

INMUNIDADES, INVIOLABILIDAD Y OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN: REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL INCIDENTE ENTRE ESTADOS UNIDOS Y TURQUÍA (2017)*

IMMUNITIES, INVIOLABILITY AND OBLIGATION OF PROTECTION: REFLECTIONS ON THE INCIDENT BETWEEN THE UNITED STATES AND TURKEY (2017)

*Ricardo Arredondo***

Resumen: La atención de este trabajo se centra en la inviolabilidad e inmunidad de los miembros de la custodia de una comitiva presidencial turca que visitó los Estados Unidos en mayo de 2017 y que mantuvo un altercado con personas que se manifestaban en las inmediaciones de la residencia del embajador turco. Analiza, en particular, las inmunidades de los funcionarios oficiales que se encuentran de visita en el extranjero desde una triple perspectiva: a) el posible otorgamiento de inmunidad *ratione personae* derivada de la inmunidad del jefe de Estado, de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores; b) la inmunidad *ratione materiae*, es decir, la inmunidad inherente a los actos realizados por los funcionarios del Estado en el cumplimiento de sus funciones; y c) las inmunidades de los miembros de una *misión especial*. Asimismo, se aborda cuestiones que se encuentran estrechamente relacionadas con las anteriores, como el principio de la inviolabilidad de los funcionarios y de las misiones diplomáticas y la consecuente obligación de protección del Estado receptor.

Palabras-clave: Inmunidad - Inviolabilidad - Derecho diplomático - Visitas oficiales - Misiones especiales - Convención sobre misiones especiales - Convención sobre relaciones diplomáticas.

* Trabajo recibido el 1 de agosto de 2017 y aprobado para su publicación el 8 de septiembre del mismo año.

** Abogado (Universidad Nacional del Tucumán/UNT). Master of Laws (LL.M) (London School of Economics and Political Science). Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires/UBA). Profesor adjunto regular de Derecho internacional público en la UBA. Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Derecho Internacional del CARL, entre otras instituciones.

Abstract: This work deals with the inviolability and immunity of members of the custody of a Turkish presidential entourage who had an altercation with people demonstrating near the vicinity of the Turkish ambassador's residence in Washington DC in May 2017. It examines the immunities of officials who are visiting abroad from a triple perspective: a) the possible granting of immunity *ratione personae* derived from the immunity of the Head of State, Government or Minister of Foreign Affairs; b) the immunity *ratione materiae*, that is to say immunity inherent to acts performed by State officials in the performance of their duties; and c) the immunities of members of a special mission. It also addresses issues that are closely related to the above, such as the principle of inviolability of State officials and diplomatic missions and the consequent obligation of protection of the receiving State.

Keywords: Immunity - Inviolability - Diplomatic law - Official visitors - Special missions - Convention on special missions - Convention on diplomatic relations.

Sumario: I. Introducción.- II. Los antecedentes del caso.- III. Las reacciones al caso.- IV. La inviolabilidad personal y las inmunidades de funcionarios oficiales en visita especial.- V. La cuestión de la responsabilidad del Estado por los actos de sus funcionarios.- VI. La obligación de protección.- VII. Conclusiones.

I. Introducción

El propósito del derecho diplomático es facilitar las relaciones entre los diferentes sujetos de derecho internacional, procurando un equilibrio entre los intereses de política exterior del Estado acreditante con el respeto a la soberanía territorial del Estado receptor. Los privilegios e inmunidades diplomáticos, incluido el principio de inviolabilidad, son una de las primeras expresiones del derecho internacional y persiguen el apropiado desarrollo de esas relaciones. Sin embargo, los privilegios e inmunidades no dan derecho a los funcionarios extranjeros a evadir las leyes locales.

A pesar de ello, existen ocasiones en que las personas que gozan los privilegios e inmunidades conferidos por el derecho diplomático incurren en abusos o quebrantamientos de las normas del Estado receptor, generando incidentes entre los Estados acreditante y receptor. La cuestión de la inviolabilidad e inmunidad de los visitantes oficiales de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, incluida las relativas a las misiones especiales (1), surge cada vez con mayor frecuencia. Las normas en esta materia carecen de la claridad suficiente o necesaria, dada la variedad de situaciones que se generan.

