prevalecer sobre la norma que otorga inmunidad a los funcionarios del Estado de alto rango⁴³⁰. Otra opinión se funda en un enfoque sistémico de la evolución del sistema jurídico internacional y en el argumento de que la prohibición de determinados actos como crímenes de derecho internacional tiene la finalidad de proteger los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto. En esta perspectiva, consiguientemente, la propia noción de crímenes internacionales sería incompatible con cualquier forma de inmunidad que permitiera a algunas personas escudarse detrás de su posición oficial⁴³¹. Estas diversas teorías se examinarán más detenida *infra* en relación con la inmunidad *ratione materiae*⁴³².

152. Se han propuesto algunas soluciones para el problema tratando de encontrar un equilibrio entre los intereses concurrentes de la preservación de la inmunidad *ratione personae* y el enjuiciamiento de crímenes internacionales. Así, por ejemplo, se ha sugerido que, si bien debería darse prioridad a la norma relativa a la inmunidad en los casos en que no haya riesgo de impunidad (y más particularmente

⁴²⁶ Artículos 7 y 6, respectivamente.

⁴²⁷ Véase, en particular, Watts, op. cit. (1994), pág. 54 (la inmunidad del jefe de Estado, “si bien es absoluta por lo menos en lo tocante al derecho penal interno común de los otros Estados, es preciso introducir una calificación con respecto a ciertos crímenes internacionales, tales como los crímenes de guerra”; este pasaje se refiere al Jefe de Estado en ejercicio, y la misma excepción se reitera con respecto al ex Jefe de Estado en la página 89, nota 198) o Rousseau, op. cit., págs. 125 y 126 (“El carácter absoluto de esta inmunidad [del jefe de Estado] no era discutido en la doctrina clásica, según la cual ni el jefe de Estado, ni ninguno de los miembros de su familia o de su séquito, podía ser llevado ante la justicia ante una jurisdicción penal extranjera. Sin embargo, el principio debe considerarse hoy en día abandonado en el caso en que sea imputable a un jefe de Estado una violación del derecho internacional”, y luego haciendo referencia en particular al artículo 227 del Tratado de Versalles). Ésta es también la posición adoptada por Amnistía Internacional en “United Kingdom: The Pinochet Case: Universal Jurisdiction and Absence of Immunity for Crimes against Humanity” (1° de enero de 1999), págs. 16 a 25). Véase también, por ejemplo, Kerry Creque O’Neill, “A New Customary Law of Head of State Immunity? Hirohito and Pinochet”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 38 (2002), págs. 295 a 298; Wouters, op. cit., págs. 259 a 261.

⁴²⁸ Particularmente, el artículo 7 del Proyecto de Código y el párrafo 7 del comentario de la CDI a dicho artículo: (*Anuario... 1996*, vol. II, Segunda parte, pág. 27). Para el texto del artículo, véase la Primera parte, sección D *supra*. Para un examen más detallado de esa afirmación, véase *infra*, sección B 3 a) ii.

⁴²⁹ Véase, por ejemplo, Asociación de Derecho Internacional, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences, *Report of the 69th Conference held in London, 25-29 July 2000* (Londres, 2000), pág. 416.

⁴³⁰ Véase, por ejemplo, Kamto, op. cit., págs. 526 a 529; y Robertson, op. cit., págs. 408 y 409.

⁴³¹ Bianchi, op. cit. (1999), págs. 260 a 262 y 276 y 277. Véase también: Rosanne van Alebeek, “The Pinochet Case: International Human Rights Law on Trial”, *British Yearbook of International Law*, vol. LXXI (2000), pág. 49.

⁴³² Véase *infra*, sección B.

cuando el propio Estado del funcionario tiene voluntad de ejercer su jurisdicción penal sobre dicha persona y está preparado para hacerlo), cuando ello no fuera así debería hacerse lugar al ejercicio de la jurisdicción penal extranjera. Así, por ejemplo, la inmunidad *ratione personae* dejaría de funcionar toda vez que los tribunales del Estado al que pertenezca el órgano de que se trate carezcan de competencia respecto de los crímenes presuntamente cometidos por el órgano, o cuando haya razones apremiantes para creer que dicho Estado no procederá al enjuiciamiento por esos crímenes o que la detención y el enjuiciamiento por sus autoridades competentes estarán vedados por normas nacionales especiales relacionadas con la condición particular de la persona en cuestión⁴³³.

153. Según otra teoría que se ha propuesto, la inmunidad *ratione personae* sólo se otorgaría en el caso de las visitas oficiales, que son esenciales para la conducción de las relaciones internacionales, y por el contrario podría ser denegada cuando el funcionario viajara con carácter privado⁴³⁴. Una teoría análoga pero algo más compleja sugiere que la inmunidad *ratione personae* puede ser denegada en caso de visitas privadas, pero sólo si se puede probar que las autoridades competentes del Estado que están ejerciendo jurisdicción (o un órgano internacional competente, como la Corte Penal Internacional o el Consejo de Seguridad actuando con arreglo al Capítulo VII) no consideran (o ya no consideran) a ese funcionario como una contraparte apropiada en las relaciones internacionales⁴³⁵.

B. La inmunidad *ratione materiae*

154. A diferencia de la inmunidad *ratione personae*, que se examinó en la sección anterior, la inmunidad *ratione materiae* sólo comprende a los actos oficiales, es decir, a la conducta llevada a cabo por un funcionario del Estado en el cumplimiento de sus funciones. Esta limitación del alcance de la inmunidad *ratione materiae* parece no ser controvertida en la doctrina⁴³⁶ y ha sido confirmada por los tribunales internos.⁴³⁷ En su reciente sentencia en la causa *Djibouti c. Francia*, la

⁴³³ Véase Gaeta, op. cit. (2002), págs. 986 a 989. La autora especifica, empero, que la interpretación sugerida no se aplicaría en el caso de jefes de Estado en ejercicio, que cumplen importantes y delicadas funciones constitucionales, porque ello pondría en peligro la estructura y el funcionamiento del Estado extranjero.

⁴³⁴ Leen De Smet y Frederik Naert, "Making or breaking international law? An international law analysis of Belgium's act concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law", *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), págs. 503 y 504.

⁴³⁵ Véase Zappalà, op. cit., págs. 600 y 605 y 606. Según el autor, la denegación de la inmunidad *ratione personae* cuando el Estado ha aceptado la visita oficial de un jefe de Estado extranjero socavaría intolerablemente las relaciones internacionales. El requisito adicional para la denegación de la inmunidad en caso de visitas privadas tiene la finalidad de asegurar que el jefe de Estado no sea tomado por sorpresa y evitar abusos: con tal fin "debería requerirse como una especie de advertencia de que no sería bienvenido o bienvenida en un país extranjero" (ibid.). El autor también señala que "los tribunales nacionales también podrían fundarse en principios de autolimitación", en particular en los Estados en los que los particulares pueden poner en marcha acusaciones penales. Asimismo observa que, si bien este enfoque "tiene la indeseable contrapartida de introducir consideraciones de políticas en la administración de justicia", "parece justificarse por el carácter sumamente delicado de las cuestiones de que se trata" (ibid.).

⁴³⁶ Véanse, en particular, los autores citados *supra*, nota de pie de página 207.

⁴³⁷ Dicha limitación ha sido reconocida por los tribunales internos tanto en procesos penales como en procesos civiles. Véase, por ejemplo: Tribunal Federal, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police (recours de droit administratif)*, op. cit.; Tribunal de Apelaciones del

Corte Internacional de Justicia se refirió en ese contexto a “actos cumplidos en el marco de [las] funciones [de los funcionarios de que se trate] como órgano del Estado”⁴³⁸. A este respecto, se plantean varias cuestiones que giran en torno a tres puntos principales: a) los criterios de distinción entre la conducta llevada a cabo por un funcionario del Estado en el cumplimiento de sus funciones, y la conducta realizada con carácter privado; b) las personas que gozan de inmunidad *ratione materiae*, y c) la existencia de posibles excepciones a la inmunidad *ratione materiae*, fundadas en la naturaleza del presunto crimen.

1. Actos “oficiales” y actos “privados”

a) Consideraciones generales

155. La primera cuestión que debe resolverse para determinar el régimen jurídico de la inmunidad *ratione materiae* se refiere a la identificación de los criterios de distinción entre la conducta “oficial” y “privada” de un órgano del Estado.

156. Se plantea la cuestión de si tales criterios coinciden con los que rigen la atribución del comportamiento en el contexto de la responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos. Puede argumentarse que esta cuestión parece estar vinculada con la cuestión más general del fundamento de la inmunidad *ratione materiae*⁴³⁹. En realidad, si se considera a la inmunidad *ratione materiae* como una consecuencia del principio de que el comportamiento realizado por un órgano del Estado en el cumplimiento de sus funciones debe ser atribuido al Estado⁴⁴⁰, parece haber fuertes razones para armonizar al régimen de inmunidad con las normas relativas a la atribución del comportamiento a los efectos de la responsabilidad del Estado⁴⁴¹. Sin embargo, cualquiera sea la posición que se adopte con respecto al

Segundo Circuito, *Republic of the Philippines v. Marcos and others*, 26 de noviembre de 1986, 806 F.2d 344 (1986), pág. 360, reproducido en *International Law Reports*, vol. 81, págs. 581 a 599, pág. 597 (reconociendo la inmunidad de un ex jefe de Estado, pero no con respecto a los actos privados); Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito, *Jimenez v. Aristeguieta et al.*, 311 F.2d 547 (1962), reproducido en *International Law Reports*, vol. 33, págs. 353 a 359 (excluyendo la defensa de acto de Estado for los actos privados); y Tribunal de Apelaciones de París, *Ex-Roi Farouk d’Egypte c. Christian Dior*, 11 de abril de 1957, op. cit. (también excluyendo la defensa de acto de Estado para los actos privados). Véanse también las decisiones judiciales citadas *supra*, nota de pie de página 206.

⁴³⁸ *Djibouti v. France*, pág. 58, párr. 191. Sin embargo, cabe señalar que en su sentencia la Corte parece equiparar a la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado (es decir, la inmunidad funcional) con la inmunidad del Estado mismo; véase *ibíd.*, pág. 57, párrs. 187 y 188: “187. En la argumentación oral ante la Corte, Djibouti reformuló por primera vez sus pretensiones respecto del *procureur de la République* y del Jefe de Seguridad Nacional. Se afirmó entonces que el *procureur de la République* y el Jefe de Seguridad Nacional tenían derecho a inmunidades funcionales:

“Lo que Djibouti pide a la Corte es que reconozca que un Estado no puede considerar a una persona que tiene la condición de órgano de otro Estado como responsable penalmente a título individual por actos llevados a cabo en ese carácter oficial, es decir, en el cumplimiento de sus funciones. Esos actos, en realidad, deben considerarse en derecho internacional como atribuibles al Estado en cuyo nombre ha actuado el órgano y no al individuo que ha actuado como órgano.”

“188. La Corte observa que esa pretensión es, en esencia, una pretensión de inmunidad para el Estado de Djibouti, de la cual se diría que el *procureur de la République* y el Jefe de Seguridad Nacional se beneficiarían.”

⁴³⁹ Véase *supra*, párrs. 88 a 92, observaciones introductorias a la Segunda parte.

⁴⁴⁰ Véase *supra*, nota de pie de página 214.

⁴⁴¹ Véase, sobre este punto, la causa *Jones*, Lord Hoffmann, párr. 74:

fundamento de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado⁴⁴², los criterios de atribución del comportamiento en el contexto de la responsabilidad del Estado podrían seguir siendo una fuente pertinente de inspiración para determinar si un acto ha de ser considerado “oficial” o “privado” a los efectos de dicha inmunidad.

157. En los artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos no se consignan expresamente los criterios para determinar si el comportamiento de un órgano del Estado ha de ser considerado como realizado en el cumplimiento de las funciones oficiales de dicho órgano. El texto del artículo 7, que se refiere a los actos realizados fuera del ámbito de su competencia⁴⁴³, simplemente enuncia este requisito al disponer que “el órgano, persona o entidad” debe actuar “en esa calidad”. Sin embargo, se encuentra cierta aclaración sobre esta cuestión en el comentario de la CDI al artículo 4⁴⁴⁴. Sobre este punto, el comentario especifica que la consideración determinante radica en las “apariencias de autoridad” de la persona y no en los motivos que inspiran su comportamiento o el carácter abusivo que asuma dicho comportamiento:

“A este efecto es indiferente que la persona tenga motivos ulteriores o impropios o abuse del poder público. Cuando tal persona actúe *aparentemente en calidad oficial, o bajo las apariencias de autoridad*, sus acciones serán atribuibles al Estado. [...] El caso del comportamiento puramente privado no debe confundirse con el de un órgano que actúa como tal pero excediéndose en sus atribuciones (*ultra vires*) o infringiendo las normas que rigen su actividad. En este último caso el órgano actúa, no obstante, en nombre del Estado: este principio queda afirmado en el artículo 7. Al aplicar este criterio,

“Hasta ahora se ha supuesto en general que las circunstancias en que un Estado será responsable por el acto de un funcionario en el derecho internacional es un reflejo de las circunstancias en que el funcionario será inmune en el derecho interno extranjero. Esta suposición tiene su lógica: si hay un recurso contra el Estado ante un tribunal internacional, no debería haber también un recurso contra el funcionario mismo ante un tribunal interno. Los casos y demás materiales sobre la responsabilidad del Estado dejan en claro que el Estado es responsable por actos hechos bajo la apariencia de autoridad pública, independientemente de si han sido o no efectivamente autorizados o lícitos con arreglo al derecho interno o al derecho internacional.”

⁴⁴² El principio de no injerencia en los asuntos internos de otros Estados también ha sido presentado como justificación de la inmunidad *ratione materiae*. Véase, por ejemplo, *Pinochet* (No. 3), Lord Saville de Newdigate, pág. 642; Lord Millet, pág. 645; y Lord Phillips de Worth Matravers, pág. 658.

⁴⁴³ El artículo 7, titulado “Extralimitación en el ejercicio de la competencia o contravención de instrucciones”, dispone:

“El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional *si tal órgano, persona o entidad actúa en esa calidad*, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.” (Cursivas añadidas.) *Anuario... 2001*, vol. II (Segunda parte), párr. 76.

⁴⁴⁴ El artículo 4, titulado “Comportamiento de órganos de un Estado”, dispone:

“1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.” *Ibíd.*

naturalmente, cada caso tendrá que tratarse a la luz de sus propios hechos y circunstancias⁴⁴⁵.” (Cursivas añadidas; nota de pie de página omitida.)

158. Hay cierto apoyo en la doctrina a favor de la pertinencia de las “apariencias de autoridad” para la determinación de la naturaleza “oficial” o “privada” de un acto o una omisión a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado⁴⁴⁶. Sin embargo, en la medida en que no tiene en cuenta los motivos personales de la persona de que se trata, este criterio parece no concordar con la posición adoptada por el Instituto de Derecho Internacional, en su resolución de 2001, con respecto a la inmunidad funcional de los ex Jefes de Estado o de gobierno⁴⁴⁷. Aunque reconoce que los ex jefes de Estado gozan de inmunidad por los actos oficiales realizados mientras estén en ejercicio de sus funciones⁴⁴⁸, el artículo 13 de la resolución establece una excepción a dicha inmunidad en caso de que los actos en cuestión hayan sido “realizados exclusivamente para satisfacer un interés personal”⁴⁴⁹. En la doctrina, también se ha sugerido que un acto que esté exclusiva o predominantemente motivado por razones personales no estaría comprendido en la inmunidad *ratione materiae*⁴⁵⁰. Lord Hope de Craighead expresó una opinión análoga en la causa *Pinochet*⁴⁵¹.

159. Una cuestión conexas se refiere a si los actos realizados por los funcionarios del Estado excediéndose de sus atribuciones [*ultra vires*] están comprendidos en la inmunidad *ratione materiae*. Los tribunales internos han adoptado posiciones encontradas sobre la cuestión general de la inmunidad en relación con los actos realizados fuera del ámbito de su competencia. Si bien a veces se ha rechazado la

⁴⁴⁵ Párrafo 13) del comentario al artículo 4, en *Anuario... 2001*, vol. II (Segunda parte), párr. 77, pág. 42. La naturaleza decisiva de las “apariencias de autoridad” se reitera en el párrafo 8) del comentario de la CDI al artículo 7, en el que se indica que un acto (o omisión) de un órgano del Estado que se haya excedido en sus atribuciones o haya contravenido las instrucciones que hubiese recibido es de todos modos atribuible al Estado, siempre que el órgano estuviera “supuesta o aparentemente [actuando] en el ejercicio de sus funciones oficiales. [...] En resumen, la cuestión es si [los funcionarios del Estado] actúan aparentemente dentro de los límites de sus atribuciones” (cursiva añadida; nota de pie de página omitida); *ibid.*, pág. 46.

⁴⁴⁶ Véase, en particular, Watts, *op. cit.* (1994), pág. 56: “El criterio determinante parecería ser si el comportamiento se estaba llevando a cabo bajo la apariencia de la autoridad pública del Jefe de Estado o en ostensible ejercicio de dicha autoridad”.

⁴⁴⁷ Según el artículo 16 de la resolución, los artículos 13 y 14 también son aplicables a los ex jefes de gobierno.

⁴⁴⁸ Véase el párrafo 2 del artículo 13 de la resolución, que dispone que un ex jefe de Estado no goza de “[...] la inmunidad de jurisdicción, en procedimientos penales, civiles o administrativos, salvo con respecto a los actos que se realicen en el ejercicio de funciones oficiales y se refieran al ejercicio de ellas [...]”; reproducido en Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, *op. cit.*, pág. 753.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ Véase, en particular, Robertson, *op. cit.*, pág. 402 (“[...] Los ex jefes, junto con agentes tales como los generales y jefes de policía y ministros, sólo gozan de una inmunidad restrictiva (*ratione materiae*), que abarca a todos los actos realizados oficialmente pero no comprende a las acciones llevadas a cabo para una gratificación privada.”).

⁴⁵¹ *Pinochet* (No. 3), pág. 622. A este respecto, Lord Hope de Craighead hizo referencia a una excepción a la inmunidad *ratione materiae* en el caso de “actos criminales que el Jefe de Estado haya realizado bajo la apariencia de su autoridad como Jefe de Estado pero que en realidad fueron para su propio placer o beneficio”. Esta posición fue criticada por Lord Hoffmann en la causa *Jones* seguida ante la Cámara de los Lores (párr. 92).

defensa de inmunidad en tales casos⁴⁵², también se ha decidido que la inmunidad de los funcionarios del Estado con respecto a los actos realizados en el cumplimiento de sus funciones no depende de la licitud o ilicitud de dichos actos⁴⁵³. La posición

⁴⁵² Véase la jurisprudencia de varios tribunales de los Estados Unidos en relación con procesos civiles; véase, por ejemplo, Tribunal de Distrito, Distrito Norte de California, *Jane Doe I, et al., Plaintiffs, v. Liu Qi, et al., Defendants; Plaintiff A, et al., Plaintiffs, v. Xia Deren, et al., Defendants*, Nos. C 02-0672 CW, C 02-0695 CW, 349 F.Supp.2d 1258, págs. 1285 y ss. (aplicando la Ley de los Estados Unidos sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros a un caso iniciado por practicantes de Falun Gong contra funcionarios de gobierno local de la República Popular China, el Tribunal de Distrito concluyó: “el solo hecho de que los actos hayan sido realizados bajo la apariencia de legalidad o autoridad, que puede servir de base para la responsabilidad del Estado por atribución, no es suficiente para revestir al funcionario de inmunidad soberana”. El tribunal consideró que la cuestión jurídica consistía en “si los actos realizados por un funcionario que violen las leyes oficiales de su nación pero que estén autorizados por una política encubierta no oficial del Estado pueden considerarse comprendidos dentro del ámbito de autoridad del funcionario con arreglo a la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros”, y a continuación desestimó la pretensión de inmunidad de los demandados porque las supuestas violaciones de los derechos humanos eran “incompatibles con el derecho de China” (ibíd., págs. 1287 y 1288)). Además de otros casos mencionados en la decisión del Tribunal de Distrito (ibíd., págs. 1282 y 1283), véase también: Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, *In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights litigation. Maximo Hilao, et al., Class Plaintiffs; Vicente Clemente, et al., Class Plaintiffs; Jaime Piopongo, et al., Class Plaintiffs. Plaintiffs-Appellees, v. Estate of Ferdinand Marcos, Defendant-Appellant*, 16 de junio de 1994, 25 F.3d 1467, pág. 1472, reproducido en *International Law Reports*, vol. 104, págs. 199 a 133 (el tribunal concluyó que los actos de tortura, ejecución y desapariciones no estaban cubiertos por la autoridad que tenía el Presidente Marcos incluso cuando estaba en ejercicio de sus funciones y que, por consiguiente, la inmunidad no podía aplicarse); Tribunal de Distrito (Distrito de Massachusetts), *Teresa Xuncax, et al., Plaintiffs, v. Hector Gramajo, Defendant; Dianna Ortiz, Plaintiff, v. Hector Gramajo, Defendant*, sentencia de 15 de abril de 1995, 886 F.Supp. 162, pág. 175 (el Tribunal de Distrito denegó la inmunidad a un ex Ministro de Defensa de Guatemala porque los supuestos actos (ejecución sumaria; desaparición; tortura; prisión arbitraria; tratos crueles, inhumanos y degradantes) “exced[ía] todo lo que pudiera considerarse que estaba legítimamente comprendido dentro del ámbito de la autoridad oficial de Gramajo”); y Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, *Bawol Cabiri, Plaintiff, v. Baffour Assasie-Gyimah, Defendant*, 18 de abril de 1996, 921 F.Supp. 1189, pág. 1198 (denegando la inmunidad al demandado, un oficial de seguridad ghanés, el Tribunal de Distrito observó: “Assasie-Gyimah no alega que los actos de tortura supuestamente cometidos por él están comprendidos dentro del ámbito de su autoridad. No argumenta que dichos actos no están prohibidos por las leyes de Ghana; ni podría hacerlo. [...] El Tribunal concluye que los supuestos actos de tortura cometidos por Assasie-Gyimah están fuera del ámbito de su autoridad en su calidad de Subjefe de Seguridad Nacional de Ghana. Por consiguiente, no puede escudarse de las demandas de Cabiri en virtud de la inmunidad soberana prevista en la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros.”).

⁴⁵³ Véase, por ejemplo, en el contexto de las causas civiles, la posición de Lord Bingham de Cornhill en la decisión de la Cámara de los Lores en la causa *Jones*, párr. 12; y la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Ontario en la causa *Jaffe v. Miller and others* (anunciada por Finlayson, J. A.), reproducida en *International Law Reports*, vol. 95, págs. 446 a 467, en la pág. 460 (“En mi opinión, el uso de adjetivos para describir el comportamiento de los demandados y contrademandantes no puede privarlos de su condición de funcionarios del soberano extranjero. La naturaleza ilegal y maliciosa de los actos alegados no bastan por sí mismos para poner a las acciones fuera del alcance de las funciones oficiales de los demandados y contrademandantes.”) y las págs. 461 y 462 (“Consiguientemente, incluso teniendo presente el nuevo enfoque restrictivo de la inmunidad, cuando la inmunidad existe, ya sea con arreglo al *common law* o con arreglo a la *Ley sobre las inmunidades de los Estados*, es absoluta. Opino que las supuestas ilegalidades no privan a los demandados de su inmunidad ni con arreglo al *common law* ni con

según la cual dicha inmunidad *ratione materiae* sigue operando con respecto a los actos realizados fuera del ámbito de su competencia [*ultra vires*] fue aparentemente adoptada, ya en 1797, por el Fiscal General de los Estados Unidos en la causa *Gobernador Collot*⁴⁵⁴. Esta posición tal vez se funde en el principio —claramente reconocido por la CDI en el artículo 7 sobre la responsabilidad del Estado— de que los actos realizados fuera del ámbito de su competencia siguen siendo atribuibles al Estado a los efectos de la responsabilidad⁴⁵⁵. Sin embargo, también se ha argumentado en la doctrina que dicha inmunidad *ratione materiae* no comprendería a los actos que excedan del mandato de un funcionario⁴⁵⁶.

160. Si se considerara que los actos ilícitos o delictivos, como cuestión de principio, son “no oficiales” a los efectos de la inmunidad *ratione materiae*, la propia noción de “inmunidad” quedaría despojada de gran parte de su contenido⁴⁵⁷.

arreglo a la *Ley sobre las inmunidades de los Estados*.” Véase también Tribunal de Distrito, Distrito Norte de Illinois, División Este, *Plaintiffs A, B, C, D, E, F, and others Similarly Situated, Wei Ye, and Hao Wang, Plaintiffs, v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10), Defendants*, No. 02 C 7530, 12 de septiembre de 2003, 282 F.Supp.2d 875, pág. 883 (“los Estados tienen inmunidad frente a las demandas derivadas del supuesto “abuso de poder de la policía [de un Estado]” porque, “por más monstruoso que ese abuso pueda indudablemente ser, el ejercicio que haga un Estado extranjero del poder de su policía se ha entendido desde hace mucho tiempo, a los efectos de la teoría restrictiva, como de naturaleza peculiarmente soberana.” *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349, 361, 113 S.Ct. 1471, 123 L.Ed.2d 47 (1993). *A fortiori*, lo mismo es cierto respecto de un Jefe de Estado.”).

⁴⁵⁴ En conexión con una acción civil iniciada contra Collot, Gobernador de la isla francesa de Guadalupe, el Fiscal General de los Estados Unidos sostuvo: “Me inclino a pensar, si se admite que la incautación de la nave ha sido un acto oficial, realizado por el demandado en virtud, o bajo la apariencia, de los poderes de que está investido en calidad de gobernador, que ello será por sí mismo una suficiente respuesta a la acción del demandante; que el demandado no debe responder ante nuestros tribunales por una mera *irregularidad* en el ejercicio de sus poderes; y que el alcance de su autoridad sólo puede, con propiedad o conveniencia, ser determinado por las autoridades constituidas de su propia nación” (cursiva en el original), reproducido en J. B. Moore, *A Digest of International Law* (1906), vol. II, pág. 23.

⁴⁵⁵ Véase, sobre este punto, Mizushima Tomonii, “The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires* Conduct”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (2000-2001), pág. 276: “Lo que convierte en discutible a esta cuestión aparentemente sencilla es en parte el argumento hecho en la esfera de la responsabilidad de los Estados con arreglo al derecho internacional de que el comportamiento *ultra vires* de los funcionarios del Estado es, por lo menos en cierta medida, atribuible al Estado.” Véase también la posición de Lord Hoffman en la causa *Jones*, párr. 78: “Así pues, parece claro que un Estado incurrirá en responsabilidad en el derecho internacional si uno de sus funcionarios, bajo la apariencia de su autoridad, tortura a un nacional de otro Estado, aun cuando los actos hayan sido ilícitos y no autorizados. Sostener que a los efectos de la inmunidad del Estado el funcionario no estaba actuando en carácter oficial produciría una asimetría entre las normas de responsabilidad y la inmunidad.”

⁴⁵⁶ Véase van Alebeek, op. cit., pág. 66: “Un funcionario del Estado puede, en el —supuesto— ejercicio de sus funciones oficiales, cometer actos que no estén comprendidos dentro del mandato del funcionario y que no reúnan las condiciones necesarias para que corresponda la protección por la inmunidad *ratione materiae*” (nota de pie de página omitida).

⁴⁵⁷ En otros términos, como dijo Lord Hope de Craighead (causa *Pinochet* (No. 3), pág. 622), “el comportamiento no tiene que ser lícito para atraer la inmunidad.” Expresó una opinión análoga Lord Goff de Chievely, ibid., pág. 599. Véase también Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 538, párr. 39: “[...] Sea como sea, no tiene sentido considerar que los actos que fueron cumplidos ilegalmente deban necesariamente ser considerados “privados” por el motivo de que la función de un jefe de Estado —o de cualquier otro agente— no puede jamás consistir en actuar ilegalmente. [...]” (nota de pie de página omitida). Sobre la cuestión de si los actos

Sin embargo, los comentaristas discuten acerca de si las violaciones graves del derecho internacional —en particular, las que acarrearán responsabilidad penal individual con arreglo al derecho internacional— podrían de todos modos ser calificadas como “actos oficiales” con respecto a los cuales los funcionarios del Estado gozarían de inmunidad *ratione materiae*. La cuestión se examinará más detalladamente *infra*, en una subsección dedicada a la interacción entre la inmunidad *ratione materiae* y las normas que establecen crímenes internacionales.

161. Otra cuestión que debe considerarse es la de si la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*, que parece ser pertinente en el contexto de la inmunidad de los Estados⁴⁵⁸, también se aplica en el contexto de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado. Esta cuestión, pese a que ha sido considerada con poca frecuencia y sólo superficialmente⁴⁵⁹, ha dado lugar a opiniones encontradas en la doctrina. Si bien se ha sugerido que la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis* también es pertinente en el contexto de la

ilícitos pueden ser considerados “oficiales”, véase también Sison, *op. cit.*, pág. 1586: “La distinción [...] entre los actos oficiales y los actos personales a veces dista de ser clara. Por ejemplo, el comportamiento de un Jefe de Estado puede ser ilícito o delictivo. Entonces, la atención pasa a centrarse en determinar si esos actos reunirían las condiciones para ser actos oficiales o si deberían considerarse realizados en carácter personal. Según una opinión, los actos ilícitos o delictivos son simplemente delitos comunes cometidos en carácter personal, y no actos oficiales que justifiquen la inmunidad [nota de pie de página refiriéndose a Watts, *op. cit.*, 2006, pág. 56 y *Jimenez v. Aristeguieta*, *op. cit.*, vol. 33, pág. 353]. Sin embargo, es igualmente posible que un Jefe de Estado cometa un delito mientras está usando el aparato de su cargo para desempeñar sus funciones de Jefe de Estado. Según esta opinión, si el acto delictivo fue realizado bajo la apariencia de autoridad pública, el Jefe de Estado tendría inmunidad de jurisdicción independientemente de la legalidad del acto con arreglo a las leyes de su propio Estado.” (Notas de pie de página omitidas); Fox, *op. cit.* (“The Pinochet Case No. 3”), pág. 688, señalando que la decisión en la causa *Pinochet* implica “la aceptación, con la excepción de Lord Millett, de que la autorización de un homicidio, según parece, es una actividad oficial por la cual un ex jefe de Estado puede reclamar inmunidad”; y Watts, *op. cit.* (1994), pág. 112: “Respecto de los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, empero, se plantea el mismo problema que respecto de los jefes de Estado, a saber, si un comportamiento delictivo puede siquiera considerarse parte de sus funciones oficiales. No hay una respuesta fácil o sencilla; como se sugirió en relación con los jefes de Estado, el criterio determinante parecería ser si el comportamiento se llevó a cabo en ostensible ejercicio de las funciones de jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores, en cuyo caso debería beneficiarse de la protección continuada que se otorga a los actos oficiales.” (Notas de pie de página omitidas.) El autor se refiere, empero, a una “excepción a esta inmunidad continuada” con respecto a “los actos oficiales que hayan entrañado un comportamiento criminal por el que existe responsabilidad individual con arreglo al derecho internacional”; *ibid.*, pág. 113.

⁴⁵⁸ Si bien la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, 2004, no hace expresa referencia a la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*, enumera varios casos en los que no se puede hacer valer la inmunidad del Estado (véanse los artículos 10 a 17, que tratan, respectivamente, de “transacciones mercantiles”, “contratos de trabajo”, “lesiones a las personas y daños a los bienes”, “propiedad, posesión y uso de bienes”, “propiedad intelectual e industrial”, “participación en sociedades u otras colectividades”, “buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado” y “efectos de un convenio arbitral”). Muchos de esos casos parecen estar entre los que en general se consideran en la doctrina comprendidos dentro del ámbito de los *acta jure gestionis*.

⁴⁵⁹ Gaeta, *op. cit.* (2002), pág. 977 (nota de pie de página 4), alude a esta cuestión, pero en relación con la inmunidad *ratione personae* de los jefes de Estado, primeros ministros y ministros de relaciones exteriores. En relación con la inmunidad de un jefe de Estado, véase también Watts, *op. cit.* (1994), pág. 61, que tiene serias dudas de que la inmunidad hubiera estado limitada a los *acta jure imperii*.

inmunidad de los funcionarios del Estado⁴⁶⁰, se ha considerado asimismo que la distinción es irrelevante en el segundo contexto⁴⁶¹ y que los *acta jure gestionis* realizados por un órgano del Estado podrían seguir calificándose como “oficiales”.⁴⁶² Esta última posición fue la adoptada por el Tribunal Supremo de Austria que determinó que, a diferencia de la inmunidad de los Estados, la inmunidad de los jefes de Estado también comprendía a los *acta jure gestionis* realizados con carácter oficial⁴⁶³. Las razones para excluir a los *acta jure gestionis* del alcance de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado parecerían no ser claras, en especial habida cuenta de que dichos actos son atribuibles al Estado en la misma forma que los *acta jure imperii*.⁴⁶⁴ A la luz de lo que antecede, parecería haber fundamentos razonables para considerar que un órgano del Estado que realice un acto *jure gestionis* que es atribuible al Estado está efectivamente actuando en su carácter oficial y consiguientemente gozaría de inmunidad *ratione materiae* con respecto a dicho acto.

b) *Actos oficiales realizados en el territorio de un Estado extranjero*

162. Se plantea la cuestión de si los actos realizados por un funcionario del Estado en el territorio de otro Estado en el cumplimiento de sus funciones son inmunes frente a la jurisdicción penal en el Estado en que fueron realizados. La práctica de los Estados sobre este punto parece ser escasa⁴⁶⁵.

⁴⁶⁰ Véase Mirella Bojic, “Immunity of High State Representatives with regard to International Crimes: are Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers still Untouchable?”, tesis de maestría, Facultad de Derecho, Universidad de Lund, 2005, pág. 23; y Bothe, op. cit., pág. 257, diciendo que dicha inmunidad *ratione materiae* probablemente no se aplica a los *acta jure gestionis*.

⁴⁶¹ Véase Cassese, “When May Senior State Officials...”, op. cit., pág. 869, nota de pie de página 42.

⁴⁶² Véase, en particular, van Alebeek, op. cit., pág. 48, examinando el alcance de la inmunidad *ratione materiae* de los ex jefes de Estado: “Un Jefe de Estado que cesa en el cargo sigue estando protegido por la inmunidad con respecto a los actos oficiales realizados en el ejercicio de sus funciones de Jefe de Estado. El consenso sobre esta inmunidad residual por los actos oficiales es en cierto modo engañoso, porque la cuestión de cuáles son los actos que corresponde calificar como tales es discutida [nota de pie de página refiriéndose a la discusión relativa a la inmunidad residual de los diplomáticos]. La inmunidad correspondiente a un ex jefe de Estado se extiende más allá de los actos que reúnen las condiciones para estar comprendidos en la inmunidad de los Estados *ratione materiae*, pues un “acto oficial realizado en el ejercicio de sus funciones” es una noción más amplia que la de “acto soberano”. Por ejemplo, un contrato mercantil celebrado por un Jefe de Estado en nombre del Estado no es un acto “soberano” en el sentido de ser *jure imperii*, pero se consideraría como un acto oficial realizado en el ejercicio de las funciones del jefe de Estado.”

⁴⁶³ Tribunal Supremo, *Prince of X Road Accident Case*, 1964, reproducido en *International Law Reports*, vol. 65, pág. 13.

⁴⁶⁴ Véase el párrafo 6) del comentario de la CDI al artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (reproducido en *Anuario... 2001*, vol. II (Segunda parte), párr. 77, págs. 40 y 41): “A los efectos de atribución no hace al caso que el comportamiento del órgano del Estado pueda clasificarse como “comercial” o como “*acta iure gestionis*”.” (Ibid., pág. 41.)

⁴⁶⁵ En el incidente del *Rainbow Warrior*, luego de la detención por la policía local del Mayor Mafart y el Capitán Prieur, dos agentes franceses que hundieron al *Rainbow Warrior* en Nueva Zelanda, Francia adoptó la posición de que su detención en Nueva Zelanda era injustificada “teniendo en cuenta en particular el hecho de que actuaron por órdenes militares y que Francia [estaba] dispuesta a presentar excusas y a pagar una compensación a Nueva Zelanda por los daños sufridos”; véase la decisión de 6 de julio de 1986 del Secretario General de las Naciones

163. Se ha sugerido que, para determinar si los actos realizados por un funcionario del Estado en el territorio de un Estado extranjero están comprendidos en la inmunidad *ratione materiae*, el aspecto fundamental a considerar sería el de si el Estado territorial había consentido en que un órgano de un Estado extranjero cumpliera funciones oficiales dentro de su territorio o no⁴⁶⁶. A este respecto, se ha argumentado que la inmunidad *ratione materiae* no comprende a los actos que constituyan una violación manifiesta de la soberanía territorial de otro Estado, como un sabotaje, un secuestro, o un homicidio cometido por un agente de un servicio secreto extranjero o una incursión aérea⁴⁶⁷.

Unidas, en *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, pág. 213. Sin embargo, en su sentencia de 22 de noviembre de 1985 (anterior a la fase internacional de este asunto) en la causa *R. v. Mafart and Prieur*, la Alta Corte de Auckland en Nueva Zelandia condenó a los dos funcionarios por homicidio culposo y daños intencionales. Cabe observar que, durante los procedimientos penales, los dos funcionarios se habían declarado culpables de esos cargos. El juez aceptó que “el hecho de que efectivos militares hayan actuado dentro de los términos de sus órdenes puede ser una cuestión a considerar para la atenuación de la pena por los delitos que se hayan cometido si así lo requiere la justicia en el caso” (*International Law Reports*, vol. 74, pág. 250). Sin embargo, consideró que “el hecho de que los encausados hayan actuado en cumplimiento de órdenes no es un punto al que yo le asigne peso en las circunstancias de la presente causa” (ibid., pág. 251). En esa etapa no se planteó cuestión alguna en relación con la inmunidad o la falta de responsabilidad de los dos funcionarios. Además, durante las negociaciones que precedieron al laudo del Secretario General en el caso del *Rainbow Warrior*, Francia, en el memorando que presentó al Secretario General, dijo, entre otras cosas, que “Francia está dispuesta a asumir, en relación con Nueva Zelandia y a las víctimas del incidente, todas las responsabilidades que le incumben en lugar de las personas que actuaron en nombre suyo, como lo hizo, por ejemplo, el Gobierno británico con respecto al Gobierno de los Estados Unidos cuando la nave *Caroline* fue destruida por un comando británico (cf. Moore, *Digest of International Law* (1906), párr. 127, pág. 409)”. Asimismo consideró que “corresponde que el Gobierno de Nueva Zelandia libere a los dos funcionarios” (*International Law Reports*, vol. 74, pág. 269). Cabe señalar que, durante las negociaciones, no se hizo mención a ninguna supuesta inmunidad de los dos funcionarios involucrados.

⁴⁶⁶ Véase Paola Gaeta, “*Extraordinary renditions e immunità dalla giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso Abu Omar*”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 89 (2006), págs. 126 a 130. La autora examina el caso de varios agentes de la Agencia Central de Inteligencia [*Central Intelligence Agency*] (CIA) detenidos en Italia en conexión con el secuestro de Abu Omar, llevado a cabo en Milán el 17 de febrero de 2003. Uno de los agentes era, en el momento del secuestro, cónsul de los Estados Unidos en Milán. Sin embargo, en el momento de su detención, sus funciones consulares habían terminado. El ex cónsul invocó la inmunidad consular con respecto a los actos de que se trataba. Su pretensión fue rechazada por el “juez de investigaciones preliminares” [*giudice delle indagini preliminari (g.i.p.)*] de Milán, fundándose en que el secuestro de una persona no formaba parte de las funciones consulares enumeradas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1967. El juez no examinó la cuestión de si el ex cónsul también gozaba de inmunidad funcional como agente de la CIA. Según Gaeta, ello dependería, entre otras cosas, de si Italia había dado su consentimiento para la operación llevada a cabo en su territorio por la CIA o no; en ausencia de dicho consentimiento, el Estado territorial no tendría obligación alguna con arreglo al derecho internacional de reconocer ninguna clase de inmunidad funcional al agente extranjero que hubiese actuado en su territorio; ibid., págs. 127 y 128. Véase también Mario Giuliano, Tullio Scovazzi y Tullio Treves, *Diritto internazionale*, vol. II, 2ª edición (Milán, Giuffrè, 1983), pág. 537, que sostienen la opinión de que la obligación de un Estado de otorgar inmunidad con respecto a los actos oficiales realizados en su territorio por agentes extranjeros dependería de si dicho Estado había autorizado la realización de esos actos.

⁴⁶⁷ Bothe, op. cit., pág. 252 y págs. 257 a 261.

164. En los alegatos orales en la causa *Djibouti c. Francia* ante la Corte Internacional de Justicia, el abogado de Djibouti indicó que el principio de inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado estaba sujeto a algunas excepciones —que, sin embargo, no eran pertinentes para la causa en examen— en los casos de crímenes de guerra y actos de espionaje y sabotaje realizados en el territorio de un Estado extranjero⁴⁶⁸.

165. Además, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en su sentencia de 29 de octubre de 1997 en la causa *Blaškić*, aludió a la inaplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* a determinadas categorías de personas en su carácter de espías⁴⁶⁹.

2. Personas comprendidas en la inmunidad *ratione materiae*

a) Categorías de funcionarios

166. Parece haber un amplio apoyo doctrinal para la proposición que, a diferencia de la inmunidad *ratione personae*, que corresponde a una limitada cantidad de funcionarios del Estado de alto rango⁴⁷⁰, gozan de inmunidad *ratione materiae* los funcionarios del Estado en general, independientemente de su posición en la jerarquía del Estado⁴⁷¹. En este contexto, se ha argumentado que dicha inmunidad

⁴⁶⁸ Alegatos orales, 22 de enero de 2008, ICR 2008/3 (Condorelli), párr. 24. Véanse también las referencias a los juicios de Nuremberg en la Primera parte, sección C.3 *supra*.

⁴⁶⁹ *Prosecutor v. Blaškić*, decisión sobre la citación bajo apercibimiento [*subpoena*], párr. 41: “Análogamente, otras clases de personas (por ejemplo, los espías, definidos en el artículo 29 del Reglamento anexo a la Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 (Convención IV de La Haya), aun cuando actúen como órganos del Estado, pueden ser responsabilizados personalmente por sus actos ilícitos.” Con respecto a los actos de espionaje en general, también debe señalarse a la atención una decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en que se denegó la inmunidad a los espías de la ex República Democrática Alemana con respecto a actos realizados desde el territorio de ésta contra la República Federal de Alemania antes de la reunificación de Alemania; véase Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), decisión de 15 de mayo de 1995, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 92, págs. 277 y ss., resumido en la base de datos sobre la práctica de los Estados en relación con las inmunidades de Estado del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CADHI) del Consejo de Europa (http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities).

⁴⁷⁰ Véase *supra*, Segunda parte, sección A.

⁴⁷¹ Véase, por ejemplo, Gaeta, op. cit. (2002), pág. 975 (las inmunidades *ratione materiae* “abarcan las actividades realizadas por *todo* funcionario del Estado en el ejercicio de sus funciones, independientemente de donde se hayan llevado a cabo” (las cursivas son de la autora)); Kelsen, op. cit., 1966, págs. 358 y 359; Klingberg, op. cit., pág. 552 (“Con arreglo al derecho internacional consuetudinario, los ex jefes de Estado, como cualquier otro funcionario del Estado, gozan de la llamada inmunidad funcional con respecto a sus actos oficiales.”); Mitchell, op. cit., pág. 231; Robertson, op. cit., pág. 402 (“La inmunidad absoluta (*ratione personae*) se otorga a quienes encarnan o representan al Estado (es decir, a los jefes de Estado y jefes de las misiones diplomáticas) pero sólo dura mientras están en ejercicio del cargo. Los ex jefes, junto con agentes tales como los generales y jefes de policía y ministros, sólo gozan de una inmunidad restrictiva (*ratione materiae*), que abarca a todos los actos realizados oficialmente pero no comprende a las acciones llevadas a cabo para una gratificación privada.”); y Wickremasinghe, op. cit. (2006), pág. 397 (las inmunidades *ratione materiae* “[...] potencialmente se aplican a los actos oficiales de todos los funcionarios del Estado [...]”; *ibíd.*, pág. 410: “... por lo menos respecto de la jurisdicción civil de los tribunales de otros Estados, donde el efecto de los procedimientos sería socavar o tornar ineficaz la inmunidad del Estado empleador.”).

ratione materiae “comprende a los actos oficiales de cualquier agente *de jure* o *de facto* del Estado”⁴⁷².

167. El principio de que los funcionarios del Estado en general gozan de inmunidad *ratione materiae* encuentra apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. En la causa *Blaškić*, la Sala de Apelaciones hizo referencia en este contexto a una “norma bien asentada de derecho internacional consuetudinario que data de los siglos XVIII y XIX y ha sido vuelta a expresar muchas veces desde entonces”:

“La Sala de Apelaciones desestima la posibilidad de que el Tribunal Internacional dirija órdenes de comparecencia a funcionarios del Estado que hayan actuado en su carácter oficial. Dichos funcionarios son meros instrumentos de un Estado y su acción oficial sólo puede atribuirse al Estado. No pueden ser objeto de sanciones o penas por un comportamiento que no es privado sino que ha sido realizado en nombre de un Estado. En otras palabras, los funcionarios del Estado no pueden sufrir las consecuencias de actos ilícitos que no les son atribuibles a ellos personalmente sino al Estado en cuyo nombre han actuado: gozan de la llamada “inmunidad funcional”. Ésta es una norma bien asentada de derecho internacional consuetudinario que data de los siglos XVIII y XIX y ha sido vuelta a expresar muchas veces desde entonces. Más recientemente, Francia adoptó una posición basada en esa norma en el caso del *Rainbow Warrior*. La norma también fue claramente expuesta por el Tribunal Supremo de Israel en la causa *Eichmann*⁴⁷³.

“[...] es bien sabido que el derecho internacional consuetudinario protege a la organización interna de cada Estado soberano: deja que cada Estado soberano determine su estructura interna y en particular que designe a las personas que actuarán como agentes u órganos del Estado. Cada Estado soberano tiene derecho a impartir instrucciones a sus órganos, tanto a los que operan a nivel interno como a los que operan en la esfera de las relaciones internacionales, y también a establecer sanciones u otras medidas en caso de incumplimiento de esas instrucciones. El corolario de este poder exclusivo es que cada Estado tiene derecho a reclamar que los actos o transacciones realizados por uno de sus órganos en su carácter oficial se atribuyan al Estado, de modo que la persona que actúa como órgano no sea responsabilizada por esos actos o transacciones. La norma general que se examina está bien asentada en el derecho internacional y se basa en la igualdad soberana de los Estados (*par in parem non habet imperium*)⁴⁷⁴.”

168. La opinión según la cual la inmunidad *ratione materiae* se aplica a los funcionarios del Estado en general también fue expresada por el abogado de Djibouti en la causa *Djibouti c. Francia*. Refiriéndose a la distinción entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*, sostuvo que la segunda —a diferencia de la primera— era aplicable a los funcionarios del Estado en general y se basaba en el principio de que los actos oficiales de los órganos del

⁴⁷² Cassese, “When May Senior State Officials...”, op. cit., pág. 863. Véase también Bothe, op. cit., pág. 255.

⁴⁷³ *Prosecutor v. Blaškić*, decisión sobre la citación bajo apercibimiento [*subpoena*], párr. 38 (nota de pie de página omitida).

⁴⁷⁴ *Ibid.*, párr. 41.

Estado son atribuibles al Estado mismo y no al órgano que los ha realizado⁴⁷⁵. A este respecto, es digno de señalarse que el abogado de Francia parece haber reconocido la existencia, como cuestión de principio, de una norma que otorga inmunidad *ratione materiae* a los funcionarios del Estado en general⁴⁷⁶. En su sentencia de 4 de junio de 2008, la Corte Internacional de Justicia no negó como cuestión de principio la posibilidad de que funcionarios de un Estado tales como el Fiscal y el Jefe de Seguridad Nacional de la República de Djibouti pudieran gozar de inmunidad *ratione materiae* (es decir, inmunidad funcional) como órganos del Estado⁴⁷⁷, aunque la Corte pareció equiparar esa inmunidad con la inmunidad de que goza el Estado mismo⁴⁷⁸.

169. Además, el principio con arreglo al cual los funcionarios del Estado en general gozan de inmunidad *ratione materiae* encuentra apoyo en la jurisprudencia de los tribunales internos. En el contexto de las causas penales, cabe señalar a la atención la posición adoptada por el Tribunal Federal de Suiza en su sentencia en la causa *Adamov*⁴⁷⁹. También cabe mencionar la opinión expresada en la Cámara de los

⁴⁷⁵ Alegatos orales, 22 de enero de 2008, ICR 2008/3 (Condorelli), pág. 12, párr. 17, y págs. 14 a 18, párrs. 21 a 31 (también refiriéndose a numerosas autoridades doctrinales que apoyan la existencia de un “principio de derecho internacional que estipula que los órganos de un Estado se benefician de inmunidad respecto de la jurisdicción de los Estados extranjeros por los actos realizados en cumplimiento de dicha función”; véase, también, Alegatos orales, 28 de enero de 2008, ICR 2008/6 (Condorelli), págs. 50 a 53, párrs. 1 a 12.

