

DIALOGO INFORMAL ENTRE LA CDI Y LA SEXTA COMISIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL (28 de octubre de 2020).

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

Presentación de la Relatora Especial, Concepción Escobar Hernández

Muchas gracias, Sr. Presidente.

En primer lugar, quisiera expresar mi satisfacción por la celebración de esta sesión de diálogo informal en formato virtual, que nos permite mantener la interacción entre los delegados de la Sexta Comisión de la Asamblea General y la Comisión de Derecho internacional, en las difíciles circunstancias generadas por la pandemia del COVID-19. Por ello, quisiera agradecer al Presidente de la Sexta Comisión y a la Secretaría sus esfuerzos por hacer posible la reunión de hoy y que permite que me dirija a ustedes en relación con el tema del que tengo el honor de ser Relatora Especial: la *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funciones del Estado*.

Como saben, me he venido ocupando de este tema en los dos últimos quinquenios, en los que he sometido a la Comisión ocho informes, el último de los cuales no ha podido ser debatido aún en el seno de la Comisión aunque fue publicado en su sitio web esta primavera¹. Sobre la base de dichos informes, la Comisión ha adoptado hasta la actualidad 7 proyectos de artículos. Otros 9 artículos, dedicados a las disposiciones y garantías procesales de la inmunidad han sido remitidos al Comité de Redacción que debería de haberlos examinado con detalle (y aprobado en su caso) este año². Mi Octavo informe incorpora dos nuevos proyectos de artículos³. En condiciones normales, la Comisión podría haber examinado el trabajo pendiente en 2020 y, en su caso, aprobar el Proyecto de artículos en primera lectura. Sin embargo, ello se ha visto trastocado por la imposibilidad de celebrar nuestro período de sesiones este año y tendremos que esperar a 2021 para avanzar en este tema.

La Sexta Comisión ha tenido ya oportunidad de ocuparse de forma continuada sobre este tema a lo largo de estos años. Sin embargo, dado que los trabajos sobre el tema ya están muy avanzados en la Comisión de Derecho Internacional, quisiera aprovechar esta oportunidad para ofrecer una visión de conjunto del mismo, presentando de forma sistemática los elementos básicos que lo definen y destacando aquellas cuestiones en las que se ha planteado una mayor discusión y que –a mi juicio– necesitan de una reflexión especial por parte de la Sexta Comisión. No entraré, como regla, en los temas que he incluido en mi Octavo informe, ya que el mismo no ha sido aún examinado por los miembros de la Comisión.

¹ Docs. A/CN.4/654; A/CN.4/661; A/CN.4/673; A/CN.4/686; A/CN.4/701; A/CN.4/722; A/CN.4/729 y A/CN.4/739.

² Proyectos de artículos 9 a 16.

³ Proyectos de artículos 17 y 18.

En todo caso, espero que esta breve presentación sea útil para mantener un intercambio informal de ideas.

ALCANCE DEL TEMA

La primera de las cuestiones a las que me gustaría referirme es la relativa al alcance del tema, que es definido de modo general en el proyecto de artículo 1, cuyo párrafo 1 concreta los límites y objetivo de nuestro trabajo en la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado, frente a la jurisdicción penal de un tercer Estado. Por su parte, el párrafo 2 de este artículo incluye una “cláusula sin perjuicio” relativa a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se deriva de reglas especiales de Derecho internacional. Por tanto, la Comisión no pretende alterar ni condicionar los regímenes especiales de inmunidad preexistentes, sino formular una propuesta de régimen general cuya aplicación sólo se produciría en caso de que no resulte aplicable otro régimen especial de inmunidad.