(1) Como señala Wood, el término "misión especial" es de uso común entre los especialistas en derecho internacional, particularmente luego de la adopción de la Convención sobre Misiones Especiales de 1969. Sin embargo, otros términos se encuentran en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia. En la jerga diplomática usual, se prefieren los términos "visita oficial", "visita de Estado" o "visita de trabajo", dependiendo del grado de formalidad de la misión. La expresión "misión especial" no es generalmente entendida por aquellos que no están familiarizados con la diplomacia y puede evocar imágenes no relacionadas a esta cuestión (de espionaje o de operaciones de fuerzas especiales). Cfr.

La atención de este trabajo se centra en la inviolabilidad e inmunidad de los miembros de la custodia de una comitiva presidencial turca que visitó los Estados Unidos en mayo de 2017 y que mantuvo un altercado con personas que se manifestaban en las inmediaciones de la residencia del embajador turco (2). A tal fin, se consideran solamente la inviolabilidad e 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. Por otra parte, este trabajo 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 (3). Ello, no obstante, se hará referencia, según proceda, a las normas que puedan brindar elementos para abordar determinadas cuestiones sobre la práctica relativa a las personas a que se refiere el presente estudio parece ser escasa. Asimismo, como se desprende de su objeto, este ensayo analiza las inmunidades de jurisdicción *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. También se considera la inviolabilidad de las misiones diplomáticas y la consecuente obligación de protección del Estado receptor.

La sección 2 contiene una recapitulación de los sucesos ocurridos en mayo de 2017 en Washington DC y proporciona los hechos sobresalientes respecto al alegado abuso de las inmunidades de los miembros de la comitiva presidencial turca. La sección 3 considera las reacciones de los Estados involucrados en esta situación y sus posiciones sobre los hechos y el derecho. La sección 4 desarrolla el marco legal aplicable al caso, en particular aquellas referidas a las inmunidades de los funcionarios oficiales que se encuentran de visita en el extranjero desde una triple perspectiva: a) el posible otorgamiento de inmunidad *ratione personae* derivada de la inmunidad del jefe de Estado, de Gobierno o ministro de Relaciones Exteriores; b) la inmunidad *ratione materiae*, es decir, la inmunidad inherente a los actos realizados por los funcionarios del Estado en el cumplimiento de sus funciones; y c) las inmunidades de los miembros de una *misión especial*. La sección 5 considera el alcance de las inmunidades mencionadas, mientras que la sección 6 aborda cuestiones que se encuentran estrechamente relacionadas con las anteriores, como lo son el principio de la inviolabilidad de los funcionarios y la obligación de protección. En el apartado final se esbozan algunas conclusiones *preliminares*, atento a que el caso se encuentra aún en etapa de investigación.

WOOD, Michael. "The Immunity of Official Visitors," en VON BOGDANDY, A. - WOLFRUM, R. (eds.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volumen 16, 2012, pp. 35-98, p. 40, nota 4.

(2) Al momento de concluir la redacción de este artículo (fines de julio de 2017), el Departamento de Estado de los Estados Unidos está llevando a cabo una investigación exhaustiva para determinar lo que verdaderamente ocurrió. Por eso, a lo largo del artículo, se emplean las expresiones "alegada", "supuesta" y los tiempos de verbo en condicional.

(3) Al respecto, puede verse ARREDONDO, Ricardo. *Derecho diplomático y consular*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016.

II. Los antecedentes del caso

El 16 de mayo de 2017 se generó un confuso incidente en los alrededores de la residencia del embajador de Turquía en la calle Sheridan Circle de la ciudad de Washington DC, en el que miembros de la custodia del presidente turco, Recep Tayyip Erdoğan y de su ministro de Relaciones Exteriores, Mevlut Cavusoglu, habrían reprimido violentamente una alegada protesta pacífica que estaba teniendo lugar en las inmediaciones de la residencia del embajador. El episodio tuvo lugar luego del encuentro mantenido por el presidente turco con su par estadounidense, Donald Trump.

Cuando la manifestación se estaba llevando a cabo, estalló una pelea que enfrentó a manifestantes armenios y kurdos contra funcionarios turcos, partidarios del señor Erdoğan y miembros de la custodia presidencial. Los manifestantes dijeron que los guardaespaldas comenzaron la pelea, mientras que Turquía alega que fueron los manifestantes quienes provocaron a los guardaespaldas. Cuando los oficiales de la policía estadounidense trataron de controlar el altercado, varios de los guardaespaldas turcos se enfrentaron a la policía, que procedió a la detención de dos de ellos. Como consecuencia de ese incidente, nueve personas fueron hospitalizadas.