⁴⁷⁶ Alegatos orales, CR 2008/5 (Pellet), pág. 50, párr. 74 [traducción]: “Pero en términos jurídicos, el argumento principal presentado por el Profesor Condorelli (que es novedoso cuando se le compara con los argumentos contenidos en la Memoria) es aún más extraño. Se funda en el principio de que “todo Estado debe considerar a los actos del órgano de un Estado extranjero que actúan en carácter oficial como atribuibles a dicho Estado, y no a la persona que tiene la condición de órgano, que no puede ser responsabilizada penalmente por él en su calidad de individuo”. De hecho, en sí misma, no hay nada de extravagante acerca de esa proposición, y yo me cuidaría mucho de contradecir a las autoridades que la afirman, que mi ilustrado oponente ha citado in extenso. Lo que es discutible no es el principio; son las consecuencias verdaderamente inaceptables que extrae de él —por otra parte, más por inferencia que explícitamente.” (Notas de pie de página omitidas.) El abogado de Francia argumentó además que la cuestión de si el acto de que se trata había sido realizado en cumplimiento de las funciones oficiales del órgano de que se trataba debía ser determinada por las autoridades competentes, antes de lo cual nada habría impedido que las personas interesadas invocaran su inmunidad; *ibíd.*, págs. 50 a 53, párrs. 75 a 80, especialmente párr. 79 [traducción]: “En este caso de corrupción de testigos, obviamente nada había que impidiera —o que impida ahora— que los interesados invoquen las inmunidades en que Djibouti se funda ahora en nombre de ellos ante el tribunal penal francés. Pero para hacerlo, deben permitirle que aprecie sus argumentos a ese efecto. Ninguno de los dos ha hecho valer por sí mismo esas inmunidades —ni siquiera por carta. [...] En lugar de hacerlo, los interesados se han concentrado en la llamada falta de reciprocidad que supuestamente habría configurado la conducta de Francia.” Véanse también los alegatos orales, 29 de enero de 2008, CR 2008/7 (Pellet), págs. 45 a 53, párrs. 17 a 30.

⁴⁷⁷ *Djibouti v. France*, párrs. 181 a 200. Sin embargo, concluyó que Francia no había violado esas inmunidades. Por un lado, no se ha[bía] “verificado concretamente” ante [la Corte] que los actos que eran objeto de las citaciones como *témoins assistés* emitidas por Francia fueran efectivamente actos realizados en el marco de sus funciones como órganos del Estado”; párr. 191. Por otro lado, esas inmunidades no habían sido invocadas por el Estado de Djibouti ante las autoridades de Francia; véanse los párrafos 196 y 197.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, párrs. 187 y 188.

⁴⁷⁹ *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, op. cit.

Lores, en la causa *Pinochet* (No. 3), por Lord Browne-Wilkinson,⁴⁸⁰ Lord Goff de Chievely⁴⁸¹, Lord Millet⁴⁸² y Lord Phillips de Worth Matravers⁴⁸³. Además, debería señalarse que los tribunales internos han otorgado inmunidad *ratione materiae* a una diversidad de funcionarios del Estado, inclusive de rango menor, en causas que no eran de naturaleza penal⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ *Pinochet* (No. 3), pág. 594: “La inmunidad *ratione materiae* se aplica no sólo a los ex jefes de Estado y ex embajadores, sino a todos los funcionarios del Estado que hayan participado en el cumplimiento de las funciones del Estado”.

⁴⁸¹ *Ibid.*, pág. 606: “Por consiguiente, la inmunidad de los Estados *ratione materiae* opera de modo de proteger a los ex jefes de Estado, y (cuando se hace valer la inmunidad) a los funcionarios públicos, incluso los funcionarios públicos de rango menor, frente a los procesos judiciales en países extranjeros con respecto a actos realizados en el ejercicio de sus funciones como tales, inclusive frente a la acusación y la detención con respecto a supuestos crímenes.”

⁴⁸² *Ibid.*, pág. 644: “La inmunidad *ratione materiae* “[...] corresponde a los ex jefes de Estado y jefes de misiones diplomáticas, y a todo aquel cuyo comportamiento en el ejercicio de la autoridad del Estado sea posteriormente cuestionado, ya sea que haya actuado como jefe de gobierno, ministro del gobierno, comandante militar o jefe de policía, o como funcionario público subalterno. La inmunidad es la misma cualquiera sea el rango del titular del cargo.”

⁴⁸³ *Ibid.*, pág. 657: “Ésta es una inmunidad del Estado que se aplica de modo de impedir que los tribunales de otro Estado asuman jurisdicción en relación con un juicio iniciado contra un funcionario u otro agente del Estado, actual o anterior, en relación con la conducción de los asuntos del Estado mientras estuviese en ejercicio del cargo.”

⁴⁸⁴ Véase, en particular, Cámara de los Lores, *Jones* (una acción civil por supuestos malos tratos iniciada contra el Reino de Saudi Arabia y contra funcionarios militares y policiales del Reino y contra su Ministro del Interior), esp. Lord Bingham de Cornhill, párr. 11, y Lord Hoffmann, párr. 66. Véase, también, República Federal de Alemania, Corte Suprema Federal, *Church of Scientology Case*, Case No. VIZR267/76, 1978, reproducido en *International Law Reports*, vol. 65, págs. 193 y ss. (otorgando inmunidad a los actos del Jefe de Scotland Yard); *Jaffe v. Miller and others* (anunciada por Finlayson J. A.), op. cit. (El demandante inició una acción por daños y perjuicios contra determinados funcionarios del Estado de Florida (el Fiscal General; un fiscal del Estado; dos fiscales asistentes del Estado; un investigador; y un abogado del Estado), alegando que eran responsables de haber presentado cargos penales falsos contra él y de conspirar para secuestrarlo, después de haber tratado sin éxito de obtener su extradición. El Tribunal de Apelaciones concluyó que los demandados gozaban de inmunidad con respecto a actos realizados “dentro del ámbito de sus funciones como funcionarios del Estado de Florida”: “En mi opinión, la posición con arreglo al *common law* o con arreglo a la *Ley sobre las inmunidades de los Estados* es la misma con respecto a esta cuestión. Independientemente de si los actos ilícitos alegados en la demanda tuvieron lugar antes o después de la entrada en vigor de la *Ley sobre las inmunidades de los Estados*, los actos que realizaron las partes demandadas a título personal estaban comprendidos dentro del ámbito de sus funciones como funcionarios del Estado de Florida, y tienen derecho a la inmunidad de Estado si dicha inmunidad corresponde al Estado de Florida. El hecho de que la Ley no diga nada sobre su aplicación a los empleados del Estado extranjero sólo puede significar que el Parlamento está conforme con que la determinación de cuáles son los empleados que tienen derecho a la inmunidad sea determinada con arreglo al *common law*. La determinación de si determinada persona que ha desempeñado una función en particular es un funcionario del Estado extranjero será una cuestión de hecho que el tribunal deberá decidir en cada caso.”; *ibid.*, pág. 459); Irlanda, Tribunal Supremo, *Norburt Schmidt v. Home Secretary of the United Kingdom*, 24 de abril de 1997, que concluyó que un agente de la Policía Metropolitana del Reino Unido tenía derecho a invocar la inmunidad soberana ante los tribunales irlandeses (resumido en la base de datos sobre la práctica de los Estados en relación con las inmunidades de los Estados del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CADHI) del Consejo de Europa (http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/); y Estados Unidos, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, *Ra'Ed Mohamad Ibrahim*

b) *Ex funcionarios*

170. En la causa de la *Orden de detención*, la Corte Internacional de Justicia parece haber reconocido implícitamente la inmunidad de un ex ministro de relaciones exteriores con respecto a actos realizados *con carácter oficial* mientras estaba en ejercicio de sus funciones. La Corte indicó que:

“[...] después de que una persona deja de ocupar el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores, ya no gozará en los demás Estados de todas las inmunidades otorgadas por el derecho internacional. Siempre que tenga jurisdicción con arreglo al derecho internacional, un tribunal de un Estado puede juzgar a un ex Ministro de Relaciones Exteriores de otro Estado con respecto a actos realizados antes del período en que ejercieron el cargo o después de él y *con respecto a actos realizados durante el período en que ejercieron el cargo con carácter privado*⁴⁸⁵.” (Cursiva añadida.)

171. Los juristas reconocen casi unánimemente que —a diferencia de la inmunidad *ratione personae*, de la cual sólo goza una cantidad limitada de funcionarios del Estado *en ejercicio*— la inmunidad *ratione materiae* sigue aplicándose después del cese del funcionario del Estado en sus funciones⁴⁸⁶. En realidad, parece que sólo en muy contados casos se ha expresado una opinión contraria o se ha cuestionado el principio⁴⁸⁷. A este respecto, se ha sugerido que la continuación de la aplicación de

Matar, et al., Plaintiffs, v. Avraham Dichter, former Director of Israel's General Security Service, Defendant, 2 de mayo de 2007, 500 F.Supp.2d 284, págs. 288 a 292.

⁴⁸⁵ *Arrest Warrant*, párr. 61. Véase también la opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 85: “No obstante, dicha inmunidad sólo rige mientras el Ministro [de Relaciones Exteriores] esté en ejercicio del cargo y sigue protegiéndolo después de ese período sólo por actos “oficiales”.”

⁴⁸⁶ Véase, *ex multis*, Cassese, “When May Senior State Officials...”, op. cit., pág. 863; Gaeta, op. cit. (2002), pág. 975; Campbell McLachlan, “Pinochet Revisited”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), pág. 961; Mitchell, op. cit., pág. 231; y Wouters, op. cit., pág. 256 (indicando que puede encontrarse apoyo para la inmunidad funcional de los ministros de relaciones exteriores en la *opinio juris* y la práctica de los Estados). En lo tocante a los ex jefes de Estado, véase en particular Dominicé, op. cit., págs. 302 y 303; Klingberg, op. cit., pág. 552; Mitchell, op. cit., pág. 231 (“En relación con [el párrafo 1 del artículo 20 de la Ley del Reino Unido sobre inmunidades de Estado (1978),] en conjunción con el párrafo 2 del artículo 39 de la Ley sobre privilegios diplomáticos de 1964, está claro que un ex jefe de Estado no goza de inmunidad con respecto a los actos personales o privados (inmunidad *ratione personae*), pero sigue gozando de inmunidad con respecto a los actos públicos realizados en su carácter de Jefe de Estado (inmunidad *ratione materiae*.”); Shaw, op. cit. (2003), págs. 657 y 658; Melinda White, “Pinochet, Universal Jurisdiction, and Impunity”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7 (2000), pág. 219; y Zappalà, op. cit., pág. 596; así como the referencias que da Verhoeven, en Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, op. cit., pág. 536.

⁴⁸⁷ Véase, en particular, Andrea Bianchi, op. cit. (1999), pág. 259. El autor cuestiona la existencia de una norma consuetudinaria que otorgue inmunidad funcional a funcionarios del Estado de alto rango o de rango menor, o de una norma ad hoc sobre los jefes de Estado. A este respecto, formula la siguiente observación: “Como se afirma en estudios recientes, aparte del caso de la inmunidad de los diplomáticos y cónsules por sus actividades oficiales (y autorizadas por el Estado territorial), es difícil establecer la existencia, en el derecho internacional consuetudinario, o bien de un régimen general de inmunidad residual o funcional para los funcionarios de un Estado extranjero de alto rango o de rango menor por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o de una norma ad hoc sobre los jefes de Estado [nota de pie de página en la cual se cita a Pasquale de Sena, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali* (1996)].” Véase también el escrito *amicus curiae* presentado ante un Tribunal de Distrito de los Estados Unidos por 23 miembros del Congreso de los Estados Unidos del Partido

la inmunidad *ratione materiae* después del cese del funcionario del Estado en sus funciones se funda en que este tipo de inmunidad está vinculado con el acto y no con su autor⁴⁸⁸.

172. La continuación de la aplicación de la inmunidad *ratione materiae* frente a la jurisdicción penal extranjera ha sido claramente reconocida por el Instituto de Derecho Internacional con respecto a los ex Jefes de Estado y los ex jefes de gobierno⁴⁸⁹.

173. Asimismo, algunos tribunales internos han reconocido que los ex funcionarios del Estado siguen teniendo derecho a la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los actos realizados en su carácter oficial mientras estaban en ejercicio de sus funciones⁴⁹⁰.

Demócrata en la causa *A, B, C, D, E, F v. Zemin*, op. cit., pág. 976), argumentando en contra del otorgamiento de la inmunidad a “un ex jefe de un país que es un régimen totalitario y que no da a sus ciudadanos la oportunidad de presentar peticiones a su gobierno exponiendo quejas ni a formular demandas contra el gobierno por actos ilícitos...” Según el escrito *amicus curiae*, “el derecho internacional deja en claro que las personas que son responsables de violaciones manifiestas de los derechos humanos pueden ser sometidas a enjuiciamiento incluso si eran jefes de Estado en el momento en que tuvo lugar el delito. Véase, por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (que especifica que “las personas que hayan cometido genocidio” serán castigadas, “ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”).”

⁴⁸⁸ Véase Klingberg, op. cit., pág. 544, según el cual “las inmunidades funcionales [...] se otorgan porque los actos oficiales de todo agente del Estado deben atribuirse al Estado y considerarse actos del Estado. Debido a la igualdad soberana de los Estados, a los Estados les está vedado juzgar los actos de otros Estados (*par in parem non habet jurisdictionem*). Como las inmunidades funcionales se vinculan a la calidad del acto y no a la calidad de la persona que actúa como agente del Estado, no cesan al término del cumplimiento de funciones oficiales por dicho agente.”

⁴⁸⁹ Resolución de 2001, párrafo. 2 del artículo 13, reproducido en Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, op. cit., pág. 753 (combinado con el artículo 16 en lo tocante a los jefes de gobierno).

⁴⁹⁰ Véase, en particular, Tribunal Federal, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police (recours de droit administratif)*, op. cit., en la cual el Tribunal Federal de Suiza concluyó que un ex jefe de Estado gozaba de inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera, a menos que la inmunidad fuera objeto de renuncia por parte de su Estado. Véase también, en causas civiles, Pakistán, Tribunal Supremo, *Qureshi v. USSR*, 8 de julio de 1981, reproducido en *International Law Reports*, vol. 64, págs. 586 a 653, pág. 617 (invocando alguna doctrina — Satow, *Guide to Diplomatic Practice*— que apoya la continuación de la inmunidad de un ex jefe de Estado con respecto a los actos realizados en carácter oficial); *Hatch v. Baez*, 1876, 7 Hun. 596, pág. 600 (en la que un tribunal de los Estados Unidos concluyó, en una causa relativa al ex Presidente de Santo Domingo: “El hecho de que el demandado haya dejado de ser Presidente de Santo Domingo no destruye su inmunidad. Ésta surge de la calidad con que se hicieron los actos, y protege al individuo que los hizo, porque emanaron de un gobierno extranjero y amistoso.”); Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *Republic of the Philippines v. Marcos and others*, 26 de noviembre de 1986, 806 F 2d 344 (1986), pág. 360, reproducido en *International Law Reports*, vol. 81, págs. 581 a 599, pág. 597 (reconociendo la inmunidad de un ex jefe de Estado, aunque no con respecto a los actos privados); y *Plaintiff A, B, C, D, E, F, and Others Similarly Situated, Wei Ye, y Hao Wang, Plaintiffs, v. Jiang Zemin y Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10), Defendants*, op. cit., pág. 883, extracto reproducido en *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pág. 977 (“Los demandantes no citan ninguna determinación de ningún tribunal en el sentido de que la inmunidad de un jefe de Estado por actos cometidos durante su mandato como gobernante desaparece cuando un líder cesa en el cargo. El Segundo Circuito ha dicho en un *obiter dictum* que “hay respetables autoridades que

c) *Funcionarios o ex funcionarios de Estados o gobiernos no reconocidos*

174. El posible papel del reconocimiento o la falta de reconocimiento de Estados o gobiernos en el otorgamiento de inmunidades a los funcionarios del Estado ya ha sido examinado en relación con la inmunidad *ratione personae* de que gozan una cantidad limitada de funcionarios del Estado de alto rango en ejercicio⁴⁹¹. La misma cuestión puede plantearse en el contexto de la inmunidad *ratione materiae* tanto respecto de funcionarios del Estado de rango menor como respecto de ex funcionarios del Estado.

175. Con respecto a la segunda causa, debería mencionarse el proceso incoado contra el ex gobernante *de facto* de Panamá, Manuel Noriega, ante un Tribunal de Distrito de los Estados Unidos. El Tribunal de Distrito no hizo lugar a la pretensión de Noriega de inmunidad de Jefe de Estado fundándose en que los Estados Unidos nunca habían reconocido al General Noriega como Jefe de Estado de Panamá⁴⁹². La decisión del Tribunal de Distrito fue confirmada en apelación⁴⁹³.

176. Además, en un auto dictado el 6 de noviembre de 1998 en el proceso incoado contra Augusto Pinochet en Bélgica, el magistrado Vandermeersch señaló la necesidad de examinar, en el curso de las investigaciones, en qué medida Pinochet había sido reconocido por Bélgica como “Jefe de Estado legal” (“*Chef d’Etat légal*”) de Chile, a fin de determinar si tenía derecho a pretender inmunidad en razón de esa condición ante las autoridades de Bélgica⁴⁹⁴.

apoyan la denegación de la inmunidad de jefe de Estado a los ex jefes de Estado.” Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, *In Re Doe*, sentencia de 19 de octubre de 1988, 860 F.2d 40, pág. 45. Sin embargo, los casos que el tribunal citó en apoyo de esta proposición sugieren meramente que un ex jefe de Estado puede no tener derecho a la inmunidad 1) por sus actos privados, véase *The Schooner Exchange*, pág.145; *Republic of Philippines v. Marcos*, 806 F.2d 344, 360 (2d Cir. 1986), que dicen en *obiter dicta* que la inmunidad de jefe de Estado puede no “llegar [] tan lejos como para hacer que un ex jefe de Estado sea inmune en lo tocante a sus *actos privados*” (cursiva añadida), o 2) cuando el Estado extranjero renuncia a la inmunidad de su ex líder, véase *In Re Grand Jury Proceedings*, 817 F.2d 1108, 1111 (4th Cir. 1987). Ninguna de esas hipótesis está presente aquí. Además, las piedras fundamentales de la inmunidad de los soberanos extranjeros, la cortesía y la dignidad mutua de las naciones, no se ven afectadas al denegarse la inmunidad en los tipos de asuntos citados en *Doe* —en la primera hipótesis, porque el Jefe de Estado es demandado por actos realizados como persona privada, y, en la segunda, porque el Estado extranjero repudia la inmunidad de su ex líder. En contraste, el fundamento de la inmunidad del jefe de Estado no se ve menos afectado cuando un ex jefe de Estado es demandado en un tribunal de los Estados Unidos por actos cometidos cuando era Jefe de Estado, que cuando se demanda a un Jefe de Estado en funciones.”)

⁴⁹¹ Véase *supra*, Segunda parte, sección A.1 a.

⁴⁹² Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Florida, *United States of America v. Noriega*, providencia general de 8 de junio de 1990, 746 F.Supp. 1506, reproducida en *International Law Reports*, vol. 99, págs. 151 a 183, en págs. 161 a 163.

⁴⁹³ Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito, *United States of America v. Noriega*, 7 de julio de 1997, 117 F.3d 1206 (1997), reproducida en *International Law Reports*, págs. 591 a 599, en págs. 595 a 596.

⁴⁹⁴ Juez de instrucción del tribunal de primera instancia de Bruselas, Damien Vandermeersch, auto de 6 de noviembre de 1998, op. cit., sección 3.1. Véanse las observaciones críticas de Anne Weyembergh, “Sur l’ordonnance du juge d’instruction Vandermeersch rendue dans l’affaire Pinochet le 6 novembre 1998”, *Revue belge de droit international*, vol. 32 (1999), págs. 182-184, observando que, a diferencia de las jurisdicciones de los Estados Unidos, las jurisdicciones belgas no se habían fundado en este argumento porque Bélgica reconoce sólo a los nuevos Estados y no a los nuevos gobiernos. La autora también argumenta que, en todo caso, los Estados fundan su reconocimiento de los gobiernos en la efectividad y no en la legitimidad o la legalidad.

177. En lo tocante al posible papel del reconocimiento en el otorgamiento de inmunidad a los funcionarios *de jure* o *de facto* del Estado, también vale la pena recordar la posición adoptada por los Corte Suprema de los Estados Unidos, ya en 1897, con respecto a determinada conducta de un comandante militar que llevaba a cabo operaciones bajo la autoridad de un gobierno revolucionario en Venezuela. La Corte Suprema determinó lo siguiente:

“[...] Los actos por los que se reclama eran actos de un comandante militar que representaba a la autoridad del partido revolucionario como a un gobierno, que posteriormente tuvo éxito, y ha sido reconocido por los Estados Unidos. Creemos que el Tribunal de Apelaciones de Circuito tuvo razón en concluir “que los actos del demandado eran los actos del Gobierno de Venezuela, y como tales no puede ser adecuadamente objeto de una decisión judicial en los tribunales de otro gobierno” [...]”⁴⁹⁵.”

d) *Funcionarios de un Estado que ha desaparecido*

178. Puede haber alguna duda acerca de si los funcionarios de un Estado que ha dejado de existir pueden seguir gozando de inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* con respecto a los actos realizados en su carácter de órganos de dicho Estado. Sobre este punto, la práctica de los Estados parece ser escasa y las soluciones siguen siendo inciertas⁴⁹⁶.

179. Por ejemplo, las autoridades judiciales de la República Federal de Alemania denegaron inmunidad a los funcionarios de la ex República Democrática Alemana, inclusive al ex Jefe de Estado Erich Honecker, fundándose en que el Estado ya no existía⁴⁹⁷. Esta posición radical tal vez se explique en cierta medida, habida cuenta de la peculiar situación derivada de la reunificación de Alemania⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ *Underhill v. Hernandez*, op. cit., pág. 254. Esta causa se refería a una demanda por daños y perjuicios en relación con la detención del demandante que supuestamente había sido causada por la negativa del General Hernandez a otorgarle un pasaporte para salir del país.

⁴⁹⁶ Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 540: “No obstante, resulta difícil determinar qué es lo que justificaría el mantenimiento de una inmunidad personal en ausencia de un Estado cuyos intereses propios son los únicos que exigen que dicha inmunidad sea fundamentalmente otorgada.” (Nota de pie de página omitida.)

⁴⁹⁷ Véase, en particular, Tribunal Constitucional Federal, 21 de febrero de 1992, rechazando la defensa de inmunidad de Honecker, ex Jefe de Estado de la República Democrática Alemana (publicada en alemán en *Deutsche Rechtsprechung zum Völkerrecht und Europarecht, 1986-1993*, Berlín, Springer, 1997, págs. 129 y 130), con una nota preliminar en inglés, cuyo texto era el siguiente: “La inmunidad de un Jefe de Estado no puede durar más que la existencia del Estado al que representaba. Por consiguiente, después de la extinción de un Estado, sus representantes pueden ser sometidos a la jurisdicción penal de otros Estados.” Véase también Supremo Tribunal Federal (BHG), *Enjuiciamiento de guardias fronterizos*, sentencia de 3 de noviembre de 1992, reproducida en *International Law Reports*, vol. 100, págs. 372 y 373 (“[...] los demandados no deben ser tratados como representantes de un Estado extranjero por la simple razón de que la RDA [República Democrática Alemana] ya no existe.”); y, análogamente, Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), decisión de 24 de octubre de 1996, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 95, págs. 96 y ss., resumida en la base de datos sobre la práctica de los Estados en relación con las inmunidades de los Estados del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa (http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/).

⁴⁹⁸ Véanse las observaciones formuladas por Watts (op. cit. (1994), pág. 89) comentando el proceso penal incoado en Alemania en 1992 contra Erich Honecker, y terminado a comienzos de 1993 a causa de la mala salud de Honecker. Según el autor, “parece probable que se haya adoptado la

3. Posibles excepciones, fundadas en la naturaleza de la conducta penal

a) *Crímenes de derecho internacional*

180. Se plantea la cuestión de si la inmunidad *ratione materiae* comprende también a los crímenes de derecho internacional.⁴⁹⁹

181. Como se mencionó anteriormente⁵⁰⁰, en la causa de la *Orden de detención* la Corte Internacional de Justicia determinó que la inmunidad de jurisdicción penal de un ministro de relaciones exteriores en ejercicio no estaba sujeto a ninguna excepción en los casos de crímenes de derecho internacional. Sin embargo, la Corte no abordó directamente la cuestión de la posible existencia de tal excepción en relación con la inmunidad *ratione materiae* de un *ex* ministro de relaciones exteriores. De todos modos, la sentencia de la Corte contiene el siguiente *obiter dictum*, que ha sido interpretado en el sentido de denegar implícitamente la existencia de tal excepción⁵⁰¹:

“Siempre que tenga jurisdicción con arreglo al derecho internacional, un tribunal de un Estado puede juzgar a un ex Ministro de Relaciones Exteriores de otro Estado con respecto a actos realizados antes o después del período en que ejercieron el cargo y con respecto a actos realizados *con carácter privado* durante el período en que ejercieron el cargo⁵⁰².” (Cursivas añadidas.)

182. En realidad, como en ese pasaje no se menciona para nada el derecho de un Estado a enjuiciar a un ex ministro de relaciones exteriores por crímenes de derecho internacional, el *dictum* de la Corte podría interpretarse como denegando ese derecho, aun cuando se podría llegar a una conclusión diferente considerando que tales crímenes estarían, por definición, fuera de las funciones de un órgano del Estado y consiguientemente deberían calificarse como actos “privados”⁵⁰³. En la

opinión de que, como la República Democrática Alemana (RDA) tenía competencia para enjuiciar a su propio Jefe de Estado, al producirse su accesoión a la República Federal de Alemania (RFA) esa competencia pasó a la RFA, que la ejerció iniciando un proceso fundado en el derecho anteriormente aplicable en la RDA. Otras consideraciones pertinentes son que al producirse la accesoión de la RDA a la RFA, pudo considerarse que ésta había sucedido a aquélla en el derecho a renunciar la inmunidad el Jefe de Estado, y que lo ejerció como consecuencia necesaria mediante la iniciación de un proceso; y que, como la inmunidad del Jefe de Estado existe para proteger los intereses del Estado y no las de la persona titular del cargo, la desaparición del Estado privó a dicha inmunidad de cualquier justificación ulterior.”

⁴⁹⁹ Para una definición de la noción de “crímenes de derecho internacional” a los fines del presente estudio, véase *supra*, Primera parte, sección B.1.

⁵⁰⁰ Véase *supra*, Segunda parte, sección A.3.

⁵⁰¹ Véase, por ejemplo, Wouters, op. cit., pág. 267: “La sentencia de la Corte puede, lamentablemente... leerse en el sentido de que dichas personas pueden seguir teniendo inmunidad de enjuiciamiento por crímenes internacionales después de haber cesado en su cargo ministerial.” Véase también Paola Gaeta, “*Ratione Materiae Immunities of Former Heads of State and International Crimes: the Hissène Habré Case*”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003-1), pág. 189: “En resumen, en opinión de la Corte la norma general sobre las inmunidades *ratione materiae*, con arreglo a la cual los Estados no pueden ejercer jurisdicción sobre un funcionario de un Estado extranjero por actos que haya realizado en su carácter público, sin el consentimiento del Estado a que pertenecía el funcionario del Estado, también se aplica a las imputaciones de crímenes internacionales.”

⁵⁰² *Arrest Warrant*, párr. 61.

⁵⁰³ Véanse, sobre este punto, las observaciones críticas formuladas por Jean Salmon, op. cit. (2002), págs. 516 y 517: “La fórmula utilizada habitualmente es que las inmunidades subsisten después de la expiración de las funciones *para los actos cumplidos por dicha persona en el*

medida en que pudiera interpretarse como denegando la existencia de toda excepción a la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes de derecho internacional, el *dictum* de la Corte ha sido criticado por varios autores por considerar que se no se ajusta al estado actual del derecho internacional⁵⁰⁴. El

ejercicio de sus funciones. La *ratio legis* de esa regla es simple: un agente del Estado no debe ser enjuiciado por actos que comprometían, cuando fueron cumplidos, no a su persona sino a la del Estado para el cual actuaba. Esta formulación clásica es, ella misma, susceptible de diversas interpretaciones. [...] Una cuestión clásica que suscita esta expresión es la de saber si un acto ilícito (desde el punto de vista internacional) puede ser un acto cumplido en el ejercicio de la función. En el caso particular, la cuestión tiene importancia cuando se trata de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, respecto de los cuales se puede sostener que fueron cumplidos para fines de política estatal, y por lo tanto en el ejercicio de la función. Sea como sea, ésa no es la formulación clásica que empleó la Corte, sino una formulación inversa: no hay inmunidad para los actos cumplidos durante el período en el cual el agente ejerció sus funciones si ha actuado “*a título privado*” (in *a private capacity* en el texto inglés). Esa formulación es peor que la anterior si se quiere excluir de la inmunidad a los crímenes de guerra y de lesa humanidad; pues si aun es posible sostener que una política de genocidio, de desaparición forzada o de depuración étnica no es un acto (se sobreentiende normal) de la función estatal, no se podrá por cierto sostener que se trata de un acto cumplido a título privado, ¡salvo que se pruebe que se está ante un peligroso psicópata, un perverso, que actuó a espaldas de las autoridades de su país! Así pues, la formulación adoptada por la Corte —que cabe esperar que haya sido fruto de una inadvertencia— es particularmente lamentable. La razón es que dicha formulación no representa para nada el derecho internacional consuetudinario. Si la Corte estimaba que los crímenes de guerra y de lesa humanidad debían ser considerados como actos privados, tenía el deber de decirlo. Al abstenerse, prolonga y envenena la controversia.” Véase también Shaw, op. cit. (2003), pág. 659 (refiriéndose al *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia): “Esto parece dejar sin resolver la cuestión del enjuiciamiento por actos realizados con violación del derecho internacional (tales como, por ejemplo, la tortura), a menos que se considere que están comprendidos dentro de la categoría de los actos privados.”

⁵⁰⁴ Véase, en particular, Cassese, “When May Senior State Officials...”, op. cit., págs. 866 a 870, especialmente pág. 868 (“Por lo tanto, si se interpretan literalmente las proposiciones jurídicas de la Corte, la consecuencia sería que los ministros de relaciones exteriores no podrían nunca ser enjuiciados por crímenes internacionales cometidos *mientras estaban en funciones*, o en todo caso sólo podrían serlo rara vez. Sin embargo, una cuestión más radical que ha de plantearse es la siguiente: ¿por qué deberían limitarse los juicios ante tribunales extranjeros a los actos realizados “en carácter privado”? ¿Qué normas internacionales excluirían a los actos oficiales?” (Cursivas en el original.)); David S. Koller, “Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment as It Pertains to the Security Council and the International Criminal Court”, *American University International Law Review*, vol. 20 (2004), págs. 16 y 17, refiriéndose a la causa del *Arrest Warrant*, párr. 61 (“La Corte especifica cuatro casos en los que no existe inmunidad, con la clara inferencia de que en cualquier circunstancia fuera de esa lista exhaustiva, el ministro de relaciones exteriores mantiene la inmunidad absoluta.”; e *ibid.*, pág. 18: “Como la Corte tuvo la intención de que el párrafo 61 contuviese una lista exhaustiva de las circunstancias en las que no se aplica la inmunidad, la clara consecuencia de esa afirmación es que la inmunidad protege a todos los actos de un ex ministro de relaciones exteriores cometidos en carácter oficial. Esto comprende a graves crímenes internacionales, entre ellos, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el genocidio y la tortura, cosa que coloca a la sentencia de la Corte en discrepancia con principios bien establecidos del derecho internacional.”); y Sassòli, op. cit., págs. 800 y 801 (“No se ve por qué era necesaria la precisión [de la Corte Internacional de Justicia] en el sentido de que entre los actos cometidos durante el mandato sólo los cumplidos a título privado podían ser enjuiciados, dado que el Sr. Yerodia había cometido los actos reprochados antes de llegar a ser ministro. Sin embargo, ese pasaje implica claramente que un gobernante sigue beneficiándose de una inmunidad penal ante los tribunales de Estados terceros por los actos de función. La Corte no explica las razones de tal extensión temporal de la inmunidad por los actos de función. [...] La limitación de esa inmunidad a los actos de función probablemente esté inspirada por un viejo fantasma, que se

dictum de la Corte también ha sido considerado como una posible causa de incertidumbre entre los Estados en cuanto al estado actual del derecho internacional acerca de la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes de derecho internacional⁵⁰⁵.

183. En contraste, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia dijo claramente, en su sentencia relativa al emplazamiento en la causa *Blaškić*, que la inmunidad *ratione materiae* no existe con respecto a los crímenes de derecho internacional, como los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. El pasaje pertinente de la sentencia dice lo siguiente:

“Esas excepciones [a la norma consuetudinaria que otorga inmunidad funcional a los funcionarios del Estado] surgen de las normas de derecho penal internacional que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. Con arreglo a esas normas, los responsables de tales crímenes no pueden invocar la inmunidad de jurisdicción nacional o internacional aun cuando hayan cometido tales crímenes mientras actuaban en su carácter oficial [...]”⁵⁰⁶.

184. La inaplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes internacionales también encuentra cierto apoyo en la jurisprudencia de los tribunales internos. En este contexto, frecuentemente se hace referencia a la

inscribe en una lógica puramente interestatal del derecho internacional y que debería haber desaparecido desde hace por lo menos 57 años. Se trataba, en efecto, del argumento de los defensores de los grandes criminales de guerra nazis en Nuremberg según el cual un acto que era atribuible a un Estado, o incluso había sido asumido por él, no podía ya comprometer la responsabilidad de los individuos que lo habían cometido. [...] Cabe abrigar serias dudas en cuanto a saber si esta concepción del principio “*par in parem non habet imperium*” corresponde a la práctica. Los Estados y algunos tribunales han juzgado que se podía separar al individuo, aunque fuera de alto rango, de su Estado cuando afirmaron que la posición de gobernante no puede exonerar a una persona de su responsabilidad penal individual. Esta práctica no se refiere sólo a los procedimientos ante tribunales internacionales, sino también a procedimientos nacionales. Es incompatible con una extensión del principio “*par in parem non habet imperium*” a los individuos que actúan por cuenta del Estado.”). Véase también Buzzini, op. cit., pág. 294, nota de pie de página 933, que considera que el *obiter dictum* de la Corte es difícilmente compatible con los recientes desarrollos del derecho penal internacional.

⁵⁰⁵ Según Gaeta (op. cit. (2003), pág. 195), la incertidumbre generada por el *obiter dictum* de la Corte podría explicar la posición adoptada por las autoridades belgas en los procedimientos penales contra el ex Presidente del Chad Hissène Habré. La autora señala que el juez de instrucción belga “entendió necesario dirigirse a las autoridades del Chad acerca de la cuestión de las inmunidades de que pudiera gozar el ex dictador” con respecto a cargos de crímenes de lesa humanidad y tortura. A continuación la autora examina la naturaleza jurídica de la carta de 7 de octubre de 2002 enviada al juez de instrucción belga por el Ministro de Justicia del Chad, en la que se indicó que Habré “no puede reclamar inmunidad alguna de las autoridades del Chad” (el texto de la carta está disponible en: <http://hrw.org/french/press/2002/tchad1205a.htm>). A este respecto, la autora señala que “[...] esta renuncia se fundaba en la norma legislativa interna pertinente que levantó las *inmunidades de jurisdicción nacional* de Hissène Habré por los crímenes que supuestamente había cometido en el Chad cuando era Jefe de Estado. [...] Así pues, parece que el gobierno del Chad confundió las inmunidades ante los tribunales nacionales del Chad, es decir, las inmunidades que se otorgan a algunos funcionarios del Estado en virtud del *derecho público interno*, con las inmunidades ante los tribunales nacionales extranjeros, es decir, las inmunidades que *el derecho internacional* confiere a algunas categorías determinadas de funcionarios del Estado ante los tribunales extranjeros.” La cuestión de la renuncia se examina en la sección C de la presente Segunda parte.

⁵⁰⁶ *Prosecutor v. Blaškić*, decisión sobre la citación bajo apercibimiento [*subpoena*], párr. 41.

sentencia del Tribunal Supremo de Israel en la causa *Eichmann*⁵⁰⁷. Debería recordarse que la cuestión fue examinada por el Tribunal Supremo desde la perspectiva de la doctrina de los “actos de Estado”. Sin embargo, como el Tribunal Supremo expuso una definición de “actos de Estado” que parece coincidir con el concepto de inmunidad *ratione materiae* examinado en el presente estudio⁵⁰⁸, las conclusiones del Tribunal en la causa *Eichmann* pueden ser pertinentes⁵⁰⁹. El Tribunal Supremo, al confirmar la sentencia del Tribunal de Distrito de Jerusalén sobre este punto⁵¹⁰, rechazó la excepción de “actos de Estado” presentada por Eichmann determinando que esa defensa no es procedente con respecto a los crímenes de derecho internacional. Al hacerlo, el Tribunal Supremo se fundó, en particular, en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg y el Principio No. III de los Principios de Nuremberg⁵¹¹. La posición del Tribunal Supremo se refleja muy bien en los siguientes pasajes de su sentencia:

“En todo caso, esa doctrina carece de base cuando el asunto se refiere a actos prohibidos por el derecho de gentes, en especial cuando son crímenes internacionales de la clase de los “crímenes de lesa humanidad” (en sentido amplio). De esos actos odiosos debe decirse que en lo tocante al derecho internacional están completamente fuera de la jurisdicción “soberana” del Estado que ordenó o ratificó su comisión, y consiguientemente quienes participaron en dichos actos deben responder personalmente por ellos y no pueden escudarse detrás del carácter oficial de su cometido o su misión, o detrás de las “Leyes” del Estado en virtud de las cuales pretendían actuar. Su posición puede compararse con la de una persona que ha cometido un delito en interés de una empresa a la que representa, a la que no le es permitido ocultarse detrás de la responsabilidad colectiva de la empresa por ese hecho. En otras palabras, el derecho internacional postula que es imposible que un Estado dé su sanción a un acto que viola sus severas prohibiciones, y de ello se deduce la idea que forma el núcleo del concepto de “crimen internacional”, que una persona que haya tomado parte en tal crimen debe tener responsabilidad personal por él. Si no fuera así, las disposiciones penales del derecho internacional serían una farsa⁵¹².

⁵⁰⁷ Citado *supra*, Primera parte, sección C.3. Villalpando, op. cit., pág. 424, considera que la causa *Eichmann* es un precedente que otorga argumentos adicionales para rechazar la defensa de inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes de derecho internacional.

⁵⁰⁸ Causa *Eichmann* (Tribunal Supremo de Israel), págs. 308 y 309, párr. 14: “La teoría de los “actos de Estado” significa que el acto realizado por la persona como órgano del Estado —ya fuera Jefe de Estado o un funcionario responsable que actúa por órdenes del gobierno— debe considerarse como un acto del Estado exclusivamente. De ello se deduce que sólo el Estado tiene responsabilidad por dichos actos, y también se deduce que otro Estado no tiene derecho a castigar a la persona que cometió el acto, salvo con el consentimiento del Estado cuya misión ha realizado. Si no fuera así, el primer Estado estaría interfiriendo en los asuntos internos del segundo, lo cual es contrario a la concepción de la igualdad de los Estados fundada en su soberanía.” (Nota de pie de página omitida).

⁵⁰⁹ Véase el comentario hecho por De Sena, op. cit., pág. 383: “En la causa *Eichmann*, la idea central en que se funda el rechazo de la defensa de “acto de Estado” por parte del Tribunal Supremo de Israel fue realmente la *excepcional* inaplicabilidad de la inmunidad de los órganos del Estado, *aun cuando* los crímenes cometidos por Eichmann podían rastrearse hasta el Estado alemán.” (Cursivas en el original.)

⁵¹⁰ Sentencia de 12 de diciembre de 1961, reproducida en *International Law Reports*, vol. 36, págs. 18-276, en págs. 44 a 48.

⁵¹¹ Véase párr. 14 c) de la sentencia del Tribunal Supremo.

⁵¹² *Ibid.*, párr. 14 b).

[...]

[...] Los decretos discriminatorios y saqueadores de ese malvado Estado y los edictos asesinos del autócrata que dirigía sus asuntos no son leyes a los ojos del derecho internacional y no pueden en manera alguna hacer que esos terribles crímenes sean válidos ni absolver a quienes participaron en su comisión de la responsabilidad personal que recae sobre ellos⁵¹³.”

185. Asimismo debe señalarse a la atención la decisión de la Cámara de los Lores en la causa *Pinochet* (No. 3). La Cámara de los Lores examinó la cuestión de la inmunidad desde la perspectiva del derecho internacional público, pues sobre esta cuestión la legislación británica simplemente se remitía, *mutatis mutandis*, a las inmunidades que se reconocen a los jefes de misión diplomática⁵¹⁴. Sin embargo, en la fundamentación de los Lores, la justificación para denegar a Pinochet la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes que presuntamente había cometido durante su presidencia se basó esencialmente en la operación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984⁵¹⁵, y no en una excepción general para los casos de

⁵¹³ *Ibid.*, párr. 14 d).

⁵¹⁴ Párrafo 1 del artículo 20 de la Ley del Reino Unido sobre las inmunidades de los Estados de 1987. Como la Ley sobre privilegios diplomáticos de 1964 incorporó a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, era aplicable el párrafo 2 del artículo 39 de ésta, relativo a las inmunidades de un diplomático que ha cesado en sus funciones.

⁵¹⁵ *Pinochet* (No. 3). Véanse, en particular, las posiciones de Lord Browne-Wilkinson, págs. 594 y 595; Lord Hope de Craighead, págs. 623 a 627; y Lord Saville de Newdigate, págs. 642 y 643. Compárese con la posición disidente de Lord Goff de Chieveley, págs. 600 y ss. (que concluyó que no había tenido lugar ninguna “renuncia” a la inmunidad mediante la ratificación de la Convención contra la Tortura). Para un comentario sobre las líneas de razonamiento de los Lores, véase Villalpando, *op. cit.*, pág. 412 y ss. El autor pone de relieve que la denegación de la inmunidad a Pinochet en la decisión de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999 estuvo limitada a los actos de tortura y conspiración para cometer actos de tortura que ocurrieron después del 8 de diciembre de 1988 (es decir, después de la ratificación de la Convención contra la Tortura por el Reino Unido, que correspondió a la fecha a partir de la cual los tribunales del Reino Unido tuvieron jurisdicción para enjuiciar esos crímenes extraterritorialmente). El autor observa asimismo (págs. 414 a 416) que a los efectos de excluir la inmunidad con respecto a la tortura, los siete Lores adoptaron siete líneas de razonamiento diferente, que son algo difíciles de conciliar. También señala (págs. 417 y 418) que los razonamientos de los Lores están, en todo caso, fundados en la Convención contra la Tortura y por consiguiente tienen numerosas limitaciones *ratione materiae* (es decir, con respecto a los crímenes), *ratione personae* (es decir, con respecto a los Estados partes en la Convención) y *ratione temporis* (es decir, con respecto a la fecha de entrada en vigor de la Convención). Véase también O’Neil, *op. cit.*, pág. 317 (“La decisión en la causa *Pinochet* crea un precedente para la denegación de la inmunidad de los jefes de Estado sólo en situaciones en las cuales a un ex jefe de Estado se le impute un crimen de derecho internacional con arreglo a un tratado vigente para el caso, que se aplique a los jefes de Estado y haya sido firmado por el país del líder y el país que conoce de la controversia.”); Clive Nicholls, “Reflections on Pinochet”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 41 (2000), pág. 146 (“Pinochet No. 3 estableció que un ex jefe de Estado no tiene inmunidad por el crimen internacional de tortura. La ley que regula la inmunidad en el Reino Unido es el artículo 20 de la Ley de 1978 sobre las inmunidades de los Estados, leído conjuntamente con el párrafo 2 del artículo 39 del Anexo 1 de la Ley de 1964 sobre privilegios diplomáticos. El de Comité de Apelaciones determinó por mayoría que, en general, un Jefe de Estado tenía inmunidad con arreglo a esas disposiciones *ratione personae* (en virtud de su condición de Jefe de Estado) y un ex jefe de Estado *ratione materiae* (con respecto a sus actos oficiales o gubernamentales). Sin embargo, por mayoría, en la sentencia *Pinochet* (No. 3) se decidió que un ex jefe de Estado no tenía inmunidad con respecto a actos de tortura o conspiración para torturar cometidos después

crímenes de derecho internacional que estaría prevista en el derecho consuetudinario⁵¹⁶.

186. En otras decisiones de tribunales internos, o en actuaciones ante dichos tribunales, parece respaldarse la inaplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes de derecho internacional. Por ejemplo, cuando solicitaron la extradición de Pinochet el 3 de noviembre de 1998, las autoridades españolas expresaron claramente su posición de que los ex Jefes de Estado no gozan de inmunidad con respecto a los crímenes de derecho internacional⁵¹⁷. Análogamente, en una reciente sentencia, la Audiencia Nacional reconoció implícitamente que un ex Jefe de Estado no gozaría de inmunidad *ratione materiae* con respecto a actos de genocidio⁵¹⁸. La inaplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado con respecto a los crímenes de derecho internacional también fue sostenida por la Corte di cassazione de Italia en la causa *Ferrini*⁵¹⁹.

del 8 de diciembre de 1988, la fecha para la cual España, Chile y el Reino Unido habían ratificado la Convención contra la Tortura, porque no podían haber tenido la intención de que la inmunidad de los ex jefes de Estado sobreviviera a su ratificación.”); y Cosnard, op. cit. (1999), págs. 314 a 320.

- ⁵¹⁶ Véase, empero, la opinión de Lord Hope de Craighead, en *Pinochet* (No. 3), págs. 625-627. Como ha señalado Villalpando (op. cit., pág. 416), Lord Hope de Craighead, al denegar la inmunidad con respecto a los actos de tortura sistemática o generalizada que hubiesen ocurrido después de 1988, basó su argumento en las obligaciones consuetudinarias que eran vinculantes para el Reino Unido con respecto a los crímenes internacionales en el momento en que ratificó la Convención contra la Tortura, más bien que en la Convención misma.
- ⁵¹⁷ Solicitud de extradición dictada el 3 de noviembre de 1998 (*Auto de solicitud de extradición de Pinochet*, Madrid, 3 de noviembre de 1998 (reproducida en <http://www.ua.es/up/pinochet/documentos/auto-03-11-98/auto24.htm>), cuarto párrafo, 5 d), diciendo que la posición de los ex jefes de Estado es, a este respecto, muy diferente de los jefes de Estado en ejercicio (“La situación es muy distinta, empero, con respecto a los ex jefes de Estado. El Derecho Internacional no obliga a su protección, y por los mismos principios aplicables a la doctrina del Acto de Estado, que no se extiende a los crímenes bajo el derecho internacional. En este sentido, todo el Derecho Penal Internacional moderno rechaza, sea expresamente o implícita pero claramente, las defensas basadas en doctrinas de actos oficiales y en inmunidades de los jefes de Estado o análogas.”).
- ⁵¹⁸ España, Audiencia nacional, *Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4* (2008), pág. 157. Si bien el caso se refería al Jefe de Estado en ejercicio de Rwanda, Sr. Kagame, y por consiguiente atañía a la inmunidad *ratione personae*, la Audiencia Nacional parece haber indicado, *a contrario*, que un ex jefe de Estado no gozaría de la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes comprendidos en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948: “Ya la Convención contra el Genocidio establece que los acusados de este delito serán juzgados por los Tribunales del territorio en que el acto fue cometido o ante un Tribunal Internacional competente, siendo así que ninguna de tales condiciones reúnen, para el caso que nos ocupa, los Tribunales españoles, *por lo que, y mientras no cese de tal cargo*, la inmunidad que le ampara impedirá su procesamiento.” (Cursiva añadida.)
- ⁵¹⁹ Tribunal de Casación, *Ferrini c. República Federal de Alemania*, sentencia de 11 de marzo de 2004 (No. 5044), en *Rivista di diritto internazionale*, 2004, Fasc. II, págs. 540 a 551, párr. 11. En el contexto de una causa civil iniciada contra Alemania por daños y perjuicios sufridos como resultado de la detención, la deportación y los trabajos forzosos infligidos al demandante por las tropas alemanas durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal de Casación de Italia consideró que era “indiscutido” que los funcionarios del Estado no gozaban de inmunidad funcional con respecto a los crímenes de derecho internacional, y también sostuvo que no había razón alguna para que la solución fuera diferente en el contexto de la inmunidad de los Estados. Sobre esta sentencia, véase Andrea Bianchi, “*Ferrini c. Repubblica federale di Germania* (Italian Court of

187. También vale la pena mencionar la causa del ex Presidente del Chad, Hissène Habré, acusado de crímenes de derecho internacional presuntamente cometidos mientras estaba en ejercicio de sus funciones. En 2006, la Unión Africana encomendó a la República del Senegal enjuiciar a Habré “en nombre de África”⁵²⁰. El Comité de Juristas Africanos establecido por la Unión Africana para examinar la cuestión del enjuiciamiento de Hissène Habré adoptó la posición de que “Hissène Habré no puede escudarse detrás la inmunidad de un ex Jefe de Estado para frustrar el principio del total rechazo de la impunidad que fue aprobado por la Asamblea”⁵²¹.

188. Sin embargo, debería señalarse que las autoridades internas, incluso recientemente, no han sido unánimes en denegar la inmunidad *ratione materiae* a los funcionarios del Estado acusados de crímenes de derecho internacional⁵²². Así pues, el Fiscal de Distrito de París otorgó inmunidad *ratione materiae* al ex Secretario de Defensa de los Estados Unidos en un procedimiento penal relativo a presuntos actos que podrían haber configurado crímenes de derecho internacional⁵²³.

Cassation; Judgment of 11 March 2004); a Comment”, *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), págs. 242 a 248.