En línea con lo antes señalado, tres conceptos básicos deben ser destacados en la definición del alcance del tema:

- i) el proyecto se aplica a los funcionarios del Estado entendido en sentido genérico, lo que obliga a definir el concepto de funcionario;
- ii) el alcance del tema no hace referencia específica al tipo de actos que podrían estar cubiertos por la inmunidad, lo que obliga igualmente a identificarlos; y
- iii) el proyecto se refiere únicamente a la inmunidad frente a la jurisdicción penal extranjera, no teniendo como objeto incidir sobre el régimen aplicable a la inmunidad ante los tribunales penales internacionales

El concepto de funcionario del Estado ha sido definido por la Comisión con la siguiente fórmula: “se entiende por “funcionario del Estado” un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales”⁴. Esta definición incluye tanto a las figuras tradicionales de la denominada troika (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores) como al resto de funcionarios del Estado. No obstante, si bien es cierto que la Comisión ha formulado una definición genérica de funcionario del Estado, ha de tenerse en cuenta que la distinta categoría o rango de los funcionarios ha sido tomada en cuenta a los efectos de establecer dos diferentes categorías de inmunidad (*rationae personae* y *ratione materiae*) a las que me referiré luego.

Por su parte, el silencio sobre el tipo de actos que quedarían cubiertos por la inmunidad no significa que esta tipificación sea irrelevante. Por el contrario, al igual que sucede con el concepto de funcionario, la distinción entre “acto realizado a título oficial” y “acto realizado a título privado” va a tener consecuencias en las dos categorías de inmunidad (*ratione personae* y *ratione materiae*) mencionadas. A tal efecto, la Comisión ha definido el “acto realizado a título oficial” como “un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal”⁵.

⁴ Proyecto de artículo 2.e).

⁵ Proyecto de artículo 2.f).

Por último, la separación entre jurisdicción penal nacional y jurisdicción penal internacional ha sido tenida en cuenta por la Comisión a lo largo de todo el tratamiento del tema. En tal sentido, la Comisión ha trabajado en el entendimiento de que no entra dentro de su mandato el presentar propuestas específicas sobre la forma en que la inmunidad de los funcionarios del Estado opera ante los tribunales penales internacionales. Dicha cuestión está sometida a un régimen jurídico autónomo que no puede ser alterado por los trabajos de la Comisión, de la misma manera que no es posible tampoco trasladar automáticamente al Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera el régimen de inmunidad aplicable ante los tribunales penales internacionales. A mi juicio, esta separación de regímenes debería reflejarse en el Proyecto de artículos para respetar el carácter general del régimen jurídico que se propone, aplicando también al régimen de la inmunidad ante los tribunales penales internacionales la fórmula de la “cláusula sin perjuicio”. Dado que la redacción del proyecto de artículo 1.2 está limitada a determinados supuestos⁶, sería útil incluir una cláusula sin perjuicio específica para los tribunales penales internacionales. Así se daría respuesta igualmente a la preocupación expresada por algunos Estados en los debates en la Sexta Comisión sobre la necesidad de preservar los elementos básicos del nuevo Sistema de Justicia Penal Internacional, que no debería verse afectado por los trabajos de la Comisión. A ello responde el proyecto de artículo 18 incluido en mi Octavo Informe que deberá ser examinado por la Comisión en 2021.

INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE* E INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE*

El segundo elemento central del Proyecto de Artículos consiste en la distinción entre “inmunidad *ratione personae*” e “inmunidad *ratione materiae*”. Esta distinción ha sido entendida por la Comisión en términos normativos, de modo que cada categoría de inmunidad está sometida a su propio régimen jurídico. Ello no significa, sin embargo, que desaparezca toda relación entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado. Por el contrario, la Comisión ha preservado en sus trabajos dicho vínculo, que se concreta en dos elementos: i) el fundamento y finalidad perseguida por la inmunidad; y ii) la definición de un sistema de pasarela entre ambas categorías.

En relación con el primero de los vínculos señalados baste ahora con recordar que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera (en cualquiera de sus formas) se reconoce en interés del Estado del funcionario. Ello se recoge en distintos proyectos de artículos provisionalmente aprobados por la Comisión hasta el día de hoy, en especial en el proyecto de artículo 2, párrafos e) y f), que he citado anteriormente, que ponen el énfasis en la conexión estatal del funcionario y de los actos que realiza a título oficial. La protección del interés y derechos del Estado como fundamento de la inmunidad se refleja igualmente en los proyectos de artículos 8 a 16, que contienen las disposiciones y garantías procesales aplicables a la inmunidad, sobre las que volveré luego brevemente.