⁵²⁰ Véase: Asamblea de la Unión Africana, Séptimo período ordinario de sesiones, 1º y 2 de julio de 2006, Banjul (Gambia), Decisión sobre el caso Hissène Habré y la Unión Africana (Assembly/AU/Dec.127(VII), párr. 5 ii), disponible en http://www.africa-union.org/root/au/Conferences/Past/2006/July/summit/doc/Decisions_and_Declarations/Assembly-AU-Dec.pdf). En el apartado iv) del párrafo 5 de la misma decisión, la Asamblea “solicita a todos los Estados miembros que cooperen con el gobierno del Senegal sobre este punto”, y, en el apartado v) del párrafo 5, la Asamblea “*exhorta* a la comunidad internacional a dar su apoyo al Gobierno del Senegal”. El apartado h) del artículo 4 del Acta Constitutiva de la Unión Africana prevé el derecho de la Unión a intervenir en un Estado miembro en cumplimiento de una decisión de la Asamblea con respecto a circunstancias graves, a saber: crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad; http://www.africa-union.org/root/au/AboutAU/Constitutive_Act_en.htm.

⁵²¹ Véase el párrafo 13 del *Informe del Comité de Eminentes Juristas Africanos sobre el caso de Hissène Habré*, presentado a la Cumbre de la Unión Africana en julio de 2006, disponible en: http://www.hrw.org/justice/habre/CEJA_Repor0506.pdf. Como se mencionó anteriormente (*supra*, nota de pie de página 505), las autoridades del Chad habían renunciado a la inmunidad de Habré en los procedimientos penales incoados contra él en Bélgica.

⁵²² Sobre la actitud de las autoridades de los Países Bajos frente a Pinochet, véase van Alebeek, op. cit., pág. 69: “Cuando Pinochet visitó los Países Bajos en 1994, el Fiscal de los Países Bajos no tomó medidas respecto de las solicitudes de detención del General. Después de que Pinochet había salido del país con seguridad, se presentó una demanda contra el Fiscal por su omisión en promover el enjuiciamiento del ex dictador. El tribunal desestimó la demanda, diciendo que “era evidente que el enjuiciamiento de Pinochet... podía tropezar con tantos problemas jurídicos y prácticos que el Fiscal estaba perfectamente en su derecho al no promoverlo” (*Gerechtshof Amsterdam, Chili Komitee Nederland v. Public Prosecutor* (1995), reproducido en *Netherlands Yearbook of International Law*, 28 (1997), págs. 363 a 365)”.

⁵²³ El 25 de octubre de 2007, cuatro organizaciones de derechos humanos (la Federación Internacional de Derechos Humanos, el Center for Constitutional Rights, la Ligue des Droits de l’Homme et du Citoyen y el European Center for Constitutional and Human Rights) presentaron una denuncia ante el Fiscal de Distrito de París contra Donald Rumsfeld, ex Secretario de Defensa de los Estados Unidos, alegando que éste era responsable de tortura por haber elaborado y ordenado directa y personalmente duras técnicas de interrogación que constituían tortura en los centros de detención de la Bahía de Guantánamo y Abu Ghraib, en violación de la Convención contra la Tortura de 1984, ratificada y aplicada en Francia. En el momento de la denuncia, Donald Rumsfeld estaba de visita en el territorio de Francia. En una carta de fecha 16 de noviembre de 2007 (<http://www.fidh.org/IMG/pdf/reponseproc23nov07.pdf>), el Fiscal de Distrito de París (*Procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Paris*),

Asimismo, en su decisión en la causa *Jones*, la Cámara de los Lores del Reino Unido otorgó inmunidad de jurisdicción civil con respecto a actos de tortura al Reino de Arabia Saudita y a algunos de sus funcionarios, sobre la base, entre otras cosas, de que, a diferencia de la situación en la causa *Pinochet*, no había ningún tratado aplicable que excluyera la inmunidad de jurisdicción civil con respecto a los actos de tortura⁵²⁴.

189. A pesar de la incertidumbre que parece seguir existiendo en torno a esta cuestión⁵²⁵, en la doctrina se está formulando cada vez más el argumento de que la inmunidad *ratione materiae* no es aplicable con respecto a los crímenes de derecho internacional⁵²⁶. Este principio ha sido claramente afirmado por el Instituto de Derecho Internacional en el párrafo 2 del artículo 13 de su resolución de 2001, que dispone que un ex Jefe de Estado (así como un ex jefe de gobierno⁵²⁷) “[...] puede ser acusado y juzgado cuando los actos imputados constituyan un crimen con

Jean-Claude Marin, informó al abogado de las partes del rechazo del caso, dando la siguiente explicación:

“ Los servicios del Ministerio de Relaciones Exteriores han [...] indicado que en aplicación de las reglas del derecho internacional consuetudinario, consagradas por la Corte Internacional de Justicia, la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado y de gobierno y de los ministros de relaciones exteriores subsistía, después del cese en sus funciones, para los actos cumplidos a título oficial, y que en carácter de secretario de defensa, el señor RUMSFELD debería beneficiarse, por extensión, de la misma inmunidad por los actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones.

Por otra parte, la estada en Francia del interesado debería terminar el 27 de octubre de 2007. Por consiguiente, el ministerio público a mi cargo ha archivado este procedimiento con el número de registro P0729908132.”

⁵²⁴ Causa *Jones*, especialmente la opinión de Lord Hoffmann, párr. 71. El razonamiento de los Lores se fundaba en que la prohibición sustantiva de la tortura y la inmunidad de jurisdicción eran cuestiones diferentes, como indicó claramente Lord Hoffmann, párr. 44: “lo que es de *jus cogens* es la prohibición de la tortura. Pero el Reino Unido, al otorgar la inmunidad de Estado al Reino [de Arabia Saudita] no está proponiendo que se torture a nadie. Ni el Reino [de Arabia Saudita], al hacer valer la inmunidad, está justificando el uso de la tortura.” Véase, sobre esta causa, Carlo Focarelli, “I limiti dello *jus cogens* nella giurisprudenza più recente”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 90 (2007), págs. 637 a 656, en las págs. 642 a 646.

⁵²⁵ Véase Fox, “The Resolution of the Institute of International Law”, op. cit., pág. 125, comentando la resolución del Instituto de Derecho Internacional: “La exclusión de un Jefe de Estado cuando ha cesado en su cargo de la inmunidad de jurisdicción penal por la comisión de un crimen internacional cometido en el curso de las funciones oficiales es incierta, pero se apoya en la decisión en la causa *Pinochet*, por más discutible que sea dicha decisión.” Véase también la observación de Lord Hope de Craighead, *Pinochet* (No. 3), págs. 622 y 623: “[...] incluso en la esfera de los crímenes tan grandes que han alcanzado la condición de *jus cogens* con arreglo al derecho internacional consuetudinario todavía no hay acuerdo general en el sentido de que queden fuera de la inmunidad a que los ex jefes de Estado tienen derecho respecto de la jurisdicción de los tribunales nacionales extranjeros.”

⁵²⁶ Véase, en particular, Bianchi, op. cit. (1999), pág. 259; Day, op. cit., págs. 499 y ss. (con respecto a “los crímenes básicos”); Dominicé, op. cit., págs. 305 y 306 (refiriéndose específicamente a la inmunidad de un ex jefe de Estado); Klingberg, op. cit., pág. 552 (“Con arreglo al derecho internacional consuetudinario, los ex jefes de Estado, como cualquier otro funcionario del Estado, gozan de la llamada inmunidad funcional con respecto a sus actos oficiales. Sin embargo, a diferencia del caso de la inmunidad personal, bien puede argumentarse que se ha desarrollado una excepción a la regla que otorga la inmunidad funcional, para los casos en que el ex funcionario del Estado sea sospechoso de haber cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.”); así como los autores mencionados *infra* en la presente sección, y otros citados por Villalpando, op. cit., pág. 414, nota de pie de página 138.

⁵²⁷ Véase el artículo 16 de la resolución.

arreglo al derecho internacional [...]”⁵²⁸. Además de con respecto a los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y la tortura, también se ha defendido la inaplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* en relación con “los delitos graves contra los derechos humanos”⁵²⁹, la detonación de bombas en aeronaves⁵³⁰, las entregas extrajudiciales⁵³¹ y “los crímenes graves de terrorismo internacional patrocinado por un Estado”⁵³².

190. La doctrina y las decisiones judiciales se han fundado en diversos argumentos y consideraciones acerca de la inaplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado con respecto a los crímenes de derecho internacional. A pesar de la diversidad de esos argumentos y consideraciones, se pueden detectar dos líneas principales de fundamentación. La primera parte de la no inclusión de los crímenes de derecho internacional a los que se considera actos “no oficiales”, y consiguientemente fuera del alcance natural de la inmunidad *ratione materiae*. La segunda se basa en el supuesto de que los crímenes de derecho internacional, sean o no actos oficiales, quedarían excluidos de la inmunidad *ratione materiae* en razón de una excepción reconocida por el derecho internacional⁵³³.

i. No inclusión por tratarse de actos “no oficiales”

191. En lo tocante a la primera línea de razonamiento, algunos autores han sugerido que los crímenes de derecho internacional no estarían incluidos en la categoría de “actos oficiales” porque no estarían comprendidos en las funciones “normales” del Estado⁵³⁴. Este argumento fue también mencionado en la opinión separada conjunta

⁵²⁸ Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, op. cit., pág. 753.

⁵²⁹ Asociación de Derecho Internacional, *Final report...*, op. cit., pág. 423, Conclusiones y recomendaciones, No. 4: “No se aplicará inmunidad alguna con respecto a los delitos graves contra los derechos humanos sujetos a la jurisdicción universal fundándose en que los crímenes fueron cometidos en carácter oficial.”

⁵³⁰ Zappalà, op. cit., pág. 611: “parece apropiado argumentar que el bombardeo aéreo (que causa la muerte en masa de civiles inocentes) debería considerarse un crimen con arreglo al derecho internacional y no debería permitir la defensa de inmunidad por los actos oficiales”.

⁵³¹ Véase, en particular, Gaeta, op. cit. (2006), pág. 129, refiriéndose al secuestro de Abu Omar por agentes de la CIA en Milán en enero de 2003. La autora argumenta que esas entregas extrajudiciales expondrían al individuo al riesgo de tortura (cuya prohibición parece haber adquirido la condición de *ius cogens*) y podrían llevar a una grave y sistemática violación de los derechos humanos.

⁵³² Cassese, “When May Senior State Officials...”, op. cit., pág. 864.

⁵³³ En su auto de 6 de noviembre de 1998, dictado en el contexto de procedimientos penales incoados contra Pinochet en Bélgica, el magistrado Vandermeersch subrayó que los actos de los que se acusaba a Pinochet no estaban comprendidos en la inmunidad por dos razones: 1) porque no estaban comprendidos en el ejercicio normal de las funciones de un Jefe de Estado, y 2) porque la inmunidad de que gozan los jefes de Estado no se aplica a los crímenes de derecho internacional; op. cit., sección 3.1. Weyembergh, op. cit., pág. 185, critica el auto del magistrado Vandermeersch observando que los dos argumentos invocados se reducirían a uno solo: según este autor, es precisamente porque los crímenes de derecho internacional no pueden considerarse como actos pertenecientes a las funciones de un jefe de Estado que tales crímenes no están comprendidos en la inmunidad que se otorga a los ex jefes de Estado.

⁵³⁴ Véase, en particular, Andrea Bianchi, “Denying State Immunity to Violators of Human Rights”, *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46 (1994), págs. 227 y 228; Jill M. Sears, “Confronting the ‘Culture of Impunity’: Immunity of Heads of State from Nuremberg to *ex parte Pinochet*”, *German Yearbook of International Law*, vol. 42 (1999), pág. 126 (“La “paradoja Pinochet” que resulta en el caso de supuesta tortura es particularmente inquietante: el derecho internacional exige que, para constituir un crimen, la tortura sea cometida por un

de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en la causa de la *Orden de detención*⁵³⁵. Con respecto a la tortura y la conspiración para cometer actos de tortura, utilizaron los mismos argumentos algunos Lores de Derecho en la decisión de la Cámara de los Lores de 25 de noviembre de 1998 en la causa *Pinochet*⁵³⁶, y posteriormente aludieron a ellos algunos Lores, aunque con cierta ambigüedad⁵³⁷, en

funcionario público que actúa en su carácter oficial, pero también dispone que el funcionario que es más responsable —el jefe del Estado que dispone la ilícita tortura— goza de inmunidad por su comportamiento oficial. Entonces, la cuestión que se plantea es la de si un comportamiento que es criminal con arreglo al derecho internacional puede en algún caso considerarse correctamente “comportamiento oficial”. En la decisión de la Cámara de los Lores británica en la causa contra el General Pinochet se determinó que tal resultado no puede permitirse.”); Shaw, op. cit. (2003), pág. 658 (“En cierto modo la definición de actos oficiales no está clara, pero se ha sugerido que esto excluiría a los actos realizados con clara violación del derecho internacional. Como mínimo se puede concluir sobre la base de la sentencia en *Ex parte Pinochet* (No. 3) que la existencia del delito en cuestión como crimen de derecho internacional por convención operará, cuando se combine de alguna manera con un mecanismo universal o extraterritorial de ejecución, de modo de excluir la defensa de inmunidad *ratione materiae* por lo menos en lo tocante a los Estados partes en el tratado pertinente. Ésta puede ser una lectura prudente y es probable que el derecho en esta esfera siga evolucionando.”); Tunks, op. cit., pág. 659 (comentando la causa *Pinochet*, el autor señala: “Si bien los ex jefes de Estado aún mantienen inmunidad por los actos *oficiales* que hayan cometido cuando estaban en el poder, no gozan de protección por sus crímenes internacionales, porque esos graves abusos no pueden estar comprendidos dentro del alcance de las legítimas funciones de un Jefe de Estado. Aun cuando Pinochet cumplía funciones de Jefe de Estado en esa época, el derecho internacional considera que los actos de tortura están tan lejos de los límites de la acción legítima del Estado que debe considerársele como un actor privado con respecto a esa conducta.” Posteriormente añade: “La derogación de la inmunidad por *los actos privados* de los ex jefes de Estado, incluidos los crímenes internacionales en cualquier contexto, armoniza con la doble finalidad de la doctrina de la inmunidad de los jefes de Estado: respetar la igualdad soberana de los Estados y promover las funciones diplomáticas.”); y White, op. cit., págs. 216 a 222 (argumentando que los actos de tortura, y los crímenes de lesa humanidad, no pueden considerarse como actos oficiales de un jefe de Estado con arreglo al derecho internacional, habida cuenta de que el derecho internacional los ha tipificado como crímenes). Véase también Bennouna, en Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, op. cit., pág. 616.

⁵³⁵ Opinión separada conjunta, párr. 85. Para un comentario crítico de este enfoque, véase Koller, op. cit., págs. 29 y 30.

⁵³⁶ *Pinochet* (No. 1), Lord Steyn, pág. 1337 (“[...] me parece difícil sostener que la comisión de crímenes tan grandes pueda equipararse a los actos realizados en el ejercicio de las funciones de un Jefe de Estado”); y Lord Nicholls, pág. 1332 (“Y no es necesario decir que la tortura de sus propios súbditos, o de extranjeros, no sería considerada por el derecho internacional como función de un Jefe de Estado. Todos los Estados repudian el uso de la tortura por ser abominable, si bien de tanto en tanto recurren a ella Análogamente, la toma de rehenes, tanto como la tortura, ha sido proscrita por la comunidad internacional como un delito. El derecho internacional reconoce, desde luego, que las funciones de un Jefe de Estado pueden comprender actividades que son ilícitas, e incluso ilegales, con arreglo al derecho de su propio Estado o a las leyes de otros Estados. Pero el derecho internacional ha dejado en claro que determinados tipos de conducta, entre los que figuran la tortura y la toma de rehenes, no constituyen un comportamiento aceptable por parte de nadie. Esto se aplica tanto a los jefes de Estado como a cualquier otra persona, o incluso más aún; la conclusión contraria convertiría al derecho internacional en una farsa.”)

⁵³⁷ Véase Cosnard, op. cit. (1999), pág. 319.

la decisión de 24 de marzo de 1999 en la misma causa⁵³⁸. Otras decisiones de los tribunales nacionales parecen apoyar este argumento⁵³⁹.

192. Sin embargo, la opinión según la cual los crímenes de derecho internacional, por su propia naturaleza, no entrarían en la categoría de actos oficiales ha sido criticada, tanto en los tribunales internos⁵⁴⁰ como en la doctrina⁵⁴¹. Se ha observado

⁵³⁸ Véase la clara posición adoptada por Lord Hutton, *Pinochet* (No. 3), pág. 639: “Mi conclusión de que Pinochet no tiene derecho a la inmunidad se funda en la opinión de que la comisión de actos de tortura no es una función de Jefe de Estado, y por consiguiente en la presente causa la inmunidad a que el Senador Pinochet tiene derecho como ex jefe de Estado no surge en relación con los actos de tortura, y no es inherente a ellos.” Más ambiguamente, véase también Lord Browne-Wilkinson, *ibid.*, pág. 593: “Entonces, la pregunta que debe responderse es la de si la supuesta organización de la tortura de Estado por el Senador Pinochet (en caso de ser probada) constituiría un acto cometido por el Senador Pinochet como parte de sus funciones oficiales como Jefe de Estado. No es suficiente decir que cometer un crimen no puede formar parte de las funciones del Jefe de Estado. Acciones que son delictivas con arreglo al derecho local pueden de todos modos haber sido realizadas oficialmente y por consiguiente dar lugar a la inmunidad *ratione materiae*. Es preciso analizar el caso más detenidamente.”

⁵³⁹ Por ejemplo, en una causa penal contra Desi Bouterse, ex Jefe de Estado de Suriname, el Tribunal de Apelaciones de Amsterdam rechazó la pretensión de inmunidad de Bouterse fundándose en que “la comisión de delitos muy graves de esta especie no puede considerarse como parte de las funciones oficiales de un Jefe de Estado”; sentencia de 20 de noviembre de 2000, párr. 4.2., parcialmente reproducida en inglés en *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXII (2001), págs. 276 a 282, en la pág. 277. (Para un comentario, véase Liesbeth Zegveld, “The Bouterse case”, *ibid.*, págs. 97 a 118, especialmente en las págs. 113 a 116). Véase también Tribunal de Distrito (Distrito de Massachusetts), *Teresa Xuncax*, sentencia de 15 de abril de 1995, 886 F.Supp. 162 (causa civil).

⁵⁴⁰ Véanse las opiniones disidentes en la causa *Pinochet* (No. 1): Lord Slynn de Hadley, pág. 1309, y Lord Lloyd de Berwick, *ibid.*, págs. 1323 y 1324. Para un comentario, véase Pierson, *op. cit.*, pág. 291 (señalando en particular que “si bien los disidentes no lo expresan de manera tan indelicada, su razonamiento presupone que un gobierno opresor es de todos modos un gobierno”). Véanse también las siguientes causas (aunque no se trata de procedimientos penales): Tribunal de Distrito, Distrito Norte de California, *Jane Doe I, y otros, Plaintiffs, v. Liu Qi y otros, Defendants; Plaintiff A, y otros, Plaintiffs, v. Xia Deren, y otros, Defendants*, págs. 1285 y ss. (al aplicar la Ley de los Estados Unidos sobre inmunidades soberanas de los Estados a una causa iniciada por practicantes de Falun Gong contra funcionarios de un gobierno local de la República Popular China, el Tribunal de Distrito rechazó el argumento de los demandantes de que “los demandados en la presente causa, al cometer violaciones del derecho internacional, excedieron su autoridad y por lo tanto no [tenían] derecho a inmunidad con arreglo a la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros” (*ibid.*, pág. 1280); en cambio, el Tribunal de Distrito determinó que el “ámbito de autoridad del funcionario” debía “medirse con arreglo al derecho interno del Estado extranjero” (*ibid.*, pág. 1283)); Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar, et al., Plaintiffs, v. Avraham Dichter, former Director of Israel's General Security Service, Defendant*, págs. 292 y 293 (el Tribunal de Distrito rechazó el argumento de los demandantes de que, como las ejecuciones extrajudiciales alegadas en la denuncia violaban los principios de *jus cogens* del derecho internacional, estaban necesariamente fuera del ámbito de la legítima autoridad de un funcionario a los fines de la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros); Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, *Ali Saadallah Belhas et al., Appellants v. Moshe Ya'alon, Former Head of Army Intelligence Israel, Appellee*, No. 07-7009, 15 de febrero de 2008 (rechazando el argumento de los apelantes de que, como el General Ya'alon había violado normas de *jus cogens* del derecho internacional, había actuado “fuera de cualquier ámbito de autoridad que pueda brindar protección frente a un proceso”). Con respecto a la tortura, véase también la posición adoptada por Lord Bingham de Cornhill (párr. 19) y Lord Hoffmann (párrs. 72 y ss.) en la causa *Jones* ante la Cámara de los Lores del Reino Unido.

⁵⁴¹ Véase, en particular, Dominicé, *op. cit.*, págs. 304 y 305, que critica enérgicamente el argumento según el cual, por definición, los actos que son contrarios al derecho internacional

que “en la mayoría de las causas los crímenes [internacionales] precisamente se cometieron por funcionarios de alto rango en ejercicio como parte de una política de Estado o con el apoyo de dichos funcionarios, y por lo tanto pueden estar comprendidos en el ámbito de los actos oficiales”⁵⁴². Ha hecho el mismo argumento la magistrada ad hoc van den Wyngaert en su opinión disidente en la causa de la *Orden de detención*⁵⁴³. Además, el enfoque que considera que los crímenes de derecho internacional son “privados” por su propia naturaleza puede ser difícil de conciliar con el principio de que un Estado debe ser responsabilizado por los crímenes de derecho internacional cometidos por sus órganos⁵⁴⁴. A este respecto, vale la pena mencionar la posición expresada por una Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa del *Fiscal c. Kunarac*. La Sala, lejos de considerar que los crímenes de derecho internacional no entrarían en la categoría de actos “oficiales”, hizo la observación siguiente:

“[...] no hay con arreglo al derecho penal internacional ninguna prerrogativa que escude a los representantes o agentes del Estado del alcance de la responsabilidad penal individual. Por el contrario, haber actuado con carácter oficial podría constituir una circunstancia agravante en el momento de

(tales como la tortura) no deberían considerarse actos realizados en carácter oficial. También han expresado críticas Akande, op. cit., pág. 414; Cosnard, op. cit. (1999), pág. 315 (refiriéndose a la argumentación de la mayoría de los Lores en la decisión de 25 de noviembre de 1998 en la causa *Pinochet*); De Smet y Naert, op. cit., pág. 505; y Sassòli, op. cit., págs. 802 y 803 (examinando las opiniones separadas y disidentes en la causa del *Arrest Warrant* ante la Corte Internacional de Justicia en lo tocante a la cuestión de si los crímenes internacionales deben considerarse actos oficiales, y alineándose en definitiva con el magistrado Al-Khasawneh en el sentido de que los crímenes internacionales son por definición actos oficiales). Véase también Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 514.

⁵⁴² Wouters, op. cit., pág. 262. A continuación, el autor critica el “ambiguo y discutible criterio” de la Corte “de “actos oficiales/actos privados” en lugar de reconocer una excepción al otorgamiento de inmunidades a los ex ministros en el caso de crímenes internacionales”.

⁵⁴³ Opinión disidente, pág. 162, párr. 36: “[La Corte] podía, y en realidad debía, haber añadido que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad nunca podían estar comprendidos en [la] categoría [de los actos privados]. Algunos crímenes de derecho internacional (por ejemplo, determinados actos de genocidio y de agresión) sólo pueden, a los efectos prácticos, ser cometidos con los medios y mecanismos de un Estado y como parte de la política de un Estado. No pueden, en esa perspectiva, ser otra cosa que “actos oficiales.”

⁵⁴⁴ Véanse, a este respecto, las observaciones hechas por Markus Rau, “After *Pinochet*: Foreign Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decisions of the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* Case”, *German Law Journal*, vol. 3 (2002), pág. 7: “De hecho, los tribunales federales de los Estados Unidos, si bien constantemente otorgan la inmunidad soberana a los Estado extranjeros con arreglo a la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros incluso en casos de abusos manifiestos en materia de derechos humanos, tienden a considerar que los actos de tortura, ejecución sumaria y otras graves violaciones de los derechos humanos están fuera del ámbito de autoridad del funcionario y por lo tanto fuera de las inmunidades del individuo conferidas por la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros. Este enfoque fue, *mutatis mutandis*, rechazado en la decisión de la Cámara de los Lores en la causa *Pinochet*. También es difícilmente compatible con el supuesto de que el comportamiento del individuo, por ser entonces un “acto privado” no atribuible al soberano, de todos modos viola el derecho internacional. No obstante, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se pronunció sobre las inmunidades de las personas, los juicios contra funcionarios del Estado aun podrían, a los efectos prácticos, dar una oportunidad para reparar las violaciones de los derechos humanos.”

determinar la pena, porque el funcionario incurrió en utilización ilegítima y abusiva de un poder que se le había conferido para fines legítimos⁵⁴⁵.”

ii. Exclusión de la inmunidad *ratione materiae* en virtud de una excepción reconocida por el derecho internacional

193. Sin negar que los crímenes de derecho internacional pueden ser considerados actos oficiales a los efectos de la inmunidad *ratione materiae*, parte de la doctrina sostiene de todos modos la opinión de que este tipo de inmunidad no comprende a esos crímenes en razón de una excepción reconocida por el derecho internacional. Ése es también el enfoque adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en el artículo 13 de su resolución de 2001⁵⁴⁶. El Instituto de Derecho Internacional evitó la controversia acerca de si los crímenes de derecho internacional pueden ser considerados actos oficiales, simplemente excluyendo a tales crímenes de la operación de la inmunidad *ratione materiae* de los ex jefes de Estado o de gobierno⁵⁴⁷.

194. Se han tomado como fundamento distintas consideraciones para afirmar la existencia de una excepción a la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes de derecho internacional. Algunos autores se han fundado en la supuesta naturaleza de *jus cogens* de las normas que establecen tales crímenes. La consecuencia de ello sería que dichas normas deben prevalecer sobre las normas relativas a la inmunidad, que no parecerían tener la condición de *jus cogens*⁵⁴⁸. Ese

⁵⁴⁵ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones I, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001, párr. 494.

⁵⁴⁶ Véase *supra*, nota de pie de página 528.

⁵⁴⁷ Salmon, op. cit. (2002), pág. 517, comentando la formulación adoptada por el Instituto de Derecho Internacional a fin de excluir los crímenes de derecho internacional del alcance de la inmunidad *ratione materiae* de un ex jefe de Estado: “Mediante esta formulación, el Instituto de Derecho Internacional ha querido sustraer, de manera explícita, de la inmunidad del beneficiario, cuando ya no está en funciones, ciertos actos ilícitos (“los crímenes de derecho internacional y los actos que constituyan una malversación de los bienes y recursos del Estado”) y evitar así las trampas de la controversia sobre el punto de saber si tales actos pueden ser considerados como parte del ejercicio de las funciones.” Véase también Verhoeven, “Rapport définitif”, op. cit., pág. 594, párr. 14; e *ibid.*, pág. 575 (Salmon) así como pág. 671 (Gaja): “[...] la dificultad proviene de que ciertas reglas del derecho internacional describen las funciones de los agentes diplomáticos o consulares, mientras que el derecho internacional reenvía al derecho interno, al menos en cierta medida, en lo tocante a las funciones de los jefes de Estado. La Comisión demostró prudencia al abstenerse de abordar esta materia y consagrar una excepción para los crímenes de derecho internacional.”

⁵⁴⁸ Véase, por ejemplo, Bianchi, op. cit. (1999), pág. 265 (refiriéndose tanto a las inmunidades *ratione materiae* como a las inmunidades *ratione personae*: “Como cuestión de derecho internacional, no hay duda de que las normas de *jus cogens*, debido a su rango superior, deben prevalecer sobre otras normas internacionales, inclusive las inmunidades jurisdiccionales.”); van Alebeek, op. cit., pág. 49 (“una interpretación coherente de la regla de la inmunidad con respecto al sistema jurídico internacional al que pertenece sugiere que ni la inmunidad *ratione materiae* ni la inmunidad *ratione personae* deberían extenderse a los actos que violan el orden público de la comunidad internacional”, tal como está consagrado en particular en el *jus cogens* [una nota de pie de página se refiere en particular a Bianchi]; *ibid.*, pág. 64: “Los crímenes contra el derecho internacional tipificados por normas que tienen el carácter de *jus cogens* no pueden estar protegidos por la inmunidad *ratione materiae*.”); H.F. van Panhuys, “In The Borderland Between The Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 13 (1964), pág. 1213 (“Algunas normas de derecho internacional, que se dirigen a las personas, pueden ser de naturaleza tan imperativa

argumento también fue invocado por el magistrado Al-Khasawneh en su opinión disidente en la causa de la *Orden de detención*.⁵⁴⁹ Si bien el argumento fundado en el carácter de *jus cogens* encuentra cierto apoyo en la jurisprudencia de tribunales internos⁵⁵⁰, otros tribunales nacionales lo han rechazado⁵⁵¹.

como para hacer que la defensa de la inmunidad *ratione materiae* se vuelva totalmente injustificable. Tal es el caso de los llamados “crímenes de derecho internacional.” Pueden surgir situaciones en que se debe considerar que los tribunales internos, o tribunales internacionales instituidos por un grupo de Estados, tienen jurisdicción para juzgar a las personas por tales crímenes, aunque éstos hayan sido cometidos en ejecución de “mandatos de Estado.”); y Alberto Luis Zuppi, “Immunity v. Universal Jurisdiction: the Yerodia Ndombasi Decision of the International Court of Justice”, *Louisiana Law Review*, vol. 63 (2003), pág. 323 (“Parece que el derecho internacional no puede reconocer la inmunidad por actos a los que por otro lado condena. Por consiguiente, será difícil entender que el derecho internacional reconoce que la prohibición de determinados crímenes odiosos es de máxima importancia y llega al nivel de *jus cogens*, pero por otro lado acepta un escudo de inmunidad soberana en los casos en que el autor tiene carácter oficial. Consiguientemente, en los casos en que hablamos de prácticas que configuran una de esas categorías de crímenes contra el derecho internacional, tales violaciones no deberían estar amparadas por la inmunidad de Estado.”) Con respecto a la prohibición de la tortura, véase Kamto, op. cit., págs. 528 y 529: “Una vez que se ha resuelto la cuestión de la competencia de la jurisdicción que está interviniendo, la inmunidad no puede prevalecer. Esto parece indiscutible cuando el crimen por el cual el ministro de relaciones exteriores es enjuiciado constituye la violación de una norma imperativa en el sentido del artículo 53 de la Convención de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Ello es así con certeza en lo tocante a la prohibición de la tortura, que una jurisprudencia concordante, a partir de la inmediatamente célebre sentencia en la causa *Furundzija*, considera que constituye una norma de *jus cogens*. Ahora bien, salvo que se considere que el principio de la inmunidad del ministro de relaciones exteriores es igualmente una norma de *jus cogens* —cosa sobre la que pueden haber serias dudas— la prohibición de la tortura —suponiendo que fuera la única norma de *jus cogens* en materia de derechos humanos— debe prevalecer sobre la regla de la inmunidad.”

⁵⁴⁹ Opinión disidente, párr. 7. El magistrado que emitió la opinión disidente formula este argumento también en relación con la inmunidad de un ministro de relaciones exteriores en ejercicio. Según él, “puede argumentarse que la eficaz lucha contra los crímenes graves ha adquirido un carácter de *jus cogens* que refleja el reconocimiento por parte de la comunidad internacional de los vitales intereses y valores comunitarios que procura proteger y realzar. Consiguientemente, cuando esta norma jerárquicamente superior entra en conflicto con las normas relativas a la inmunidad, ella debe prevalecer. Aún si habláramos en términos de conciliación de los dos conjuntos de normas, esto me sugeriría una interpretación mucho más restrictiva de las inmunidades de los funcionarios de alto rango que la que se describe en la sentencia. Dicho sea de paso, ese enfoque restrictivo estaría mucho más en consonancia con la evolución que ya está firmemente establecida hacia un concepto restrictivo de la inmunidad de los Estados, una evolución que ha eliminado el impedimento existente respecto del sometimiento de los Estados a la jurisdicción de otros Estados frecuentemente expresado con la máxima *par in parem non habet imperium*. Es difícil entender por qué los Estados aceptarían que pudiese ser objeto de procedimientos judiciales extranjeros su comportamiento con respecto a importantes esferas de su desarrollo, pero no el comportamiento delictivo de sus funcionarios.”

⁵⁵⁰ Con respecto a la tortura, puede señalarse a la atención la posición de Lord Millet en la causa *Pinochet* (No. 3), pág. 651: “Mis Lores, la República de Chile era parte en la Convención contra la Tortura, y debe entenderse que ha dado su asentimiento para que se imponga a los tribunales nacionales extranjeros la obligación de asumir y ejercer jurisdicción penal con respecto al uso oficial de la tortura. Yo no considero que con ello haya renunciado a su inmunidad. En mi opinión no había inmunidad alguna a la cual renunciar. Se trata de un delito que sólo puede ser cometido en circunstancias que normalmente harían surgir la inmunidad. La comunidad internacional ha creado un delito para el cual no hay posibilidad alguna de que exista inmunidad *ratione materiae*. No puede suponerse que el derecho internacional ha establecido un crimen que tiene el carácter de *jus cogens* y al mismo tiempo ha establecido una inmunidad que tiene la

195. La solidez del argumento fundado en el carácter de *jus cogens* parecería depender de si existe o no un verdadero conflicto entre las normas sobre inmunidad y las que establecen crímenes internacionales; a este respecto, no parece ser evidente que una norma sustantiva de derecho internacional que tipifica como crimen determinada conducta sea incompatible con una norma que impide, en determinadas circunstancias, el enjuiciamiento por dicha conducta en una jurisdicción penal extranjera. La existencia de ese conflicto ha sido negada, en lo tocante a la inmunidad de los Estados, en la doctrina⁵⁵², así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Al-Adsani*⁵⁵³. Una posición análoga fue expresada en la Cámara de los Lores del Reino Unido en la causa *Jones*, que se

misma extensión que la obligación que procura imponer.” Véase también, en una causa civil iniciada contra Alemania: Italia, Tribunal de Casación, *Ferrini c. Repubblica federale di Germania*, pág. 547, párr. 9.1., que concluyó que las normas que establecen crímenes internacionales, que tienen un “rango superior”, deben prevalecer sobre las normas relativas a la inmunidad de jurisdicción extranjera de los Estados.

⁵⁵¹ Véase, en particular, Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, *Hwang Geum Joo, et al., v. Japan*, sentencia de 27 de junio de 2003, 332 F.3d 679. En esta causa atinente a una demanda por daños y perjuicios iniciada contra el Japón por quince ex “*comfort women*” por esclavitud sexual y tortura infligidas antes de la Segunda Guerra Mundial y durante ella, el Tribunal de Distrito desestimó el argumento de las demandantes de que la naturaleza de *jus cogens* de las normas supuestamente violadas habría implicado la renuncia por el Japón a su inmunidad jurisdiccional (ibíd., págs. 686 y 687).

⁵⁵² Véase Hazel Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 2002), pág. 525: “la inmunidad de los Estados es una norma procesal que incide en la jurisdicción de un tribunal nacional. No incide en el derecho sustantivo; no contradice una prohibición contenida en una norma de *jus cogens*, sino que meramente desplaza hacia un método diferente de solución a cualquier violación de tal norma. Por consiguiente, puede argumentarse que en la defensa procesal de inmunidad de los Estados no hay ningún contenido sustantivo al que pueda hacer mella un mandato de *jus cogens*.”

⁵⁵³ *Case of Al-Adsani v. United Kingdom*, sentencia de 21 de noviembre de 2001, párrs. 52 a 67, especialmente párr. 61: “[...] A pesar del carácter especial de la prohibición de la tortura en el derecho internacional, el Tribunal no puede discernir en los instrumentos internacionales, los precedentes judiciales u otros materiales que tiene ante sí ninguna base firme para concluir que, con arreglo al derecho internacional, un Estado ya no goza de la inmunidad de proceso civil en los tribunales de otro Estado cuando se imputen actos de tortura. [...]”; y párr. 66: “El Tribunal, si bien observa el creciente reconocimiento de la importancia primordial de la prohibición de la tortura, no comprueba que se considere establecido concordantemente que se ha llegado a aceptar en el derecho internacional la proposición según la cual los Estados no tienen derecho a inmunidad con respecto a las demandas civiles por daños y perjuicios en virtud de supuestas torturas cometidas fuera del Estado del foro. La Ley de 1978, que otorga inmunidad a los Estados con respecto a las demandas por lesiones personales a menos que los daños se hayan causado dentro del Reino Unido, no es incompatible con las limitaciones generalmente aceptadas por la comunidad de naciones como parte de la doctrina de la inmunidad de los Estados.” Compárese con la opinión disidente conjunta de los magistrados Rozakis y Caflisch, a la que se adhirieron los magistrados Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić, en particular su párrafo 4: “[...] No es la naturaleza de los procedimientos lo que determina los efectos que una norma de *jus cogens* tiene respecto de otra norma de derecho internacional, sino el carácter de la norma como norma imperativa y su interacción con una norma jerárquicamente inferior. La prohibición de la tortura, que es una norma de *jus cogens*, actúa en la esfera internacional y priva a la norma sobre la inmunidad soberana de todos sus efectos jurídicos en esa esfera. La naturaleza penal o civil de los procedimientos internos es irrelevante. El impedimento jurisdiccional queda levantado por la propia interacción de las normas internacionales involucradas, y el juez nacional no puede admitir la defensa de inmunidad planteada por el Estado demandado como elemento que le impida ingresar en el fondo de la causa y considerar la pretensión del demandante fundada en los daños que supuestamente se le han infligido. [...]”.

refería tanto a la inmunidad de los Estados como a la inmunidad de jurisdicción civil extranjera de los funcionarios del Estado⁵⁵⁴. Se plantea la cuestión de si existe realmente tal conflicto entre las normas que establecen crímenes internacionales y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁵⁵⁵. A este respecto, se ha argumentado que la inmunidad por crímenes de derecho internacional sería difícil de conciliar con la suprema condena de tales crímenes por la comunidad internacional⁵⁵⁶.

196. Esta cuestión es particularmente pertinente a la luz del progresivo y creciente reconocimiento del principio según el cual el carácter oficial de que goce el autor de un crimen con arreglo al derecho internacional no lo exime su de responsabilidad penal. La CDI reconoció claramente este principio en sus proyectos de códigos de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954 y 1996⁵⁵⁷. Parece también que la CDI ha considerado, en su comentario al artículo 7 del proyecto de código de 1996, que este principio de derecho sustantivo es incompatible con la afirmación de inmunidades procesales con respecto a los crímenes de derecho internacional, si bien no está totalmente claro si la CDI se estaba refiriendo también, en este contexto, a las inmunidades ante las jurisdicciones *nacionales* extranjeras⁵⁵⁸:

“Como reconoció también el Tribunal de Nuremberg en su sentencia, el autor de un crimen de derecho internacional no puede invocar su carácter oficial para evitar ser castigado en el procedimiento correspondiente. La ausencia de toda inmunidad procesal frente a la persecución o castigo en el procedimiento judicial correspondiente es una consecuencia esencial de la ausencia de cualquier inmunidad o excepción sustantivas. [Nota de pie de página 69: El procedimiento judicial ante un tribunal penal internacional sería el arquetipo

⁵⁵⁴ *Jones*, Lord Hoffmann, especialmente párrs. 45 a 44: “Lo que es de *jus cogens* es la prohibición de la tortura. Pero el Reino Unido, al otorgar la inmunidad de Estado al Reino no está proponiendo que se torture a nadie. Ni el Reino, al hacer valer la inmunidad, está justificando el uso de la tortura. [...] Para que se produzca un conflicto con la inmunidad del Estado, es necesario, por consiguiente, demostrar que la prohibición de la tortura ha generado una norma procesal accesoria que, por vía de excepción a la inmunidad del Estado, dé a los Estados derecho, o quizás los obligue, a asumir jurisdicción civil respecto de otros Estados en los casos en que se alegan torturas. Una norma de esa índole puede ser deseable y, como el derecho internacional cambia, puede haberse desarrollado. Pero, contra lo que afirma la minoría [del Tribunal Europeo de Derechos Humanos] en *Al-Adsani*, no es algo que *traiga consigo* la prohibición de tortura.”

⁵⁵⁵ La existencia de tal conflicto es negada por Akande, op. cit., pág. 414.

⁵⁵⁶ Véase, en particular, Villalpando, op. cit., pág. 424: “[...] la condena suprema de los crímenes de lesa humanidad y el principio de universalidad para su represión parecen incompatibles con la defensa fundada en la inmunidad” (notas de pie de página omitidas). Véase también Bianchi, op. cit. (1999), págs. 260 y 261: “La incompatibilidad de la propia noción de crímenes de derecho internacional con cualquier forma de inmunidad que escude a las personas detrás de la mampara de su carácter oficial es notoria. La inmunidad como forma de protección que otorga el derecho internacional, en ciertas circunstancias, a determinadas categorías de personas, es incompatible con un comportamiento que choca con los principios fundamentales del sistema jurídico internacional. El argumento es de lógica. El derecho internacional no puede otorgar la inmunidad de enjuiciamiento en relación con actos que el mismo el derecho internacional condena como criminales y como un atentado contra los intereses de la comunidad internacional en su conjunto.”

⁵⁵⁷ Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, 1954, y Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, 1996. Para los textos, véase *supra*, Primera parte, sección D.3.

⁵⁵⁸ Véase *supra*, Primera parte, sección D.3.

de procedimiento judicial pertinente en el que el individuo no podría alegar una inmunidad de fondo o una excepción de procedimiento basada en su carácter oficial, para evitar la persecución y el castigo.]⁵⁵⁹ “

197. La irrelevancia de la defensa fundada en el carácter oficial del autor también ha sido invocada en la doctrina, en conjunción con otros elementos, a fin de sostener la existencia de una *norma específica de derecho consuetudinario* que habría establecido una excepción a la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes de derecho internacional⁵⁶⁰.

198. Comentando la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en la causa de la *Orden de detención*, Cassese criticó que la Corte no hubiese hecho referencia “a la norma consuetudinaria que levanta las inmunidades funcionales para los funcionarios del Estado acusados de crímenes internacionales”⁵⁶¹. Según Cassese,

“que esa norma ha cristalizado en la comunidad mundial está probado por toda una serie de elementos: no sólo las disposiciones de los diversos tratados u otros instrumentos internacionales relativos a tribunales internacionales, sino también por la jurisprudencia internacional y nacional”⁵⁶².

Sobre la misma cuestión, otra autora⁵⁶³ llegó a una conclusión análoga:

“[...] se puede sostener que en la comunidad internacional se ha desarrollado una norma consuetudinaria en el sentido de que todos los funcionarios del Estado, incluso los de más alto nivel, no tienen derecho a inmunidades funcionales en el proceso penal —ya sea de naturaleza nacional o internacional— si se les acusa de delitos tales como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (independientemente de si estos últimos crímenes se cometieron en tiempo de guerra o no). Es notorio que esta norma consuetudinaria constituye una excepción a la norma general que otorga inmunidad funcional a los órganos del Estado por los actos que realizan en su carácter oficial. Claramente; las relaciones entre las dos normas son las que existen entre una *lex specialis* y una *lex generalis*. Menos claro es el fundamento de la norma especial. Puede argumentarse que los delitos que se están considerando representan atentados contra valores que la comunidad internacional ha llegado a considerar de importancia primordial. Consiguientemente, parece ser injustificable permitir la acusación y el castigo de infractores menores mientras se deja que los líderes queden impunes, más aún porque normalmente tales crímenes son cometidos a instigación de los

⁵⁵⁹ *Anuario... 1996*, vol. II (Segunda parte), pág. 27, párrafo 6) del comentario al artículo 7.

⁵⁶⁰ Entre los autores que sostienen la existencia de una norma consuetudinaria a tal efecto, véanse en particular Cassese, “When May Senior State Officials...”, op. cit., págs. 864 a 866 y 870 a 874; Gaeta, op. cit. (2002), págs. 979 a 982; Zappalà, op. cit., págs. 601 y 602; y Weyembergh, op. cit., 186 a 191 (apoyando la existencia de una norma de derecho consuetudinario que prevé una excepción al principio de la inmunidad de los ex jefes de Estado con respecto a los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz; señalando que dicha excepción opera ante los tribunales internacionales y nacionales, y sosteniendo que la existencia de dicha excepción no puede negarse fundándose en que, en la práctica, no ha determinado hasta ahora la condena de un Jefe de Estado (págs. 189 y 190)). Véase también Akande, op. cit., pág. 414 (refiriéndose a “una norma separada que remueve las inmunidades *ratione materiae* en los procedimientos relacionados con crímenes internacionales”).

⁵⁶¹ Cassese, “When May Senior State Officials...”, op. cit., pág. 870 y ss.

⁵⁶² *Ibid.*, págs. 864 y 865.

⁵⁶³ Gaeta, op. cit. (2002), págs. 979 a 983.

funcionarios más altos del Estado, o con su connivencia, o por lo menos su tolerancia,. Como, en circunstancias normales, las autoridades nacionales no inician juicios contra sus propios funcionarios de alto rango por la supuesta comisión de los crímenes que se están examinando, esos crímenes quedarían impunes, si la norma consuetudinaria relativa a las inmunidades funcionales continuara protegiendo a los funcionarios del Estado de alto rango contra la acusación y el castigo ante tribunales extranjeros o tribunales penales internacionales⁵⁶⁴.” (Nota de pie de página omitida.)

199. En la doctrina jurídica, quienes apoyan la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que levanta la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes de derecho internacional invocan varios elementos. Entre dichos elementos figura no sólo la jurisprudencia interna (en particular, las conclusiones de los tribunales en las causas *Eichmann*⁵⁶⁵ y *Pinochet*⁵⁶⁶), sino también diversos instrumentos, tales como: el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 por el que se estableció el Tribunal Militar Internacional. y las sentencias conexas⁵⁶⁷; el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente⁵⁶⁸; la Ley No. 10 de 1945 del Consejo de Control Aliado⁵⁶⁹; la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁵⁷⁰; el Principio III de los Principios de Nuremberg, confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 95 (I), de 11 de diciembre de 1946, y posteriormente formulados por la CDI⁵⁷¹; la Convención Internacional de 1973 sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid⁵⁷²; los estatutos del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia⁵⁷³ y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda⁵⁷⁴, así como el

⁵⁶⁴ Ibid., pág. 982.

⁵⁶⁵ Véase *supra*, párr. 184.

⁵⁶⁶ Véase *supra*, párr. 185.

⁵⁶⁷ Su artículo 7 dispone lo siguiente: “No se considerará que el carácter oficial de los encausados, sea como jefes de Estado o como funcionarios responsables de un departamento del gobierno, los libera de responsabilidad o es circunstancia atenuante del castigo.” Véase también *supra*, Primera parte, sección C.3.

⁵⁶⁸ Artículo 6. Para el texto, véase *supra*, Primera parte, sección D, nota de pie de página 171.

⁵⁶⁹ El apartado a) del párrafo 4 de su artículo II dispone lo siguiente: “El cargo oficial de una persona, sea como Jefe de Estado o como funcionario responsable de un departamento del gobierno, no la exime de responsabilidad por un crimen ni le da derecho a una atenuación de la pena.”

⁵⁷⁰ Artículo 4. Para el texto, véase *supra*, Primera parte, sección A, nota de pie de página 8.

⁵⁷¹ Principio III. Para el texto, véase *supra*, Primera parte, sección A, nota de pie de página 7.

⁵⁷² Su artículo III dispone lo siguiente: “Se considerarán penalmente responsables en el plano internacional, cualquiera que sea el móvil, los particulares, los miembros de las organizaciones e instituciones y los representantes del Estado, tanto si residen en el territorio del Estado en que se perpetraron los actos como en cualquier otro Estado, que:
a) Cometan los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, participen en su comisión, la inciten directamente o se confabulen para ella;
b) Alienten o estimulen directamente la comisión del crimen de apartheid, o cooperen directamente en ella.”

⁵⁷³ Párrafo 2 del artículo 7. Para el texto, véase *supra*, Primera parte, sección D, nota de pie de página 171. Sobre el fundamento de esta disposición y su incidencia en las inmunidades de los funcionarios del Estado, véase: Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, documento S/25704, 3 de mayo de 1993:
“[Párrafo] 55. Prácticamente todas las observaciones por escrito que ha recibido el Secretario General sugieren que el Estatuto del Tribunal Internacional debería contener disposiciones relativas a la responsabilidad penal individual de los Jefes de Estado, funcionarios

artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional⁵⁷⁵. En lo tocante a la naturaleza consuetudinaria del principio consagrado en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional y el párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, cabría señalar a la atención las conclusiones del Tribunal Supremo de Israel en la causa *Eichmann*⁵⁷⁶ y la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia⁵⁷⁷.

200. A fin de demostrar el carácter consuetudinario de la norma que levanta la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes de derecho internacional, también se han invocado a numerosas causas en que a funcionarios de un Estado les fue denegada por tribunales extranjeros la inmunidad por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio⁵⁷⁸. A este respecto, si bien reconociendo que muchas de esas causas se referían a oficiales militares, se ha observado que:

gubernamentales y personas que actúen a título oficial. Estas sugerencias se basan en los precedentes posteriores a la segunda guerra mundial. *En consecuencia, el Estatuto debería contemplar disposiciones que especifiquen que no se podrá invocar la inmunidad en razón de ser Jefe de Estado o de que el inculpado cometió el acto en cumplimiento de sus funciones oficiales, y que ello no reducirá la pena.*

[...]

[Párrafo] 57. *La alegación de que se actuó en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior no podrá eximir de responsabilidad penal a quien perpetró el crimen y no debería aceptarse.* Sin embargo, el acatamiento de órdenes de un superior podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad. Por ejemplo, el Tribunal Internacional podrá tener en cuenta el factor de las órdenes dadas por un superior en relación con otros argumentos para la defensa tales como la coacción o la falta de otra opción moral.” (Cursiva añadida.)

⁵⁷⁴ El párrafo 2 de su artículo 6 dispone lo siguiente: “El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.”