⁶ La inmunidad “de la que gocen, en particular, las personas adscritas a las misiones diplomáticas, las oficinas consulares, las misiones especiales, las organizaciones internacionales y las fuerzas armadas de un Estado.”

Por otro lado, la Comisión ha establecido también una fórmula de “pasarela” entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*, que se contiene en el proyecto de artículo 6.3, conforme al cual “los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* (...), cuyo mandato haya terminado, continuarán beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato”.

Respetando dichos vínculos entre ambas categorías de inmunidad, la Comisión ha establecido un régimen jurídico diferenciado para cada categoría que tiene en cuenta tres elementos normativos comunes, a saber: a quién se aplica la inmunidad, que actos están cubiertos por la inmunidad y en qué periodo temporal se aplica la inmunidad.

Así, la inmunidad *ratione personae* se aplica únicamente al Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores, cubre tanto los actos realizados a título oficial como a título privado y se aplica únicamente durante el período en que los citados funcionarios del Estado se encuentran ejerciendo su mandato⁷. Por su parte, la inmunidad *ratione materiae* se aplica a todos los funcionarios del Estado cuando actúan en tal capacidad, se aplica tan sólo a los actos realizados a título oficial y no está sometida a un límite temporal, pudiéndose aplicar también cuando el funcionario ha dejado de serlo, siempre que el acto realizado a título oficial se haya producido durante el período en que el funcionario estaba ejerciendo su mandato y haya actuado como tal⁸.

La distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* se refleja, por último, en el plano de las excepciones o límites a la inmunidad, tema del que me ocuparé a continuación.

EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD

Las excepciones a la inmunidad ha sido uno de los temas que ha generado mayor controversia en los trabajos de la Comisión, y también en los debates en la Sexta Comisión. La controversia ha girado en torno a tres cuestiones: i) si es posible identificar algunos actos que, aunque fueran realizados a título oficial pueden quedar fuera de la cobertura de la inmunidad; ii) si dichas excepciones se pueden aplicar a las dos categorías de inmunidad antes enunciadas o sólo a la inmunidad *ratione materiae*; y iii) si la propuesta de incluir excepciones o límites a la inmunidad ha de calificarse como una propuesta de desarrollo progresivo/*lege ferenda* o si, por el contrario, la misma es una propuesta de codificación/*lege lata*.

La Comisión ha tenido un largo e intenso debate sobre esta cuestión, llegando finalmente a la adopción del proyecto de artículo 7, que construye el régimen de las excepciones conforme al siguiente modelo:

- i) las excepciones a la inmunidad se aplican únicamente a la inmunidad *ratione materiae*;

⁷ Proyectos de artículos 3 y 4.

⁸ Proyectos de artículos 5 y 6.

- ii) las excepciones se limitan a los siguientes crímenes de derecho internacional: crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas;
- iii) a fin de facilitar la identificación de la definición de estos crímenes, el proyecto de artículo 7 va acompañado de una lista de instrumentos internacionales en los que se recogen dichos crímenes.

Como recordarán, la Comisión aprobó dicho proyecto de artículo por votación⁹, lo que –a su vez- ha generado un importante debate en la Comisión DI y en la Sexta Comisión sobre la utilización de dicha técnica de adopción de decisiones. Tema en el que no puedo entrar en este momento debido a las limitaciones de tiempo.

Sin embargo, sí quiero referirme brevemente a la dimensión sustantiva de la polémica. Como se explica suficientemente en el comentario a dicho artículo, la principal controversia se centró en la calificación de las excepciones como *codificación* o *desarrollo progresivo*, e incluso como la existencia o no de una tendencia a favor de las excepciones en la práctica internacional y estatal. Este problemática se ha reproducido en la Sexta Comisión, y es –sin duda- una de las cuestiones que deberán ser abordadas con ocasión de la aprobación del Proyecto de Artículos en primer lectura. A este respecto, permítanme dos comentarios: i) la calificación del proyecto de artículo como *lex lata* o *lex ferenda* no afecta en absoluto a su redacción, siendo un tema que debe ser abordado en el comentario; y ii) con independencia de que este proyecto de artículo sea considerado como *lex lata* o como *lex ferenda*, la propuesta del mismo forma parte de forma indiscutible del mandato de la CDI que se extiende tanto al desarrollo progresivo como a la codificación del Derecho internacional. En todo caso, a fin de responder a las preocupaciones expresadas por varios Estados sobre la necesidad de reforzar el consenso en el seno de la Comisión, mi intención es suscitar la cuestión el próximo año.