⁵⁷⁵ Para el texto del artículo 27, véase *supra*, Primera parte, sección D.4, párr. 84 y nota de pie de página correspondiente.

⁵⁷⁶ *International Law Reports*, vol. 36, pág. 311.

⁵⁷⁷ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, *Prosecutor v. Karadzic and others*, decisión de 16 de mayo de 1995, párrs. 22 a 24; la Sala de Primera Instancia, *Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 140; y Sala de Primera Instancia, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic* (Decisión sobre las peticiones preliminares), decisión de 8 de noviembre de 2001, párr. 28.

⁵⁷⁸ Cassese menciona los siguientes casos: *Eichmann*; Tribunal de Casación (Sala Penal), *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and Others v. Barbie*, 20 de diciembre de 1985, reproducido en *International Law Reports*, vol. 78, págs. 124 a 148; Países Bajos, Tribunal Especial de Casación, *In Re Rauter*, 12 de enero de 1949, reproducido en *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1949, Caso No.193, págs. 526 a 548; Tribunal especial de Casación, *In Re Ahlbrecht*, 11 de abril de 1949, reproducido en *ibíd.*, Caso No.141, págs. 397 a 399; Reino Unido, Tribunal Militar Británico de Venecia (Italia), *The trial of Albert Kesselring*, 17 de febrero a 6 de mayo de 1947, reproducido en *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 9 (1949), págs. 9 a 14; Reino Unido, Tribunal Militar Británico de Hamburgo (Alemania), *In Re von Lewinski*, 19 de diciembre de 1949, reproducido en *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1949), Caso No.192, págs. 509 a 525; Reino Unido, Cámara de los Lores, *Pinochet* (No. 3); Corte Suprema de los Estados Unidos, *Yamashita v. Styer, Commanding General, U.S. Army Forces, Western Pacific*, 4 de febrero de 1946, 327 U.S. 1, 66 S. Ct. 340; y Polonia, Supremo Tribunal Nacional, *In Re Buhler*, 10 de julio de 1948, reproducido en *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1948), págs. 680 a 682.

“sería realmente raro que sólo se hubiese desarrollado una norma consuetudinaria con respecto a los militares y no para todos los agentes del Estado que cometan crímenes internacionales”⁵⁷⁹.

201. Por otro lado, tal vez haya algunos factores que deban tenerse en cuenta para determinar si en realidad ha surgido una norma de derecho consuetudinario que establezca una excepción a la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera con respecto a los crímenes de derecho internacional.

202. Un aspecto se refiere a la importancia que haya de darse a los nuevos acontecimientos que han ocurrido en la esfera de la justicia penal internacional⁵⁸⁰. A este respecto, se ha argumentado que la cuestión de inmunidades ni siquiera se plantea ante los tribunales internacionales⁵⁸¹. En todo caso, se ha preguntado si las normas sobre las inmunidades de jurisdicción penal extranjera también se aplicarían ante los tribunales internacionales⁵⁸². Además, en la medida en que los estatutos o la práctica de los tribunales internacionales parecieran ser diferentes de las normas establecidas de derecho consuetudinario en materia de inmunidades, aún restaría evaluar si los nuevos acontecimientos constituyen una excepción respecto del derecho consuetudinario⁵⁸³ o elementos que habrían determinado, en conjunción con otros, una evolución del derecho. En lo tocante a la interacción entre el artículo 27

⁵⁷⁹ Cassese, “When May Senior State Officials...”, op. cit., pág. 871. En este contexto, el autor se refiere al *Field Manual, The Law of Land Warfare* del Departamento del Ejército de los Estados Unidos (julio de 1956). Señala que el párrafo 510 de dicho manual dice lo siguiente: “El hecho de que la persona que ha cometido un acto que constituye un crimen de guerra haya actuado como jefe de un Estado o como funcionario gubernamental responsable no la libera de responsabilidad por su acto.” El mismo argumento es hecho por Gaeta, op. cit. (2003), pág. 190.

⁵⁸⁰ Véase, sobre este punto, Klingberg, op. cit., págs. 552 a 556, comentando la causa del *Arrest Warrant* tramitada ante la Corte Internacional de Justicia: “Para respaldar su argumento [de que las inmunidades no protegen contra el enjuiciamiento por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad], Bélgica se había fundado, entre otros elementos, en la práctica de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokyo. Sin embargo, parece dudoso que de la práctica de dichos tribunales se pueda deducir que se puede hacer una excepción a la inmunidad de nacionales de *Estados terceros*, cuando se alegue que han cometido crímenes internacionales. Bien puede argumentarse, y se ha argumentado, que los Aliados, cuando establecieron el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, estaban actuando como los soberanos efectivos de Alemania. En lo tocante al Tribunal Militar Internacional de Tokyo, se ha sostenido que el Japón, en el instrumento de rendición, consintió en el enjuiciamiento de nacionales japoneses ante el Tribunal: En dicho instrumento, el Japón se comprometió a cumplir la llamada declaración de Potsdam, que disponía, entre otras cosas, que “se hará una severa justicia con todos los criminales de guerra”. Sin embargo, posteriormente el autor concluye que, aunque no fuera apropiado fundarse en los tribunales militares de Nuremberg y Tokyo, “en una cantidad cada vez mayor de causas, los tribunales nacionales se han negado a otorgar a los ex jefes de Estado y otros ex funcionarios del Estado la inmunidad por crímenes internacionales.” (citando las causas *Pinochet*, *Bouterse*, *Habré y Qaddafi*)

⁵⁸¹ Véase, por ejemplo, Dominicé, op. cit., pág. 307 (“[...] de todas maneras, la noción de inmunidad de jurisdicción es irrelevante ante un tribunal internacional”).

⁵⁸² Véanse las conclusiones negativas de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona, mencionado *supra*, Primera parte, sección D.1. Compárese Casey y Rivkin, “The Rome Statute’s Unlawful Application to Non-State Parties”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 44 (2003-2004), pág. 82, que consideran que el Estatuto de la Corte Penal Internacional no puede barrer con las normas consuetudinarias bien establecidas sobre inmunidades y que ello no afectaría a la posición jurídica de los Estados que no han ratificado el Estatuto de Roma, a menos que acepten la jurisdicción de la Corte en un caso determinado.

⁵⁸³ En lo tocante, en particular, al Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, véase el examen en Day, op. cit., pág. 502.

del Estatuto de la Corte Penal Internacional y el derecho internacional consuetudinario, se ha argumentado que el levantamiento de las inmunidades *ratione materiae* con respecto a los crímenes comprendidos en el Estatuto de Roma simplemente refleja una evolución que ha tenido lugar en el derecho internacional consuetudinario.⁵⁸⁴

203. También podría plantearse una cuestión acerca de si los diversos elementos de la práctica que apoyan el principio de la irrelevancia del carácter oficial de una persona con respecto a los crímenes de derecho internacional entrañarían necesariamente la inaplicabilidad, en relación con tales crímenes, de la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera⁵⁸⁵. Esta cuestión parecería no estar resuelta si se considera que tanto la inmunidad *ratione personae* como la inmunidad *ratione materiae* son meros impedimentos *procesales* al ejercicio de jurisdicción por un Estado extranjero⁵⁸⁶. En contraste, si la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera se considerara una *defensa sustantiva* basada en el fundamento de que los actos oficiales de un órgano del Estado deben ser atribuibles al Estado y no al individuo⁵⁸⁷, parecería haber razones convincentes para sostener que dicha defensa no puede ser procedente con respecto a una conducta que ha sido tipificada como crimen por el orden jurídico internacional⁵⁸⁸.

204. En todo caso, para evaluar si ha surgido una norma consuetudinaria que levante la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes de derecho internacional, deberían tenerse asimismo en cuenta los nuevos acontecimientos judiciales mencionados *supra*⁵⁸⁹, que podrían interpretarse en el sentido de indicar que hay una tendencia en ese sentido.

205. También se ha argumentado que la referida inmunidad *ratione materiae* sería incompatible con el reconocimiento de jurisdicción extraterritorial o jurisdicción universal con respecto a determinados crímenes internacionales. El vínculo entre el

⁵⁸⁴ Gaeta, op. cit. (2002), pág. 990: “el párrafo 1 del artículo 27 no se aparta del derecho internacional consuetudinario en lo tocante a las inmunidades funcionales establecidas en normas internacionales. Da forma escrita a la norma consuetudinaria con arreglo a la cual a los efectos de establecer la responsabilidad penal carece de valor la defensa de que se ha actuado en carácter oficial.” (Nota de pie de página omitida.) Véase también *supra*, Primera parte, sección D.4.

⁵⁸⁵ A este respecto, algunos Lores expresaron dudas en *Pinochet* (No. 3); véase Lord Goff de Chievely (opinión disidente), págs. 596, 599 y 609; Lord Hope de Craighead, págs. 622 y 623; y Lord Phillips de Worth Matravers, pág. 660.

⁵⁸⁶ Véase Wickremasinghe, op. cit. (2006), pág. 397: “Podría observarse que ambos tipos de inmunidad [la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*] operan simplemente como impedimentos procesales para la jurisdicción, y las autoridades competentes del Estado acreditante pueden renunciar a ellas, con lo cual habilitan a los tribunales del Estado receptor a ejercer jurisdicción.”

⁵⁸⁷ Ésta es la posición adoptada, en particular, por Morelli, op. cit., págs. 215 y 216, y Cassese, “When May Senior State Officials...”, op. cit., pág. 863.

⁵⁸⁸ Expresó una posición análoga Akande, op. cit., págs. 414 y 415: “Dicha inmunidad no puede utilizarse en esos procedimientos porque las razones por las que se confiere tal inmunidad no se aplican a los enjuiciamientos por crímenes internacionales. En primer lugar, el principio general de que sólo el Estado, y no los funcionarios, puede ser responsabilizado por los actos realizados por los funcionarios en su carácter oficial no se aplica a los actos que configuran crímenes internacionales. Por el contrario, está bien establecido que el carácter oficial de las personas no las exime de responsabilidad individual por los actos que son crímenes de derecho internacional, y por lo tanto no constituye una defensa sustantiva. [...]” (Nota de pie de página omitida.)

⁵⁸⁹ Véase *supra*, párrs. 183 a 187.

establecimiento de jurisdicción universal respecto de un crimen internacional y la inaplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* con respecto a dicho crimen fue expresamente señalado, en la causa *Pinochet*, por algunos de los Lores de Derecho en relación con el régimen introducido por la Convención de 1984 sobre la tortura⁵⁹⁰. Análogamente, Lord Saville de Newdigate dedujo del régimen de “*aut dedere aut judicare*” establecido en la Convención sobre la Tortura una clara excepción a la inmunidad *ratione materiae* de un ex Jefe de Estado⁵⁹¹. En contraste, la Corte Internacional de Justicia determinó, en la causa de la *Orden de detención*, que las diversas convenciones internacionales que obligan a los Estados Partes a extender su jurisdicción respecto de determinados crímenes no afectaban a las inmunidades existentes con arreglo al derecho internacional consuetudinario⁵⁹².

206. La incompatibilidad entre la jurisdicción universal y la inmunidad *ratione materiae* ha sido sostenida por algunos juristas y asociaciones científicas⁵⁹³. En

⁵⁹⁰ *Pinochet* (No. 3). Véase, en términos generales, Lord Phillips de Worth Matravers, pág. 661: “Tanto los crímenes internacionales como la jurisdicción extraterritorial en relación con ellos son recién llegados en la esfera del derecho internacional público. No creo que la inmunidad del Estado *ratione materiae* pueda coexistir con ellos. El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial predomina sobre el principio de que un Estado no intervendrá en los asuntos internos de otro. Predomina porque, en lo tocante a los crímenes internacionales, ese principio no puede prevalecer. Un crimen internacional es igualmente ofensivo para la comunidad internacional, si no más ofensivo, cuando se comete bajo la apariencia de ejercicio del cargo. Una vez que se ha establecido la jurisdicción extraterritorial, no tiene sentido excluir de ella a los actos realizados en carácter oficial.” Análogamente, Lord Browne-Wilkinson, *ibid.*, págs. 594 y 595, subrayó que la “elaborada estructura de la jurisdicción universal” establecida por la Convención contra la Tortura de 1984 se tornaría “abortiva” si se reconociera a los funcionarios del Estado la inmunidad *ratione materiae* con respecto a esos crímenes. Véase también Lord Hope de Craighead, *ibid.*, págs. 625 a 627.

⁵⁹¹ *Ibid.*, págs. 642 y 643.

⁵⁹² *Arrest Warrant*, párr. 59. Para la cita, véase *infra*, nota de pie de página 781.

⁵⁹³ Véase, en particular, Akande, *op. cit.*, pág. 415 (“[...] la inmunidad *ratione materiae* no puede lógicamente coexistir con ese otorgamiento de jurisdicción [universal]. En realidad, si se aplicara en tales casos, la regla anterior que otorgaba inmunidad serviría para privar prácticamente de todo su significado a la norma jurisdiccional posterior. Esto constituye la mejor explicación de la decisión de la Cámara de los Lores del Reino Unido en la causa *Pinochet* (No. 3). La mayoría de los magistrados en dicha causa concluyeron que, como la Convención contra la Tortura limitaba el delito de tortura a los actos cometidos en el ejercicio de una calidad oficial, el otorgamiento de inmunidad *ratione materiae* habría sido necesariamente incompatible con las disposiciones de la Convención que otorgan jurisdicción universal respecto de dicho delito. Consiguientemente, debe considerarse que la inmunidad *ratione materiae* ha sido desplazada por la norma que otorga jurisdicción universal respecto de los actos de tortura. Análogamente, como las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y otros crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado internacional son casi por definición actos cometidos por militares y otros funcionarios estatales, las normas de los tratados que otorgan jurisdicción universal respecto de tales crímenes no pueden lógicamente coexistir con el otorgamiento de inmunidad *ratione materiae* a los funcionarios del Estado. Sin embargo, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado interno pueden ser cometidos por actores no estatales, las normas que permiten la jurisdicción universal con respecto a esos crímenes no son prácticamente de la misma extensión que la inmunidad *ratione materiae* (cosa que sí ocurre en los casos de tortura y crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado internacional). No obstante, se puede argumentar que esas normas jurisdiccionales contemplan el enjuiciamiento interno de los funcionarios del Estado y, por tal razón, prevalecen sobre la regla anterior que otorgaba inmunidad *ratione materiae*. Por consiguiente, no existe inmunidad *ratione materiae* con respecto a procedimientos penales internos respecto de ninguno de los crímenes

particular, la opinión de que la inmunidad *ratione materiae* es “fundamentalmente incompatible” con el establecimiento de la jurisdicción universal con respecto a las violaciones manifiestas de los derechos humanos ha sido expresada por un Comité de la Asociación de Derecho Internacional⁵⁹⁴. También se ha sugerido que la jurisdicción universal crea una jurisdicción igual para todas las naciones⁵⁹⁵. Consiguientemente, los Estados que establecen la jurisdicción universal respecto de los crímenes internacionales crean efectivamente una red de relaciones jurisdiccionales horizontales que haría difícil sostener una defensa de inmunidad. Esta situación puede estar lejos de realizarse, aun cuando la aplicación interna del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional puede sugerir una tendencia⁵⁹⁶.

207. Al mismo tiempo, se ha cuestionado la presunta incompatibilidad entre la jurisdicción universal y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera⁵⁹⁷ o el tema se

internacionales establecidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.” (Notas de pie de página omitidas.); De Smet y Naert, op. cit., págs. 505 y 506 (fundándose —para respaldar la existencia de una excepción a la inmunidad funcional con respecto a los crímenes internacionales— en el concepto de responsabilidad penal individual y en el hecho de que tales crímenes “son una cuestión de incumbencia de todos los Estados y pueden ser objeto de juzgamiento por cualquier Estado aun cuando hayan sido cometidos por otro Estado, o en nombre de él. Esta última razón también explica por qué se permite el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de esos crímenes. De hecho, la jurisdicción universal no carece de importancia para la cuestión de la inmunidad: en la medida en que los tribunales nacionales son competentes para juzgar extraterritorialmente los crímenes que por definición son cometidos en carácter oficial, esto es incompatible con la inmunidad *ratione materiae*. Puede argumentarse que lo mismo es cierto respecto de los crímenes que no son necesariamente cometidos en carácter oficial, aunque sí lo son en la mayoría de los casos, tales como los crímenes de lesa humanidad.” (Notas de pie de página omitidas.); Koller, op. cit., pág. 21 (señalando que: “Como la [Asociación de Derecho Internacional] ha declarado recientemente, la noción de inmunidad de responsabilidad penal por crímenes contra el derecho internacional cometidos en carácter oficial, ya sea por funcionarios en ejercicio o por ex funcionarios, es fundamentalmente incompatible con la proposición de que las infracciones graves contra los derechos humanos están sujetas a la jurisdicción universal.”); Villalpando, op. cit., pág. 424; y White, op. cit., págs. 216 a 222 (argumentando que el derecho internacional ha reconocido, como norma de *jus cogens*, la jurisdicción universal por los crímenes de lesa humanidad y que de allí se infiere que debe denegarse la inmunidad respecto de dichos actos).

⁵⁹⁴ Asociación de Derecho Internacional, “Final report”, op. cit., pág. 416: “[...] parecería que la noción de inmunidad de responsabilidad penal por los crímenes de derecho internacional cometidos en carácter oficial, ya sea por funcionarios en ejercicio o por ex funcionarios, es fundamentalmente incompatible con la proposición de que las infracciones graves contra los derechos humanos están sujetas a la jurisdicción universal” (Nota de pie de página omitida.); ibid., pág. 423 [Conclusiones y recomendaciones]: “4. No se aplicará inmunidad alguna con respecto a las infracciones graves contra los derechos humanos sujetas a la jurisdicción universal fundada en que los crímenes han sido cometidos en carácter oficial.” Véase también el artículo 5 de los Principios de Princeton, op. cit.

⁵⁹⁵ Wheaton, op. cit., § 124, nota de pie de página, haciendo este argumento con respecto a la piratería.

⁵⁹⁶ En un informe de *Redress*, “Universal Jurisdiction in Europe, Criminal Prosecutions in Europe since 1990 for War Crimes, Crimes against humanity, torture and genocide” (30 de junio de 1999), se señala que el enjuiciamiento de tales crímenes sobre la base de la jurisdicción universal se estaba volviendo una práctica aceptada, pero que aún restaba un largo camino a recorrer antes de quedara firmemente establecido (pág. 2). En particular, en muchos casos faltaba una base jurídica adecuada para ejercerla (pág. 5); disponible en www.redress.org/publications/UJEurope.pdf.

⁵⁹⁷ Véase Jean-Yves de Cara, “L’affaire Pinochet devant la Chambre des Lords”, *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), pág. 99: “Por último, no hay razón alguna para que la

ha dejado pendiente. El Instituto de Derecho Internacional, en su resolución de 2005 sobre “La jurisdicción penal universal en relación con el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra”, no se refiere a la cuestión de las inmunidades con respecto a esos crímenes. De conformidad con el párrafo 6 de la resolución, las disposiciones de ésta “[...] son sin perjuicio de las inmunidades establecidas por el derecho internacional”.⁵⁹⁸

b) *Otros crímenes de trascendencia internacional*

208. Es posible preguntarse si la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera también debería excluirse con respecto a determinados crímenes de trascendencia internacional que aún no han adquirido la condición de “crímenes de derecho internacional”. Esta cuestión es infrecuentemente tratada en la doctrina, y se ha expresado la opinión de que “sólo se debería denegar la inmunidad en relación con delitos reconocidos como crímenes de derecho internacional”.⁵⁹⁹

209. Sin embargo, la resolución de 2001 del Instituto de Derecho Internacional prevé otra excepción a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un ex jefe de Estado o de gobierno. Según el párrafo 2 del artículo 13 de la resolución, la inmunidad no se aplicará cuando los actos “[...] constituyan una malversación de los bienes y recursos del Estado”.⁶⁰⁰ Comentando esta disposición, Fox dice que:

“el nuevo cargo está definido de manera muy laxa. Parecería que cuando pueda dar lugar a enjuiciamiento como delito de derecho interno (y puede necesitarse legislación nacional para darle efectividad), ha de leerse con sujeción a la norma *de minimis*; sólo la malversación en gran escala de bienes del Estado removerá la inmunidad de que goza un Jefe en relación con actos de disposición relacionados con bienes o recursos del Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales”.⁶⁰¹”

210. La misma autora considera que la remoción de la inmunidad por el delito de malversación que figura en el artículo 13 de la resolución es una disposición “novedosa de lege ferenda”.⁶⁰²

211. Análogamente, se ha sugerido que determinados actos (como el desfalco o el tráfico de drogas), aun cuando estén vinculados con el ejercicio de poder, pueden no ser considerados actos públicos (“*actes de fonction*”) a los efectos de la inmunidad de jurisdicción extranjera.⁶⁰³ En este contexto, se ha hecho referencia⁶⁰⁴ a las

inmunidad del jefe de Estado que paraliza la competencia de la jurisdicción extranjera que se ejerce sobre una base territorial, por excepción, pueda paralizar la competencia universal.”

⁵⁹⁸ Para el texto de la resolución, véase Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 71-II (período de sesiones de Cracovia), 2006, págs. 296 a 301. Esta disposición fue introducida en el proyecto de resolución luego de una propuesta de Fox (ibíd., pág. 214), y el nuevo párrafo fue adoptado por consenso (ibíd., pág. 282).

⁵⁹⁹ Bianchi, op. cit. (1999), pág. 261.

⁶⁰⁰ Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, op. cit., pág. 753. Esta excepción adicional fue incluida en el proyecto de resolución luego de sugerencias hechas por algunos miembros; véase, en particular, Fox, ibíd., pág. 615; Collins, ibíd., pág. 617; y Feliciano, ibíd., pág. 619.

⁶⁰¹ Fox, “The Resolution of the Institute of International Law...”, op. cit., pág. 123.

⁶⁰² Ibíd., pág. 124.

⁶⁰³ Dominicé, op. cit., pág. 304: “Entre los actos privados del Jefe de Estado, que están cubiertos por la inmunidad de jurisdicción penal mientras ejerce sus funciones pero dejan de estarlo desde el momento en que deja de desempeñarlas, y los actos oficiales que realiza claramente en el ejercicio de sus atribuciones, tal vez haya una especie de zona intermedia, en la que se

conclusiones de tribunales de los Estados Unidos en causas atinentes a ex Jefes de Estado acusados de tráfico de narcóticos o delitos financieros⁶⁰⁵.

212. También cabe señalar a la atención una reciente sentencia en que el Tribunal Federal de Suiza determinó que la inmunidad *ratione materiae* de un ex ministro no sería impedimento para el enjuiciamiento por corrupción o con respecto a delitos comunes cometidos con carácter privado⁶⁰⁶.

C. Aspectos de procedimiento

213. Si bien la gran mayoría de la doctrina relativa a la inmunidad de los funcionarios del Estado en las jurisdicciones penales extranjeras se refiere a nociones sustantivas de inmunidad, la CDI tal vez también estime necesario abordar en su labor múltiples cuestiones de procedimiento que se plantean en la invocación y la aplicación de dicha inmunidad. En la presente sección se consideran esos aspectos de procedimiento. En primer lugar, se examina la invocación de la inmunidad, en particular, si es realmente necesario que se invoque la inmunidad, y, en caso afirmativo, quién puede invocarla y cuál es la oportunidad para dicha invocación. En segundo lugar, se considera la determinación de inmunidad, poniendo de relieve que los Estados siguen distintas prácticas en relación con las autoridades que están facultadas para determinar que un funcionario extranjero tiene inmunidad de jurisdicción. En tercer lugar, se examinan los efectos jurídicos de la

encuentran los actos y comportamientos que están vinculados con el ejercicio del poder, pero que no son actos de la función, o al menos se debe cuestionar que lo sean. Se podría poner el ejemplo de las desviaciones de fondos públicos, o de prestaciones debidas al Estado, para fines de enriquecimiento personal. Se trata de actos efectuados en ocasión, o en el marco, del ejercicio de las funciones, pero que no deberían ser considerados actos de la función en la óptica de la inmunidad de jurisdicción penal del ex Jefe de Estado. Otro tanto se puede decir del tráfico de estupefacientes, que puede practicarse bajo el manto de la autoridad o aprovechando una posición oficial, pero que no podría considerarse comprendido dentro de los actos de la función a los efectos de la inmunidad de jurisdicción.” (Notas de pie de página omitidas.)

⁶⁰⁴ Ibid.

⁶⁰⁵ *United States of America, Plaintiff, v. Manuel Antonio Noriega, et al., Defendants*, op. cit., pág. 1519, nota de pie de página 11 (“Actividades delictivas tales como el tráfico de narcóticos que se imputa al encausado difícilmente puedan considerarse actos oficiales o funciones gubernamentales que promueven los intereses de un Estado soberano, especialmente cuando, como aquí, la actividad supuestamente se llevaba a cabo para el exclusivo beneficio personal del líder extranjero. Sin embargo, como el tribunal fundó su decisión en otros motivos, reservó el examen de esta cuestión para la consideración de la defensa fundada en el carácter de acto de Estado formulada por el encausado, *infra*.” Al desestimar la defensa fundada en el carácter de acto de Estado, el Tribunal de Distrito consideró que lo que debía averiguarse no era “si Noriega utilizó su carácter oficial para realizar los actos impugnados, sino si dichos actos fueron hechos por cuenta de Noriega y no de Panamá” (ibíd., pág. 1523); a este respecto, Noriega no había podido demostrar “que las actividades relacionadas con drogas que se le imputaban eran efectivamente actos de Estado y no medidas encaminadas a promover su propio interés privado” (ibíd.); y *Marcos Perez Jimenez, Appellant, v. Manuel Aristeguieta, Intervenor, Appellee, and John E. Maguire, Appellee*, op. cit. (denegando la aplicabilidad de la defensa fundada en el carácter de acto de Estado al ex Jefe del Ejecutivo de Venezuela con respecto a delitos financieros).

⁶⁰⁶ *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, op. cit. En relación con la corrupción, no está totalmente claro si el Tribunal Federal excluyó del alcance de la inmunidad *ratione materiae* a la corrupción en general o sólo a los actos de corrupción cometidos por un funcionario del Estado en carácter privado.

operación de la inmunidad de jurisdicción penal, entre ellos, la distinción entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución, la cuestión de la inmunidad de los funcionarios del Estado no acusados de un acto delictivo y la cuestión de qué actos en particular están excluidos por la operación de la inmunidad. Por último, se considera la renuncia a la inmunidad, lo cual comprende las formas expresa y tácita de renuncia, la autoridad competente para renunciar a la inmunidad y los efectos jurídicos que puede tener la renuncia a la inmunidad.

214. Como el tratamiento de los aspectos de procedimiento del tema es bastante escaso tanto en la práctica como en la doctrina, la presente sección servirá para plantear algunas cuestiones a las que pueda ser necesario prestar atención. Si bien el presente estudio se propone destacar las prácticas procesales que existen específicamente en relación con las inmunidades de los funcionarios del Estado, la CDI tal vez estime necesario complementar esa práctica que a veces es escasa, cuando así proceda⁶⁰⁷, con las prácticas procesales seguidas en el contexto de otras formas de inmunidad (como las inmunidades otorgadas a los agentes diplomáticos y las inmunidades jurisdiccionales de los Estados). Consiguientemente, en la presente sección también se hace referencia a las prácticas procesales seguidas con respecto a esas otras formas de inmunidad, cuando parece apropiado hacerlo.

1. Invocación de la inmunidad

a) *Si es necesario invocar la inmunidad y, en caso afirmativo, quién debe invocarla*

215. La primera cuestión de procedimiento que se plantea en relación con las inmunidades de los funcionarios del Estado se refiere a si la inmunidad debe ser invocada o no, y, en caso afirmativo, quién tiene derecho a invocarla (la persona, el gobierno de dicha persona, el gobierno del foro, o el juez de oficio). Por un lado, algunos adoptan la posición de que la invocación de la inmunidad es innecesaria, porque se presume aplicable a falta de renuncia expresa a dicha inmunidad, sin que haya ninguna necesidad específica de invocarla. En otras palabras, en lugar de ser la situación de inmunidad la que necesita la invocación para existir, es la situación de no inmunidad, en cambio, la que necesita que haya una renuncia para llegar a existir. A este respecto, de Cara señala que un tribunal debería plantear automáticamente una defensa de inmunidad a menos que el gobierno del funcionario del Estado haya renunciado expresamente a ella⁶⁰⁸. Esa posición coincide con las

⁶⁰⁷ En particular, se deben tener constantemente presentes las diferencias procesales que existen entre los procedimientos civiles y los penales.

⁶⁰⁸ De Cara, op. cit., pág. 76 (“Tratándose de una excepción de orden público, el tribunal debe plantearla de oficio, pero el Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de las personas que se benefician de ella, a condición de que la renuncia sea expresa.”). Véase también Rousseau, op. cit., pág. 17 (“La incompetencia de los tribunales internos respecto de los Estados extranjeros debe ser planteada de oficio por el juez”). Shaw también parece aceptar la noción de que la inmunidad se aplica sin que sea específicamente necesario invocarla, señalando, en el contexto de la inmunidad de los Estados, que “está claro que incumbe al demandante la carga de la prueba de establecer que se aplica una excepción a la inmunidad” Shaw, op. cit. (2003), pág. 666 (citando a Slaughter J. en *Raynier v. Department of Trade and Industry* [1987] Buttersworth Company Law Cases, vol. 667). Compárese Pierson, op. cit., págs. 280 y 281 (“Una lectura revisionista de la sentencia en la causa *The Schooner Exchange* la entiende en el sentido de que no respalda la inmunidad absoluta, sino la proposición de que el Estado del foro tiene jurisdicción respecto de todas las personas y las cosas que están dentro de su territorio, a menos que renuncie a la jurisdicción. Las consecuencias de esta lectura son enormes, porque

conclusiones del presente estudio, que han revelado un volumen mucho mayor de práctica en relación con la renuncia a la inmunidad que con relación a la invocación de la inmunidad⁶⁰⁹. También es congruente con la posición adoptada en la resolución del Instituto de Derecho Internacional, que, en lugar de prever un método para la invocación de la inmunidad, prevé que las inmunidades serán otorgadas por la jurisdicción penal extranjera “en cuanto llegue a su conocimiento la condición [de jefe de Estado] de dicha [persona]”⁶¹⁰. Análogamente, en *In Re Doe*, el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos expresó en *obiter dicta* que “cuando carezca de orientación proveniente del Poder Ejecutivo,... un tribunal debe decidir por sí mismo si un jefe de Estado tiene o no tiene derecho a inmunidad”⁶¹¹. Podría inferirse de este argumento que, aun en caso de que no haya sido invocada por la persona ni por su gobierno, la inmunidad puede de todos modos ser planteada por el gobierno del foro o por el tribunal de oficio. La posición de que la inmunidad se aplica sin necesidad específica de invocarla también parecería ser congruente con la práctica relativa a otras formas de inmunidad — como la inmunidad diplomática, la inmunidad consular y la inmunidad en el contexto de misiones especiales— que han sido codificadas en sus aspectos sustantivos sin considerar los aspectos específicos de la invocación de la respectiva inmunidad⁶¹².

216. Por otro lado, algunos consideran que la inmunidad debe ser específicamente invocada por una de las partes para ser aplicable⁶¹³. Por ejemplo, en la causa

traslada la carga de la prueba a los violadores de los derechos humanos, obligándolos a demostrar por qué ha de aplicarse la inmunidad, en lugar de presumir la inmunidad a menos que pueda encontrarse una disposición consuetudinaria o legislativa que deniegue la inmunidad. Si se toma a la no inmunidad como posición normal, se vuelve mucho más difícil argumentar que los jefes de Estado son inmunes respecto de los crímenes internacionales. ... Hersch Lauterpacht también sostiene que la norma general del derecho internacional consuetudinario es la de la no inmunidad. Jordan Paust declara que, en el contexto de los abusos contra los derechos humanos, la norma general del derecho internacional consuetudinario es la de la no inmunidad.”).

⁶⁰⁹ La renuncia a la inmunidad se examina detalladamente *infra*.

⁶¹⁰ Instituto de Derecho Internacional, Resolución, artículo 6.

⁶¹¹ Véase *In Re Doe*, op. cit. La declaración es *obiter dicta*, porque el tribunal determinó que en todo caso se había renunciado a cualquier inmunidad que los Marcos pudiesen haber tenido; *ibid.*, pág. 44.

⁶¹² Véase el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; el artículo 43 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y el artículo 41 de la Convención sobre las Misiones Especiales. Según Denza, con respecto a la inmunidad diplomática, la cuestión de procedimiento queda, por consiguiente, “librada a la Ley de cada Estado parte.” Eileen Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2ª edición (Oxford, Oxford University Press, 1998), pág. 253.

⁶¹³ Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, op. cit., intervención de Jacques-Yves Morin, pág. 584 (argumentando que “la inmunidad debe ser alegada”). En lo tocante a la inmunidad diplomática, véase también J.M.T. Labuschagne, “Diplomatic Immunity: A Jurisdictional or Substantive-law Defence?”, *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), pág. 294: (“La inmunidad diplomática debe ser alegada; no fluye simplemente como consecuencia del cargo o la función de una parte.”) (analizando *Portion 20 of Plot 15 Athol (Pty) Ltd v. Rodrigues 2001 1 SA 1285 (W)*). En los debates del Instituto de Derecho Internacional, la cuestión de si la inmunidad debe ser alegada o no fue considerada por Morin como relacionada con su naturaleza procesal, específicamente si la inmunidad es una cuestión de jurisdicción (*competencia*) o de inmunidad (*admisibilidad*). En particular, Morin argumentó que, si la inmunidad se considerase una cuestión jurisdiccional, no sería necesario que fuese alegada por las partes para que pudiera invocarla el tribunal, pero que a su juicio el enfoque más común era que la inmunidad debía ser alegada, y por consiguiente es una cuestión de la inmunidad;

Djibouti c. Francia ante la Corte Internacional de Justicia, el abogado de Francia argumentó en el procedimiento oral que las inmunidades deben ser invocadas por la parte que desea que se apliquen: “En la presente causa..., no había evidentemente nada que impidiera o que impida ahora a los interesados invocar las inmunidades en las que ahora Djibouti se funda en nombre de ellos ante el tribunal penal francés. Pero para hacerlo, deben habilitar a dicho tribunal para apreciar sus argumentos en ese sentido. Ninguno de los dos ha hecho valer esas inmunidades, ni siquiera por carta⁶¹⁴. El abogado de Francia parece limitar este argumento a las inmunidades *ratione materiae*, argumentando que, mientras que las personas que gozan de inmunidad *ratione personae* se benefician de una presunción de inmunidad, las personas que sólo gozan de una inmunidad *ratione materiae* no se benefician de tal presunción y dichas inmunidades deben ser objeto de una decisión (presumiblemente después de haber sido invocadas) en cada caso:

“En el caso de un Jefe de Estado (o Ministro de Relaciones Exteriores) en ejercicio la “presunción de inmunidad” es absoluta y probablemente no admite prueba en contrario. Está comprendida en las inmunidades y eso es todo; por otro lado, en lo tocante a los demás funcionarios del Estado, esa presunción no opera y el otorgamiento (o la denegación del otorgamiento) de las inmunidades debe ser decidido caso por caso, sobre la base de todos los elementos de la causa. Ello supone que corresponde a los tribunales nacionales apreciar si estamos frente a actos realizados en el contexto de funciones oficiales o no⁶¹⁵.”

217. El abogado de Djibouti rechazó la noción de una presunción, argumentando que “realmente no hay lugar a la más mínima presunción que pudiera *a priori* y en abstracto inclinar la balanza hacia uno u otro lado”⁶¹⁶. Sin embargo, aún cuando formulaba ese argumento, él también pareció apoyar la noción de que las inmunidades deben ser planteadas para que puedan ser consideradas: “La cuestión no consiste en presumir absolutamente nada, sino en verificar concretamente los actos en cuestión, *cuando, desde luego, la cuestión de la inmunidad haya sido planteada*⁶¹⁷.” Sin embargo, no especificó quién (es decir, las partes o el tribunal de oficio) tiene el derecho o la obligación de plantear las inmunidades, señalando que “sería absurdo alegar que el hecho de que los dos altos funcionarios de Djibouti aún

Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, op. cit., intervención de Morin, pág. 584 (“Si la inmunidad se refiriera a la competencia del tribunal, no tendría que ser alegada, y el tribunal debería declararse incompetente de oficio, en su caso. Ahora bien, me parece que la práctica demuestra que la inmunidad debe ser alegada, lo cual apoya la tesis de la inadmisibilidad.”). La posición según la cual la inmunidad es una cuestión de la inmunidad también ha recibido el apoyo de algunos comentaristas, en particular Rousseau, que señala que “se trata mucho menos de incompetencia que de inadmisibilidad.”; Rousseau, op. cit., pág. 17 (citando a Cass. Civ., 22 de abril de 1958, D. 1958.1.633, nota Malaurie, *Journal du droit international* (1958), pág. 788, nota Sialelli y *Revue critique de droit international privé* (1958), pág. 591; Nancy, 18 de mayo de 1961, *Juris-Classeur Périodique*, 1961.II.12421, nota J.A. y *Journal du droit international* (1962), pág. 436). Si bien esta distinción entre competencia y admisibilidad es común en el derecho internacional (véase, por ejemplo, Hugh Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989” (Parte once), *British Year Book of International Law*, vol. 71 (2000), págs. 73 a 83) y en los sistemas de derecho románico (Georges Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale* (París, Pedone, 1967), pág. 9), no parece haber un equivalente preciso en el *common law*.

⁶¹⁴ *Djibouti v. France*, CR 2008/5, 25 de enero de 2008, párr. 79 (Pellet) (traducción).

⁶¹⁵ *Ibid.*, pág. 51, párr. 77.

⁶¹⁶ *Djibouti v. France*, CR 2008/6, 28 de enero de 2008, párr. 7 (Condorelli) (traducción).

⁶¹⁷ *Ibid.* (cursiva añadida).

no hayan hecho valer su inmunidad dentro del contexto de la investigación de corrupción de testigos ilícitamente iniciada contra ellos en Francia impide que la República de Djibouti pida a la Corte que juzgue y declare que Francia está violando en detrimento suyo los principios del derecho internacional relativos a las inmunidades⁶¹⁸.”

218. En su sentencia de 4 de junio de 2008, la Corte Internacional de Justicia abordó la cuestión de la invocación de la inmunidad en relación con la expedición de citaciones como *témoins assistés* al *procureur de la République* y al Jefe de Seguridad Nacional de Djibouti. A este respecto, la Corte observó que “las diversas pretensiones relativas a la inmunidad no fueron puestas en conocimiento de Francia, sea por medio de intercambios diplomáticos o ante un órgano judicial de Francia, como fundamento para objetar la expedición de las citaciones en cuestión”⁶¹⁹. La falta de toda invocación de inmunidad ante las autoridades francesas fue una de las razones que llevaron a la Corte a desestimar las pretensiones de Djibouti con respecto a su *procureur de la République* y su Jefe de Seguridad Nacional⁶²⁰.

219. Si la inmunidad requiere invocación, se plantea la cuestión adicional acerca de quién tiene derecho a hacer tal invocación. Como se acaba de mencionar, en la causa *Djibouti c. Francia* la Corte Internacional de Justicia hizo referencia a la falta de invocación de la inmunidad por parte del *Estado de Djibouti* mismo, y no de los funcionarios en cuestión. Este enfoque es fácilmente comprensible porque la Corte pareció equiparar a las inmunidades funcionales de los funcionarios del Estado con la inmunidad del Estado mismo⁶²¹. En la causa seguida en Suiza contra Ferdinand e Imelda Marcos, la Corte cuestionó la capacidad de Marcos para invocar la inmunidad en nombre propio y de su esposa, concluyendo que una persona que ya no está a cargo de un Estado no debería poder invocar la inmunidad en relación con los intereses de dicho Estado⁶²². En el contexto del derecho diplomático, Denza dice

⁶¹⁸ *Ibid.*, párr. 8.

⁶¹⁹ *Djibouti v. France*, párr. 195. La Corte recordó que “las autoridades francesas fueron en cambio informadas de que el *procureur de la République* y el Jefe de Seguridad Nacional de Djibouti no responderían a las citaciones que se les habían dirigido a causa de la negativa de Francia a acceder a la solicitud de que se transmitiera el expediente Borrel a las autoridades judiciales de Djibouti”. Véase también el párrafo 196:

“En ninguna etapa fueron los tribunales franceses (ante los cuales normalmente cabría esperar que se formulara la impugnación de la jurisdicción), ni, de hecho, esta Corte, informados por el Gobierno de Djibouti de que los actos denunciados por Francia eran sus actos propios, y de que el *procureur de la République* y el Jefe de Seguridad Nacional eran sus órganos, establecimientos u organismos para ejecutar tales actos.

El Estado que se propone invocar la inmunidad respecto de uno de sus órganos debe notificar de ello a las autoridades del otro Estado interesado. Ello permitiría que el tribunal del Estado del foro se cerciorara de que no deja de respetar ningún derecho a inmunidad, desconocimiento que podría comprometer la responsabilidad de dicho Estado. Además, el Estado que notifica a un tribunal extranjero de que el proceso judicial no puede seguir adelante contra sus órganos, por razones de inmunidad, asume responsabilidad por cualquier acto internacionalmente ilícito que hayan cometido dichos órganos en ese contexto.”

⁶²⁰ *Ibid.*, párr. 197. Otra razón que explica el rechazo de esas pretensiones por la Corte se refiere al alcance de la inmunidad funcional. Véase el párrafo 191 de la sentencia: “La Corte observa que no se ha verificado concretamente ante ella que los actos que eran objeto de las citaciones como *témoins assistés* emitidas por Francia fueran efectivamente los actos realizados en el marco de sus funciones como órganos del Estado

⁶²¹ *Ibid.*, párrs. 187 y 188.

⁶²² *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit., pág. 534 (“como en esa época se trataba de la *inmunidad de ejecución* que un ex jefe de Estado y su esposa hacían valer

que en la práctica de los Estados Unidos la inmunidad de un diplomático extranjero puede ser invocada por dicha persona o por su gobierno, y que después debe ser certificada por el Gobierno de los Estados Unidos⁶²³.

b) *Oportunidad de la invocación y la consideración*

220. En lo tocante a la cuestión de la oportunidad para la solicitud de inmunidad, por lo general se considera que dicha inmunidad debe ser planteada y considerada en el comienzo del procedimiento y en el momento de una solicitud de extradición. En su opinión consultiva atinente a la *Diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, la Corte Internacional de Justicia dijo expresamente que “las cuestiones de inmunidad son cuestiones previas que deben resolverse cuanto antes *in limine litis*. Es éste un principio de derecho procesal comúnmente reconocido”⁶²⁴. Concluyó por catorce votos contra uno que “los tribunales de Malasia tenían la obligación de abordar la cuestión de la inmunidad contra toda acción judicial como cuestión previa que debía resolverse cuanto antes *in limine litis*”⁶²⁵. Verhoeven ha adoptado la misma posición, considerando que dicha inmunidad tiene que ser alegada *in limine litis*, porque plantea cuestiones de admisibilidad de la acción misma⁶²⁶.

221. La Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona llegó a una conclusión análoga en su decisión sobre la inmunidad de jurisdicción con respecto a Charles Taylor. Respondiendo a una excepción preliminar según la cual la petición del solicitante atinente a la inmunidad era prematura porque “no plantea “una cuestión relacionada con la competencia” ... [sino] una “cuestión relacionada con la inmunidad”, que debería ser decidida por la Sala de Primera Instancia una vez que el Sr. Taylor se encontrase ante ella en persona”⁶²⁷, la Sala de Apelaciones concluyó que:

contra el país al que habían dirigido, él consideró que ese privilegio era reconocido en el interés mismo de su país.”).

⁶²³ Denza, op. cit., págs. 254 y 255.

⁶²⁴ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion*, op. cit., párr. 63.

⁶²⁵ *Ibid.*, párr. 67 2) b). Además señaló en su razonamiento que, como Malasia no había decidido acerca de la cuestión de la inmunidad *in limine litis*, había “torna[do] nula la esencia de la regla de la inmunidad contenida en el apartado b) de la sección 22 [de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas]”. *Ibid.*, pág. 88, párr. 63.

⁶²⁶ Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 514 (“La inmunidad tiene el efecto de hacer inadmisibile la acción que se ha iniciado contra quien la hace valer, cosa que explica por otra parte que deba ser dejada de lado si este último no solicita beneficiarse de ella *in limine litis*. Con formulaciones diversas, algunos sostienen, empero, que la inmunidad afecta a la competencia de la jurisdicción que está interviniendo más que a la admisibilidad de la demanda iniciada ante ella. En otras palabras, la prohibición de conocer de una acción iniciada contra un (jefe de) Estado extranjero expresaría alguna incompetencia fundamental de los tribunales respecto de los actos de una soberanía extranjera. La teoría tiene antecedentes lejanos. Fue más particularmente sistematizada por Niboyet inmediatamente después de la segunda guerra mundial, antes de que la retomaran, más o menos claramente, algunos autores de inspiración principalmente francesa.”) (citando a Niboyet, “Immunité de juridiction et incompétence d’attribution”, *Revue critique de droit international privé* (1950), págs. 139 y ss.; Michel Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes* (1996)).

⁶²⁷ Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, decisión sobre la inmunidad de jurisdicción, op. cit., párr. 21.

“Técnicamente, un acusado que no ha hecho su comparecencia inicial ante esta corte no puede presentar una petición preliminar... y en una causa normal tal petición podría ser considerada prematura y consiguientemente rechazada. Sin embargo, esta causa no es una causa normal. Insistir en que un Jefe de Estado en ejercicio debe primero someterse a encarcelamiento antes de que pueda plantear la cuestión de su inmunidad no sólo es contrario, de manera sustancial, a toda la finalidad del concepto de inmunidad soberana, sino que también presumiría, sin considerar el fondo, cuestiones relativas a excepciones a dicho concepto que corresponde entrar a determinar después de haber abordado el fondo de la pretensión de inmunidad⁶²⁸.”

222. Consiguientemente, la Sala de Apelaciones rechazó la excepción preliminar, “ejerc[iendo] su poder inherente y su discrecionalidad para permitir que el solicitante formule [la] petición a pesar de que aún no ha hecho su comparecencia inicial”⁶²⁹.

223. Los tribunales nacionales han llegado al mismo resultado. En la causa *Peter Tatchell c. Robert Mugabe*, tramitada ante un juez de distrito en el Reino Unido, se consideró la cuestión de la inmunidad en el momento de la solicitud de extradición⁶³⁰. En la causa *Honecker*, se consideró la cuestión en la etapa más preliminar destinada a asignar la causa a un tribunal competente, y se desestimó por razones de inmunidad la petición de determinación del tribunal competente, en lugar de asignar la causa a un tribunal para que considerara la cuestión de la inmunidad⁶³¹. En la causa *Pinochet* (No. 3), la cuestión se planteó en la etapa del examen de la orden de detención contra Pinochet, dictada luego de una solicitud de extradición formulada por España, antes de examinar la solicitud de extradición *per se*. En la sentencia en la causa de la *Solicitud de una orden de detención contra el general Shaul Mofaz*, en el Reino Unido, el Tribunal de Distrito dijo:

“El solicitante ha argumentado que si el General gozara de algún tipo de inmunidad, cosa que el solicitante no acepta, el momento correcto para plantearlo sería en la primera audiencia después de que se hubiese expedido la orden. Lamento discrepar con esa afirmación y expreso la opinión de que dicha inmunidad de Estado es una de las cuestiones que debo considerar [ya en la etapa de la expedición de la orden de detención]⁶³².”

224. Si bien, como se ha visto, es comúnmente aceptado que la inmunidad ha de considerarse en la iniciación del proceso, se ha observado que, en el contexto de la inmunidad de los Estados, puede ser planteada por el Estado demandado en cualquier momento dentro del juicio, incluso después de las conclusiones sobre el fondo⁶³³.

⁶²⁸ Ibid., párr. 30 (señalando que, “Si bien el presente solicitante ya no es un Jefe de Estado en ejercicio, una declaración de principios generales debe abarcar las situaciones en las que un solicitante sigue siendo Jefe de Estado en ejercicio. La solicitud a que se refiere esta decisión se formuló cuando el solicitante era Jefe de Estado.”).

⁶²⁹ Ibid.

⁶³⁰ *Tatchell v. Mugabe*, op. cit.

⁶³¹ Supremo Tribunal Federal (Segunda Sala Penal), *In Re Honecker*, op. cit., págs. 365 y 366.

⁶³² Tribunal de Distrito – Bow Street, *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*.

⁶³³ Rousseau, op. cit., pág. 18 (“La excepción de incompetencia puede ser opuesta por el Estado demandado en cualquier momento del litigio, incluso después de la presentación de las conclusiones sobre el fondo”).

225. La cuestión de la oportunidad de la invocación de la inmunidad puede llegar a ser bastante importante en la práctica, porque, como se examinó *supra*, pueden aplicarse distintas normas sustantivas de inmunidad según una persona determinada sea un funcionario del Estado en ejercicio o un ex funcionario del Estado. Por ejemplo, en la causa *Sucesión de Silme G. Domingo c. República de Filipinas*, los demandantes iniciaron el proceso en 1981 mientras los Marcos todavía estaban en el poder y consiguientemente se hizo lugar a una sugerencia de inmunidad presentada por el Departamento de Estado y las demandas contra los Marcos fueron desestimadas por razones de inmunidad. Sin embargo, en 1987, cuando Marcos ya había cesado en el cargo, los demandantes solicitaron que se reanudara la tramitación de las demandas que habían sido desestimadas, y el tribunal hizo lugar a la solicitud, poniendo de relieve que “si bien el Departamento de Estado presentó una sugerencia de inmunidad cuando Marcos era presidente, no ha presentado una nueva sugerencia de inmunidad desde que Marcos cesó en el cargo” y que “la sugerencia de inmunidad tenía importancia cuando fue presentada en 1982, pero no tiene ninguna habida cuenta del cambio de circunstancias”⁶³⁴. La Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona se encontró ante una situación análoga en su decisión sobre la inmunidad de jurisdicción con respecto a Charles Taylor⁶³⁵. Tanto el procesamiento de Taylor por el Tribunal Especial como la petición de anulación presentada por él tuvieron lugar cuando era un Jefe de Estado en ejercicio, pero la Sala de Apelaciones no consideró esa petición sino cuando Taylor ya había dejado la presidencia⁶³⁶. Consiguientemente, la Sala de Apelaciones observó que, si diera curso a la petición de anular la orden de detención, “entonces se plantearía la cuestión relativa al alcance de la inmunidad del Sr. Taylor en carácter de ex jefe de Estado”⁶³⁷. Si bien en definitiva la Sala de Apelaciones no hizo lugar a la petición de anular la orden de detención fundándose en que era un tribunal internacional ante el cual no podían hacerse valer las inmunidades existentes ante los tribunales nacionales⁶³⁸, señaló, en el último párrafo de su

⁶³⁴ Tribunal de Distrito del Distrito Oeste de Washington, *Estate of Domingo v. Republic of the Philippines*, 694 F.Supp. 782, sentencia de 29 de agosto de 1988, pág. 782 (citando al Tribunal de Distrito del Distrito Oeste de Washington, *Domingo v. Republic of Philippines*, 808 F.2d 1349, sentencia de 26 de enero de 1987, pág. 1351 (“ni el Departamento de Estado, ni el Gobierno de Filipinas han intercedido en favor de Marcos en la presente controversia respecto de su deposición”)).

⁶³⁵ *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, decisión sobre la inmunidad de jurisdicción.

⁶³⁶ *Ibid.*, párr. 20. Cabe observar que inicialmente el Gobierno de Liberia era cosolicitante junto con Taylor en la solicitud de anulación de la acusación. A raíz de una objeción del fiscal, que argumentó que el Gobierno de Liberia no era a parte en el procedimiento, el Gobierno de Liberia fue separado de la causa, y la Sala de Apelaciones concluyó a partir de ello que, “consiguientemente, no puede decirse que el Gobierno de Liberia esté alegando ante este Tribunal que el Sr. Taylor no está sujeto a procedimientos penales ante el Tribunal Especial.” *Ibid.*, párr. 56. A pesar de la conclusión de la Sala de Apelaciones sobre este punto, Liberia estaba alegando la inmunidad para Taylor ante otros tribunales: Antes de que Charles Taylor renunciara, Liberia inició un procedimiento paralelo ante la Corte Internacional de Justicia impugnando la orden de detención por razones de inmunidad. Véase Corte Internacional de Justicia, comunicado de prensa 2003/26: *Liberia presenta demanda ante la Corte Internacional de Justicia en una controversia con Sierra Leone en relación con una orden internacional de detención dictada por el Tribunal Especial para Sierra Leone contra el Presidente de Liberia* (5 de agosto de 2003). No se tomaron medidas en ese caso, porque Sierra Leona no había aceptado la jurisdicción de la Corte. *Ibid.*

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ *Ibid.*, párr. 53.

decisión, que “en el momento en que se consideró la petición preliminar el solicitante había dejado de ser Jefe de Estado. La inmunidad *ratione personae* que pretendía hacer valer había dejado de corresponderle. Aunque se hubiese hecho lugar a su petición, la consecuencia habría sido obligar al Fiscal a expedir una nueva orden de detención⁶³⁹.”

2. Determinación de la inmunidad

226. Los Estados utilizan diversos enfoques para decidir qué autoridades están facultadas para efectuar las determinaciones de inmunidad de los funcionarios de un Estado extranjero. Por un lado, en los países con sistemas jurídicos de inspiración románica esa determinación por lo general es efectuada por el poder judicial solo, sin aporte alguno del ministro de relaciones exteriores o el Poder Ejecutivo en general⁶⁴⁰. En contraste, en los países de *common law* es más probable que los tribunales asignen importancia a las determinaciones de inmunidad que haga el Poder Ejecutivo⁶⁴¹. Sin embargo, esta distinción no está siempre clara; por ejemplo, en el Reino Unido, O’Neil señala que “la Ley del Reino Unido sobre las inmunidades de los Estados equipara la inmunidad de los jefes de Estado con la inmunidad diplomática. Así pues, los tribunales británicos tienen directrices legislativas específicas que han de seguir en lo tocante a la inmunidad de los jefes de Estado. Si bien el gobierno puede tratar de influir en los procesos judiciales, en definitiva no es responsable en lo tocante a la adopción de decisiones sobre la inmunidad de los jefes de Estado”⁶⁴². Otros países miembros del Commonwealth, como el Canadá, Australia, Sudáfrica, el Pakistán y Singapur, han adoptado un enfoque análogo tomando como modelo a la Ley sobre las inmunidades de los Estados.⁶⁴³

227. Incluso dentro de un mismo Estado, el equilibrio de poderes entre el poder judicial y el Poder Ejecutivo en lo tocante a las decisiones sobre inmunidad puede ser tema de debate, como resulta claro en el caso de los Estados Unidos. Si bien históricamente los tribunales de los Estados Unidos han otorgado un peso significativo al Poder Ejecutivo en todas las decisiones sobre inmunidad —tanto respecto de la inmunidad de los Estados como de la inmunidad de los jefes de Estado— mediante las sumamente persuasivas “sugerencias de inmunidad” expedidas por el Departamento de Estado⁶⁴⁴, la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros otorga a los tribunales el poder de adoptar decisiones en materia de inmunidad soberana, un enfoque que tenía la finalidad de “despolitizar la cuestión de la inmunidad soberana colocando la responsabilidad por su resolución exclusivamente en manos de los tribunales”⁶⁴⁵. Los tribunales de los Estados Unidos están divididos acerca del punto de si la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros también facultó a los tribunales a efectuar determinaciones

⁶³⁹ *Ibid.*, párr. 59.

⁶⁴⁰ Verhoeven, “Rapport provisoire”, *op. cit.*, pág. 496.

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² O’Neil, *op. cit.*, pág. 312.

⁶⁴³ Verhoeven, “Rapport provisoire”, *op. cit.*, pág. 495.

⁶⁴⁴ O’Neil, *op. cit.*, págs. 312 y 313.

⁶⁴⁵ George Kahale, III y Matías A. Vega, “Immunity and Jurisdiction: Toward a Uniform Body of Law in Actions against Foreign States”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 18 (1979), págs. 219 y 220 (citando al Informe de la Cámara de Representantes No. 1487, 94° Congreso, 2° período de sesiones, 7, reimpresso en [1976] United States Code, Congressional and Administrative News 6604, 6605).

independientes acerca de la inmunidad de los Jefes de Estado: mientras que algunos tribunales han concluido que dicha Ley transfirió a los tribunales la competencia para decidir acerca de todas las pretensiones de inmunidad extranjera —incluso las presentadas en nombre de jefes de Estado— que incumbía al Departamento de Estado⁶⁴⁶, otros tribunales han concluido que la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros no se aplica a las pretensiones de inmunidad hechas valer por jefes de Estado y que sigue siendo válida la práctica de *common law* anterior a dicha Ley según la cual debían seguirse las sugerencias de inmunidad formuladas por el Departamento de Estado⁶⁴⁷. Los tribunales de este último grupo argumentan

⁶⁴⁶ Véase, por ejemplo, Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, *Chuidian v. Philippine National Bank*, op. cit., pág. 1101; Estados Unidos, Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito, *Byrd v. Corporación Forestal e Industrial de Olancho S.A.*, 182 F.3d 380, sentencia de 10 de agosto de 1999 (que concluyó que dos funcionarios de una corporación gubernamental de un estado que realizaba negocios con partes de los Estados Unidos reunían los requisitos para ser considerados como entidades estatales y que la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros les otorgaba inmunidad por sus actos oficiales); Tribunal de Distrito del Distrito Norte de California, *Doe v. Qi*, op. cit., pág. 1287 (que concluyó que “con arreglo a la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros tal como ha sido interpretada por *Chuidian* y en consonancia con la política del Congreso, un funcionario obtiene inmunidad soberana como agencia o dependencia del Estado sólo si actúa en virtud de un otorgamiento de autoridad válido y constitucional”).

⁶⁴⁷ Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito, *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Zemin*, 383 F.3d. 620, sentencia de 8 de septiembre de 2004, pág. 625 (“La Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros no... trata de la inmunidad de los jefes de Estado extranjeros. La Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros se refiere a los Estados extranjeros, no a sus líderes. La Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros define a un Estado extranjero de modo de incluir a una subdivisión política, un organismo o una dependencia de un Estado extranjero, pero no menciona a los jefes de Estado. Como la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros no se aplica a los jefes de Estado, sigue estando investido de la facultad de decisión acerca de la inmunidad de los jefes de Estado extranjeros quien lo estaba antes de 1976 – el Poder Ejecutivo.”); Tribunal de Distrito del Distrito Central de California, *Gerritsen v. de la Madrid*, No. CV-85-5020-POR, decisión judicial pendiente de publicación oficial de 5 de febrero de 1986, págs. 7 a 9 (aceptando la sugerencia de inmunidad del Departamento de Estado en nombre del Presidente de México, señalando que la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros “no se refiere a los representantes individuales de gobiernos extranjeros”); Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito, *Estados Unidos v. Noriega*, 117 F.3d 1206, sentencia de 7 de julio de 1997, pág. 1212; Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia, *Saltany v. Reagan*, 702 F.Supp. 319, sentencia de 23 de diciembre de 1988, pág. 320 (demanda contra la Primera Ministra británica Margaret Thatcher rechazada sobre la base de la sugerencia de inmunidad para una jefa de gobierno en funciones formulada por el gobierno), *confirmada parcialmente, revocada parcialmente*, Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia, 886 F.2d 438; Tribunal de Distrito del Distrito Este de Nueva York, *Lafontant v. Aristide*, op. cit., pág. 137; Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia, *First American Corp. v. Al-Nahyan*, 948 F.Supp. 1107, sentencia de 26 de noviembre de 1996, pág. 1119 (“La sanción de la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros no tuvo la finalidad de afectar el poder del Departamento de Estado... de afirmar la inmunidad para los jefes de Estado o para el personal diplomático y consular. Los Estados Unidos presentaron una sugerencia de inmunidad en nombre de S. A. el Jeque Zayed, y los tribunales de los Estados Unidos están obligados a aceptar tales determinaciones relativas a los jefes de Estado como concluyentes”); Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *Tachiona v. Mugabe*, op. cit., pág. 288 (“*Tachiona I*”) (“Al sancionar la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros, el Congreso no se propuso alterar la práctica tradicional del Departamento de Estado de presentar sugerencias de inmunidad en las que confería a los jefes de Estado reconocidos una protección absoluta contra el ejercicio de jurisdicción por los tribunales de este país”), *confirmada parcialmente, revocada*

que “el poder judicial no es el más apropiado para definir el alcance de la inmunidad de los jefes de Estado. ... El Poder Ejecutivo tiene naturalmente mayor experiencia y especialización en esta esfera. Además, la flexibilidad para reaccionar rápidamente ante los delicados problemas creados por los conflictos entre los distintos derechos de carácter privado y los intereses de la cortesía internacional se presta mejor a la resolución por el ejecutivo, más que a una decisión judicial⁶⁴⁸.” Un tribunal ha llegado incluso a extender esa deferencia ante el ejecutivo a causas relacionadas con normas de *jus cogens*⁶⁴⁹. Ese control del Poder Ejecutivo sobre las decisiones en materia de inmunidad de los funcionarios del Estado ha sido criticado por algunos comentaristas⁶⁵⁰.

228. Si bien en la abrumadora mayoría de los casos los tribunales de los Estados Unidos hacen lugar a las “sugerencias de inmunidad” cuando el Poder Ejecutivo las formula⁶⁵¹, debería señalarse que en ausencia de una sugerencia de inmunidad dichos tribunales aún pueden determinar que un funcionario de un Estado extranjero goza de inmunidad. A este respecto, Tunks señala que “se puede discernir que los tribunales de los Estados Unidos reconocerán la inmunidad de los jefes de Estado extranjeros por actos privados no oficiales, incluso cuando el Poder Ejecutivo no sugiera la inmunidad, cuando se hayan reunido tres condiciones: a) la persona que pretende la inmunidad es un Jefe de Estado en funciones; b) los Estados Unidos reconocen a la persona como el Jefe de Estado legítimo, y c) el Estado extranjero no

parcialmente, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, 386 F.3d 205 (sin volver a considerar la conclusión relativa a la inmunidad de los jefes de Estado). Un comentarista, reconociendo que hay una división entre los circuitos que aceptan las sugerencias de inmunidad del Poder Ejecutivo y los que consideran que la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros comprende la inmunidad de los funcionarios del Estado, propone como avenimiento un marco legislativo “que otorgue al Presidente la potestad discrecional [de adoptar las decisiones sobre la inmunidad de los jefes de Estado] en una gama de circunstancias definidas por ley.” Bass, op. cit., pág. 312.

⁶⁴⁸ Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *In Re Doe*, op. cit., pág. 45.

⁶⁴⁹ Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito, *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Zemin*, op. cit., pág. 627 (“La determinación hecha por el Poder Ejecutivo de que un líder extranjero debe tener inmunidad frente al proceso [se aplica] incluso cuando el líder es acusado de actos que violan normas de *jus cogens*”).

⁶⁵⁰ En particular, Mallory argumenta, en primer lugar, que se corre el riesgo de que las determinaciones de inmunidad hechas por el Departamento de Estado sean arbitrarias, pues carece de un criterio claro para adoptarlas; Mallory, op. cit., págs. 183 y 184. En segundo lugar, el Departamento de Estado carece del mecanismo jurisdiccional necesario para adoptar determinaciones de inmunidad congruentes y justas, pues carece de un mecanismo para llevar a cabo audiencias jurisdiccionales, y no puede obligar a prestar testimonio, conseguir testigos ni otorgar apelaciones; *ibíd.*, págs. 184 a 186. En tercer lugar, Mallory argumenta que el Departamento de Estado es susceptible de recibir indebidas presiones políticas extranjeras cuando adopta determinaciones sobre la inmunidad, porque “se enfrenta a la desagradable opción” de ofender a un Estado extranjero negándose a sugerir la inmunidad o adoptar una determinación de inmunidad que puede parecer injustificada en el fondo a fin de mantener buenas relaciones diplomáticas; *ibíd.*, págs. 183 a 187.

⁶⁵¹ En contraste, en algunos casos el Gobierno de los Estados Unidos emite una “declaración de interés” no vinculante, más parecida a un escrito *amicus curiae* que a una “sugerencia de inmunidad” vinculante. Véase Estados Unidos, *Tachiona I*, pág. 283, nota de pie de página 91. Cuando se trata de una declaración de interés y no de una sugerencia de inmunidad, algunas veces los tribunales de los Estados Unidos se han negado a aceptarla. Véase, por ejemplo, Estados Unidos, *Chuidian v. Philippine National Bank*, pág. 1101; Estados Unidos, *Tachiona I*, pág. 284, nota de pie de página 106.

ha renunciado a la inmunidad”⁶⁵². En otras palabras, existe cierta asimetría en la práctica de los Estados Unidos en relación con la deferencia a las determinaciones del Poder Ejecutivo acerca de la inmunidad: si bien los tribunales de los Estados Unidos casi nunca niegan la inmunidad en presencia de una sugerencia de inmunidad formulada por el Poder Ejecutivo⁶⁵³, “cuando carezca de orientación proveniente del Poder Ejecutivo,... un tribunal debe decidir por sí mismo si un jefe de Estado tiene o no tiene derecho a inmunidad”⁶⁵⁴.

229. La cuestión de la competencia para efectuar determinaciones de inmunidad también ha surgido en el contexto de la inmunidad de un agente de las Naciones Unidas. En la opinión consultiva sobre la *Diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, la Corte Internacional de Justicia concluyó que:

“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. 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 sólo puede destruirse por razones muy graves y que, por lo tanto, debe tener el máximo peso en los tribunales internos”⁶⁵⁵.

La Corte concluyó que, como el Gobierno de Malasia no había transmitido la opinión del Secretario General a los tribunales competentes, Malasia no había cumplido las obligaciones que le imponían el Artículo 105 de la Carta y la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas⁶⁵⁶. Así pues, en el contexto específico de la inmunidad de un agente de las Naciones Unidas, la Corte concluyó que la determinación del Secretario General acerca de si un agente tiene derecho a la inmunidad debe tener el máximo peso en los tribunales internos.

⁶⁵² Tunks, op. cit., pág. 669.

⁶⁵³ Corte Suprema, *Republic of Mexico v. Hoffman*, 324 U.S. 30, sentencia de 5 de febrero de 1945, pág. 35 (“Los tribunales no deberían actuar de manera de poner al Poder Ejecutivo en situación embarazosa en su conducción de las relaciones exteriores. ... Por consiguiente, no incumbe a los tribunales denegar una inmunidad que nuestro gobierno ha considerado adecuado otorgar”); *Tachiona I*, pág. 271 y pág. 282 nota de pie de página 91 (en términos de los que se infiere que ningún tribunal de los Estados Unidos había hecho jamás caso omiso de una sugerencia de inmunidad). Pero compárese Tribunal de Distrito del Distrito Norte de California, *Republic of Philippines v. Marcos*, op. cit., págs. 797 y 798 (rechazando una sugerencia de inmunidad presentada por el Departamento de Estado en nombre del Procurador General de Filipinas).

⁶⁵⁴ *In Re Doe*, op. cit., pág. 45.

⁶⁵⁵ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, op. cit., párrs. 60 y 61.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, párr. 62.

3. Efectos jurídicos de la operación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera

a) *Distinción entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución*

230. La inmunidad de un funcionario del Estado de la jurisdicción de los tribunales de un Estado extranjero debe distinguirse de la inmunidad de medidas de ejecución, comprendiendo tanto a las medidas de ejecución anteriores al fallo, tales como el embargo previo al fallo o a la detención, como a las medidas posteriores a la sentencia, como la incautación de los bienes de dicho funcionario. Si bien el tema de la CDI se refiere principalmente a la primera, es decir, la inmunidad respecto de la jurisdicción misma, en el esbozo preliminar del tema se planteó la posibilidad de que la CDI considerara la cuestión conexa de la inmunidad de medidas coercitivas o de ejecución⁶⁵⁷. Esta distinción ha sido claramente identificada con respecto a otras formas de inmunidad. Por ejemplo, en el contexto de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados, en el comentario al proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de la CDI se expresa que “teóricamente, hay que separar la inmunidad respecto de las medidas coercitivas de la inmunidad de jurisdicción del Estado, en cuanto que esta última se refiere exclusivamente a la inmunidad respecto de la solución de litigios por vía judicial”⁶⁵⁸, señalando que había un importante apoyo en la práctica para esa distinción entre la inmunidad de ejecución y la inmunidad de jurisdicción⁶⁵⁹.

231. Comentando la inmunidad de ejecución de los Estados, Jennings y Watts ponen de relieve que es distinta de la inmunidad de jurisdicción, diciendo que “aún en los casos en que un Estado extranjero esté correctamente sujeto a la jurisdicción de los tribunales locales, por regla general una sentencia contra el Estado no se puede ejecutar contra sus bienes”⁶⁶⁰. Análogamente, Brownlie señala (también en el contexto de la inmunidad de los Estados) que:

“La cuestión de la inmunidad de jurisdicción (inmunidad procesal) es distinta de la cuestión de la inmunidad de medidas coercitivas como consecuencia del ejercicio de la jurisdicción. Tales medidas comprenden a todas las medidas coercitivas dirigidas contra los bienes del Estado extranjero (incluidos los fondos en cuentas bancarias) ya sea para ejecutar una sentencia (*exécution*

⁶⁵⁷ Roman A. Kolodkin, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, en *Documentos oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones* (A/61/10), anexo A, pág. 479.

⁶⁵⁸ Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, con comentarios, 1991, *Anuario... 1991*, vol. II (Segunda parte), pág. 56.

⁶⁵⁹ *Ibid.* (citando la jurisprudencia mencionada en el séptimo informe del Relator Especial Sompong Sucharitkul, *Anuario, 1985*, vol. II (Primera parte), pág. 21, documento A/CN.4/388, párrs. 73 a 77; segundo informe de Motoo Ogiso, *Anuario... 1989*, vol. II (Primera parte), pág. 59, documento A/CN.4/422 y Add.I, párrs. 42 a 44).

⁶⁶⁰ Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 350 y 351 (señalando que “Así, el Convenio Europeo de 1972 sobre la Inmunidad de los Estados, con arreglo a las disposiciones facultativas del Convenio, permite la ejecución contra bienes de un Estado para hacer cumplir una sentencia definitiva dictada en un procedimiento iniciado contra el Estado en circunstancias en las cuales el Convenio no dispone que haya inmunidad de jurisdicción, en la medida en que el procedimiento se refiera a una actividad industrial o comercial a la que el Estado se dedique de la misma manera que un particular, y los bienes de que se trate sean utilizados exclusivamente en conexión con dicha actividad.”).

forcée [ejecución forzada]) o a los efectos de un embargo anterior a la sentencia (*saisie conservatoire* [embargo preventivo]). La distinción entre la “inmunidad de jurisdicción” y la “inmunidad de ejecución” refleja las particulares sensibilidades de los Estados frente a las medidas de ejecución forzada dirigidas contra sus bienes, y las medidas de ejecución pueden dar lugar a serias controversias a nivel diplomático. Al mismo tiempo, hay fuertes consideraciones de principio que militan en favor de la opinión de que, si el sistema jurídico nacional tiene competencia a los efectos de ejercer jurisdicción y dictar sentencia, también debería ser posible ejercer la jurisdicción de ejecución con respecto a dicha sentencia⁶⁶¹.”

232. Además, Kahale y Vega señalan, con respecto a la práctica de los Estados Unidos, que “un rasgo llamativo del derecho relativo a la inmunidad soberana anterior a la [Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros] era la marcada distinción que existía entre las normas sobre inmunidad de proceso y las normas sobre inmunidad de ejecución”⁶⁶². Un análisis de la inmunidad diplomática produce resultados análogos. Por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas dispone que, salvo en determinadas excepciones, “el agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución”.⁶⁶³ En su comentario sobre esta disposición, Denza dice que la inmunidad de ejecución del agente diplomático ha estado “establecida desde hace mucho tiempo en el derecho internacional consuetudinario” y que “deriva de la inviolabilidad de la persona, la residencia y los bienes del diplomático, así como de su inmunidad de jurisdicción civil”⁶⁶⁴.

233. Esta misma distinción entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución también parece existir con respecto a los funcionarios del Estado. Por ejemplo, la resolución de 2001 del Instituto de Derecho Internacional contiene disposiciones separadas sobre una y otra con respecto a los jefes de Estado en

⁶⁶¹ Brownlie, op. cit., pág. 338.

⁶⁶² George Kahale y Matías A. Vega, “Immunity and Jurisdiction: Toward a Uniform Body of Law in Actions against Foreign States”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 18 (1979-1980), pág. 217.

⁶⁶³ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, artículo 31. Se prevén excepciones a esa regla en los siguientes casos:

“a) Una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea en nombre del Estado acreditante para los fines de la misión;

b) Una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario;

c) Una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.” *Ibid.*, párrafo 1 del artículo 31.

⁶⁶⁴ Denza, op. cit., pág. 263 (señalando que “en la medida en que alguna vez fue tratada en la práctica o en la doctrina como una cuestión separada de la inmunidad de jurisdicción civil, ello ocurrió por lo común en el contexto de la regla (ahora enunciada en el artículo 32.4) de que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no implica la renuncia a la inmunidad de ejecución.” Véase también *ibid.*, pág. 284 (planteando la duda de si puede requerirse una renuncia separada en los procedimientos penales).

funciones⁶⁶⁵, los ex jefes de Estado⁶⁶⁶ y los jefes de gobierno⁶⁶⁷. Además, en *In re Grand Jury Proceedings*, el tribunal distinguió la inmunidad de jurisdicción de la inmunidad de notificación del acto de incoación de un proceso⁶⁶⁸. Comentando la causa Ghaddafi, decidida por el Tribunal de Casación de Francia, Zappalà hizo una distinción análoga entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución, señalando que la inmunidad *ratione personae* de Ghaddafi, como Jefe de Estado *de facto* “podría haber permitido que los tribunales franceses asumieran jurisdicción, por un lado, respecto de los procesos civiles iniciados por las familias de las víctimas y, por otro lado, respecto de un proceso penal en rebeldía (permitido en el derecho francés). De todos modos, toda medida de ejecución, y sobre todo la detención del Coronel Ghaddafi, siempre habría estado vedada en caso de visitas oficiales”⁶⁶⁹.

234. En el contexto de los funcionarios del Estado enfrentados a un proceso penal, la separación de la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución plantea cuestiones específicas, pues una persona podría ser objeto de “medidas coercitivas anteriores al fallo” de tipo peculiar (como el arresto o la detención preventiva) antes de que se haya llegado a considerar la inmunidad de jurisdicción. Por esta razón, tal vez valga la pena explorar una división de la inmunidad de ejecución en medidas coercitivas anteriores al fallo y posteriores al fallo, como la que se adoptó en el caso de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados⁶⁷⁰. Esto podría tener el efecto de crear tres inmunidades procesalmente separadas: la inmunidad de medidas coercitivas anteriores al fallo, la inmunidad de jurisdicción (independientemente de si la persona gozaba de inmunidad de medidas coercitivas anteriores al fallo o no) y la inmunidad de medidas coercitivas posteriores al fallo (en caso de que se haya denegado la inmunidad de jurisdicción y se haya dictado sentencia).

⁶⁶⁵ Compárese el artículo 2 de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional (relativo a la inmunidad de jurisdicción) con el párrafo 1 del artículo 4 de la misma Resolución (relativo a la inmunidad de ejecución).

⁶⁶⁶ Compárese *ibíd.*, el párrafo 2 del artículo 13 (relativo a la inmunidad de jurisdicción) con el párrafo 3 del mismo artículo (relativo a la inmunidad de ejecución).

⁶⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 1 del artículo 15 (“El jefe de gobierno de un Estado extranjero goza de la misma... inmunidad de jurisdicción reconocida, en la presente Resolución, al Jefe de Estado. Esta disposición es sin perjuicio de la inmunidad de ejecución que pueda corresponderle al jefe de gobierno.”).

⁶⁶⁸ *In Re Grand Jury Proceedings, op. cit.*, pág. 602 (“La cuestión en la presente causa, empero, no es si los Marcos pueden ser civilmente responsables, sino si tienen una inmunidad total de proceso.”).

⁶⁶⁹ Zappalà, *op. cit.*, pág. 612.

⁶⁷⁰ Compárese el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas de 2004 sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (medidas coercitivas anteriores al fallo) con el artículo 19 de la misma Convención (medidas coercitivas posteriores al fallo). De hecho, en el informe del Presidente del Grupo de Trabajo se señaló que, a juicio de algunas delegaciones, esa distinción se fundaba en que la inmunidad de los Estados debería ser más amplia con respecto a las medidas coercitivas anteriores al fallo [sic] que con respecto a las medidas tomadas a fin de ejecutar una sentencia [sic]”. Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, Informe del Presidente del Grupo de Trabajo, Sexta Comisión, Quincuagésimo cuarto período de sesiones, documento A/C.6/54/L.12, párr. 35 (12 de noviembre de 1999). En cambio, otras delegaciones no apoyaron la distinción entre medidas coercitivas anteriores al fallo y posteriores al fallo, y la cuestión dio lugar a un amplio debate en el Grupo de Trabajo. Véase Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, Informe del Presidente del Grupo de Trabajo, Sexta Comisión, quincuagésimo quinto período de sesiones, documento A/C.6/55/L.12, párrs. 53 a 83.

235. La inmunidad de ejecución también debe distinguirse de la noción de inviolabilidad del funcionario del Estado. En la labor del Instituto de Derecho Internacional, la expresión “inmunidad de ejecución” se utilizó en relación con los bienes de un jefe de Estado o de gobierno⁶⁷¹, mientras que la expresión “inviolabilidad” se utilizó con respecto a la persona⁶⁷². Sin embargo, los dos conceptos están estrechamente relacionados, pues el embargo o la ejecución también podrían hacer correr el riesgo de infringir la inmunidad del funcionario del Estado. Esta relación recíproca fue reconocida en el párrafo 2 del proyecto de artículo 25 propuesto por el Relator Especial Sompong Sucharitkul en el contexto de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, que disponía lo siguiente: “No puede adoptarse medida alguna de embargo o ejecución con respecto a los bienes de un soberano o jefe de Estado si no es posible adoptarla sin infringir la inviolabilidad de su persona o de su residencia⁶⁷³”. En la causa de la *Orden de detención*, la magistrada ad hoc Van den Wyngaert observó en su opinión disidente que si bien la Corte en la parte dispositiva de su sentencia concluye que Bélgica no respetó la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de los ministros de relaciones exteriores en funciones, “la sentencia no explica qué se entiende por la palabra “inviolabilidad”, y simplemente la yuxtapone a la palabra “inmunidad”⁶⁷⁴. La magistrada trata de distinguir entre una y otra, señalando que, en el caso de la inmunidad diplomática, “la formulación de un cargo o la expedición de una citación probablemente serían contrarios a la *inmunidad* del diplomático, mientras que su ejecución probablemente infringiría la *inviolabilidad* del agente”⁶⁷⁵. En su reciente sentencia en la causa *Djibouti c. Francia*, la Corte Internacional de Justicia mencionó al artículo 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas,

⁶⁷¹ Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en 2001, el artículo 4 (“Los bienes de propiedad personal de un Jefe de Estado que estén ubicados en el territorio de un Estado extranjero no podrán ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo para hacer efectiva una sentencia definitiva, dictada contra dicho Jefe de Estado.”).

⁶⁷² *Ibid.*, artículo 1 (“Cuando se encuentre en el territorio de un Estado extranjero, la persona del Jefe de Estado es inviolable.”).

⁶⁷³ Párrafo 2 del proyecto de artículo 25 propuesto por el Relator Especial Sompong Sucharitkul en su Séptimo informe, op. cit., pág. 45. Como se expresó *supra*, Primera parte, el proyecto de artículo 25 no se mantuvo en la versión definitiva de los artículos. Sinclair propuso originalmente sustituirla por una cláusula de salvaguardia que, si bien no empleaba expresamente la palabra “inviolabilidad”, hacía una referencia directa a medidas de limitación contra bienes privados: “El presente proyecto de artículos no menoscabará el alcance de la inmunidad, ya sea la inmunidad de jurisdicción ya sea la inmunidad frente a las medidas de limitación contra sus bienes privados, de que goza el soberano o jefe de Estado según el derecho internacional respecto de los actos realizados a título personal.” Acta resumida de la 1944^a sesión, op. cit., Sinclair, párr. 26. La versión aprobada en primera lectura omitía esa referencia, y disponía, en términos más generales, que “los presentes artículos se entenderán... sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce a los jefes de Estado *ratione personae*”. El párrafo 2 del proyecto de artículo 4 fue aprobado en primera lectura, *Anuario... 1986*, vol. II (Segunda parte), pág. 9. El texto del párrafo 2 se mantuvo en la versión definitiva del proyecto de artículo – que pasó a ser el proyecto de artículo 3 al ser aprobado por la CDI en 1991. *Anuario... 1991*, vol. II (Segunda parte), pág. 21.

⁶⁷⁴ Opinión disidente de la magistrada ad hoc Van den Wyngaert, párr. 75 (citando a *Arrest Warrant*, sentencia, párr. 78 2)).

⁶⁷⁵ *Ibid.* (citando a J. Brown, “Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37 (1988), pág. 53.) Compárese Cosnard, op. cit. (1999), pág. 312 (considerando que la inviolabilidad de los ex jefes de Estado sólo existe en la medida en que sus inmunidades jurisdiccionales no impidan que se les someta a enjuiciamiento penal).

atinente a la inviolabilidad, en relación con la pretensión de Djibouti de que “la comunicación a la Agencia France Presse, violando de la confidencialidad de la investigación, de información referente a las citaciones como testigo dirigidas a su Jefe de Estado, debe considerarse un atentado al honor o a la dignidad de éste”⁶⁷⁶.

236. Parece que la inmunidad de ejecución se considera en algunos casos una forma más expansiva de inmunidad que la inmunidad de jurisdicción. Rousseau destaca, en el contexto de la inmunidad de los Estados, que, según la práctica y la doctrina dominantes, la inmunidad de ejecución es más amplia que la inmunidad de jurisdicción, porque el daño potencial a la soberanía del Estado extranjero es mayor⁶⁷⁷. Kahale y Vega observan (también en el contexto de la inmunidad de los Estados) que incluso después de haberse adoptado la teoría restrictiva de la inmunidad de los Estados con respecto a la inmunidad de proceso, la teoría de la inmunidad absoluta prevalecía en el contexto de la inmunidad de ejecución, y así “un litigante privado podría haber tenido éxito frente a una defensa de inmunidad de proceso en una acción puramente comercial contra un Estado extranjero, sólo para verse frustrado en sus esfuerzos por hacer efectiva la sentencia resultante”⁶⁷⁸. En el comentario al Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes se llama a la inmunidad de ejecución “el último baluarte de la inmunidad del Estado” y se expresa que “si se admite que ningún Estado

⁶⁷⁶ *Djibouti v. France*, párr. 174; y asimismo párr. 175:

“[...] La Corte observa que, si Djibouti hubiese probado que esa información confidencial había sido comunicada a los medios de comunicación por instancias judiciales francesas, ello habría podido constituir, en las circunstancias de la visita oficial del Jefe de Estado de Djibouti a Francia, no sólo una violación del derecho francés, sino también una violación por Francia de sus obligaciones internacionales. Sin embargo, la Corte debe reconocer que no dispone de ninguna prueba convincente que establezca que las instancias judiciales francesas están en el origen de la difusión de la información confidencial en cuestión.”

Compárese con la opinión separada del magistrado ad hoc Yusuf (especialmente párrs. 54 y 55), que considera que la aparición de las citaciones en los medios de comunicación, así como su emisión en un momento en que el Presidente de Djibouti estaba presente en Francia para asistir a una conferencia internacional, constituyó una violación de su dignidad y su honor. Para una conclusión análoga, véase la opinión separada del magistrado Koroma, párr. 13. En contraste, el magistrado Skotnikov observó, en su opinión separada, que los términos del artículo 29 de la Convención de Viena se refieren a la inviolabilidad de la persona y no brindan “protección frente a informes negativos de los medios de comunicación” (párr. 20).

⁶⁷⁷ Rousseau, op. cit., pág. 16 (“Según la doctrina y la práctica dominantes, el ámbito de la inmunidad de ejecución es más amplio que el de la inmunidad de jurisdicción en razón de la gravedad de la afectación de la soberanía del Estado extranjero, pues la utilización de medidas coercitivas contra un Estado es de todas maneras incompatible con su independencia”). Véase también Shaw, op. cit. (2003), pág. 659 (“La renuncia expresa a la inmunidad de jurisdicción... no significa por sí misma la renuncia a la inmunidad de ejecución.”).

⁶⁷⁸ Kahale y Vega, op. cit., pág. 217. Véase también *ibid.*, págs. 221 y 222 y nota de pie de página 53 (señalando que en los Estados Unidos la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros “modificó las normas relativas a la inmunidad de ejecución para alinearlas más estrechamente con las normas relativas a la inmunidad de proceso con arreglo a la teoría restrictiva”, pero que “continúa no estando permitida la ejecución en todos los casos en que un Estado extranjero puede estar sujeto a un proceso.” Ponen el ejemplo de una parte que celebra un contrato para pintar una embajada, que podrá iniciar un juicio contra el gobierno extranjero por violación de contrato con arreglo a la excepción de actividad comercial contenida en el § 1605 a) 2) de la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros, pero que, de no mediar una renuncia, no podrá cobrar lo que le haya otorgado la sentencia, porque el § 1610 a) 2) de la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros limita la ejecución a los bienes utilizados para la actividad comercial en la que se basa la demanda).

soberano puede ejercer su autoridad soberana sobre otro Estado igualmente soberano (*par in parem imperium non habet*), cabe afirmar *a fortiori* que no es posible ejercer ninguna medida coercitiva en forma de ejecución o coacción en virtud de la autoridad de un Estado contra otro Estado y sus bienes”⁶⁷⁹. Esta misma tendencia básica hacia un carácter más expansivo de la inmunidad de ejecución también se comprueba con respecto a la inmunidad de los funcionarios del Estado. Por ejemplo, en la causa de la *Orden de detención*, la Corte Internacional de Justicia señaló que, si bien en la orden en cuestión se decía que “el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores que ocupa actualmente el acusado no entraña la inmunidad de jurisdicción y ejecución”, contenía la excepción de otorgar inmunidad de ejecución a “todo los representantes del Estado acogidos como tales en el territorio de Bélgica (en “visitas oficiales”)⁶⁸⁰.

b) *Inmunidad de los funcionarios del Estado no acusados personalmente de un acto delictivo*

237. Es preciso considerar si los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad sólo cuando son acusados de un acto delictivo, o también en otras circunstancias, como cuando son citados como testigos en un procedimiento penal. Si bien la práctica es bastante limitada, la tendencia general parece ser a extender la inmunidad respecto de los actos de ejercicio de poder por parte de un sistema de justicia penal extranjero también a los funcionarios del Estado que no estén personalmente acusados en forma directa de un acto delictivo. En la causa del *Fiscal c. Blaskic*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia consideró si podía dirigir una *subpoena duces tecum* [citación bajo apercibimiento para presentar elementos de prueba] al Ministro de Defensa de la República de Croacia ordenándole que presentara determinados documentos pertinentes para la causa contra el acusado. La Sala de Apelaciones concluyó unánimemente que no podía dirigir “órdenes vinculantes” a los funcionarios del Estado actuando en su carácter oficial⁶⁸¹, y específicamente señaló en su fundamentación que la inmunidad funcional del funcionario del Estado impediría que la sala expidiera una *subpoena duces tecum* en la que se ordenase la presentación de documentos⁶⁸². Si bien la causa se refiere a la inmunidad ante un tribunal internacional, y no ante un tribunal penal nacional, la Sala de Apelaciones señaló que los actos de ejercicio de autoridad judicial del Tribunal están sujetos a normas análogas a las que se aplican a un tribunal nacional⁶⁸³.

⁶⁷⁹ *Anuario... 1991*, vol. II (Segunda parte), pág. 56, párr. 2) del comentario al artículo 18.

⁶⁸⁰ *Arrest Warrant*, párr. 68.

⁶⁸¹ *Prosecutor v. Blaškić*, decisión sobre la citación bajo apercibimiento [*subpoena*], parte dispositiva, párr. 2.

⁶⁸² *Ibid.*, párr. 38. El Tribunal concluye que, si un magistrado o una Sala se propone ordenar la producción de documentos, la incautación de pruebas, la detención de sospechosos, y se trata de actos que entrañan una acción por parte de un Estado, sus órganos o sus funcionarios, deberán dirigirse al Estado de que se trate.” *Ibid.*, párr. 43.

⁶⁸³ *Ibid.*, párr. 54 (argumentando que en un paradigma “horizontal” de Estados iguales y soberanos, “cualquier manifestación de actividad investigativa o judicial (la toma de pruebas, la incautación de documentos, el interrogatorio de testigos, etc.) pedida por uno de los Estados contratantes debe ser ejercida exclusivamente por las autoridades pertinentes del Estado requerido” y que “este mismo enfoque ha sido adoptado por dichos Estados frente al Tribunal Internacional, a pesar de la posición de primacía que corresponde al Tribunal Internacional con arreglo al Estatuto y su condición “vertical””).

238. Análogamente, en una causa civil ante el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal) de Alemania en que se impugnaba el rechazo por parte del gobierno de una solicitud de asilo presentada por un tamil de Sri Lanka⁶⁸⁴, el solicitante de asilo pidió que se le permitiera formular repreguntas al Ministro de Defensa de la India para sustanciar su afirmación de que tropas de la India habían llevado a cabo matanzas indiscriminadas de tamiles en Sri Lanka. El Bundesverwaltungsgericht denegó esa petición, concluyendo que la inmunidad ilimitada de que gozan los Estados soberanos se extiende a los funcionarios que actúan por dichos Estados y específicamente impide que se expidan órdenes de comparecencia que les impongan declarar como testigos en relación con los actos de dichos soberanos, a falta de disposiciones especiales contenidas en un tratado. Pese a que el Ministro de Defensa mismo no estaba acusado de un acto delictivo, el tribunal concluyó que su testimonio se refería a la misión de las tropas de la India desplegadas en Sri Lanka, a sus motivos y a sus actos oficiales, y por lo tanto se refería sin duda alguna a actos soberanos. Así pues, concluyó que el Ministro no tenía la obligación jurídica de testificar, ni estaba obligado a hacerlo por una norma de cortesía internacional⁶⁸⁵.

239. Este principio también está apoyado por la referencia al derecho diplomático. En particular, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas dispone que “un agente diplomático no está obligado a testificar”⁶⁸⁶. Análogamente, la Convención sobre las Misiones Especiales de 1969 dispone que “los representantes del Estado que envía en la misión especial y los miembros del personal diplomático no están obligados a testificar”⁶⁸⁷.

240. Más recientemente, la aplicación de la inmunidad a los funcionarios del Estado no acusados personalmente de actos delictivos ha sido examinada con cierto detenimiento en los alegatos escritos y orales de la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*⁶⁸⁸, aunque la Corte todavía no ha dictado sentencia al tiempo del presente estudio. En particular, la cuestión de importancia para el presente examen se refiere a la expedición por las autoridades judiciales francesas de dos citaciones como testigo (*convocation à témoin*) dirigidas al presidente de la República de Djibouti solicitando su testimonio en relación con una denuncia penal por corrupción de testigos contra X en la “Causa contra X por el homicidio de Bernard Borrel”. Djibouti argumentó que el presidente de Djibouti tiene inmunidad respecto del testimonio, porque la inmunidad del jefe de Estado se aplica no sólo al resultado de un litigio, sino también a otros tipos de actos

⁶⁸⁴ *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Administrativo Federal), sentencia de 30 de septiembre de 1988, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1989, págs. 261 y ss., resumido en Consejo de Europa, Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI), base de datos sobre la práctica de los Estados en relación con las inmunidades de los Estados, disponible en línea en: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/ (visitado por última vez el 3 de marzo de 2008).

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ Párrafo 2 del artículo 31.

⁶⁸⁷ Párrafo 3 del artículo 31.

⁶⁸⁸ Memoria de la República de Djibouti, 15 de marzo de 2007, párrs. 133 a 138; Contramemoria de la República Francesa, 13 de julio de 2007, párrs. 4.6 a 4.27; Djibouti, CR 2008/1 (21 de enero de 2008) (van den Biesen), págs. 36 y 37, 50 y 51; Francia, CR 2008/5 (25 de enero de 2008) (Pellet), págs. 25 a 40; Djibouti, CR 2008/6 (28 de enero de 2008), (van den Biesen), págs. 18 a 26; Francia, CR 2008/7 (29 de enero de 2008) (Pellet), págs. 40 a 45.

realizados por un magistrado, entre ellos, el intento de obligar a dichas personas a testificar⁶⁸⁹. Refiriéndose a la causa de la *Orden de detención*, en la cual la Corte concluyó que la “sola expedi[ción de una orden de detención] violaba la inmunidad” del funcionario del Estado en cuestión⁶⁹⁰, Djibouti argumentó que, si bien una citación como testigo no es un acto de coacción en el mismo nivel que una orden de detención, es indiscutiblemente un acto de coacción respecto de la persona citada, y por lo tanto un acto al cual se aplica la inmunidad⁶⁹¹. Francia parece aceptar que la inmunidad del jefe de Estado se aplicaría a una citación como testigo de carácter vinculante, pero en cambio argumentó que la citación como testigo en cuestión era una invitación no vinculante a prestar testimonio, que, entonces, podía ser desatendida sin consecuencias⁶⁹². A este respecto, Francia argumentó que dicha inmunidad sólo se aplica para los actos que puedan desembocar en la detención de la persona o que, más generalmente, limiten su libertad para cumplir sus funciones en el plano internacional (y en consecuencia afectar la conducción de las relaciones internacionales de su Estado)⁶⁹³. Francia concluyó que:

- “no ha habido infracción alguna de las inmunidades del Presidente de la República de Djibouti, ni de su dignidad, por supuesto, por una invitación a testificar que él era enteramente libre de aceptar o rechazar;

⁶⁸⁹ Memoria de la República de Djibouti, op. cit., párr. 134 (“Esta noción no abarca sólo a las decisiones dictadas sobre el fondo de un litigio, sino igualmente a otros tipos de actos adoptados por un magistrado, entre ellos, los actos por los cuales intentara obligar a las personas de que se trata a prestar testimonio.”).

⁶⁹⁰ *Arrest Warrant*, párr. 70.

⁶⁹¹ Memoria de la República de Djibouti, op. cit., párr. 135 (“Cabe recordar a este título que la Corte, en el asunto de la *Orden de detención*, examinó en qué forma la emisión y la difusión de una orden de detención internacional atenta contra las reglas sobre la inmunidad en relación con la naturaleza y el alcance de dicho acto. La Corte constató a este respecto que la sola emisión de tal orden “constituye un acto de la autoridad judicial belga que tiene vocación para permitir la detención”. Ahora bien, no cabe duda de que una citación para prestar testimonio no es en sí un acto coercitivo comparable a una orden de detención, pero sin embargo tiene indiscutiblemente un componente de coerción, por el solo hecho de la intimación a comparecer que se dirige a la persona convocada: entonces, tal intimación también contradice a la inmunidad de jurisdicción.”).

⁶⁹² Contramemoria de la República Francesa, op. cit., párrs. 4.6 a 4.12, especialmente párr. 4.11 (“Una citación para prestar testimonio dirigida, por vía diplomática, a un representante de una potencia extranjera – como evidentemente lo es por excelencia un jefe de Estado extranjero – es una simple invitación que no impone obligación alguna a aquél que es objeto de ella”); Francia, CR 2008/5 (25 de enero de 2008) (Pellet), págs. 28 a 31, 33 a 35, especialmente pág. 28, párr. 15 (“El derecho internacional... ciertamente no impide que las personas internacionalmente protegidas sean invitadas a prestar testimonio en conexión con una investigación penal”); pág. 30, párr. 21 (“El juez de instrucción no tenía la intención de someter a esas figuras de alto rango de Djibouti a ninguna forma de amenaza de compulsión”); pág. 31, párr. 23 (“Para utilizar una analogía que es, quizás, más familiar a los abogados dentro del sistema del *common law*, un testigo “ordinario” ... debe prestar testimonio *sub poena*, mientras que el Embajador y el Presidente son invitados a hacerlo por su propia y libre voluntad y sin amenazas.”); pág. 33, párr. 26 (“la magistrada Clément invitó al Presidente de la República de Djibouti a prestar testimonio como testigo ordinario y no como *témoin assisté* [testigo con asistencia letrada]; eso quiere decir que ella no consideró que hubiera ningún cargo imputable a él, y, en realidad, que no se trataba de una citación como testigo ordinario sino de una invitación a prestar testimonio que no entrañaba amenaza alguna de compulsión.”); pág. 35, párr. 31 (“Es difícil concebir cómo una simple invitación a prestar testimonio, que no estaba acompañada por ninguna amenaza de ejecución, podría, en algún modo, constituir un atentado contra la dignidad de un Jefe de Estado.”).

⁶⁹³ Contramemoria de la República Francesa, op. cit., párr. 4.9.

- dicha invitación, que no estaba acompañada por ninguna compulsión o amenaza de compulsión está en un todo de acuerdo con las costumbres diplomáticas y los principios de derecho internacional aplicables a los jefes de los Estados extranjeros;
- la negativa, que no tenía que justificarse y no se justificó, del Presidente Guelleh a prestar testimonio escrito ha cerrado el episodio y cualquier decisión que adopte la Corte aquí sobre este punto carecería en todo caso de objeto^{694c}.

241. A los efectos del presente estudio, es notable que el debate abierto entre las dos partes se refería a si las citaciones como testigo eran de una variedad vinculante o no vinculante con arreglo al derecho francés⁶⁹⁵. Ambas partes parecían convenir en que, con arreglo al derecho internacional, la inmunidad de los jefes de Estado se aplica a una citación vinculante como testigo (incluso cuando se dirige a un Jefe de Estado que no está directamente acusado de un acto delictivo) porque actúa como una coacción externa contra sus acciones, mientras que es irrelevante respecto de una citación no vinculante como testigo porque el Jefe de Estado es libre de no tenerla en cuenta. En su sentencia, la Corte reconoció que una citación como testigo podría violar la inmunidad jurisdiccional de un jefe de Estado si sometiera a éste a un “acto de autoridad coercitivo”⁶⁹⁶. Sin embargo, la Corte sostuvo que tal no era el caso de las citaciones como testigos dirigidas por el juez de instrucción francés al Jefe de Estado de Djibouti. La Corte señaló que la citación de 17 de mayo de 2005

“no estaba vinculada con las medidas coercitivas previstas en el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal de Francia; en realidad, era una simple invitación a declarar como testigo que el Jefe de Estado podía aceptar o rechazar libremente. Consiguientemente, no ha habido ningún atentado por parte de Francia contra las inmunidades de jurisdicción penal de que goza el Jefe de Estado, pues no se le impuso ninguna obligación en el marco de la investigación de la causa *Borrel*”⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ Francia, CR 2008/5 (25 de enero de 2008) (Pellet), pág. 40, párr. 47.

⁶⁹⁵ Véase, por ejemplo, Djibouti, CR 2008/6 (28 de enero de 2008), (van den Biesen), págs. 18 a 26; Francia, CR 2008/7 (29 de enero de 2008) (Pellet), págs. 40 a 45.