Por último, me gustaría recordar igualmente que un cierto número de Estados llamaron la atención sobre la necesidad de incorporar en el Proyecto de artículos de disposiciones que ofrezcan garantías procesales al Estado respecto de cuyo funcionario se plantea la cuestión de inmunidad, en especial cuando se alegue una de las excepciones antes mencionadas. A ello dedicaré la última parte de mi intervención.

DISPOSICIONES Y GARANTÍAS PROCESALES

Como he señalado reiteradamente en mis Informes, la dimensión procesal de la inmunidad exige también que este tema se aborde desde una perspectiva procesal, dando respuesta en términos normativos a cuestiones tales como el tipo de actos que se entienden como jurisdicción, el momento en que la inmunidad se debe considerar por el Estado o los órganos responsables de pronunciarse sobre la inmunidad. A lo que se debe añadir el establecimiento de instrumentos procesales

⁹ 21 votos a favor, 8 en contra y 1 abstención (A/72/10, p. 177).

que permitan al Estado del funcionario reaccionar frente a un intento de ejercicio de jurisdicción penal extranjera contra sus funcionarios; que faciliten el intercambio de información y cooperación entre el Estado del funcionario y el Estado del foro; e –incluso- que hagan posible la transferencia del procedimiento al Estado del funcionario para que –en su caso- sea él quien ejerza la jurisdicción. Todas estas propuestas se contienen en los proyectos de artículos 8 a 16, incluidos en mi Séptimo Informe, que están siendo examinadas por el Comité de Redacción. Su finalidad es, precisamente, la de ofrecer un marco procesal que contribuya a crear condiciones de confianza entre los Estados y que operen como garantías procesales frente a supuestos de abuso o politización en el ejercicio de la jurisdicción penal frente a los funcionarios de otro Estado.

La importancia que la Comisión atribuye a estas disposiciones y garantías procesales ha quedado de manifiesto en los debates que se celebraron en 2019 tanto en el Pleno como en el Comité de Redacción, que dedico la mayor parte del tiempo disponible a la definición del marco en el que deben operar las disposiciones y garantías procesales. El resultado de dicho debate es el proyecto de artículo 8 *ante*, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción, cuyo objetivo es el de garantizar que todas las disposiciones y garantías procesales se aplicarán tanto en relación con la inmunidad *ratione personae* como con la inmunidad *ratione materiae*, incluido el proyecto de artículo 7¹⁰

El resto de cuestiones que se encuentran sobre la mesa deberán ser abordadas de forma detallada el próximo año. Y a tal fin me propongo impulsar en los próximos meses un debate de carácter informal entre los miembros de la Comisión que nos permita avanzar en un tema complejo pero de notable importancia, con la finalidad de reforzar los trabajos previos y favorecer el consenso en el seno de la Comisión. Todo ello dependerá, lógicamente, de la evolución de las condiciones sanitarias, pero estoy segura de que –con la ayuda inestimable de la Secretaría- podremos encontrar instrumentos para favorecer los trabajos informales.

Sr. Presidente, termino aquí mi presentación y quedo a su disposición para un debate informal sobre los temas que puedan resultar de interés para los delegados.

Muchas gracias.

¹⁰ El proyecto de artículo 8 *ante*, titulado “Aplicación de la cuarta parte”, está redactado en los siguientes términos: “Las disposiciones y garantías procesales de esta parte se aplicarán en relación con todo procedimiento penal contra un funcionario de un Estado extranjero, antiguo o en ejercicio, que afecte a cualquier proyecto de artículo contenido en la segunda parte y en la tercera parte del presente proyecto de artículos, incluida la determinación de si la inmunidad se aplica o no se aplica en virtud de cualquiera de los proyectos de artículo.”