⁶⁹⁶ *Djibouti v. France*, párr. 170.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, párr. 171. Según la Corte, el hecho de que esa citación no haya sido emitida de conformidad con el procedimiento formal previsto en el artículo 636 del Código de Procedimiento Penal de Francia no constituye una violación por parte de Francia de sus obligaciones internacionales relativas a la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de los jefes de Estado extranjeros (párr. 173). Sin embargo, la Corte observó que el juez de instrucción francés “no actuó de conformidad con las cortesías debidas a un Jefe de Estado extranjero” (párr. 172) y que el Ministerio de Relaciones Exteriores de Francia debería haber presentado excusas al Presidente de Djibouti (párrs. 172 y 173).

Para una conclusión diferente, véase la opinión separada del magistrado Koroma, párr. 13: “La Corte reconoce así que el derecho internacional impone a los Estados receptores la obligación de respetar la inviolabilidad, el honor y la dignidad de los Jefes de Estado. La inviolabilidad ha sido interpretada como inmunidad de toda interferencia, sea con apariencias de legalidad o de derecho o en otra forma, y connota un deber especial de protección, sea de tal interferencia o de un simple insulto, por parte del Estado receptor. Sin embargo, la Corte determinó que, al “invitar” al Jefe de Estado a prestar testimonio enviándole un facsímil y fijándole un breve plazo sin consultar para que compareciera en la oficina del juez de instrucción, Francia no actuó con las cortesías debidas a un Jefe de Estado extranjero y nada más. En mi opinión, las acciones impugnadas no entrañan simplemente cuestiones de cortesía; tienen que ver con la obligación implícita en la *inviolabilidad* del Jefe de Estado y en la

Con respecto a la citación de 14 de febrero de 2007, la Corte observó:

“El consentimiento del Jefe de Estado fue pedido expresamente en esta solicitud de testimonio, que fue transmitida por intermedio de las autoridades y en la forma prescrita por la ley. Esta medida no puede haber infringido las inmunidades de jurisdicción de que goza el Jefe de Estado de Djibouti⁶⁹⁸.”

c) *Actos excluidos por la operación de la inmunidad*

242. Una vez que se ha establecido que determinado funcionario del Estado goza de inmunidad, debe aclararse si dicha inmunidad impide a un Estado extranjero llevar adelante cualquier tipo de procedimiento penal en relación con dicha persona, o sólo determinados procedimientos, como los que restringen su libertad de movimiento o los que restringen su capacidad para cumplir funciones oficiales⁶⁹⁹. En su reciente sentencia en la causa *Djibouti c. Francia*, la Corte Internacional de Justicia reafirmó, con respecto a un Jefe de Estado, sus conclusiones en la causa de la *Orden de detención* en el sentido de que “una inmunidad de jurisdicción penal y... una inviolabilidad totales” significa protección contra “todo acto de autoridad de otro Estado que obstaculice [al funcionario del Estado] en el cumplimiento de sus

necesidad de respetar su honor y su dignidad, así como con su inmunidad frente al proceso judicial, en cualquier forma, que fue violada cuando se le enviaron las citaciones como testigo, y ello fue agravado por las filtraciones a la prensa. Está claro que la intención fue una inobservancia del adecuado respeto debido al Jefe de Estado, así como una violación deliberada de su dignidad y su honor. Consiguientemente, la Corte debería haber considerado si se había infringido la inviolabilidad del Jefe de Estado en relación con el respeto a que tenía derecho como Jefe de Estado; y, si la Corte hubiese llegado a la conclusión de que había sido infringida, cualquiera hubiese sido la forma de esa infracción – defectos formales o de otra índole – entonces las excusas, con carácter de reparación, que la Corte consideraba que Francia debía haber presentado por la violación, debían haberse reflejado en el párrafo dispositivo como una conclusión de la Corte.”

Véase también la opinión separada del magistrado ad hoc Yusuf (párrs. 42 a 51), que consideró que las citaciones eran efectivamente un acto de autoridad coercitivo, por que el Presidente de Djibouti, como consecuencia de su incumplimiento de las citaciones, podía haber sido forzado a comparecer ante el juez de instrucción en aplicación de los artículos 101 y 109 del Código de Procedimiento Penal de Francia, y también podía haber estado sujeto a una sanción pecuniaria en virtud del artículo 434-15-1 del Código Penal de Francia.

⁶⁹⁸ *Djibouti v. France*, párr. 179. Para una conclusión diferente, véase la opinión separada del magistrado ad hoc Yusuf, párr. 53:

“La citación del 14 de febrero de 2007 sólo en apariencia parece seguir el procedimiento previsto en el artículo 656 del Código de Procedimiento Penal de Francia. Esta disposición rige las declaraciones escritas de los representantes de una potencia extranjera. Ahora bien, en el presente caso, el juez de instrucción pidió que se recibiera el testimonio del Jefe de Estado de Djibouti. Francia, al no respetar las disposiciones de su propia legislación, actuó con violación de las reglas consuetudinarias de derecho internacional relativas a las inmunidades de los jefes de Estado.”

⁶⁹⁹ La presente subsección se relaciona con la subsección anterior porque los actos accesorios del tipo que se está investigando aquí (por ejemplo, *subpoenas* o citaciones de testigos) pueden en muchos casos ser del mismo tipo de actos considerados con respecto a personas no acusadas de un acto delictivo. Sin embargo, la presente subsección es diferente de la anterior porque. Mientras que en la subsección anterior se consideró si la inmunidad se aplicaba en alguna forma sobre la base de la categoría de personas (las personas no acusadas de un acto delictivo), en la presente subsección se parte de la premisa de que el individuo de que se trata goza de la inmunidad y se examina el alcance de dicha inmunidad, en particular, en qué medida comprende a los actos coercitivos accesorios del sistema de justicia penal de otro Estado.

deberes”⁷⁰⁰. Así pues, según la Corte, “el factor determinante para apreciar si ha habido o no un atentado contra la inmunidad del Jefe de Estado radica en la sujeción de éste a un acto de autoridad coercitivo”⁷⁰¹. Si bien la práctica es relativamente limitada, parecería que cuando la inmunidad es aplicable, proporciona una inmunidad total frente a todos los ejercicios de poder del sistema de justicia penal sobre la persona. En la causa *Honecker*, se determinó que no sólo la inmunidad impide los procesos formales contra un Jefe de Estado, sino también que “cualquier indagación o investigación por parte de la policía o el ministerio público es consiguientemente inadmisibles”⁷⁰². Análogamente, en la causa *Doe*, atinente a la inmunidad respecto de citaciones bajo apercibimiento [*subpoenae duces tecum*] dirigidas contra los acusados para que proporcionaran muestras de voz y escritura, impresiones palmares y digitales y registros financieros, el tribunal decidió en definitiva que el Gobierno de Filipinas había renunciado expresamente a cualquier inmunidad de que gozaran los acusados. De la fundamentación del tribunal se infiere que, si éstos hubieran gozado de inmunidad, dicha inmunidad se habría extendido de modo de hacer caer la validez de esas citaciones bajo apercibimiento⁷⁰³. Análogamente, en la causa *Lasidi, S.A. c. Financiera Avenida, S.A.*, una acción civil por difamación, los demandantes procuraban obtener la deposición de Su Alteza el Jeque Zayed bin Sultan al Nahayan, Gobernante absoluto de Abu Dhabi, que se resistió a la deposición fundándose en la inmunidad de jefe de Estado⁷⁰⁴. El Departamento de Estado de los Estados Unidos presentó una “sugerencia de interés” en el sentido de que se redujera al mínimo “cualquier intrusión en la dignidad del cargo del Jeque Zayed” y expresando que “los Estados Unidos suponen que los tribunales de los Estados Unidos no obligarán a un jefe de Estado extranjero a someterse a un interrogatorio personal en ausencia de una necesidad demostrada”⁷⁰⁵. En definitiva, el tribunal decidió esta causa también fundándose en la renuncia, concluyendo que la “acción voluntaria de presentar contrademandas configuró una renuncia a toda inmunidad respecto del testimonio que de no ser así pudiese haber tenido el Jeque”⁷⁰⁶. Sin embargo, en esta conclusión está implícito que, si no se hubiese renunciado a dicha inmunidad, ésta se habría aplicado a la deposición.

243. Este amplio alcance de la inmunidad, que la extiende a todos los actos del sistema de justicia penal que puedan afectar la inviolabilidad de la persona encuentra cierto apoyo en la práctica del derecho diplomático. Sin embargo, cabría señalar que la disposición pertinente de la Convención de Viena sobre Relaciones

⁷⁰⁰ *Djibouti v. France*, párr. 170. Véase también *Arrest Warrant*, pág. 22, párr. 54.

⁷⁰¹ *Djibouti v. France*, párr. 170.

⁷⁰² *In Re Honecker*, sentencia de 14 de diciembre de 1984, op. cit., págs. 365 y 366.

⁷⁰³ *In Re Doe*, op. cit., págs. 43 a 46. Véase también *In Re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, op. cit., pág. 1111, reproducido en *International Law Reports*, vol. 81, pág. 602 (“La cuestión en la presente causa, empero, no es si los Marcos pueden ser civilmente responsables, sino si tienen una inmunidad total de proceso”). Véase también Mallory, op. cit. pág. 196 (“En los casos en que el Jefe de Estado llega a ser parte en procedimientos judiciales, los tribunales deberían tramitar la etapa probatoria previa al juicio [*pretrial discovery*] de manera compatible con la dignidad del cargo de Jefe de Estado.”).

⁷⁰⁴ Tribunal de Apelaciones del Estado de Nueva York, *Lasidi, S.A. v. Financiera Avenida, S.A.*, 538 N.E.2d 332, sentencia de 28 de marzo de 1989, págs. 948 a 951.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, pág. 949. En cuanto a la naturaleza no vinculante de esa “sugerencia de interés” (“declaración de interés”) en el derecho de los Estados Unidos en comparación con la “sugerencia de inmunidad” vinculante, véase *supra*, nota de pie de página 651.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, pág. 950.

Diplomáticas, contenida en el párrafo 2 del artículo 31, fue concebida como una exención sustantiva de la obligación de testificar a favor de los diplomáticos, y no como una inmunidad procesal respecto de dicha obligación, punto que fue debatido extensamente en la CDI⁷⁰⁷. Esa exención sustantiva ha sido puesta a prueba varias veces en la práctica. Por ejemplo, en 1856, cuando el Ministro de los Países Bajos fue testigo de un homicidio en los Estados Unidos, se negó a testificar acerca del asunto ante un tribunal de los Estados Unidos. El Gobierno de los Estados Unidos planteó la cuestión ante el Gobierno de los Países Bajos, destacando que “no se ponía en duda que, tanto por el uso de las naciones como por el derecho de los Estados Unidos, M. Dubois tiene jurídicamente derecho a negarse a prestar su testimonio”, pero pidió que lo hiciera puramente en interés de la justicia. Finalmente, el Ministro no testificó en el asunto⁷⁰⁸ y fue declarado persona non grata⁷⁰⁹. En 1864, en relación con una *subpoena ad testificandum* “[citación bajo apercibimiento a declarar como testigo] que se trataba de transmitir al Embajador de Francia por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores británico, los asesores jurídicos ingleses dictaminaron en los siguientes términos:

“que, según los principios establecidos del derecho internacional, un embajador no puede ser puesto bajo la jurisdicción de los tribunales de la nación ante la que está acreditado, ya sea a los efectos de ser convocado a prestar testimonio o para cualquier otro fin; ... Desde luego, sería de incumbencia del gobierno ante el cual estuviese acreditado un embajador, en cualquier caso en que hubiese razones para creer que se promoverían los intereses de la justicia mediante su comparecencia voluntaria como testigo ante los tribunales, hacer las representaciones que estimasen adecuadas, con miras a inducirlo a que consintiera en renunciar a su indiscutido privilegio, y aportar pruebas, desde luego sin apercibimiento alguno⁷¹⁰.”

Así pues, los asesores jurídicos hicieron una distinción entre las invitaciones voluntarias a aportar pruebas, que son aceptables con arreglo al derecho internacional, y las órdenes compulsivas de comparecencia, que no son compatibles con las inmunidades de que pueda gozar un funcionario del Estado⁷¹¹.

⁷⁰⁷ *Anuario... 1958*, vol. I, págs. 155 a 161; Denza, op. cit., págs. 259 y 260. El Tribunal Supremo de Malasia sostuvo esta distinción en *Public Prosecutor v. Orhan Ormez* (1987), que se examina *infra*, nota de pie de página 751 y texto correspondiente.

⁷⁰⁸ Denza, op. cit., pág. 258.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, pág. 260.

⁷¹⁰ *Ibid.*, págs. 258 y 259.

⁷¹¹ Denza señala que las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional sobre inmunidades diplomáticas aprobadas en 1985 y 1929 contenían una disposición según la cual “las personas que gocen de inmunidad legal podrán negarse a comparecer como testigos ante un tribunal territorial, a condición de que, si así se les solicita por los conductos diplomáticos, prestarán su testimonio, en la residencia diplomática, ante un magistrado del país que se les enviará a tal efecto”, pero añade que la disposición no es completamente indicativa del derecho internacional consuetudinario porque si bien numerosos Estados preveían en su legislación que los diplomáticos brindaran pruebas en circunstancias especiales, “no hay indicación alguna de que la inmunidad del diplomático respecto de los actos de compulsión en lo tocante a brindar pruebas se haya condicionado en algún momento a que accedieran a la utilización de esas facilidades especiales, y había muchos sistemas jurídicos, como los de Inglaterra y los Estados Unidos, en los cuales eran inadmisibles las pruebas suministradas en tales condiciones”. *Ibid.*, pág. 259.

244. La noción de que la inmunidad debería extenderse no sólo a los actos que directamente impiden que un funcionario del Estado cumpla sus funciones oficiales, sino a todos los actos de ejercicio de poder del sistema de justicia penal sobre la persona puede verse como derivada lógicamente del fundamento de la inmunidad, que se basa en la premisa prospectiva de que, a fin de cumplir sus funciones oficiales, un funcionario del Estado debe tener libertad para viajar, trabajar e interactuar en una jurisdicción extranjera sin ninguna amenaza de interferencia en su trabajo. Por ejemplo, la Corte en su sentencia en la causa de la *Orden de detención*, puso de relieve que “*el solo riesgo* de que, por viajar a otro Estado o circular en tránsito por él un ministro de relaciones exteriores pudiera exponerse a un proceso judicial podrían disuadir al ministro de viajar internacionalmente cuando tuviera que hacerlo a los efectos del cumplimiento de sus funciones oficiales”⁷¹². En otras palabras, la amenaza prospectiva de injerencia o coacción, aunque no impida directamente el cumplimiento de funciones oficiales, puede limitar la capacidad de un funcionario del Estado para desempeñar eficazmente las funciones oficiales⁷¹³. Este punto también quedó ilustrado en la causa de la *Orden de detención* cuando la Corte rechazó el argumento de Bélgica “de que la ejecución de la orden en terceros Estados dependía “de que se hubiesen tomado algunas otras medidas preliminares” y que, habida cuenta del carácter “preliminar [“*inchoate*”]” de la orden en lo tocante a terceros Estados” no había una “infr[acción de] la soberanía del [Congo]”⁷¹⁴. Rechazando esta posición, la Corte concluyó que el solo hecho de expedir y circular la orden “infringió efectivamente la inmunidad del Sr. Yerodia en su carácter de Ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio del Congo y además era susceptible de afectar la conducción de sus relaciones internacionales por parte del Congo”⁷¹⁵. Puso de relieve que, como Yerodia frecuentemente tenía que viajar en su carácter de ministro de relaciones exteriores, “la sola circulación internacional de la orden, incluso en ausencia de “otras medidas” por parte de Bélgica, *podía haber* desembocado... en su detención mientras estuviera en el extranjero” y consiguientemente constituía una violación de una obligación de Bélgica hacia el Congo⁷¹⁶. Debido a que un acto preliminar —como la expedición de una orden de detención o de citación bajo apercibimiento [*subpoena*]— puede afectar la capacidad de un funcionario del Estado para llevar a cabo sus funciones oficiales, de ello se deduce que dicha inmunidad se extiende también a esas acciones y no solamente a los actos de ejercicio de poder que

⁷¹² *Arrest Warrant*, párrs. 53 a 55 (cursiva añadida).

⁷¹³ Podría ser, empero, que la inmunidad se aplicara sólo en caso de que el acto de que se tratase interfiriera con las funciones oficiales de la persona. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 43 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, si bien establece la inmunidad de “la jurisdicción de las autoridades judiciales o administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares”, en realidad limita la inmunidad a la estrecha esfera de la obligación de comparecer como testigos en los casos en que ello interfiera con sus funciones oficiales. *Ibid.*, párrafo 3 del artículo 44 (“Los miembros de una oficina consular no estarán obligados a deponer sobre hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones, ni a exhibir la correspondencia y los documentos oficiales referentes a aquéllos.”). Véase también *ibid.*, párrafo 2 del artículo 44 (“La autoridad que requiera el testimonio deberá evitar que se perturbe al funcionario consular el ejercicio de sus funciones. Podrá recibir el testimonio del funcionario consular en su domicilio o en la oficina consular, o aceptar su declaración por escrito, siempre que sea posible.”). Con respecto a las deposiciones que no perturben el ejercicio de sus funciones oficiales, dispone que dichos funcionarios “no podrá[n]... negarse a deponer como testigo[s].” *Ibid.*, párrafo 1 del artículo 44.

⁷¹⁴ *Arrest Warrant*, párr. 71 (corchetes en el original).

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶ *Ibid.* (cursiva añadida).

directa e inmediatamente impidan al funcionario cumplir sus funciones oficiales⁷¹⁷. En cambio, el magistrado Al-Khasawneh argumentó lo siguiente en su opinión disidente:

“Un Ministro de Relaciones Exteriores tiene derecho a la inmunidad de ejecución cuando esté en misión oficial... pero mal puede decirse que la sola iniciación de investigaciones penales contra él constituya, con arreglo a cualquier clase de criterios objetivos, una injerencia en la conducción de la diplomacia. Un ministro de carácter débil o ultrasensible puede restringir sus viajes privados o sentir incomodidad, pero éste es un elemento subjetivo que debe ser desechado⁷¹⁸.”

245. La magistrada ad hoc Van den Wyngaert adoptó, en su opinión disidente, una posición intermedia, según la cual se podía investigar una denuncia como cuestión general sin infringir la inmunidad de un funcionario del Estado, pero la inmunidad impediría una orden directa a dicho funcionario del Estado para que testificara o compareciera para ser interrogado⁷¹⁹.

4. Renuncia a la inmunidad

246. Un aspecto común a diversos tipos de inmunidad es la facultad del beneficiario de renunciar a dicha inmunidad. Por ejemplo, con respecto a la inmunidad de los Estados, la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes dispone que:

“ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado en relación con una cuestión o un asunto si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con esa cuestión o ese asunto: a) por acuerdo internacional; b) en un contrato

⁷¹⁷ *Ibid.*, párr. 54 (“La inmunidad y... la inviolabilidad [de un ministro de relaciones exteriores] protege a la persona de que se trata contra cualquier acto de autoridad de otro Estado que lo obstaculice en el desempeño de sus funciones.”). Aún no está claro el pleno efecto que producirá la sentencia en la causa del *Arrest Warrant* en los derechos nacionales que prevén el enjuiciamiento de los funcionarios de Estados extranjeros del Estado. Véase Wouters, *op. cit.*, págs. 264 y 265 (señalando que subsisten algunas ambigüedades en lo tocante a los actos que pueden llevarse a cabo contra las personas que gocen de inmunidades con arreglo al párrafo 2 del artículo 5 de la Ley de Bélgica, en su forma enmendada).

⁷¹⁸ Opinión disidente del magistrado Al-Khasawneh, párr. 4.

⁷¹⁹ Opinión disidente de la magistrada ad hoc Van de Wyngaert, párr. 75. Esas diversas posiciones se examinan en Wouters, *op. cit.*, págs. 258 y 259 (señalando que *stricto sensu* la Corte sólo se pronunció sobre la emisión y la circulación de una orden de detención, que la orden de detención no había sido cumplida aún, que era necesario que Bélgica tomara otras medidas para hacer cumplir la orden de detención en terceros Estados, pero que esos factores no impedían que la Corte llegara a la conclusión de que la emisión de la orden violaba la inmunidad de Yerodia. A continuación considera la cuestión de si los meros actos de investigar cargos penales contra un ministro de relaciones exteriores satisfarían el criterio de funcionalidad que la Corte sostiene). Véase también Verhoeven, “Quelques réflexions sur l’affaire...”, *op. cit.*, pág. 534 (examinando la causa del *Arrest Warrant* y concluyendo: “Resulta de esta motivación que cualquier apertura oficial de un procedimiento penal contra el ministro de relaciones exteriores de un Estado extranjero es en principio contraria al derecho internacional. Importa poco que, en un primer tiempo, no se haya procedido más que a deberes de información o a medidas de instrucción. La conclusión es sabia. Por otra parte, está admitida desde hace mucho en el derecho diplomático”).

escrito; o c) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado⁷²⁰.”

247. El principio también está reflejado en tratados regionales⁷²¹, decisiones de los tribunales nacionales⁷²² y leyes nacionales⁷²³ atinentes a la inmunidad de los Estados, y es apoyada por los comentaristas⁷²⁴. Análogamente, con respecto a la inmunidad diplomática, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas dispone que “el Estado acreditante podrá renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos y de las personas que gocen de inmunidad conforme [a la presente Convención]”⁷²⁵.

248. Igual que en los casos de la inmunidad diplomática y la inmunidad de los Estados, hay un amplio acuerdo en que también se puede renunciar a la inmunidad de los funcionarios del Estado⁷²⁶. La Corte Internacional de Justicia ha concluido que los funcionarios del Estado “dejarán de gozar de inmunidad respecto de las

⁷²⁰ Párrafo 1 del artículo 7.

⁷²¹ Véase, por ejemplo, el Convenio Europeo de 1972 sobre la Inmunidad de los Estados, artículo 2.

⁷²² Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Bucarest de 29 de mayo de 2003 (que concluyó que los tribunales de Rumania no eran competentes para considerar ninguna clase de controversias en que un Estado extranjero o su representante de la representación diplomática sea demandado, salvo los casos en que el Estado respectivo haya renunciado a su inmunidad), resumido en Consejo de Europa, Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI), base de datos sobre la práctica de los Estados en relación con las inmunidades de los Estados, disponible en línea en: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/ (visitado por última vez el 3 de marzo de 2008).

⁷²³ Véase, por ejemplo, Reino Unido, Ley sobre las inmunidades de los Estados, 1978, párrs. 1 y 2 del artículo 2; Estados Unidos, Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros, § 1605 a) 1).

⁷²⁴ Véase, por ejemplo, Jennings y Watts, op. cit., pág. 351 (“Un Estado, si bien tiene en principio derecho a la inmunidad, puede renunciar a su inmunidad.”).

⁷²⁵ Párrafo 1 del artículo 32.

⁷²⁶ De hecho, numerosos tribunales nacionales han considerado específicamente el estrecho vínculo entre esas diversas formas de inmunidad, señalando que la inmunidad de los funcionarios del Estado se ha desarrollado a partir de las doctrinas de las inmunidades diplomáticas y del Estado y es análoga a ellas, y concluyendo que también puede ser objeto de renuncia. Véase, por ejemplo, Suiza, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit., pág. 536 (“Los artículos 32 y 39 de la Convención de Viena deben por lo tanto aplicarse por analogía a los jefes de Estado. En los términos del artículo 32, el Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes, pero debe siempre hacerlo expresamente, no bastando con que haya actos concluyentes”); *Lafontant v. Aristide*, op. cit., pág. 587 (“La renuncia a la inmunidad del jefe de Estado es análoga a las disposiciones sobre renuncia de la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas, apartado a) del artículo 31, párrafo 2 del artículo 31 y artículo 29, que disponen que la inmunidad de los agentes diplomáticos puede ser renunciada por el Estado acreditante.”); *In Re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, op. cit., pág. 602 (que examina la renuncia con arreglo a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y concluye que “es cierto que esta disposición de la Convención de Viena se aplica sólo a los diplomáticos, pero no vemos razón alguna por la cual su fundamento no deba aplicarse también a los jefes de Estado. Sería anómalo, realmente, si un Estado tuviera el poder de revocar una inmunidad diplomática pero no la inmunidad del jefe de Estado.”); *In Re Doe*, op. cit., pág. 45 (que concluyó que la inmunidad del jefe de Estado evolucionó a partir “de las doctrinas conexas de la inmunidad diplomática y la inmunidad de los soberanos extranjeros” y que, como esas dos doctrinas prevén la renuncia, “la doctrina conexas de la inmunidad del jefe de Estado, lógicamente, admite análogamente la renuncia.”).

jurisdicciones extranjeras si el Estado al que representan o han representado decide renunciar a dicha inmunidad”⁷²⁷, posición que han hecho suya expresamente los tribunales nacionales⁷²⁸. Análogamente, la resolución del Instituto de Derecho Internacional dice que “el Jefe de Estado no podrá ya beneficiarse de la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción o la inmunidad de medidas de ejecución que le confiere el derecho internacional, cuando su Estado renuncie al respectivo beneficio”⁷²⁹. Watts concluye inequívocamente que “en los casos en que existe una inmunidad, se puede renunciar a ella y otorgar consentimiento para el ejercicio de la jurisdicción”⁷³⁰. En la causa de los *Grand Jury Proceedings*, un tribunal federal de circuito hizo lugar a la renuncia formulada por el Gobierno reconocido de Filipinas a la inmunidad de Ferdinand Marcos, el ex Presidente, y su esposa Imelda, quienes posteriormente fueron declarados civilmente responsables por no haber dado cumplimiento a citaciones de un gran jurado federal⁷³¹. Análogamente, en la causa *Paul c. Avril* se determinó que el Gobierno de Haití había renunciado a la inmunidad del ex Teniente General de las fuerzas armadas de Haití y ex gobernante militar de Haití, y que la renuncia alcanzaba a cualquier inmunidad “residual” de jefe de Estado que tuviese el demandado⁷³².

249. El fundamento en que se basa 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*⁷³³. En otras palabras, “la derogación de la inmunidad en el caso de renuncia deja intactos los objetivos de promover la igualdad soberana y la diplomacia, porque no permite que se ejerza jurisdicción sin el consentimiento del Estado interesado”⁷³⁴. Si bien, en función de esa soberanía, son generalmente se considera que los Estados son libres de determinar por sí mismos cuando renunciarán a la inmunidad de uno de sus funcionarios, la resolución del Instituto de Derecho Internacional dispone que “dicha renuncia debería hacerse cuando el Jefe de Estado sea sospechoso de haber cometido crímenes de naturaleza particularmente grave, o cuando no sea probable que el ejercicio de sus funciones haya de verse obstaculizado por las medidas que las autoridades del foro puedan tener que adoptar”⁷³⁵.

a) *Forma de la renuncia*

250. 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. En primer lugar, se plantea la cuestión de si la renuncia debe ser expresa, o si es suficiente una renuncia tácita. En segundo lugar, si se permite una renuncia tácita,

⁷²⁷ *Arrest Warrant*, párr. 61.

⁷²⁸ Véase, por ejemplo, España, Audiencia Nacional, *Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4*, op. cit.

⁷²⁹ Párrafo 1 del artículo 7.

⁷³⁰ Watts, op. cit. (1994), pág. 67.

⁷³¹ *In Re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, op. cit., pág. 602. Véase también, *Mr. and Mrs. Doe v. United States*, op. cit., pág. 46.

⁷³² Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Florida, *Paul v. Avril*, sentencia de 14 de enero de 1993, 812 F. Supp. 207, pág. 211.

⁷³³ *In Re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, op. cit., pág. 602 (que concluyó que el fundamento de la inmunidad está “fundado en la necesidad de cortesía entre las naciones y el respeto de la soberanía de las demás naciones... [y] sólo debería aplicarse cuando esté al servicio de esos objetivos.”).

⁷³⁴ Tunks, op. cit., pág. 673.

⁷³⁵ Párrafo 2 del artículo 7.

se plantean cuestiones adicionales acerca de en qué debe consistir específicamente. En la presente subsección se examinarán sucesivamente la renuncia expresa y la renuncia tácita.

i. Renuncia expresa

251. Hay un fuerte apoyo para la proposición de que la renuncia expresa a la inmunidad de un funcionario del Estado es válida, y, en realidad, algunos tribunales han concluido que sólo son válidas las renunciaciones expresas. Por ejemplo, el Tribunal Federal de Suiza concluyó que la renuncia a la inmunidad del jefe de Estado debe ser expresa (“*renonciation expresse*”)⁷³⁶. En la causa *Lafontant v. Aristide*, se concluyó que la renuncia a la inmunidad del jefe de Estado “debe ser explícita”⁷³⁷. En la causa *Ahmed v. Government of the Kingdom of Saudi Arabia*, se determinó que la renuncia a la inmunidad (la inmunidad de los Estados) debe ser hecha mediante un acuerdo escrito previo, y debe ser un acuerdo expreso y completo de someterse a la jurisdicción⁷³⁸. También varios comentaristas han argumentado que la renuncia debe ser expresa⁷³⁹.

252. En la práctica pueden señalarse varios ejemplos de renuncia expresa a la inmunidad. Primero, en *Paul v. Avril*, el Ministro de Justicia de la República de Haití dijo lo siguiente:

“Prosper Avril, ex-Teniente General de las fuerzas armadas de Haití y ex Presidente del gobierno militar de la República de Haití, no goza absolutamente de ninguna forma de inmunidad, ya sea la que corresponde a un soberano, a un jefe de Estado o a un ex jefe de Estado; ya sea diplomática, consular, o inmunidad respecto del testimonio, ni de cualquier otra clase de inmunidad, incluidas la inmunidad respecto de una sentencia, o un proceso, la inmunidad frente a la ejecución de sentencias y la inmunidad respecto de la comparecencia ante el tribunal tanto antes como después de la sentencia”⁷⁴⁰.

⁷³⁶ *Ferdinand et Imelda Marcos v. Office fédéral de la police*, op. cit., pág. 536.

⁷³⁷ *Lafontant v. Aristide*, op. cit., pág. 587.

⁷³⁸ *Ahmed v. Government of the Kingdom of Saudi Arabia*, decisión de 6 de julio de 1995, resumido en Consejo de Europa, Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI), base de datos sobre la práctica de los Estados en relación con las inmunidades de los Estados, disponible en línea en http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/ (visitado por última vez el 3 de marzo de 2008).

⁷³⁹ Véase, por ejemplo, Fox, op. cit. (“The Pinochet Case No. 3”), pág. 697 (“Como Lord Goff afirmó contundentemente en su opinión disidente, el derecho internacional exige que la renuncia a la inmunidad de los Estados sea expresa. Ello ha sido también confirmado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Amerada Hess* al rechazar por errónea una decisión de un Tribunal de Distrito según la cual la inmunidad del Estado por violación de las inmunidades de un diplomático fue objeto de renuncia tácita por parte de la URSS cuando se hizo parte de la [Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas] de 1961 y de la Convención sobre las personas internacionalmente protegidas de 1973... Tampoco entendemos cómo un Estado extranjero puede renunciar a su inmunidad... al firmar un acuerdo internacional que no contiene mención alguna de la renuncia a la inmunidad de proceso ante los tribunales de los Estados Unidos. La autora critica por esta razón el razonamiento de algunos Lores que en la causa Pinochet se fundaron en la teoría de la renuncia en la Convención contra la Tortura sin que hubiera una disposición implícita en tal sentido.”); y Fenet, op. cit., págs. 593 y 594 (que argumenta que la renuncia no puede presumirse y tiene que ser expresa).

⁷⁴⁰ *Paul v. Avril*, op. cit., pág. 210.

253. El tribunal en esa causa señaló que la renuncia estaba formulada por el Ministro de Justicia de la República de Haití, con el sello del Ministro de Justicia estampado en el documento, y que las “palabras de la renuncia no podían ser más contundentes”⁷⁴¹. Análogamente, en la causa *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, se tomó conocimiento de la siguiente renuncia expresa a la inmunidad formulada por Filipinas:

“El Gobierno filipino renuncia por la presente a toda inmunidad 1) de Estado, 2) de jefe de Estado o 3) diplomática, de la cual el ex Presidente filipino Ferdinand Marcos y su esposa Imelda Marcos podrían gozar o de la cual podrían haber gozado sobre la base del derecho de los Estados Unidos o del derecho internacional.... Esta renuncia se extiende al enjuiciamiento de Ferdinand e Imelda Marcos en el asunto mencionado más arriba (investigación llevada a cabo en el distrito meridional del Estado de Nueva York), así como a todo acto criminal o a todo otro asunto conexo en los cuales esas personas trataran de referirse a su inmunidad”⁷⁴².

El tribunal concluyó que esa nota verbal constituía una renuncia expresa a la inmunidad por parte de Filipinas⁷⁴³. Por último, en la causa seguida contra Hissène Habré en Bruselas, el Ministerio de Justicia de la República del Chad renunció expresamente a la inmunidad en los términos siguientes:

“La Conferencia Nacional Soberana celebrada en Nyamena del 15 de enero al 7 de abril de 1993 había levantado oficialmente toda inmunidad de jurisdicción al señor Hissèin Habré. Esa posición fue respaldada por la Ley No. 010/PR/95, del 9 de junio de 1995, por la que se otorgó amnistía a los detenidos y exiliados políticos y a las personas en oposición armada, con exclusión del “ex Presidente de la República, Hissèin Habré, sus coautores y/o sus cómplices.” En consecuencia, está claro que el señor Hissèin Habré no puede pretender ninguna clase de inmunidad de parte de las Autoridades del Chad, y ello es así desde la terminación de la Conferencia Nacional Soberana”⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ *Ibid.*

⁷⁴² *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit., pág. 537.

⁷⁴³ *Ibid.* Análogamente, *In re Doe v. United Los Estados*, un litigio civil relativo a los Marcos ante un tribunal federal de los Estados Unidos, el gobierno de Filipinas cursó una nota diplomática que contenía la siguiente renuncia expresa a la inmunidad de jefe de Estado: “El Gobierno de Filipinas renuncia por la presente a toda inmunidad residual soberana, de Jefe de Estado o diplomática de que el ex Presidente de Filipinas Ferdinand Marcos y su esposa Imelda Marcos pueda gozar con arreglo al derecho internacional y al derecho de los Estados Unidos, comprendiendo al párrafo 2 del artículo 39 de la [Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas], pero sin limitarse a ellos, en virtud de sus anteriores cargos en el Gobierno de Filipinas. Dicha renuncia se extiende sólo al suministro de pruebas, directrices y otros materiales de Ferdinand e Imelda Marcos en la mencionada investigación del Gran Jurado, y no al Gobierno de Filipinas mismo ni a ninguno de sus actuales funcionarios o ex funcionarios...” *In re Doe v. United Los Estados*, op. cit., pág. 43. La Corte concluyó “que cualquiera fuera la inmunidad que los Marcos... tuvieran como jefes de Estado ha sido objeto de renuncia por el Gobierno sucesor de Aquino.” *Ibid.*, pág. 44 (que supone, sin decidir, que la Sra. Marcos como ex Primera Dama de Filipinas es un Jefe de Estado a los efectos de la doctrina).

⁷⁴⁴ Carta del Ministro de Justicia de la República del Chad al Juez de Instrucción del distrito de Bruselas, de fecha 7 de octubre de 2002, disponible en línea en www.hrw.org/french/press/2002/tchad1205a.htm. Para un examen más detenido, véase Paola Gaeta, “*Ratione Materiae Immunities of Former Heads of State...*” (2003), págs. 186 a 196; y

254. Se plantea la cuestión de si, a fin de constituir una renuncia expresa, un Estado debe enunciar expresamente la renuncia a la inmunidad del funcionario del Estado, o si es suficiente con la clara intención de hacerlo. Por ejemplo, en la causa *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica*, el Banco Nacional de Costa Rica —un organismo de Costa Rica, y por lo tanto en principio con derecho a inmunidad soberana con arreglo al derecho del foro— libró cuatro pagarés en favor de los cuatro bancos demandantes, en cada uno de los cuales expresó que “el Prestatario por el presente renuncia irrevocablemente e incondicionalmente a todo derecho o inmunidad de jurisdicción, inclusive de proceso, sentencia y ejecución, de que por razones de soberanía él o sus bienes puedan gozar ahora o en el futuro”⁷⁴⁵. En un proceso civil relacionado con el embargo previo a la sentencia de bienes del banco, los cuatro bancos demandantes argumentaron que el pagaré no constituía una renuncia expresa a la inmunidad de embargo anterior a la sentencia porque no se mencionaba expresamente al embargo anterior a la sentencia *in haec verba*. El tribunal concluyó que el requisito previsto en la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros de que dicha inmunidad debe ser “renunciada expresamente”⁷⁴⁶ tenía el objeto de “excluir a una renuncia hecha por inadvertencia, tácita o presunta en los casos en que la intención del Estado extranjero sea equívoca o ambigua.... [y que] con arreglo a esta interpretación de la Ley, la renuncia del Banco Nacional era claramente expresa”⁷⁴⁷. Según este tribunal, consiguientemente, una manifestación de intención de renunciar a “todo derecho o inmunidad” es exigible; una renuncia expresa no necesita enumerar específicamente cada uno de los tipos posibles de inmunidad a fin de renunciar a ellos”⁷⁴⁸. Esta norma ha sido

Bruce Baker, “Twilight of Impunity for Africa’s Presidential Criminals”, *Third World Quarterly*, vol. 25 (2004), pág. 1491.

⁷⁴⁵ Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica, S.A.*, 676 F.2d 47, sentencia de 12 de abril de 1982, pág. 49.

⁷⁴⁶ 28 U.S.C. § 1610(d)1) (“Los bienes de un Estado extranjero, tales como se definen en la sección 1603 a) del presente capítulo, utilizados para una actividad comercial en los Estados Unidos, no gozarán de inmunidad contra el embargo anterior al dictado de sentencia en ninguna acción iniciada en un tribunal de los Estados Unidos o de un Estado... si el Estado extranjero ha renunciado expresamente a su inmunidad contra el embargo anterior a la sentencia...”).

⁷⁴⁷ *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica, S.A.*, pág. 49.

⁷⁴⁸ En contraste, el tribunal de distrito en la causa y el demandado en la apelación invocaron varios casos relativos a un Tratado de Amistad entre los Estados Unidos y el Irán en que se renunciaba a la inmunidad “de tributación, proceso, ejecución de sentencia u otra responsabilidad”, *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica, S.A.*, pág. 50 (citando al Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares de 15 de agosto de 1955, Estados Unidos-Irán, párrafo 4 del artículo XI, *United States Treaties*, vol. 8, pág. 899, pág. 909, *Treaties and other International Agreements Series*, No. 3853), argumentando que en esas causas anteriores no se había interpretado la expresión “otra responsabilidad” como una renuncia expresa a la inmunidad de embargo anterior a la sentencia (citando al Tribunal de Distrito del Distrito Central de California, *Security Pacific National Bank v. Iran*, 513 F.Supp. 864, 1981, págs. 879 y 80; Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *New England Merchants National Bank v. Iran Power Generation & Transmission Co.*, 502 F.Supp. 120, 1980, págs. 126 y 27, devuelto al tribunal inferior, 646 F.2d 779 (2d Cir. 1981); Tribunal de Distrito del Distrito Norte de Texas, *E-Systems, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 491 F.Supp. 1294, 1980, págs. 1301 y 1302; Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *Reading & Bates Corp. v. Nacional Iranian Oil Co.*, 478 F.Supp. 724, 1979, pág. 728; Tribunal de Distrito del Distrito de Nueva Jersey, *Behring Internacional, Inc. v. Imperial Iranian Air Force*, 475 F.Supp. 383, 1979, págs. 392 y 393. Compárese Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *Reading & Bates Drilling Co. v. National Iranian Oil Co.*, decisión anunciada oralmente desde el estrado (“Bench Ruling”), 29 de noviembre de 1979; Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York,

aclarada asimismo por otra causa en la misma jurisdicción en la que se determinó que una declaración contenida en un acuerdo de comercio por la que se prohíbe a las partes de propiedad estatal “reclam[ar] o goz[ar] de inmunidades de proceso o ejecución de sentencia u otra responsabilidad” no era una renuncia a la inmunidad respecto de un embargo anterior a la sentencia porque “no está en modo alguno claro que los embargos anteriores a la sentencia sean responsabilidades”⁷⁴⁹. Así pues, una renuncia redactada en términos amplios (“todo derecho o inmunidad”) era suficiente para manifestar una intención de renunciar a formas de responsabilidad que no había enumerado específicamente, pero una renuncia que no contenga esos términos amplios, sino sólo una lista específica, era insuficiente para renunciar a una responsabilidad no enunciada específicamente. No está claro, empero, en qué medida esas tendencias son pertinentes para los procesos penales.

255. Por último, se plantea la cuestión de si la inmunidad que pueda existir con respecto a los esfuerzos por compeler a un funcionario del Estado a aportar pruebas en un procedimiento⁷⁵⁰ puede ser objeto de una renuncia expresa, ya sea una renuncia específicamente referida a la aportación de pruebas o una renuncia general. Esta cuestión ha sido considerada en algunas ocasiones en la práctica con respecto al derecho diplomático. En la causa *Public Prosecutor v. Orhan Ormez*, del Tribunal Supremo de Malasia determinó que una nota diplomática en la que se expresaba que el Primer Secretario de la Embajada de Turquía estaba autorizado para aportar pruebas “únicamente a los efectos de la autenticación de documentos jurídicos” no era una renuncia a la inmunidad, porque en el derecho diplomático no existe obligación alguna de aportar pruebas. La Corte basó su conclusión en el hecho, analizado *supra*, de que el párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas es una exención sustantiva de la obligación de aportar pruebas, y no una renuncia procesal respecto de una obligación sustantiva existente⁷⁵¹.

ii. Renuncia tácita

256. El aspecto más polémico en relación con la renuncia a la inmunidad de los funcionarios del Estado se refiere a si es válida una renuncia tácita a dicha inmunidad, y, en caso afirmativo, qué forma puede asumir esa renuncia. La preocupación relacionada con la renuncia tácita surge del hecho de que —congruentemente con la soberanía del Estado y el principio *par in parem non habet imperium* en que se

Electronic Data Systems Corp. v. Social Security Organization of the Government of Iran, decisión anunciada oralmente desde el estrado (“Bench Ruling”), 23 de mayo de 1979, devuelto al tribunal inferior, 610 F.2d 94 (2d Cir. 1979)). El tribunal en *Libra Bank* concluyó que “en la medida en que puede decirse que esos casos pueden sugerir que la renuncia por un Estado extranjero a todas las inmunidades no es una renuncia expresa a la inmunidad de embargo anterior a la sentencia, nosotros discreparíamos y señalaríamos que no son vinculantes para este tribunal.” *Ibid.*

⁷⁴⁹ Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *S & S Machinery Co. v. Masinexportimport*, 706 F.2d 411, sentencia de 26 de abril de 1983, pág. 417 (seguido en Estados Unidos, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *O’Connell Machinery Company, Inc. v. M.V. “Americana” and Italia Di Navigazione, S.p.A.*, 734 F.2d 115, sentencia de 4 de mayo de 1984, págs. 115 a 118; Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *ICC Chemical Corporación v. The Industrial & Commercial Bank of China*, 886 F.Supp. 1, sentencia de 9 de mayo de 1995, págs. 1 a 2).

⁷⁵⁰ Véase *supra*, sección C.3 c), relativa a los “Actos excluidos por la operación de la inmunidad”.

⁷⁵¹ *Public Prosecutor v. Orhan Ormez*, 1987, reproducido en *International Law Reports*, vol. 87, pág. 212 (examinado en Denza, op. cit., pág. 261). Esto es congruente con la posición adoptada por la CDI, examinada *supra*, nota de pie de página 707, y texto correspondiente.

funda la inmunidad misma— toda renuncia debe interpretar exactamente la intención del Estado que la formula. Watts concluyó a este respecto que “en toda causa que se refiera a la inmunidad de un Jefe de Estado, no es probable que ningún tribunal entienda a la ligera que ha habido una renuncia tácita, y obviamente es sumamente deseable que la renuncia sea expresa”⁷⁵². De todos modos, puede haber casos en los que de las palabras o las acciones de un Estado sea posible discernir una clara intención de renunciar a la inmunidad, sin que haya una renuncia expresa. A este respecto, el Instituto de Derecho Internacional dijo que “la renuncia puede ser expresa o tácita, siempre que sea cierta”⁷⁵³. Análogamente, Verhoeven, el Relator sobre el tema en el Instituto de Derecho Internacional, dijo que “para prevenir abusos en la afirmación de decisiones implícitas, cabe precisar que el retiro de la inmunidad debe en principio ser expreso y que, si no lo es, de todos modos la voluntad de la autoridad competente no debe dejar lugar a ninguna duda”⁷⁵⁴. Debería señalarse que este enfoque difiere del enfoque aceptado con respecto a las inmunidades diplomáticas, como lo demuestra el párrafo 2 del artículo 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que dispone que “la renuncia ha de ser siempre expresa”⁷⁵⁵.

257. Para mejor determinar la medida en que se acepta la renuncia tácita con arreglo al derecho internacional vigente, es necesario separar dos fenómenos distintos. Si bien ambos han sido considerados como renuncia tácita por algunos tribunales y comentaristas, uno de ellos parece gozar de un apoyo significativamente mayor que el otro. Primero, hay un apoyo relativamente fuerte para una forma de renuncia tácita cuando se considera que la iniciación de un proceso por una autoridad competente para renunciar a la inmunidad implica la renuncia⁷⁵⁶. Por ejemplo, en *Lasidi, S.A. v. Financiera Avenida, S.A.*, una acción civil por difamación ante un tribunal del Estado de Nueva York que afectaba a Su Alteza el Jeque Zayed bin Sultan al Nahayan, Gobernante absoluto de Abu Dhabi, el tribunal determinó que la “acción voluntaria de presentar reconveniones configuró una renuncia a toda inmunidad respecto del testimonio que de no ser así pudiese haber tenido el Jeque”⁷⁵⁷. En el contexto de la inmunidad diplomática, si bien la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas dispone que “la renuncia ha de ser siempre expresa”,⁷⁵⁸ dispone asimismo que “si un agente diplomático o una persona que goce de inmunidad de jurisdicción conforme [a la presente Convención] entabla una acción judicial, no le será permitido invocar la inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier reconvenición directamente ligada a la demanda principal”⁷⁵⁹. Así pues, o bien la Convención de Viena considera que la iniciación de procedimientos constituye una forma de renuncia expresa, o acepta esta forma limitada de renuncia tácita⁷⁶⁰. De hecho, Watts observa que la Convención de 1969

⁷⁵² Watts, op. cit. (1994), pág. 68.

⁷⁵³ Párrafo 1 del artículo 7.

⁷⁵⁴ Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, op. cit., pág. 593, párr. 8.

⁷⁵⁵ Párrafo 2 del artículo 32.

⁷⁵⁶ La cuestión de cuál es la autoridad competente para renunciar a la inmunidad se examina en la subsección siguiente.

⁷⁵⁷ *Lasidi, S.A. v. Financiera Avenida, S.A.*, op. cit., pág. 950.

⁷⁵⁸ Párrafo 2 del artículo 32.

⁷⁵⁹ Párrafo 3 del artículo 32.

⁷⁶⁰ Cabe observar que el proyecto de artículo de la CDI sobre este punto permitía tanto la renuncia expresa como la renuncia tácita en el contexto de los procedimientos civiles (pero no de los penales). Esta disposición en definitiva fue modificada de modo de exigir la renuncia expresa

sobre las Misiones Especiales mantiene la misma posición, lo mismo que el artículo 7 de los Artículos sobre la responsabilidad de Estados, y concluye que “la única excepción que es común a los tres textos se refiere al caso en que un Jefe de Estado mismo inicia un procedimiento: esto no sólo configura una aceptación de la jurisdicción del Estado del foro, sino que además excluye la afirmación de inmunidad en relación con una reconvencción directamente ligada”⁷⁶¹. A este respecto, Verhoeven comentó en su informe al Instituto de Derecho Internacional que siempre que esté clara la intención de un Estado de renunciar a la inmunidad de uno de sus funcionarios actuales o ex funcionarios, no tiene por qué ser necesariamente por escrito. En cambio, podría estar implícita en la decisión de la autoridad competente de acusar a un ex Jefe de Estado en el extranjero a fin de recuperar bienes de los que se sospeche que se ha apropiado indebidamente⁷⁶².

258. Segundo, y en contraste, hay una forma más polémica de renuncia tácita en los casos en que la inmunidad se infiere de la aceptación por un Estado de un instrumento o acuerdo que implica necesariamente que sus funcionarios actuales o ex funcionarios serán objeto de un proceso penal en otra jurisdicción⁷⁶³. Por ejemplo, en la causa *Pinochet* (No. 3), la cuestión de la renuncia giró en torno a la

tanto en los procedimientos civiles como en los penales, porque se argumentó en la CDI y en la Conferencia de Viena que era ilógico permitir la renuncia tácita cuando las inmunidades pertenecían al Estado que envía y no al miembro individual de la misión diplomática. Véase el comentario de Denza a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, op. cit., pág. 278.

⁷⁶¹ Watts, op. cit. (1994), pág. 68.

⁷⁶² Verhoeven, “Rapport provisoire”, op. cit., pág. 550 (“Si la voluntad de retirar la inmunidad debe ser cierta, no debe ser necesariamente formulada por escrito; por ejemplo, está necesariamente implícita en la decisión de la autoridad competente de acusar en el extranjero a un (ex) jefe de Estado para recuperar des bienes y otros haberes que se sospecha que han sido objeto de apropiación ilegal.”). Análogamente, Watts y Jennings, op. cit., se refieren en el contexto de la inmunidad de los Estados a que “Puede considerarse que un Estado ... ha renunciado a su inmunidad por implicación, por ejemplo, incoando procedimientos o interviniendo en ellos, o tomando algunas medidas en los procedimientos en relación con el fondo del caso”, pero señalan que “No se considera que un Estado ha renunciado a su inmunidad si comparece en procedimientos contra él a fin de hacer valer su inmunidad, o a hacer valer un interés en bienes que son objeto de procedimientos en los que no es parte y en los que habría gozado de inmunidad si los procedimientos hubieran sido iniciados contra él.” (págs. 354 y 355).

⁷⁶³ Esta misma distinción entre formas aceptadas y discutidas de renuncia tácita a la inmunidad ha sido observada por algunos comentaristas en el contexto de la inmunidad de los Estados en el derecho de los Estados Unidos con arreglo a la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros. Refiriéndose a la Sección 1605 a) 1) de la Ley (que dispone que un Estado extranjero no tiene derecho a la inmunidad en ningún caso en que haya renunciado a su inmunidad “expresamente o en forma implícita”), Kahale y Vega examinan en el análisis artículo por artículo de la historia legislativa la disposición que prescribe lo siguiente: “Con respecto a las renunciaciones tácitas, los tribunales han concluido que existían tales renunciaciones en los casos en que un Estado extranjero ha aceptado un arbitraje en otro país o en que un Estado extranjero ha aceptado que un contrato se rija por la ley de determinado país. También se configuraría una renuncia tácita en una situación en la cual un Estado extranjero ha presentado un escrito de respuesta en una acción sin plantear la defensa de inmunidad soberana. Kahale y Vega, op. cit., págs. 232 y 233 (citando el Informe de la Cámara de Representantes No. 1487, 94° Congreso, 2° periodo de sesiones, pág. 18). Los autores argumentan que “parece que el análisis artículo por artículo presenta en forma exagerada el derecho vigente en materia de renunciaciones tácitas. Si bien el principio de la renuncia basada en una apariencia general es claro, la proposición de que una cláusula de elección de derecho o arbitraje constituía una renuncia a la inmunidad antes de la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados es de dudosa validez.” *Ibid.* pág. 233.

ratificación de la Convención contra la Tortura por Chile, y los siete Lores se refirieron a la renuncia en algún grado⁷⁶⁴. 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 jurisdicción⁷⁶⁵. Así pues, se plantea la cuestión de si realmente operó algún tipo de renuncia tácita⁷⁶⁶. Lord Hope de Craighead señaló que “la Sección 1605 a) 1) de la Ley federal sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros de los Estados Unidos prevé una renuncia tácita, pero esta sección ha sido interpretada estrictamente”⁷⁶⁷. Efectivamente, en la causa *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation* la Corte Suprema de los Estados Unidos interpretó esta disposición sobre renuncia tácita y determinó que “un Estado extranjero [no] puede renunciar a su inmunidad... firmando un acuerdo internacional que no contenga mención alguna de una renuncia a la inmunidad de proceso en los tribunales de los Estados Unidos o incluso a la existencia de un fundamento para iniciar una acción en los Estados Unidos”⁷⁶⁸. En una línea análoga, algunos comentaristas han concluido que “cuando un estado ha convenido en un contrato someter a arbitraje las controversias que se plantean en relación con dicho contrato, por lo común los tribunales rechazarán la alegación de inmunidad que haga el Estado, ya sea en el procedimiento arbitral o en un procedimiento de ejecución de un laudo arbitral dictado contra él”⁷⁶⁹. Así pues, parece haber renuencia a aceptar una forma de inmunidad tácita fundada en la aceptación de un acuerdo que sólo puede considerarse que implica una renuncia a la inmunidad porque dicha inmunidad sería de alguna manera incompatible con el tenor del acuerdo, sin que el acuerdo diga tal cosa en forma explícita⁷⁷⁰.

⁷⁶⁴ Véase el examen en O’Neil, op. cit., págs. 314 a 316.

⁷⁶⁵ Como se examina *infra*, esto comprende a Lord Saville de Newdigate, Lord Millet, Lord Philips de Worth Matravers, Lord Browne-Wilkinson, y Lord Hutton.

⁷⁶⁶ En al menos otra causa se ha adoptado un enfoque análogo. Refiriéndose a *Von Dardel v. USSR*, una causa civil ante un tribunal federal de distrito de los Estados Unidos en el Distrito de Columbia, Koivu señala que el tribunal concluyó “que había llegado a ser aceptado entre los juristas que un soberano puede renunciar tácitamente a su inmunidad por violaciones de los derechos humanos al ratificar acuerdos sobre derechos humanos. Así pues, la ratificación de una convención sobre derechos humanos puede entenderse como una renuncia a la inmunidad con respecto a las violaciones de los derechos humanos que pueden ser objeto de procedimientos penales en un Estado extranjero.” Koivu, op. cit., pág. 318.

⁷⁶⁷ *Pinochet* (No. 3), pág. 623 (citando a *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992) 965 F.2d 699, pág. 720; *Princz v. Federal Republic of Germany* (1994) 26 F.3d 1166, pág. 1174; *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation*, 488 U.S. 428, 109 S.Ct 683, sentencia de 23 de enero de 1989, pág. 693).

⁷⁶⁸ Corte Suprema, *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation*, op. cit., págs. 442 y 443.

⁷⁶⁹ Jennings y Watts, op. cit., pág. 352.

⁷⁷⁰ Algunos juristas también han considerado si la firma del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional constituye una renuncia a las inmunidades ante los tribunales nacionales. Compárese Koller, op. cit., págs. 40 y 41 (“Es poco lo que hay en el texto del Estatuto de la CPI que se pueda interpretar como constituyendo una renuncia a las inmunidades ante los tribunales internos, pero por lo menos un jurista sostiene que por el Estatuto de la CPI se renuncia a las inmunidades tanto ante la CPI como en los juicios ante los tribunales nacionales. Además, el artículo 9 del proyecto de ley de la República Democrática del Congo sobre la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que prevé juicios internos, dispone que “las inmunidades o normas sobre procedimientos especiales referidos a las personas que tengan carácter oficial, en virtud del derecho interno o del derecho internacional, no impedirán que el

259. A la luz de la renuencia general a aceptar una renuncia tácita fundada en la aceptación de un acuerdo, el resultado a que se llegó en la causa *Pinochet* (No. 3) — en gran medida fundado en la ratificación de la Convención sobre la Tortura por Chile— parece bastante extraordinario. Si bien el hecho de que seis de los siete Lores negaron que la causa se refiriese a una renuncia a la inmunidad es congruente con esa renuencia general, es preciso profundizar el análisis para entender cómo evitaron caracterizar a esta causa como un caso de renuncia tácita. Como la comprensión de su fundamentación ayudará a aclarar si existe esta forma de renuncia tácita, aquí se intenta hacer dicho análisis con cierto grado de detalle. En lo tocante a la posibilidad de renuncia expresa, sólo dos magistrados se refirieron a dicha posibilidad. Por un lado, Lord Saville de Newdigate argumentó que la ratificación de la Convención sobre la Tortura constituía una renuncia expresa:

“En lo tocante a los Estados que son partes en la Convención, no puedo ver cómo, en lo que se refiere a la tortura, podría existir esa inmunidad de manera compatible con las expresiones de dicha Convención. Cada uno de los Estados parte ha convenido en que los demás Estados partes puedan ejercer su jurisdicción respecto de los funcionarios supuestamente torturadores que se encuentren dentro de sus territorios, extraditándolos o remitiéndolos a sus propias autoridades competentes para que los enjuicien; y entonces a mi parecer difícilmente se puede alegar simultáneamente una inmunidad de extradición o enjuiciamiento que necesariamente se funda en la naturaleza oficial de la supuesta tortura. ... Se... 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 expuestos e inequívocos de la Convención sobre la Tortura cumplen con cualquier requisito en tal sentido⁷⁷¹.”

260. En contraste, el único magistrado que emitió una opinión disidente, Lord Goff de Chieveley, no pudo encontrar ninguna renuncia expresa a la inmunidad del jefe de Estado en la Convención sobre la Tortura, ni aún debates en tal sentido en los *travaux préparatoires*. Como también rechazó el concepto de renuncia tácita a la inmunidad del jefe de Estado⁷⁷², concluyó que, consiguientemente, Pinochet gozaba de inmunidad *ratione materiae*⁷⁷³.

261. El resto de los Lores, en general, concluyó que la ratificación de la Convención sobre la Tortura por Chile no creaba ni una renuncia expresa ni una renuncia tácita. Un magistrado, Lord Hope de Craighead, concluyó que el tema central no era el de la renuncia, porque lo que era incompatible con la inmunidad del jefe de Estado era el desarrollo de una prohibición consuetudinaria de un crimen

juez ejerza su competencia en lo tocante a la persona de que se trate”) con Klingberg, op. cit., págs. 549 y 550 (“El artículo 27 del Estatuto de Roma permite que la CPI no tenga en cuenta las inmunidades de las cuales de otro modo gozarían los nacionales de las Partes Contratantes; en esa medida, la disposición constituye una renuncia a dicha inmunidad. Sin embargo, una interpretación de la disposición en el sentido de que también priva de sus inmunidades a los nacionales de Estados terceros, haría que el artículo 27 entrara en conflicto con el principio de *pacta tertiis non nocent* que está consagrado en el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y forma parte del derecho internacional consuetudinario. Lo mismo es cierto en lo tocante al párrafo 2 del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Especial.”).

⁷⁷¹ *Pinochet* (No. 3), págs. 642 y 643.

⁷⁷² *Ibid.*, págs. 602 a 604.

⁷⁷³ *Ibid.*, págs. 604 a 609.

internacional de tortura, y no la ratificación de la Convención sobre la Tortura por Chile. Partiendo de la premisa de que el párrafo 2 del artículo 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, incorporado al derecho del Reino Unido y hecho aplicable al caso de las inmunidades de los jefes de Estado, dispone que toda renuncia a la inmunidad “ha de ser siempre expresa”⁷⁷⁴, concluyó lo siguiente:

“Yo no consideraría al presente como un caso de renuncia. Ni tampoco aceptaría que es un término implícito de la Convención sobre la Tortura que los ex Jefes de Estado deban ser privados de su inmunidad *ratione materiae* con respecto a todos los actos de tortura oficial en el sentido en que se la define en el artículo 1. Es sólo que las obligaciones que estaban reconocidas por el derecho internacional consuetudinario en el caso de tales graves crímenes internacionales a la fecha en que Chile ratificó la Convención son tan fuertes que prevalecen sobre cualquier objeción por parte de Chile fundada en la inmunidad *ratione materiae* frente al ejercicio de la jurisdicción respecto de los crímenes cometidos después de la fecha en que el Reino Unido la había establecido”⁷⁷⁵.

262. Los demás magistrados adoptaron un enfoque con arreglo al cual la ratificación de la Convención sobre la Tortura por Chile tiene el efecto de remover la inmunidad del jefe de Estado, pero, más bien que operar como una renuncia procesal, creó un conflicto sustantivo entre las normas de prohibición de la tortura y la inmunidad de los jefes de Estado. Algunos magistrados adoptaron la posición de que por definición la tortura constituye una función oficial del Jefe de Estado y utilizaron esta premisa para argumentar que el tema central no era el de la renuncia⁷⁷⁶. En contraste, otros magistrados adoptaron la posición de que la tortura

⁷⁷⁴ Ibid., pág. 623.

⁷⁷⁵ Ibid., pág. 626. En otros puntos de su razonamiento, empero, Lord Hope de Craighead parece fundarse en cierto modo en el desarrollo del régimen de la Convención. Véase, por ejemplo, ibid. pág. 626 (“En mi opinión, una vez que el mecanismo previsto en ella se instituyó para permitir que los tribunales de un Estado extranjero ejercieran jurisdicción respecto de tales crímenes, ya no era posible que un Estado que fuera signatario de la Convención invocara la inmunidad *ratione materiae* en caso de que se formularan alegaciones de tortura sistemática o generalizada cometidos después de esa fecha en los tribunales de dicho Estado contra sus funcionarios o contra cualquier otra persona que actuase en carácter oficial.”). Además, Lord Hope “consider[a] que la fecha a partir de la cual se perdió la inmunidad *ratione materiae* fue el 30 de octubre de 1988, que fue la fecha en la cual surtió efecto la ratificación de la Convención contra la Tortura por Chile llevada a cabo el 30 de septiembre de 1988.” Ibid. Sin embargo, en definitiva Lord Hope admite que la ratificación de la Convención contra la Tortura por Chile no incide directamente en la cuestión de la inmunidad según su opinión, sino que fue el punto en el cual Chile “quedó privado del derecho a objetar la jurisdicción extraterritorial que el Reino Unido pudo hacer valer respecto de esos delitos cuando la sección entró en vigor.” Ibid.

⁷⁷⁶ Por ejemplo, Lord Millet concluyó que, como con arreglo al artículo 1 de la Convención la tortura “sólo puede ser cometida por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”, “no hay inmunidad alguna a la que haya que renunciar [porque se trata de un] delito que sólo puede ser cometido en circunstancias que normalmente harían surgir la inmunidad.” *Pinochet* (No 3), pág. 651. Así pues, razonó que “la comunidad internacional había creado un delito respecto del cual no era posible que se invocara la inmunidad *ratione materiae*” porque “no puede suponerse que el derecho internacional haya establecido un crimen que tenga carácter de *jus cogens* y al mismo tiempo haya otorgado una inmunidad que tiene la misma extensión que la obligación que trata de imponer.” Ibid. Lord Philips de Worth Matravers adoptó un enfoque análogo. Ibid., pág. 661 (“El único comportamiento regulado por esta Convención es un comportamiento que sería objeto de la inmunidad *ratione materiae*, si dicha inmunidad fuera aplicable. Por consiguiente,

no puede constituir una función de un Jefe de Estado, y usaron esta premisa para argumentar que el tema de la renuncia no estaba en cuestión⁷⁷⁷.

263. En conjunto, la mayoría de los magistrados en la causa *Pinochet* (No. 3) trazó una línea divisoria muy delgada entre una renuncia procesal (que negaron que fuese el punto a decidir) y un conflicto sustantivo entre las normas de prohibición de la tortura y la inmunidad de los jefes de Estado (que afirmaron que era el punto a decidir). Esta distinción ha sido criticada por algunos comentaristas. Por ejemplo, O’Neil argumenta que, “si bien algunos de los magistrados dijeron expresamente que no se trataba de un caso de renuncia a la inmunidad, su análisis los traiciona. ... Si un Estado ya no puede utilizar un derecho en virtud de su decisión de firmar un tratado, parece evidente que el Estado ha renunciado a ese derecho”⁷⁷⁸. O’Neil concluye que la razón por la cual “la mayoría de los magistrados se resistieron a decir que en realidad se trataba de un caso de renuncia [fue un]... temor de que cualquier derogación de la norma consuetudinaria relativa a la renuncia expresa a las inmunidades creara la posibilidad de un “caos internacional [si] los tribunales de distintos Estados partes en un tratado llegaran a conclusiones diferentes sobre la cuestión de si debía entenderse implícita la renuncia a la inmunidad”⁷⁷⁹. Análogamente, McLachlan argumenta que “la gran virtud de este enfoque, como tema de aceptación internacional, era que se fundaba en el consentimiento de los Estados, y se percibía como fundado en dicho apoyo. El problema con dicho

la Convención es incompatible con la aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*. Hay sólo dos posibilidades. Una es que los Estados partes en la Convención partieron de la premisa de que no podía existir una inmunidad *ratione materiae* con respecto a la tortura, un crimen contrario al derecho internacional. La otra es que los Estados Partes en la Convención hayan convenido expresamente en que la inmunidad *ratione materiae* no debería aplicarse en el caso de tortura. Yo creo que la primera de esas alternativas es la correcta, pero cualquiera de las dos debe ser fatal para la invocación por parte de Chile”).

⁷⁷⁷ Según esta lógica, en lugar de crear una renuncia procesal, la ratificación de la Convención contra la Tortura tipifica definitivamente como crimen a la tortura y en consecuencia hace imposible que constituya una función oficial respecto de la cual pueda hacerse valer la inmunidad *ratione materiae*. Por ejemplo, Lord Browne-Wilkinson concluyó que “si, como se alega, el Senador Pinochet organizó y autorizó la tortura después del 8 de diciembre de 1988, no estaba actuando en ningún carácter en el cual surja la inmunidad *ratione materiae* porque esas acciones eran contrarias al derecho internacional, [y] Chile había convenido en poner fuera de la ley a esa conducta”. *Ibid.*, pág. 595. Véase también *ibid.*, pág. 594 (“¿Cómo puede a los efectos del derecho internacional ser una función oficial hacer algo que el derecho internacional mismo prohíbe y tipifica como crimen?”). Lord Hutton adoptó un enfoque análogo, concluyendo que, si bien Pinochet no tenía derecho a la inmunidad, “no ha habido una renuncia a la inmunidad de un ex jefe de Estado con respecto a sus funciones como jefe de Estado” sino “que la comisión de actos de tortura no es una función de un jefe de Estado, y por consiguiente en el presente caso la inmunidad a la que tiene derecho el Senador Pinochet como ex jefe de Estado no surge en relación con los actos de tortura, y no es inherente a ellos.” *Pinochet* (No. 3), pág. 639 (“Considero, con respeto, que la conclusión de que después del 29 de septiembre de 1988 la comisión de actos de tortura no era con arreglo al derecho internacional una función del Jefe de Estado de Chile no entraña la opinión de que debe entenderse que Chile ha renunciado tácitamente a la inmunidad de un ex jefe de Estado. En mi opinión no ha habido una renuncia a la inmunidad de un ex jefe de Estado con respecto a sus funciones como jefe de Estado. Mi conclusión de que el Senador Pinochet no tiene derecho a la inmunidad se funda en la opinión de que la comisión de actos de tortura no es una función de un jefe de Estado, y por consiguiente en el presente caso la inmunidad a la que tiene derecho el Senador Pinochet como ex jefe de Estado no surge en relación con los actos de tortura, y no es inherente a ellos.”).

⁷⁷⁸ O’Neil, *op. cit.*, págs. 314 y 315.

⁷⁷⁹ *Ibid.* pág. 316 (citando a *Pinochet* (No. 3), opinión disidente de Lord Goff de Chieveley, pág. 604).

enfoque es que ese consentimiento es esencialmente una ficción. Como señaló con acierto Lord Goff en su opinión disidente: “qué extraordinario sería, y, en realidad, qué trampa se crearía para los incautos, si las inmunidades del Estado pudiesen ser objeto de renuncia en un tratado *sub silentio*”⁷⁸⁰. Tanto McLachlan como O’Neil concluyen, sin embargo, que la Corte Internacional de Justicia “rechazó decisivamente” este enfoque de una especie de renuncia sustantiva de la mayoría de los Lores en la causa *Pinochet* cuando, en la causa de la *Orden de detención*, concluyó lo siguiente:

“Aun cuando varias convenciones internacionales sobre la prevención y el castigo de determinados crímenes graves imponen a los Estados obligaciones de enjuiciamiento o extradición, con lo cual los obligan a extender su jurisdicción penal, esa extensión de su jurisdicción no afecta en modo alguno a las inmunidades existentes con arreglo al derecho internacional consuetudinario, incluidas las de los ministros de relaciones exteriores. Dichas inmunidades siguen siendo oponibles ante los tribunales de un Estado extranjero, incluso cuando dichos tribunales ejerzan esa jurisdicción con arreglo a las convenciones mencionadas”⁷⁸¹.

Esta conclusión de la Corte Internacional de Justicia parece, en efecto, contradecir directamente el enfoque adoptado por la mayoría de la Cámara de los Lores en *Pinochet* (No. 3).

264. En resumen, si bien se acepta casi universalmente que los Estados pueden renunciar a la inmunidad de sus funcionarios actuales o ex funcionarios mediante una renuncia expresa, la noción de una renuncia tácita es más polémica. Esta situación se complica porque los tribunales y los comentaristas han caracterizado como renuncia tácita a dos fenómenos distintos. Por un lado, hay un apoyo relativamente fuerte, en particular en procedimientos civiles, para una renuncia tácita a la inmunidad de jurisdicción en una causa determinada operada mediante la iniciación de procedimientos por una autoridad competente para renunciar a la inmunidad. Por otro lado, hay una forma de renuncia tácita mucho más polémica cuando la inmunidad se infiere de la aceptación por un Estado de un instrumento o acuerdo que tiene la necesaria consecuencia de que sus funcionarios actuales o sus ex funcionarios serán objeto de un proceso penal en otra jurisdicción. Si bien la conclusión de la Cámara de los Lores en *Pinochet* (No. 3) parece reconocer una renuncia con tales lineamientos, todos los Lores negaron expresamente que se hubiese operado una renuncia tácita⁷⁸², y la Corte Internacional de Justicia posteriormente concluyó que la ratificación de convenciones internacionales sobre la prevención y el castigo de crímenes graves no afecta en modo alguno a las inmunidades existentes con arreglo al derecho internacional consuetudinario.

⁷⁸⁰ McLachlan (2002), op. cit., pág. 961 (citando a *Pinochet* (No. 3), opinión de Lord Goff de Chieveley, pág. 608).

⁷⁸¹ *Arrest Warrant*, párr. 59.

⁷⁸² Un Lord concluyó que era, más bien, un caso de renuncia expresa, y los otros seis concluyeron que no se había operado ninguna renuncia. Véase *supra*, nota de pie de página 765 y texto correspondiente.

b) *Autoridad competente para renunciar a la inmunidad*

265. En lo tocante a la autoridad competente para renunciar a la inmunidad de un funcionario del Estado, generalmente se acepta que sólo puede renunciar a dicha inmunidad el gobierno en ejercicio del funcionario extranjero⁷⁸³. A este respecto, Verhoeven dijo en su informe al Instituto de Derecho Internacional lo siguiente:

“No incumbe al jefe del Estado extranjero renunciar personalmente a las inmunidades que le son debidas en virtud del derecho internacional, habida cuenta de que ellas protegen a funciones que ejerce exclusivamente en interés del Estado a cuyo frente se encuentra. Incumbe a las autoridades competentes de éste retirar o levantar esas inmunidades, si dichas autoridades lo estiman oportuno⁷⁸⁴.”

266. En lo tocante al fundamento de la norma, Tunks observa que en el derecho internacional se considera “que la inmunidad del jefe de Estado es un privilegio otorgado a un Estado extranjero con la finalidad de promover el respeto internacional, la diplomacia y la cortesía, y no un poder que tenga el líder de que se trate”⁷⁸⁵. Así pues, se deduce que debería ser el Estado mismo, y no el Jefe de Estado u otro funcionario del Estado, quien tuviese el poder de renunciar a ese privilegio.

267. El principio de que la renuncia a la inmunidad de los funcionarios del Estado sólo puede ser formulada por el actual gobierno en funciones de dicha persona se reviste de una complejidad adicional cuando el gobierno oficial es objeto de impugnación. Por ejemplo, en *Lafontant c. Aristide*, dos días después del homicidio presuntamente ordenado por Aristide que constituye la base del proceso, Aristide fue derrocado por un golpe militar y se exilió en los Estados Unidos⁷⁸⁶. Joseph Nerette pasó a ser Presidente temporal de Haití según el derecho constitucional haitiano, y con arreglo al derecho haitiano se expidió una orden para la detención de Aristide⁷⁸⁷. Asimismo, Aristide presuntamente firmó una carta por la cual abandonaba su título de Presidente de la República de Haití⁷⁸⁸. De todos modos, el Poder Ejecutivo de los Estados Unidos siguió reconociendo a Aristide como Jefe de Estado legítimo⁷⁸⁹. El demandante argumentó que el gobierno de Nerette había renunciado tácitamente a la inmunidad de Aristide al no cumplir un acuerdo que había firmado con él en el cual le permitía regresar a Haití⁷⁹⁰. El tribunal se negó a aceptar este argumento relativo a la renuncia, determinando que, si bien generalmente “el gobierno de un Estado extranjero que es reconocido por el Poder Ejecutivo puede renunciar a la inmunidad de su jefe de Estado”⁷⁹¹, en este caso particular, “como los Estados Unidos no reconocen al gobierno *de facto*, dicho gobierno no tiene el poder de renunciar a la inmunidad del Presidente Aristide”⁷⁹².

⁷⁸³ *Arrest Warrant*, párr. 61.

⁷⁸⁴ Verhoeven, “*Rapport provisoire*”, pág. 550.

⁷⁸⁵ Tunks, op. cit., págs. 672 y 673.

⁷⁸⁶ *Lafontant v. Aristide*, op. cit., pág. 130, reproducido en *International Law Reports*, vol. 103, pág. 583.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, pág. 584.

⁷⁸⁸ *Ibid.*

⁷⁸⁹ *Ibid.*, págs. 583 y 584.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, págs. 584, 587.

⁷⁹¹ *Ibid.*, pág. 586.

⁷⁹² *Ibid.*, pág. 587. Si bien este enfoque de recurrir a la ley del Estado del foro para determinar qué gobierno tiene derecho a renunciar a la inmunidad plantea cuestiones de soberanía (pues, como

268. Por último, es preciso considerar cuáles son en particular las autoridades o el órgano del gobierno reconocido en funciones del funcionario del Estado competentes para renunciar a la inmunidad de dicho funcionario. La resolución del Instituto de Derecho Internacional dice que “el derecho interno del Estado de que se trate determina cuál es el órgano competente a los efectos de dicha renuncia”⁷⁹³. El Tribunal Federal de Suiza, en la causa *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, no examinó el detalle de cuál de los ministros o ministerios había formulado la renuncia, sino que llegó a una conclusión general de que la declaración provenía de los órganos de gobierno de Filipinas que podían considerarse como representantes calificados de dicho Estado⁷⁹⁴. En la causa *Paul c. Avril*, la renuncia a la inmunidad de un ex dirigente militar haitiano fue formulada por el Ministro de Justicia de la República de Haití⁷⁹⁵. Si se acude a la práctica relativa a la inmunidad del Estado, Kahale y Vega señalan que la Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros de los Estados Unidos “no dice nada sobre la cuestión relativa a cuál es la persona o el órgano que está facultado para renunciar a la inmunidad ante los tribunales de los Estados Unidos”⁷⁹⁶. En cambio, la Ley del Reino Unido sobre las inmunidades de los Estados dispone que “se considerará que el jefe de la misión diplomática de un Estado ante el Reino Unido, o la persona que esté temporalmente cumpliendo tales funciones, está facultado para comparecer en nombre del Estado con respecto a cualesquiera procedimientos”⁷⁹⁷. Además, si bien el problema no parece ser común en la práctica, Watts plantea la preocupación de que “la renuncia a la inmunidad de un Jefe de Estado... se complica porque él es la máxima autoridad dentro del propio Estado... [y] en virtud de su posición en su Estado, puede considerarse que está facultado para renunciar efectivamente a su propia inmunidad”⁷⁹⁸. Examinando la definición de “Estado” que figura en el inciso *i*) del apartado *b*) del artículo 2 del Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, argumenta que, como dicha

lo muestra el presente caso, contradice el proceso constitucional del Estado del funcionario estatal), tiene un atractivo lógico si se considera que el fundamento de la inmunidad opera principalmente para asegurar las buenas relaciones diplomáticas entre los gobiernos, porque el Estado del foro tiene relaciones diplomáticas con el gobierno al cual reconoce.

⁷⁹³ Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2001, párrafo 1 del artículo 7. A este respecto, Kahale y Vega señalan lo siguiente (en el contexto de la inmunidad de los Estados): “El problema puede plantearse típicamente en casos en que la Constitución o las leyes de un país extranjero prohíban toda clase de renuncia a la inmunidad soberana por el gobierno extranjero. Cuando esa interpretación del derecho extranjero sea clara y esté vigente en el momento de la supuesta renuncia, podría argumentarse que la renuncia ha sido *ultra vires* e inválida, particularmente si la parte privada tiene noticia de la norma extranjera que prohíbe la renuncia. En la medida en que las normas convencionales sobre elección del derecho en lo tocante a la cuestión de la autoridad sigan siendo un factor potencial en este análisis, la prudencia dictaría que una parte privada que invocase una renuncia contractual examinase detenidamente el derecho extranjero... para determinar la validez de la renuncia con arreglo a ese derecho”. Kahale y Vega, op. cit., págs. 231 y 232.

⁷⁹⁴ *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, op. cit., pág. 537 (“Desde el punto de vista formal, es decisivo que esta declaración emana de uno de los órganos dirigentes de Filipinas, al que el Tribunal Federal puede considerar como representante calificado de dicho Estado”).

⁷⁹⁵ *Paul v. Avril*, op. cit., pág. 210.

⁷⁹⁶ Kahale y Vega, op. cit., pág. 231.

⁷⁹⁷ Reino Unido, Ley sobre las inmunidades de los Estados, 1978, § 27), citada en Kahale y Vega, op. cit., págs. 231 y 232, nota de pie de página 102.

⁷⁹⁸ Watts, op. cit., pág. 67.

definición comprende al jefe de Estado y al gobierno del Estado como parte del Estado, “parecería que una renuncia formulada por cualquiera de ellos sería eficaz a los efectos del proyecto de artículos”⁷⁹⁹. En lo tocante a los procedimientos iniciados contra un Jefe de Estado en su carácter privado, Watts argumenta que “es más claro que él mismo puede formular una renuncia eficaz a dicha inmunidad”⁸⁰⁰, pero también cree que su Estado podría hacerlo⁸⁰¹.

c) *Efectos jurídicos de la renuncia a la inmunidad*

269. 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. Como se señaló *supra*, las renunciaciones expresas son generalmente bastante amplias y dejan escaso margen a la interpretación, pues dicen, por ejemplo, que la persona “no goza absolutamente de ninguna forma de inmunidad”⁸⁰² o levantan “toda inmunidad 1) de Estado, 2) de jefe de Estado o 3) diplomática”⁸⁰³. El alcance jurídico de una renuncia tácita depende del tipo de renuncia tácita de que se trate. Si es de la primera variedad examinada *supra* (renuncia tácita mediante la iniciación de procedimientos por autoridad competente para renunciar a la inmunidad), dicha renuncia puede estar limitada a esos procedimientos. Si se trata de una renuncia tácita de la segunda variedad (renuncia que se infiere de la aceptación de un acuerdo internacional cuya consecuencia necesaria es que sus funcionarios actuales o sus ex funcionarios serán objeto de un proceso penal en otra jurisdicción), el efecto es menos claro aún, como lo ilustran las diferencias entre los magistrados en la causa *Pinochet* (No. 3) que se examinaron *supra*⁸⁰⁴. Sin embargo, independiente de la forma en que se haya renunciado a la inmunidad, está claro por lo menos en relación con la inmunidad diplomática⁸⁰⁵ y la inmunidad de los Estados⁸⁰⁶ que una renuncia a la inmunidad de jurisdicción no entraña una renuncia a la inmunidad de ejecución, respecto de la cual se necesita una renuncia separada. No está claro, empero, en qué medida sería apropiado considerar aplicable en un proceso penal esta norma que requiere una renuncia separada⁸⁰⁷.

⁷⁹⁹ *Ibid.*

⁸⁰⁰ *Ibid.* (citando a la causa *Prince of X Road Accident*, op. cit., pág. 13).

⁸⁰¹ *Ibid.*

⁸⁰² Renuncia a la inmunidad de Prosper Avril, ex Teniente General de las fuerzas armadas de Haití, *supra*, nota de pie de página 740 y texto correspondiente.

⁸⁰³ Renuncia a la inmunidad del ex Presidente de Filipinas Ferdinand Marcos, *supra*, nota de pie de página 742 y texto correspondiente.

⁸⁰⁴ Véase *supra*, notas de pie de página 764 a 777 y texto correspondiente.

⁸⁰⁵ Párrafo 4 del artículo 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Esta disposición se examina detalladamente en Denza, op. cit., págs. 284 a 286.

⁸⁰⁶ Véase, por ejemplo, Rousseau, op. cit., pág. 16 (“Una consecuencia importante de la disociación de las dos inmunidades es que la renuncia a la inmunidad jurisdiccional no entraña necesariamente la renuncia a la inmunidad de ejecución. Por su parte, la jurisprudencia francesa siempre ha admitido que la desaparición de la inmunidad de jurisdicción no acarrea la de la inmunidad de ejecución: como ésta tiene un “carácter absoluto”, la soberanía y la independencia de los Estados extranjeros no pueden en caso alguno verse comprometidas por medidas de ejecución que entrañen el recurso a la fuerza pública”).

⁸⁰⁷ Por ejemplo, en su comentario a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, Denza observa: “El párrafo 4 del artículo 32 sólo se refiere a los procedimientos civiles y administrativos. No hay mención alguna a la posición en lo tocante a los procedimientos penales. Por consiguiente, se puede argumentar que la inferencia que surge del texto es que, en

lo tocante a los procedimientos penales, no es necesaria una renuncia separada con respecto a la ejecución de la eventual pena y que la renuncia a la inmunidad en una causa penal no puede estar limitada al procedimiento encaminado a determinar la culpabilidad.” Denza, *op. cit.*, pág. 284. Sin embargo, la autora señala lo siguiente:

“La omisión de toda referencia a los procedimientos penales en el artículo 32 es probablemente accidental. El proyecto original de párrafo 4 del artículo 32 elaborado por el Relator Especial tenía el texto siguiente: “No se entenderá que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción con respecto a procedimientos judiciales implica la renuncia a la inmunidad en relación con ejecución de la sentencia.” A este respecto, el Presidente de la Comisión de Derecho Internacional comentó que “establecía un principio que era, según creía, universalmente reconocido”, y no hubo ningún debate ulterior. El Comité de Redacción de la CDI, empero, limitó la disposición a “los procesos civiles”. La razón para ello fue probablemente que la parte anterior del artículo había sido modificada para disponer que, mientras que en los procedimientos penales la renuncia debía ser siempre expresa, podía ser tácita en los procesos civiles. Por consiguiente, no era necesario aclarar en relación con los procedimientos penales que la renuncia a la inmunidad con respecto al proceso no implicaba una renuncia a la inmunidad con respecto a la ejecución, pues en una renuncia expresa ese punto por lo común se dejaría en claro. Pero como entonces se iba a permitir la renuncia tácita para los procesos civiles, era importante dejar en claro que la renuncia a la inmunidad de ejecución en los procesos civiles no podía ser tácita. La Conferencia invirtió la decisión de la CDI sobre la cuestión de la renuncia tácita, pero parece haber pasado por alto la inferencia derivada de la formulación del párrafo 4.” *Ibíd.*, págs. 284 y 285.

Denza argumenta que, si bien “el argumento en contra de exigir una renuncia separada con respecto a la ejecución, o de permitir que la renuncia sólo alcance hasta el punto de la determinación de culpabilidad o inocencia, es que los procedimientos penales son un todo indivisible y que la pena es inseparable de la determinación de culpabilidad”, ésta “no es en la práctica la forma en que se desarrollan los procedimientos penales.” *Ibíd.*, pág. 285.

Anexo

Bibliografía selecta

I. Tratados y documentos análogos

- Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya II) (29 de julio de 1899), texto en inglés en *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, (compilado bajo la dirección de Charles I. Bevans, LL.B., Asesor Jurídico Adjunto, Departamento de Estado), Volumen 1: Multilateral 1776-1917, Publicación del Departamento de Estado 8407, Washington, D.C., Government Printing Office, 1968. (También disponible en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/lawofwar/hague02.htm>.)
- Convenio de Bruselas para la unificación de ciertas reglas concernientes a las inmunidades de los buques de Estado (Bruselas, 10 de abril de 1926), Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 176, pág. 199.
- Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente [en inglés: Charter of the International Military Tribunal for the Far East], *A Decade of American Foreign Policy: Basic Documents, 1941-1949*, Preparado a solicitud de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado por el personal de la Comisión y del Departamento de Estado, Washington, D.C., Government Printing Office, 1950. (También disponible en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtfech.htm>.)
- Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, disponible en: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtchart.htm>.
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, pág. 277.
- Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (18 de abril de 1961), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, pág. 95.
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (24 de abril de 1963), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, pág. 261.
- Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1400, pág. 231.
- Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 860, pág. 105.
- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 974, pág. 177.
- Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados y Protocolo Adicional (Basilea, 16 de mayo de 1972), *European Treaty Series*, No. 74. (También disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/074.doc>.)

- Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 4 de diciembre de 1973), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1035, pág. 167.
- Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (Nueva York, 9 de diciembre de 1994), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2051, pág. 363.
- Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (14 de marzo de 1975), *Documentos oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal*, vol. II.
- Convención internacional contra la toma de rehenes, (Nueva York, 17 de diciembre de 1979), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1316, pág. 205.
- Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, (Nueva York y Viena, 3 de marzo de 1980), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1456, pág. 124.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, pág. 85.
- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10 de marzo de 1988), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, pág. 221.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, pág. 3.
- Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona concertado en virtud de la resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad de 14 de agosto de 2000, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2178, pág. 138.
- Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, disponible en: www.scsl.org/Documents/scsl-statute.html.
- Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 15 de diciembre de 1997), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2149, pág. 256.
- Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, 2 de diciembre de 2004, documento A/59/508; notificación del depositario C.N.141.2005. TREATIES-4 de 28 de febrero de 2005. Véase también la resolución 59/38 de la Asamblea General, anexo.
- Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (Nueva York, 13 de abril de 2005), resolución 59/290 de la Asamblea General.
- Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999), resolución 54/109 de la Asamblea General.

II. Jurisprudencia internacional

A. Corte Permanente de Justicia Internacional

S.S. "Lotus" (Turquía c. Francia), C.P.I.J. 1927 (Serie A), No. 10, pág. 4.

B. Corte Internacional de Justicia

Sáhara Occidental, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1975, pág. 12.

Causa relativa al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América c. Irán), I.C.J. Reports 1980, pág. 3.

Diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1999, pág. 62.

Causa relativa a la orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), Sentencia, I.C.J. Reports 2002, pág. 3.

Causa relativa a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia), sentencia de 4 de junio de 2008, disponible en www.icj-cij.org.

C. Tribunal de Nuremberg

Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals [Sentencia del Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de los grandes criminales de guerra alemanes], Nuremberg, 30 de septiembre y 1° de octubre de 1946, Cmd. 6964, Misc. No.12, Londres: H.M.S.O 1946.

D. Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia

El Fiscal c. Karadzic y otros, (Causa No. IT-95-5/18), Sala de Primera Instancia, decisión de 16 de mayo de 1995.

El Fiscal c. Blaškić, (Causa No.IT-95-14), Sala de Apelaciones, sentencia sobre la solicitud de la República de Croacia de revisión de la decisión de la Sala de Primera Instancia II de 18 de julio de 1997.

El Fiscal c. Furundzija, (Causa No. IT-95-17/1), Sala de Primera Instancia, sentencia de 10 de diciembre de 1998.

El Fiscal c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic (Causas Nos. IT-96-23 e IT-96-233/1), Sala de Primera Instancia, sentencia de 22 de febrero de 2001.

El Fiscal c. Slobodan Milosevic (decisión sobre las peticiones preliminares) (Causa No.IT-02-54), Sala de Primera Instancia, decisión de 8 de noviembre de 2001.

E. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Causa de Al-Adsani c. el Reino Unido, Demanda No. 35763/97, sentencia de 21 de noviembre de 2001.

F. Tribunal Especial para Sierra Leona

Sala de Apelaciones, *El Fiscal c. Charles Ghankay Taylor*, Causa No. SCSL-2003-01-I, decisión sobre la inmunidad de jurisdicción, 31 de mayo de 2004.

III. Documentos de las Naciones Unidas

A. Resoluciones de la Asamblea General

Resolución 95 (I), de 11 de diciembre de 1946, Confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

Resolución 3 (I), de 13 de febrero de 1946, Extradición y castigo de criminales de guerra.

Resolución 170 (II), de 31 de octubre de 1947, Extradición de delincuentes de guerra y traidores.

Resolución 375 (IV), de 6 de diciembre de 1949, Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados.

Resolución 3074 (XXVIII), de 3 de diciembre de 1973, Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

B. Resoluciones del Consejo de Seguridad

Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, por la que se aprobó el Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991.

Resolución 955 (1994) de 8 de noviembre de 1994, con anexo que contiene el estatuto del Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

C. Documentos de la Comisión de Derecho Internacional

Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1950, vol. II, págs. 374 a 378, párrs. 97 a 127.

Informe sobre la cuestión de la jurisdicción penal internacional, por Ricardo J. Alfaro, Relator Especial, documento A/CN.4/15 and Corr.1, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1950, vol. II, págs. 1 a 18.

Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su sexto período de sesiones (3 de junio a 28 de julio de 1954), en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1954, vol. II, párr. 54.

- Segundo informe sobre las misiones especiales, por el Sr. Milan Bartoš, Relator Especial, documento A/CN.4/179, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1965*, vol. II, págs. 109 a 144.
- Tercer informe sobre las misiones especiales, por el Sr. Milan Bartoš, Relator Especial, documento A/CN.4/189 y Add. 1 y 2, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, vol. II, págs. 125 a 168.
- Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial, documento A/CN.4/331 y Add.1, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1980*, vol. II (Primera parte), págs. 199 a 230.
- Séptimo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial, documento A/CN.4/388 y Corr.1 y 2, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1985*, vol. II (Primera parte), págs. 21 a 47.
- Informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial, documento A/CN.4/415 y Corr.1, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1988*, vol. II (Primera parte), págs. 96 a 123.
- Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial, documento A/CN.4/422 y Corr.1 y Add.1 y Corr.1, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1989*, vol. II (Primera parte), págs. 59 a 73.
- Tercer informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial, documento A/CN.4/431 y Corr.1, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1990*, vol. II (Primera parte), págs. 3 a 22.
- Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones (6 de mayo a 26 de julio de 1996), documento A/51/10, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996*, vol. II, (Segunda parte), págs. 17 a 56.
- Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, con comentarios, 1991, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1991*, vol. II (Segunda parte), párr. 28, págs. 13 a 62.
- Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones (6 de mayo a 26 de julio de 1996), documento A/51/10, reproducido en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996*, vol. II (Segunda parte), págs. 17 a 56.
- Informe del Grupo de Trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, documento A/CN.4/L.576, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999*, vol. II (Segunda parte), anexo.
- Artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (Segunda parte), párr. 77, págs. 31 a 143.

D. Estudios elaborados por el Secretario General o la Secretaría

Memorándum presentado por el Secretario General, *The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal, History and Analysis* [Estatuto y sentencias del Tribunal de Nuremberg: historia y análisis], A/CN.4/5 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: 1949.V.7).

Estudio analítico elaborado en virtud de la resolución 1691 (LII) del Consejo Económico y Social, *Principios de cooperación internacional para la detección, la detención, la extradición y el castigo de las personas culpables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad*, informe del Secretario General, documento A/8823, 17 de octubre de 1972.

Estudio de la Secretaría, *Examen histórico de la evolución en materia de agresión* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.03.V.10).

Estudio elaborado por el Secretario General, *Estudio sobre la forma de asegurar la detención, la extradición y el castigo de las personas responsables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y el intercambio de documentación*, documentos E/CN.4/983 y Add.1 y 2 y A/8345.

Memorándum presentado por el Secretario General, *Estudio histórico del problema de la jurisdicción penal internacional*, documento A/CN.4/7/Rev. 1 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: 1949.V.8).

E. Otros

Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental, artículo 15 del Reglamento No. 15, de 6 de junio de 2000, relativo al establecimiento de grupos con competencia exclusiva para conocer de los crímenes graves.

IV. Documentos de otras organizaciones internacionales**Consejo de Europa**

Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI), *Immunities of Heads of State and Government and Certain Categories of Senior Officials vis-à-vis the States' Obligations to Prosecute Perpetrators of International Crimes*, Informe, 23ª reunión, 4 y 5 de marzo de 2002.

Unión Africana

Asamblea de la Unión Africana, Séptimo período ordinario de sesiones, 1º y 2 de julio de 2006, Banjul (Gambia), *Decisión sobre el caso Hissène Habré y la Unión Africana* (Assembly/AU/Dec.127(VII)).

Informe del Comité de Juristas Africanos Eminentes sobre el caso de Hissène Habré, presentado a la Cumbre de la Unión Africana en julio de 2006, disponible en: http://www.hrw.org/justice/habre/CEJA_Repor0506.pdf.

V. Legislación y jurisprudencia nacionales**A. Legislación nacional y materiales conexos**

Australia

Ley sobre privilegios e inmunidades diplomáticos, 1967.

Ley sobre las inmunidades de los Estados extranjeros (Ley No. 196 de 1985) (reproducida en Andrew Dickinson, Rae Lindsay y James P. Loonam (editores), *State Immunity: Selected Materials and Commentary* (Oxford, Clifford Chance, Oxford University Press, 2004), págs. 469 a 487).

Ley sobre la Corte Penal Internacional, 2002, No. 41, disponible en la base de datos sobre la legislación nacional establecida por la Corte Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>).

Bélgica

Ley relativa al castigo de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, 16 de junio de 1993, enmendada por la Ley de 10 de febrero de 1999 (reproducida en *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), págs. 921 a 925).

Ley relativa al castigo de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, nuevamente enmendada el 23 de abril de 1993 (reproducida en *International Legal Materials*, vol. 42 (2003), págs. 1258 a 1283, junto con la versión original en francés).

Canadá

Ley sobre inmunidad de los Estados (reproducida en Andrew Dickinson, Rae Lindsay y James P. Loonam (editores), *State Immunity: Selected Materials and Commentary* (Oxford, Clifford Chance, Oxford University Press, 2004, págs. 488 a 495).

Ley sobre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (2000, c. 24).

Colombia

Decreto No. 2764 de 2002 por el que se promulgó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Diario Oficial, Año CXXXVIII*, No. 45015, 30 de noviembre de 2002.

Croacia

Ley sobre la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sobre el enjuiciamiento de los actos criminales contra el derecho internacional humanitario y de guerra, 4 de noviembre de 2003, disponible en la base de datos sobre la legislación nacional establecida por la Corte Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>).

Estados Unidos de América

Ley sobre demandas de extranjeros por ilícitos civiles, promulgada en 1789 y codificada como 28 U.S.C. § 1350.

Ley sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros, 28 USC §§ 1602 a 1611 (1976).

Ley general sobre seguridad diplomática y lucha contra el terrorismo, 1986, 18 U.S.C. (posteriormente codificada como 18 U.S.C. § 2332)

Ley de lucha contra el terrorismo y aplicación efectiva de la pena de muerte, 1996, artículo 221, Ley Pública 104-132, 110 Stat. 1214 (1996).

Georgia

Ley sobre la cooperación entre la Corte Penal Internacional y Georgia, disponible en la base de datos sobre la legislación nacional establecida por la Corte Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>).

Liechtenstein

Ley de 20 de octubre de 2004 relativa a la cooperación con la Corte Penal Internacional y otros tribunales internacionales, disponible en la base de datos sobre la legislación nacional establecida por la Corte Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>).

Pakistán

Ordenanza del Pakistán sobre las inmunidades de los Estados No. VI de 1981 (reproducida en Andrew Dickinson, Rae Lindsay y James P. Loonam (editores), *State Immunity: Selected Materials and Commentary* (Oxford, Clifford Chance, Oxford University Press, 2004, págs. 496 a 503).

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

Ley sobre inmunidad de los Estados de 20 de julio de 1978, reproducida en *International Legal Materials*, vol. 17 (1978), pág. 1123.

Ley de 2001 sobre la Corte Penal Internacional, disponible en la base de datos sobre la legislación nacional establecida por la Corte Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>).

Singapur

Ley sobre inmunidad de los Estados de 1979 (reproducida en Andrew Dickinson, Rae Lindsay y James P. Loonam (editores), *State Immunity: Selected Materials and Commentary* (Oxford, Clifford Chance, Oxford University Press, 2004, págs. 504 a 512).

Sudáfrica

Ley No. 87 de 1981 sobre inmunidades de los Estados extranjeros (reproducida en Andrew Dickinson, Rae Lindsay y James P. Loonam (editores), *State Immunity: Selected Materials and Commentary* (Oxford, Clifford Chance, Oxford University Press, 2004, págs. 469 a 522).

Ley 37 de 2001 sobre inmunidades y privilegios diplomáticos, disponible en la base de datos sobre la legislación nacional establecida por la Corte Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>).

Ley No. 27 de 2002 sobre la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, disponible en la base de datos sobre la legislación nacional establecida por la Corte Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>).

Suiza

Ley Federal de 22 de junio de 2001 sobre la cooperación con la Corte Penal Internacional, disponible en la base de datos sobre la legislación nacional establecida por la Corte Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>).

B. Jurisprudencia nacional y documentos relacionados con procedimientos penales nacionales

Alemania (República Federal de)

Corte Suprema Federal, *Church of Scientology Case*, Causa No. VIZR267/76, 1978, reproducida en *International Law Reports*, vol. 65, pág. 193.

Corte Suprema Federal (Segunda Sala Penal), *Re Honecker*, Causa No. 2 ARs 252/84, sentencia de 14 de diciembre de 1984, reproducida en *International Law Reports*, vol. 80, págs. 365 y 366.

Tribunal Administrativo Federal, sentencia de 30 de septiembre de 1988, en *Deutsches Verwaltungsblatt* 1989, resumida en Consejo de Europa, Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI)/, base de datos sobre la práctica de los Estados en relación con las inmunidades de Estado: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/public_international_law/State_Immunities/ (consultado por última vez el 3 de marzo de 2008).

Tribunal Constitucional Federal, 21 de febrero de 1992, *Honecker*, publicada en alemán en *Deutsche Rechtsprechung zum Völkerrecht und Europarecht, 1986-1993* (Berlín, Springer, 1997), págs. 129 y 130.

Corte Suprema Federal, *Enjuiciamiento de guardias fronterizos*, sentencia de 3 de noviembre de 1992, reproducida en *International Law Reports*, vol. 100, págs. 372 y 373.

Tribunal Constitucional Federal, decisión de 15 de mayo de 1995, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 92, págs. 277 y ss., resumida en la base de datos sobre la práctica de los Estados en relación con las inmunidades de Estado del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CADHI) del Consejo de Europa, disponible en: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/public_international_law/State_Immunities/.

Tribunal Constitucional Federal, *Ex Embajador de Siria ante la República Democrática Alemana*, Causa No. 2 BvR 1516/96, reproducida en *International Law Reports*, vol. 115, págs. 596 a 618.

Austria

Corte Suprema, *Prince of X Road Accident Case*, 1964, reproducida en *International Law Reports*, vol. 65, págs. 13 a 15.

Corte Suprema, *W. v. Prince of Liechtenstein*, sentencia de 14 de febrero de 2001, 7 Ob 316/00x.

Bélgica

Juez de Instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, Damien Vandermeersch, auto de 6 de noviembre de 1998, Sección 3.1, reproducido en *Revue de droit pénal et de criminologie*, vol. 79, No. 2 (1999), Bruselas, Palais de Justice, pág. 278.

Tribunal Civil de Bruselas (competencia en materia de embargos), *Mobutu v. SA Coton*, reproducida en *International Law Reports*, vol. 91, págs. 259 a 263..

Tribunal de Casación, *H.S.A. et al. v. S.A. et al.*, decisión relativa a la acusación de Ariel Sharon, Amos Yaron y otros, No. P.02.1139.f, 12 de febrero de 2003, reproducida en *International Legal Materials*, vol. 42, No. 3 (2003), págs. 596 a 605.

Canadá

Bouzari et al. v. Islamic Republic of Iran (2004), reproducida en *International Law Reports*, vol. 128, pág. 586.

Tribunal de Apelaciones de Ontario, *Jaffe v. Miller and others* (anunciada por Finlayson, J. A.), reproducida en *International Law Reports*, vol. 95, págs. 446 y 467

España

Auto de solicitud de extradición de Pinochet (solicitud de extradición expedida el 3 de noviembre de 1998), disponible en:
<http://www.ua.es/up/pinochet/documentos/auto-03-11-98/auto24.htm>.

Audiencia Nacional, *Auto del Pleno de la Sala de lo Penal*, 4 de marzo de 1999, No. 1999/2723 (relativo a Fidel Castro).

Audiencia Nacional, *Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4*, 6 de febrero de 2008, (relativo al Sr. Kagame, Jefe de Estado actual de Rwanda).

Estados Unidos de América

Corte Suprema, *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812).

Corte Suprema, *Hilton v. Guyot* (1895), 159 U.S. 113, 16 S.Ct.139, 143 L.Ed. 95.

Corte Suprema, *Underhill v. Hernandez*, 29 de noviembre de 1897, 168 U.S. 250

Corte Suprema, *Republic of Mexico v. Hoffman*, 5 de febrero de 1945, 324 U.S. 30.

Corte Suprema, *Yamashita v. Styer, Commanding General, U.S. Army Forces, Western Pacific*, 4 de febrero de 1946, 327 U.S. 1, 66 S. Ct. 340.

- Corte Suprema, *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation*, sentencia de 23 de enero de 1989, 488 U.S. 428.
- Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 6 de julio de 1962, 307F 2d 845.
- Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito, *Marcos Perez Jimenez, Appellant, v. Manuel Aristeguieta, Intervenor, Appellee, and John E. Maguire, Appellee*, 12 de diciembre de 1962, 311 F.2d 547, reproducida en *International Law Reports*, vol. 33, págs. 353 a 359.
- Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica, S.A.*, sentencia de 12 de abril de 1982, 676 F.2d 47.
- Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *S & S Machinery Co. v. Masinexportimport*, sentencia de 26 de abril de 1983, 706 F.2d 411.
- Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *O'Connell Machinery Company, Inc. v. M.V. "Americana" and Italia Di Navigazione, S.p.A.*, sentencia de 4 de mayo de 1984, 734 F.2d 115.
- Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *Republic of the Philippines v. Marcos and others*, 26 de noviembre de 1986, 806 F 2d 344 (1986), pág. 360, reproducida en *International Law Reports*, vol. 81, págs. 581 a 599.
- Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito, *In re Grand Jury Proceedings, Doe No. 700*, 817 F.2d 1108, sentencia de 5 de mayo de 1987, reproducida en *International Law Reports*, vol. 81, págs. 599 a 604.
- Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *In re Doe*, sentencia de 19 de octubre de 1988, 860 F.2d 40.
- Tribunal de Apelaciones del Estado de Nueva York, *Lasidi, S.A. v. Financiera Avenida, S.A.*, sentencia de 28 de marzo de 1989, 538 N.E.2d 332.
- Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, *Saltany v. Reagan*, 29 de septiembre de 1989, 886 F.2d 438, reproducida en *International Law Reports*, vol. 80, págs. 19 a 21.
- Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, *Chuidian v. Philippine National Bank*, 912 F.2d 1095 (9th Cir. 1990) (reproducida en *International Law Reports*, vol. 92, págs. 480 a 493).
- Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992), 965 F.2d 699.
- Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, *Princz v. Federal Republic of Germany*, 1994, 26 F.3d 1166.
- Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, *In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights Litigation. Maximo Hilao, et al., Class Plaintiffs; Vicente Clemente, et al., Class Plaintiffs; Jaime Piopongco, et al., Class Plaintiffs. Plaintiffs-Appellees, v. Estate of Ferdinand Marcos, Defendant-Appellant*, 16 de junio de 1994, 25 F.3d 1467, reproducida en *International Law Reports*, vol. 104, págs. 199 a 133.
- Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *Kadic v. Karadzic*, sentencia de 13 de octubre de 1995, 70 F.3d 232.

- Tribunal de Apelaciones del Undécimo Distrito, *United States of America v. Noriega*, 7 de julio de 1997, 117 F.3d 1206 (1997), reproducida en *International Law Reports*, págs. 591 a 599.
- Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito, *Byrd v. Corporación Forestal y Industrial de Olancho S.A.*, sentencia de 10 de agosto de 1999, 182 F.3d 380.
- Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, *Hwang Geum Joo, et al., v. Japan*, sentencia de 27 de junio de 2003, 332 F.3d 679.
- Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito, *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Zemin*, sentencia de 8 de septiembre de 2004, 383 F.3d. 620.
- Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, *Ali Saadallah Belhas et al., Appellants v. Moshe Ya'alon, Former Head of Army Intelligence Israel, Appellee*, No. 07-7009, 15 de febrero de 2008.
- Tribunal de Circuito del Primer Circuito (Estado de Hawái), *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, acción civil No. 12565, sentencia de 9 de septiembre de 1963, reproducida en *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), págs. 186 y 187.
- Tribunal de Distrito del Distrito Norte de Ohio, División Este, *Kilroy v. Windsor*, Civ. No. C-78-291, 1978, reproducida en *International Law Reports*, vol. 81, págs. 605 a 607.
- Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *Electronic Data Systems Corp. v. Social Security Organization of the Government of Iran*, decisión anunciada oralmente desde el estrado (“*Bench Ruling*”) el 23 de mayo de 1979, causa reenviada, 610 F.2d 94 (2d Cir. 1979)).
- Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *Reading & Bates Drilling Co. v. National Iranian Oil Co.*, decisión anunciada desde el estrado (“*Bench Ruling*”) el 29 de noviembre de 1979, 478 F.Supp. 724.
- Tribunal de Distrito del Distrito de Nueva Jersey, *Behring International, Inc. v. Imperial Iranian Air Force* (1979), 475 F.Supp. 383.
- Tribunal de Distrito del Distrito Norte de Texas, *E-Systems, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 491 F.Supp. 1294, 1980.
- Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *New England Merchants National Bank v. Iran Power Generation and Transmission Co.*, 502 F.Supp. 120, 1980, devuelto al tribunal inferior, 646 F.2d 779 (2d Cir. 1981).
- Tribunal de Distrito del Distrito Central de California, *Security Pacific National Bank v. Iran* (1981), 513 F.Supp. 864.
- Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *Mueller v. Diggelman*, No. 82 Civ. 5513, 13 de mayo de 1983, 1983 WL 25419.
- Tribunal de Distrito del Distrito Central de California, *Gerritsen v. de la Madrid*, decisión no publicada oficialmente (“*Slip Opinion*”) de 5 de febrero de 1986, No. CV-85-5020-PAR.
- Tribunal de Distrito del Distrito Oeste de Washington, *Domingo v. Republic of Philippines*, sentencia de 26 de enero de 1987, 808 F.2d 1349.

- Tribunal de Distrito del Distrito Norte de California, *Republic of Philippines v. Marcos*, sentencia de 11 de febrero de 1987, 665 F.Supp. 793.
- Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia, *Farag M. Mohammed Saltany v. Reagan*, sentencia de 23 de diciembre de 1988, 702 F.Supp. 319.
- Tribunal de Distrito del Distrito Oeste de Washington, *Estate of Domingo v. Republic of the Philippines*, sentencia de 29 de agosto de 1988, 694 F.Supp. 782.
- Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Florida, *United States of America, Plaintiff, v. Manuel Antonio Noriega, et al., Defendants*, providencia general de 8 de junio de 1990, 746 F.Supp.1506, reproducida en *International Law Reports*, vol. 99, págs. 151 a 183.
- Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Florida, *Paul v. Avril*, sentencia de 14 de enero de 1993, 812 F.Supp. 207.
- Tribunal de Distrito del Distrito Este de Nueva York, *Lafontant v. Aristide*, 844 F.Supp. 128, sentencia de 27 de enero de 1994, reproducida en *International Law Reports*, vol. 103, págs. 581 a 593.
- Tribunal de Distrito del Distrito de Massachusetts, *Teresa Xuncax, et al., Plaintiffs, v. Hector Gramajo, Defendant*, 12 de abril de 1995, 886 F.Supp. 162.
- Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *ICC Chemical Corporation v. The Industrial and Commercial Bank of China*, sentencia de 9 de mayo de 1995, 886 F.Supp. 1.
- Tribunal de Distrito del Distrito de Massachusetts, *Dianna Ortiz, Plaintiff, v. Hector Gramajo, Defendant*, sentencia de 15 de abril de 1995, 886 F.Supp. 162.
- Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *Bawol Cabiri, Plaintiff, v. Baffour Assasie-Gyimah, Defendant*, 18 de abril de 1996, 921 F.Supp. 1189.
- Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia, *First American Corp. v. Al-Nahyan*, sentencia de 26 de noviembre de 1996, 948 F.Supp. 1107.
- Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia, *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, sentencia de 20 de septiembre de 1996, 940 F.Supp. 312 (1996), reproducida en *International Law Reports*, vol. 113, págs. 522 a 533.
- Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia, *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, 76 F.Supp. 2d 28 (D.D.C. 1999).
- Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *Tachiona v. Mugabe* (“*Tachiona I*”), sentencia de 30 de octubre de 2001, 169 F.Supp.2d 259.
- Tribunal de Distrito del Distrito Norte de Illinois, División Este, *Plaintiff A, B, C, D, E, F, and Others Similarly Situated, Wei Ye, and Hao Wang, Plaintiffs, v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10), Defendants*, No. 02 C 7530, 12 de septiembre de 2003, 282 F.Supp.2d 875, extracto reproducido en *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pág. 977.
- Tribunal de Distrito del Distrito Norte de California, *Plaintiff A, et al., Plaintiffs, v. Xia Deren, et Liu Qi., Defendants*, Nos. C 02-0672 CW, C 02-0695 CW, sentencia de 8 de diciembre de 2004, 349 F.Supp.2d 1258.

Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar, et al., Plaintiffs, v. Avraham Dichter, former Director of Israel's General Security Service, Defendant*, 2 de mayo de 2007, 500 F.Supp.2d 284.

Corte Suprema del Estado de Nueva York, *Hatch v. Baez*, 1876, 7 Hun. 596.

Corte Suprema del Estado de Nueva York, Condado de Nueva York, *Kline v. Kaneko*, sentencia de 31 de octubre de 1988, 141 Misc.2d 787.

Francia

Tribunal de Apelaciones de París, *Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*, 3 de junio de 1872.

Tribunal civil del Sena, *Seyyid Ali Ben Hammond, Prince Rashid c. Wiercinski*, 25 de julio de 1916.

Tribunal de Apelaciones de París, *Ex-Roi Farouk d'Egypte c. s.a.r.l. Christian Dior*, 11 de abril de 1957, reproducida en *Journal du droit international* (1957), págs. 716 a 718

Tribunal de Apelaciones de París, *Ali Ali Reza v. Grimpel*, sentencia de 28 de abril de 1961, reproducida en *International Law Reports*, vol. 47, págs. 275 a 277 (versión original en francés en *Revue générale de droit international public* (1962), pág. 418), citada e interpretada en la misma forma que en el texto por Watts, op. cit., pág. 106 (*International Law Reports*, vol. 47, pág. 276).

Tribunal de Gran Instancia del Sena, *Société Jean Dessès c. Prince Farouk et Dame Sadek*, 12 de junio de 1963, reproducida en *Clunet*, 1964, pág. 285 (versión en inglés en *International Law Reports*, vol. 33, págs. 37 y 38).

Tribunal de Casación (Sala de lo Penal), *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and Others v. Barbie*, 20 de diciembre de 1985, reproducida en *International Law Reports*, vol. 78, págs. 124 a 148.

Consejo Constitucional, decisión 98-408 DC, de 22 de enero de 1998, relativa al tratado en que se establece el Estatuto de la Corte Penal Internacional, disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/anglais/a98408dc.pdf>.

Tribunal de Apelaciones de París (Sala de Acusación), *Affaire Kadhafi*, sentencia de 20 de octubre de 2000 (reproducida parcialmente en *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), págs. 475 y 476; versión en inglés en *International Law Reports*, vol. 125, pág. 493 a 498).

Tribunal de Casación, *Affaire Kadhafi*, sentencia No. 1414 de 13 de marzo de 2001 (reproducida en *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), pág. 474; versión en inglés en *International Law Reports*, vol. 125, pág. 508 a 510).

India

Tribunal Superior de Allahabad, *Rani Amrit Kunwar v. Commissioner of Income Tax*, 21 de diciembre de 1945, reproducida en *International Law Reports*, vol. 22, págs. 73 a 75.

Corte Suprema, *Colonel H.H. Raja Sir Harinder Singh Barar Bans Ahadur v. Commissioner of Income Tax*, sentencia de 15 de octubre de 1971, reproducida en *International Law Reports*, vol. 64, págs. 523 a 534.

Irlanda

Corte Suprema, *Norburt Schmidt v. Home Secretary of the United Kingdom*, 24 de abril de 1997.

Israel

Corte Suprema (actuando en funciones de Tribunal de Apelaciones en lo Penal), *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, sentencia de 29 de mayo de 1962, reproducida en *International Law Reports*, vol. 36, págs. 277 a 343.

Tribunal de Distrito de Jerusalén, *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, sentencia de 12 de diciembre de 1961, reproducida en *International Law Reports*, vol. 36, págs. 5 a 276.

Italia

Tribunal de Casación, *Bacchelli c. Comune di Bologna*, sentencia de 20 de febrero de 1978 (No. 804), reproducida en *Italian Yearbook of International Law*, vol. IV (1978-1979) (nota de Luigi Condorelli), págs. 137 a 145.

Tribunal de Casación, *Arafat e Salah*, sentencia de 28 de junio de 1985 (No. 1981), reproducida en *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXIX, págs. 884 a 889.

Tribunal de Casación, *Ferrini c. República Federal de Alemania*, sentencia de 11 de marzo de 2004 (No. 5044), en *Rivista di diritto internazionale*, 2004, Fasc. II, págs. 540 a 551.

Tribunal de Casación, *Fiscal (Tribunal de Nápoles) c. Milo Djukanovic*, No. 49666, sentencia de 28 de diciembre de 2004.

Nueva Zelandia

Tribunal Superior de Auckland, *R. v. Mafart and Prieur*, sentencia de 22 de noviembre de 1985, reproducida en *International Law Reports*, vol. 74.

Países Bajos

Tribunal Especial de Casación, *In re Rauter*, 12 de enero de 1949, reproducida en *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1949), Causa No. 193, págs. 526 a 548.

Tribunal Especial de Casación, *In re Ahlbrecht*, 11 de abril de 1949, reproducida en *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1949), Causa No. 141, págs. 397 a 399.

Pakistán

Tribunal Supremo, *Qureshi v. USSR*, 8 de julio de 1981, reproducida en *International Law Reports*, vol. 64, págs. 586 a 653.

Polonia

Tribunal Supremo Nacional, *In re Buhler*, 10 de julio de 1948, reproducida en *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1948), págs. 680 a 682.

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

Cámara de los Lores, *Government of the Republic of Spain v. SS "Arantzazu Mendi" and others*, 23 de febrero de 1939, *American Journal of International Law*, vol. 33, No. 3, págs. 583 a 588.

Cámara de los Lores, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte*, 25 de noviembre de 1998, reproducida en *International Legal Materials*, vol. 37 (1998), págs. 1302 a 1339 (citada como "*Pinochet* (No. 1)").

Cámara de los Lores, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte*, 24 de marzo de 1999, reproducida en *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), págs. 581 a 663 (citada como "*Pinochet* (No. 3)").

Cámara de los Lores, *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co. et al.* (No. 2), 16 de mayo de 2002, [2002] UKHL 19, También disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/kuwait-1.htm>.

Cámara de los Lores, *Jones (Respondent) v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) (Appellants); Mitchell and others (Respondents) v. Al-Dali and others and Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) (Appellants); Jones (Appellant) v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) (Respondents) (Conjoined Appeals)*, Comité de Apelaciones, 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26.

Tribunal de Apelaciones, *Parlement Belge*, (1880) LR 5 PD 197.

Cámara de los Lores, *Duke of Brunswick v. King of Hanover*, (1848) 2 H.L.C. 1.

Tribunal Militar Británico en Hamburgo (Alemania), *In re von Lewinski (called Von Manstein)*, 19 de diciembre de 1949, reproducida en *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1949), Causa No 192, págs. 509 a 525.

Tribunal Militar Británico en Venecia (Italia), *The Trial of Albert Kesselring*, 17 de febrero a 6 de mayo de 1947, reproducida en *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 9 (1949), págs. 9 a 14.

Tribunal de Apelaciones, *Ahmed v. Government of the Kingdom of Saudi Arabia*, decisión de 6 de julio de 1995, resumida en Consejo de Europa, Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI), base de datos sobre la práctica de los Estados en relación con las inmunidades de Estado: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/public_international_law/State_Immunities/ (consultado por última vez el 3 de marzo de 2008).

Juez Superior de Distrito de Bow Street, *Tatchell v. Mugabe*, sentencia, 14 de enero de 2004, reproducida en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), págs. 769 y 770.

Tribunal de Distrito (Bow Street), *Re General Shaul Mofaz*, sentencia de 12 de febrero de 2004, reproducida en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), págs. 771 a 774.

CL Pratt, Tribunal de Distrito – Bow Street, *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*, sentencia de 12 de febrero de 2004 (Bow St. Mag. Ct. Feb. 12, 2004) (per Pratt, Dist. J.).

Tribunal de Magistrados de Bow Street, *Re Bo Xilai*, 8 de noviembre de 2005, *International Law Reports*, vol. 128, págs. 713 a 715.

Queen's Bench Division (sección de apelaciones), *R (on the application of Diepreye Solomon Peter Alamiyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, sentencia de 25 de noviembre de 2005.

Senegal

Tribunal de Apelaciones de Dakar (Sala de Acusación), causa de *Hissène Habré*, 4 de julio de 2000, y Tribunal de Casación, 20 de marzo de 2001, *International Law Reports*, vol. 125, págs. 569 a 580.

Sierra Leona

Tribunal Supremo, *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney-General and Minister of Justice*, sentencia de 14 de octubre de 2005, SC No. 1/2003.

Suiza

Tribunal Federal, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police (recours de droit administratif)*, sentencia de 2 de noviembre de 1989 (ATF 115 Ib 496), reproducida parcialmente en *Revue suisse de droit international et de droit européen* (1991), págs. 534 a 537 (versión en inglés en *International Law Reports*, vol. 102, págs. 198 a 205).

Tribunal Federal, *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, sentencia de 22 de diciembre de 2005, ATF 132 II 81.

VI. Instituciones Académicas

A. Instituto de Derecho Internacional

“Compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats et souverains étrangers”, *Annuaire de l'Institut de droit international* (1891), págs. 408 a 438.

“L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers”, en: Instituto de Derecho Internacional, *Tableau général des résolutions, 1873-1956* (Basilea, 1957), págs. 14 a 18.

Resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y de gobierno en el derecho internacional, aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Vancouver en 2001, en *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69, 2000-2001, págs. 742 a 755.

Resolución sobre la jurisdicción penal universal con respecto al crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Cracovia en 2005, en *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71-II, págs. 296 a 301.

Joe Verhoeven, Relator, “Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international” (“Rapport provisoire”), en *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69, 2000-2001, págs. 441 a 709.

B. Asociación de Derecho Internacional

Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, enmendado por el Comité para la Corte Penal Internacional Permanente de la Asociación de Derecho Internacional, *Report of the 34th Conference (Vienna, August 5th to 11th 1926)* (1927), págs. 106 a 225.

Comité de Derecho y Práctica Internacionales sobre Derechos Humanos, “Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences”, *Report of the 69th Conference held in London, 25 a 29th de julio de 2000* (Londres, 2000), págs. 403 a 431.

C. American Law Institute

Restatement of the Law: the Foreign Relations Law of the United States, 3ª edición (1987).

D. Universidad de Harvard

Harvard Research in International Law, “Competence of Courts in regard to Foreign States”, *American Journal of International Law*, vol. 26 (Supplement) (1932), págs. 451 a 649.

Harvard Research in International Law, “Study on Jurisdiction with respect to crime, Draft convention with respect to crime”, *American Journal of International Law*, vol. 29 (Supplement) (1935), págs. 435 a 651.

E. Universidad de Princeton

Princeton University Program in Law and Public Affairs, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction 28*, 2001 (disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/princeton.html>.)

F. Otras

Siracusa Draft Statute for an International Criminal Court [Proyecto de Siracusa de Estatuto de una Corte Penal Internacional], elaborado por un Comité de Expertos, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, el Instituto Internacional de Altos Estudios en Ciencias Penales y el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Siracusa/Freiburg/Chicago, 31 de julio de 1995.

VI. Organizaciones no gubernamentales

Amnistía Internacional, “United Kingdom: The Pinochet Case. Universal Jurisdiction and the Absence of Immunity for Crimes Against Humanity” (1º de enero de 1999), págs. 16 a 25.

VII. Doctrina

A. Monografías

Abi-Saab, Georges, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale* (París, Pedone, 1967).

Ascensio, Hervé, Decaux, Emmanuel y Pellet, Alain (editores), *Droit international pénal* (París, Pedone, 2000).

Bankas, Ernest K., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, (Heidelberg/Berlín, Springer, 2005).

Bassiouni, Cherif, *Introduction to International Criminal Law* (Ardsey, Nueva York, Transnational Publications, Inc., 2003).

Bynkershoek, Cornelius van, *De Foro Legatorum Liber Singularis*, editado por James Brown Scott (con una introducción de Jan de Louter, reproducción fotográfica del texto de 1744, traducción de Gordon J. Laing, lista de errata e índices) (Londres, Oxford University Press, 1946).

Borghi, Alvaro, *L’immunité des dirigeants politiques en droit international* (Ginebra, Helbing y Lichtenhahn, 2003).

Brohmer, J., *State Immunity and the Violation of Human Rights* (La Haya, Kluwer Law International, 1997).

Bojic, Mirella, “Immunity of High State Representatives with regard to International Crimes: are Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers still Untouchable?”, tesis de maestría, Facultad de Derecho, Universidad de Lund, 2005.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ª edición (Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2003).

Burlamaqui, Jean-Jacques, *The Principles of natural and politic law* (en dos volúmenes (1747, 1752)), traducidos al inglés por Thomas Nugent (edición electrónica, Lonang Institute, copyright 2003, 2005).

- Buzzini, Gionata P., *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume. Essai de conceptualisation d'une réalité aux contours fluctuants*, tesis de doctorado, No. 741, Universidad de Ginebra (Graduate Institute of International Studies), 2007.
- Cahier, Philippe, *Le droit diplomatique contemporain* (París, Droz, 1962).
(Traducción española: *Derecho diplomático contemporáneo*, traducido por José-Vicente Torrente, Marcelino Oreja y Julio González Campos, Madrid-México-Buenos Aires-Pamplona, RIALP, 1965).
- Cassese, Antonio y Delmas-Marty, Mireille, *Juridictions nationales et crimes internationaux* (París, Presses Universitaires de France, 2002).
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2003).
- Conforti, Benedetto, *Diritto internazionale*, 3ª edición (Nápoles, Editoriale Scientifica, 1987).
- David, Eric, *Eléments de Droit pénal international* (Bruselas, Presses Universitaires de Bruxelles), 1997-1998.
- Giuliano Mario, Scovazzi, Tullio y Treves, Tullio, *Diritto internazionale*, vol. II, 2ª edición (Milán, Giuffrè, 1983).
- Green, N. A. Maryan, *International Law* (Bath Press, Avon, Pitman Publishing, 1987).
- Grotius, *De jure belli ac pacis*. Libro II, Cap. XXI. sección 4, traducido por A. C. Campbell, Londres, 1814.
- Hall, William Edward, *A Treatise on International Law*, editado por A. Pearce Higgins, 8ª edición (Clarendon, Oxford University Press, Humphrey Milford Publisher to the University, 1924).
- Harris, D.J., *Cases and Materials on International Law*, 5ª edición (Londres, Sweet and Maxwell, 1998).
- Jennings, Robert y Watts, Arthur (editores), *Oppenheim's International Law*, 9ª edición (Londres y Nueva York, Longman, 1992).
- Kelsen, Hans, *Principles of International Law* (Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, 1952) (Traducción española: *Principios de Derecho Internacional Público*, El Ateneo, Buenos Aires, 1965).
- Kittichaisaree, Kriangsak, *International Criminal Law* (Nueva York, Oxford University Press, 2001).
- Knoops, Geert-Jan Alexander, *Defences in Contemporary International Criminal Law* (Ardsey, Nueva York, Transnational Publishers, 2001).
- Kofele-Kale, Ndiva, *International Law of Responsibility for Economic Crimes: Holding Heads of State and Other High Ranking State Officials Individually Liable for Acts of Fraudulent Enrichment* (La Haya/Boston, Mass., Kluwer Law International, 1995).
- Morelli, Gaetano, *Nozioni di diritto internazionale*, 7ª edición (Padua, CEDAM, 1967).

- Oliver, Covey T., Firmage, Edwin B., Blakesley, Christopher L., Scott, Richard F. y Williams, Sharon A., *The International Legal System: Cases and Materials* (Westbury, Nueva York, Foundation Press, 1995).
- Phillimore, Robert, *Commentaries upon International Law*, 2ª edición (Filadelfia, T. & J.W. Johnson, 1871).
- Przetacznik, Franciszek, *Protection of Officials of Foreign States according to International Law* (La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1983).
- Robertson, Geoffrey, *Crimes against Humanity: The Struggle for Global Justice* (Londres, Allen Lane, The Penguin Press, 1999).
- Rousseau, Charles, *Droit international public*, tomo IV: *Les relations internationales* (Paris, Sirey, 1980).
- Salmon, Jean, *Manuel de droit diplomatique* (Bruselas, Bruylant, 1994).
- Satow, Ernest M., *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, Lord Gore-Booth (editor), 5ª edición (Londres, Longmans Green, 1979).
- Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law* (Nueva York, Oxford University Press, 1999).
- Simbeye, Yitiya, *Immunity and International Criminal Law* (Aldershot, Ashgate, 2004).
- Shaw, Malcolm N., *International Law*, 5ª edición (Cambridge, Cambridge University Press, 2003).
- Société française pour le droit international, *Colloque de Clermont-Ferrand: le Chef d'Etat et le droit international* (Paris, Pedone, 2002).
- Talmon, Stefan, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile* (Oxford, Clarendon Press, 1998).
- Triffterer, Otto (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article* (Baden-Baden, Nomos, 1999).
- van Alebeek, Rosanne, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008).
- Vattel, Emmerich de, *Droit des Gens* (en cuatro libros, 1758), traducido al inglés por Joseph Chitty (1833) (edición electrónica, Lonang Institute, copyright 2003, 2005).
- Verdross, Alfred, y Simma, Bruno, *Universelles Völkerrecht*, 3ª edición (Berlín, Duncker und Humblot, 1984).
- Westlake, John, *International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 1904).
- Wheaton Henry, *Elements of International Law* (reproducción literal de la edición de 1866 por Richard Henry Dana, Jr., editado y anotado por George Grafton Wilson) (Oxford, The Clarendon Press; Londres, Humphrey Milford, 1936).

B. Artículos

- Akande, Dapo, "International law immunities and the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, vol. 98 (2004), págs. 407 a 433.
- Akehurst, Michael, "Jurisdiction in International Law", *British Year Book of International Law*, vol. 46 (1972-1973), págs. 145 a 217.
- Allott, Philip, "The Courts and the Executive: Four House of Lords Decisions", *Cambridge Law Journal*, vol. 36 (1977), págs. 255 a 283.
- Ambos, Kai, "Impunity and International Criminal Law: A Case Study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina", *Human Rights Law Journal*, vol. 18 (1997), págs. 1 a 15.
- Baker, Bruce, "Twilight of Impunity for Africa's Presidential Criminals", *Third World Quarterly*, vol. 25 (2004), págs. 1487 a 1499.
- Barker, J. Craig, "State immunity, Diplomatic Immunity and Act of State: A Triple Protection Against Legal Action?", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47 (1998), págs. 950 a 958.
- Bass, Peter Evan, "Note: Ex-Head of State Immunity: A Proposed Statutory Tool of Foreign Policy", *Yale Law Journal*, vol. 97 (1987), págs. 299 a 319.
- Bianchi, Andrea, "Denying State Immunity to Violators of Human Rights", *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46 (1994), págs. 195 a 229.
- Bianchi, Andrea, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), págs. 237 a 277.
- Bianchi, Andrea, "Serious Violations of Human Rights and Foreign States' Accountability Before Municipal Courts", en *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (La Haya/Londres/Nueva York, Kluwer Law International, 2003), págs. 149 a 181.
- Bianchi, Andrea, "Ferrini *c.* Repubblica federale di Germania (Italian Court of Cassation; Judgment of 11 March 2004); a Comment", *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), págs. 242 a 248.
- Boister, N. y Burchill R., "The Implications of the Pinochet Decisions for the Extradition or Prosecution of Former South African Heads de State for Crimes Committed Under Apartheid", *Revue Africaine de droit international et comparé/African Journal of International and Comparative Law*, vol. 11 (1999), págs. 619 a 637.
- Bothe, Michael, "Die Strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane", *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), págs. 246 a 269.
- Boutruche, Théo, "L'affaire Pinochet ou l'internationalisation balbutiante de la justice", *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 6 (1999), págs. 77 a 103.
- Bowett, D.W., "Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources", en Charlotte Ku and Paul F. Diehl (editoras), *International Law: Classic and Contemporary Readings* (Colorado y Londres, Lynne Rienner Publishers Inc, 1998), págs. 210 a 217.

- Brown, Jonathan, "Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations", *International and Comparative Law Quarterly*, 1988 (vol. 37), págs. 53 a 88.
- Bullier Antoine J., "Y a-t-il encore une immunité pour les chefs d'Etat et chefs de guerre en Afrique?", *Afrique contemporaine*, vol. 194 (2000), págs. 47 a 51.
- Cafilisch, Lucius, "Immunité de juridiction et respect des droits de l'homme", en Boisson de Chazournes, Laurence y Gowlland-Debbas, Vera (editores), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality, Liber Amicorum Georges Abi-Saab* (La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 2001), págs. 651 a 676.
- Callan, E., "In re Mr. and Mrs. Doe: witnesses before the grand jury and the head of state immunity doctrine", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 22 (1989), págs. 117 a 139.
- Caplan, Lee M., "State Immunity, Human Rights, and *Jus cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", *American Journal of International Law*, vol. 97 (2003), págs. 741 a 781.
- Cara, Jean-Yves de, "L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords", *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), págs. 72 a 100.
- Casey, L.A. y Rivkin, D.B., "The New York University - University of Virginia Conference on Exploring the Limits of International Law: The Limits of Legitimacy: The Rome Statute's Unlawful Application to Non-State Parties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 44 (2003-2004), págs. 63 a 89.
- Cassese, Antonio, "Immunities", en *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), págs. 264 a 274.
- Cassese, Antonio, "When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on *The Congo v. Belgium Case*", *European Journal of International Law*, vol. 13 (2002), págs. 853 a 875.
- Cassese, Antonio, "Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des Etats pour des crimes internationaux? A propos de l'affaire Congo c/Belgique (C.I.J.)", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3 (2002), págs. 479 a 500.
- Carrasco Márquez, María del Carmen, y Alcaide Fernández, Joaquín, "In Re Pinochet", *American Journal of International Law*, vol. 93 (1999), págs. 690 a 696.
- Cosnard, Michel, "Les immunités du chef d'Etat" en *Le chef d'Etat et le droit international, Société française pour le droit international, Colloque de Clermont-Ferrand* (Paris, Pedone, 2002), págs. 189 a 268.
- Cosnard, Michel, "Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet", *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (1999), págs. 309 a 328.
- Cot, Jean-Pierre, "Éloge de l'indécision, la Cour et la compétence universelle", *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), págs. 546 a 553.

- Danilenko, G. M., "The Statute of the International Criminal Court and Third States", *Michigan Journal of International Law*, vol. 21 (2000), págs. 445 a 494.
- Day, Adam, "Crimes against Humanity as a Nexus of Individual and State Responsibility: Why the ICJ Got *Belgium v. Congo* wrong", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22 (2004), págs. 489 a 512.
- De Kerchove d'Exaedre, François, "Quelques questions en droit international public relatives à la présence et à l'activité du Gouvernement belge en exil à Londres (Octobre 1940-Septembre 1944)", *Revue belge de droit international*, vol. 23 (1990), págs. 93 a 151.
- De Sena, Pasquale, "Immunity of State Organs and Defence of Superior Orders as an Obstacle to the Domestic Enforcement de International Human Rights", en: Conforti, Benedetto and Francioni, Francesco (editores), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, págs. 367 a 403.
- De Sena, Pasquale, "Italian practice relating to International Law. Judicial decisions", *Italian Yearbook of International Law*, vol. VIII (1988-1992), págs. 43 a 57.
- De Smet, Leen and Naert, Frederik, "Making or breaking international law? An international law analysis of Belgium's act concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law", *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), págs. 471 a 511.
- De Smet, S., "The Immunity of Heads of States in US Courts after the Decision of the International Court of Justice", *Nordic Journal of International Law*, vol. 72 (2003), págs. 313 a 339.
- Defarges, Ph.M., "Punir les tyrans", *Défense nationale*, vol. 55 (1999), págs. 46 a 54.
- Dellapenna, J.W., "Head-of-State immunity - Foreign Sovereign Immunities Act - suggestion by the Department of State", *American Journal of International Law*, vol. 88 (1994), págs. 528 a 532.
- Dinstein, Yoram "Diplomatic Immunity from Jurisdiction *Ratione Materiae*", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15 (1966), págs. 76 a 89.
- Dominicé, Christian, "Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat", *Revue générale de droit international public*, vol. 103 (1999), págs. 297 a 308.
- Du Plessis, Max y Bosch, Shannon, "Immunities and Universal Jurisdiction - The World Court Steps In (or On?)", *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), págs. 246 a 262.
- Dubber, Markus Dirk, "Comparative Criminal Law", en Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Nueva York, Oxford University Press, 2006), págs. 1287 a 1325.
- Dupuy, Pierre-Marie, "Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes", *Revue générale de droit international public*, vol. 103 (1999), págs. 289 a 295.

- Fenet, Alain, «La responsabilité pénale internationale du chef d'Etat», *Revue générale de droit*, vol. 32 (2002), págs. 585 a 615.
- Fitzgerald, Amber, “The Pinochet case: Head of State Immunity Within the United States”, *Whittier Law Review*, vol. 22 (2001), págs. 987 a 1028.
- Flauss, Jean-François, “Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme”, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2000, págs. 299 a 324.
- Focarelli Carlo, “I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 90 (2007), págs. 637 a 656.
- Fox, Hazel, “International Law and Restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States”, en Malcolm D. Evans (editor), *International Law*, 2ª edición (Oxford, University Press, 2006), págs. 361 a 394.
- Fox, Hazel, “Shorter Articles, Comments and Notes - The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), págs. 119 a 125.
- Fox, Hazel, “Some Aspects of Immunity from Criminal Jurisdiction of the State and its Officials: The Blaskic case”, en L. C. Vohrah, F. Pocar y otros, *Man's Inhumanity to Man: Essays in International Law in Honour of Antonio Cassese* (La Haya, Kluwer International Law, 2003), págs. 297 a 307.
- Fox, Hazel, “The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), págs. 207 a 216.
- Fox, Hazel, “The Pinochet Case No. 3”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), págs. 687 a 702.
- Gaeta, Paola, “Extraordinary renditions e immunità dalla giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso *Abu Omar*”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 89 (2006), págs. 126 a 130.
- Gaeta, Paola, “Official Capacity and Immunities” en Antonio Cassese, Paola Gaeta y otros (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I (Nueva York, Oxford University Press, 2002), págs. 975 a 1002.
- Gaeta, Paola, “*Ratione Materiae* Immunities of Former Heads of State and International Crimes: the *Hissène Habré* Case”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. I (2003-1), págs. 186 a 196.
- Garnett, R. L., “State Immunity Triumphs in the European Court of Human Rights”, *Law Quarterly Review*, vol. 118 (2002), págs. 367 a 373.
- George, Shobha Varughese, “Head of State immunity in the United States courts: still confused after all these years”, *Fordham Law Review*, vol. 64 (1995), págs. 1051 a 1088.
- Grosscup, Scott, “The Trial of Slobodan Milosevic: The Demise of Head of State Immunity and The Specter of Victor's Justice”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 32 (2004), págs. 355 a 381.

- Henkin, Louis, "Act of State today: Recollections in Tranquility", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 6 (1967), págs. 175 a 189.
- Henzelin, Marc, "L'immunité pénale des chefs d'Etat en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption?", *Revue suisse de droit international et de droit européen* (2002), págs. 179 a 212.
- Hickey, C., "The dictator, drugs and diplomacy by indictment: head of state immunity in *US v. Noriega*", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 4 (1989), págs. 729 a 765.
- Hopkins, John, "Former Head of Foreign State - Extradition - Immunity", *Cambridge Law Journal*, vol. 58 (1999), págs. 461 a 465.
- Hopkins, John, "Immunity - Head of Foreign State", *Cambridge Law Journal*, vol. 57 (1998), págs. 4 a 6.
- Hopkins, Kevin, "The International Court of Justice and the Question of Sovereign Immunity: Why the Yerodia case is an Unfortunate Ruling for the Development of Public International Law", *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), págs. 256 a 263.
- Jackson, Vicky C., "Suing the Federal Government: sovereignty, immunity, and judicial independence", *George Washington International Law Review*, vol. 35 (2003), págs. 521 a 609.
- Jennings, Robert Y., "The *Caroline* and *McLeod* Cases", *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), págs. 82 a 99.
- Kahale, George and Vega, Matias A., "Immunity and Jurisdiction: Toward a Uniform Body of Law in Actions against Foreign States", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 18 (1979-1980), págs. 211 a 258.
- Kamto, Maurice, "Une troublante 'Immunité totale' du Ministre des affaires étrangères", *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), págs. 518 a 530.
- Kelsen, Hans, "Collective and individual responsibility in international law with particular regard to punishment of war criminals", *California Law Review*, vol. 31 (1942-1943), págs. 530 a 571.
- Kerchove d'Exaedre, François de, "Quelques questions en droit international public relatives à la présence et à l'activité du Gouvernement belge en exil à Londres (Octobre 1940-Septembre 1944)", *Revue belge de droit international*, vol. 23 (1990), págs. 93 a 151.
- Kessedjian, Catherine, "Immunités", *Répertoire Dalloz, Droit International*, 2^a edición (1998), No. 46.
- Klingberg, Vanessa, "(Former) Heads of State before international(ized) criminal courts: the case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leona", *German Yearbook of International Law*, vol. 46 (2003), págs. 537 a 564.
- Koivu, Virpi, "Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XII (2001), págs. 305 a 330.

- Koller, David S., "Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment As It Pertains to the Security Council and the International Criminal Court", *American University International Law Review*, vol. 20 (2004), págs. 7 a 42.
- Labuschagne, J.M.T., "Diplomatic Immunity: A Jurisdictional or Substantive-law Defence?", *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), págs. 291 a 295.
- Lansing, Paul and Perry, Julie King, "Should Former Government Leaders Be Subject to Prosecution After Their Term in Office? The Case of South African President P.W. Botha", *California Western International Law Journal*, vol. 30 (1999), págs. 91 a 115.
- Lauterpacht, Hersch, "The problem of jurisdictional immunities of foreign States", *British Year Book of International Law*, vol. 28 (1951), págs. 220 a 272.
- Lloyd Jones, David, "Article 6 ECHR and Immunities Arising in Public International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52 (2003), págs. 463 a 472.
- Lowe, Vaughan, "Jurisdiction", en Malcolm D. Evans (editor), *International Law*, 2ª edición (Oxford, Oxford University Press, 2006), págs. 335 a 360.
- Mallory, Jerrold L., "Resolving the Confusion Over Head of State Immunity: The Defined Rights of Kings", *Columbia Law Review*, vol. 86 (1986), págs. 169 a 197.
- Mangu, André M. B., "Immunities of Heads of State and Government: A comment on the Indictment of Liberia's President Charles Taylor by the Special Court for Sierra Leone and the Reaction of the Ghanaian Government", *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), págs. 238 a 245.
- Mann, Frederik Alexander, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law Revisited after Twenty Years", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 186 (1984-III), págs. 9 a 116.
- Mann, Frederik Alexander, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 111 (1964-I), págs. 1 a 162.
- McLachlan, Campbell, "Pinochet Revisited", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), págs. 959 a 966.
- McLachlan, Campbell, "The Influence of International Law on Civil Jurisdiction", *Hague Yearbook of International Law*, vol. 6 (1993), págs. 125 a 144.
- Mitchell, Andrew D., "Leave Your Hat On? Head of State Immunity and Pinochet", *Monash University Law Review*, vol. 25 (1999), págs. 225 a 256.
- Murphy, Sean D. (editor), "Contemporary Practice of the United States Relating to International Law", *American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), págs. 873 a 877.
- Murphy, Sean D., "Head-of-State Immunity for Former Chinese President Jiang Zemin", *American Journal of International Law*, vol. 97 (2003), págs. 974 a 977.

- Neier, Aryeh, "Accountability for State Crimes: The Past Twenty Years and the Next Twenty Years", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 35 (2003), págs. 351 a 362.
- Nicholls, Clive, "Reflections on Pinochet", *Virginia Journal of International Law*, vol. 41 (2000), págs. 140 a 151.
- O'Neill, Kerry Creque, "A New Customary Law of Head of State Immunity? Hirohito and Pinochet", *Stanford Journal of International Law*, vol. 38 (2002), págs. 289 a 317.
- Orrego Vicuña, Francisco, "Diplomatic and Consular Immunities and Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40 (1991), págs. 34 a 48.
- Penrose, Mary Margaret, "It's Good to Be the King!: Prosecuting Heads of State and Former Heads of State Under International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39 (2000), págs. 193 a 220.
- Pierson, Charles, "Pinochet and the End of Immunity: England's House of Lords Holds that a Former Head of State is Not Immune for Torture", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 14 (2000), págs. 263 a 326.
- Prost, Kimberly and Schlunck, Angelika, "Article 98" en Otto Triffterer (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden (Alemania), Nomos, 1999), págs. 1131 a 1133.
- Prouvèze, Rémy, "L'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*): quelle contribution de la Cour internationale de Justice au droit international pénal?", *L'Observateur des Nations Unies*, No. 12 (2002), págs. 285 a 309.
- Prouvèze, Rémy, "Les tribunaux pénaux internationaux à l'aube du XXIème siècle: L'affaire Milosevic ou la difficile recherche d'un véritable rôle de juridiction pénale internationale", *L'Observateur des Nations Unies*, No. 11 (2001), págs. 201 a 221.
- Przetacznik, Franciszek, "Basic principles of international law concerning the protection of officials of foreign States", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 69, 1991, págs. 51 a 81.
- Rau, Markus, "After Pinochet: Foreign Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decisions of the European Court of Human Rights in *Al-Adsani* Case", *German Law Journal*, vol. 3 (2002).
- Rodley, Nigel S., "Breaking the Cycle of Impunity for Gross Violations of Human Rights: The Pinochet Case in Perspective", *Nordic Journal of International Law*, vol. 69 (2000), págs. 11 a 26.
- Saland, Per, "International Criminal Law Principles", en Roy S. Lee (editor), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results* (La Haya, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1999), págs. 189 a 216.
- Salmon, Jean, "Libres propos sur l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, *R.D.C. c. Belgique*", *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), págs. 512 a 517.

- Salmon, Jean y David, Eric, “Chef d’Etat, Chef de Gouvernement, ministre des Affaires étrangères. Pratique du pouvoir exécutif et contrôle des chambres législatives”, *Revue belge de droit international*, vol. 35, 2002, págs. 122 a 126.
- Sands, Philippe, “International Law Transformed? From Pinochet to Congo...?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), págs. 37 a 53.
- Sands, Philippe, “What is the ICJ for?”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), págs. 537 a 545.
- Sands, Philippe, “After Pinochet: The Role of National Courts”, en Ph. Sands (editor), *From Nuremberg to The Hague. The Future of International Criminal Justice* (Cambridge University Press, 2003), págs. 68 a 108.
- Sarkar, Lotika, “The Proper Law of Crime in International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11 (1962), págs. 446 a 470.
- Sassòli, Marco, “L’arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international”, *Revue belge de droit international*, vol. 106 (2002), págs. 791 a 818.
- Sears, Jill M., “Confronting the “Culture of Impunity”: Immunity of Heads of State from Nuremberg to *ex parte Pinochet*”, *German Yearbook of International Law*, vol. 42 (1999), págs. 125 a 146.
- Shaw, Malcolm N., “The Personality Issue - Immunity for Government Figures”, *International Law*, 5ª edición (Cambridge University Press, 2003), págs. 655 a 667.
- Shaw, Malcolm N., “The Yerodia case: Remedies and Judicial Functions”, *Revue belge de droit international* (2002), págs. 554 a 559.
- Sison, Gilbert, “A King No More: The Impact of the Pinochet decision on the Doctrine of Head of State Immunity”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 78 (2000), págs. 1583 a 1602.
- Sinclair, Ian, “The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, vol. 167 (1980-II), págs. 113 a 287.
- Stone, C., “Head of State Immunity. New Standard on a Narrow Issue”, *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 12 (1989), págs. 491 a 502.
- Summers, Marc A., “The International Court of Justice’s Decision in *Congo v. Belgium*: How Has It Affected the Development of a Principle of Universal Jurisdiction that Would Obligate All States to Prosecute War Criminals?”, *Boston University International Law Journal*, vol. 21 (2003), págs. 63 a 100.
- Thomas, Katherine Reece and Small, Joan, “Human Rights and State Immunity: Is There Immunity From Civil Liability For Torture?”, *Netherlands International Law Review*, vol. 50 (2003), págs. 1 a 30.
- Tomonori, Mizushima, “The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires* Conduct”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (2001), págs. 261 a 287.

- Tomuschat, Christian, "Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", en *General Course on Public International Law, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 281, 1999, págs. 9 a 483.
- Toner, Paul J., "Competing Concepts of Immunity: The Revolution of the Head of State Immunity Defense", *Penn State Law Review*, vol. 108 (2004), págs. 899 a 927.
- Triffterer, Otto, "Article 27, Irrelevance of Official Position", en Otto Triffterer (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden (Alemania), Nomos, 1999), págs. 501 a 514.
- Tunks, Michael A., "Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity", *Duke Law Journal*, vol. 52 (2002), págs. 651 a 682.
- van Alebeek, Rosanne, "The Pinochet case: International Human Rights Law on Trial", *British Year Book of International Law*, vol. 71 (2000), págs. 29 a 70.
- van Panhuys, H.F., "In The Borderland Between The Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 13 (1964), págs. 1192 a 1213.
- Verhoeven, Joe, "Quelques réflexions sur l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000", *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), págs. 531 a 536.
- Villalpando, Santiago, "L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999", *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (2000), págs. 393 a 427.
- Warbrick, Colin, "Immunity and International Crimes in English Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), págs. 769 a 774.
- Watts, Arthur, "The Legal Position in International Law of Heads of States, of Governments and Foreign Ministers", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 247 (1994-III), págs. 9 a 136.
- Weller, Marc, "On the Hazards of Foreign Travel for Dictators and Other International Criminals", *International Affairs*, vol. 75 (1999), págs. 599 a 617.
- Weyembergh, Anne, "Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch rendue dans l'affaire Pinochet le 6 novembre 1998", *Revue belge de droit international*, vol. 32 (1999), págs. 178 a 204.
- White, Melinda, "Pinochet, Universal Jurisdiction, and Impunity", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7 (2000), págs. 209 a 226.
- Whomersley, C.A., "Some Reflections on the Immunity of Individuals for Official Acts", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), págs. 848 a 858.
- Wickremasinghe, Chanaka, "Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49 (2000), págs. 724 a 730.

- Wickremasinghe, Chanaka, “Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations”, en Malcolm D. Evans (editor), *International Law*, 2ª edición (Oxford, Oxford University Press, 2006), págs. 395 a 421.
- Wilson, Robert A., “Diplomatic Immunity from Criminal Jurisdiction: Essential to Effective International Relations”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 7 (1984), págs. 113 a 138.
- Wilson, Richard J., “Prosecuting Pinochet: International Crimes in Spanish Domestic Law”, *Human Rights Quarterly*, vol. 21 (1999), págs. 927 a 979.
-