Los videos muestran como supuestos guardaespaldas del gobierno turco agreden a varios manifestantes fuera de la residencia del embajador (4) y se ve al presidente Erdoğan observando la pelea y, al parecer, instruyendo a algunos de los miembros de su custodia que estaban involucrados (5). No está claro si el presidente Erdoğan, a quien se ve en el video sentado en un sedán Mercedes negro, se comunica con los agresores. Se puede ver a un asistente apoyándose en el auto, luego hablando con otro miembro de la comitiva que camina hacia el grupo de seguidores y queda fuera del alcance de la cámara. Segundos después, los miembros de la custodia corren hacia los manifestantes y los confrontan. El segundo auxiliar regresa luego al coche, momento en que el presidente Erdoğan sale del vehículo y entra en la residencia (6). Las filmaciones también exhiben a los escoltas turcos dando patadas a los manifestantes que yacían en el suelo (7).

Los investigadores están prestando especial atención a dos miembros de la custodia presidencial turca que agredieron a oficiales de seguridad diplomática estadounidenses designados para proteger a la delegación visitante. Los hombres fueron detenidos brevemente y

(4) VOICE OF AMERICA. "A demonstration outside the Turkish Embassy in northwest Washington led to nine people being injured, and two arrested", disponible en <https://twitter.com/VOANews/status/864655547215171584> (acceso 09/06/2017).

(5) CAPLAN, Josh. "New video shows Turkey's Erdogan watching members of his security detail attack Kurdish protesters outside of the Turkish embassy in D.C.", disponible en <https://twitter.com/joshdcaplan/status/865310629934112768> (acceso 09/06/2017).

(6) FANDOS, Nicholas. "In video, Erdogan watches as his guards clash with protesters", *The New York Times*, 18 de mayo de 2017, disponible en https://www.nytimes.com/2017/05/18/us/politics/in-new-video-turkish-president-sits-through-violent-protest.html?_r=1 (acceso 09/06/2017).

(7) "Brawl in Washington Over President Erdogan's Visit", *The New York Times*, 17 de mayo de 2017, disponible en <https://www.nytimes.com/video/us/100000005107452/brawl-outside-turkish-embassy-in-washington.html?smid=pl-share> (acceso 09/06/2017).

sus armas confiscadas. Sin embargo, al confirmarse que tenían el estatus diplomático fueron liberados de inmediato y salieron de los Estados Unidos junto con la comitiva del presidente Erdoğan. Estas personas están siendo objeto de una investigación criminal activa, perdieron su inmunidad y no se les permitirá volver a entrar en los Estados Unidos.

La embajada de Turquía en Washington emitió una declaración contradiciendo gran parte de la información proporcionada por los funcionarios estadounidenses y culpando del episodio a los manifestantes que, según ellos, son integrantes del Partido de los Trabajadores de Kurdistán (organización listada como terrorista por el Gobierno estadounidense) y que habrían incitado a la violencia (8). Asimismo, sostiene que los miembros de la seguridad presidencial turca actuaron en ejercicio de su legítima defensa.

No se trata de la primera oportunidad en la que la comitiva de seguridad del presidente turco se ve involucrada en un incidente de esta naturaleza. De hecho, este tipo de conducta parece haberse convertido en un hábito: el 31 de marzo de 2016, la custodia presidencial turca golpeó a manifestantes y periodistas que se encontraban afuera de la Brookings Institution, donde Erdoğan estaba pronunciando un discurso (9).

III. Las reacciones al caso

La Casa Blanca se mantuvo en silencio sobre el episodio, mientras que el Departamento de Estado, después de emitir una breve declaración, continúa trabajando reservadamente en el caso. En su comunicado, el Departamento de Estado manifiesta su preocupación por el incidente subrayando que “la violencia no es la respuesta apropiada a la libertad de expresión” y señalando que el Gobierno de los Estados Unidos apoya el derecho de la población a manifestarse pacíficamente en cualquier parte del mundo (10).

El 17 de mayo de 2017, el embajador turco, Serdar Kilic, fue convocado al Departamento de Estado por el subsecretario de Estado para asuntos políticos, Thomas A. Shannon Jr., ocasión en la que se le transmitió al funcionario turco la preocupación estadounidense por el desarrollo de los acontecimientos y por la conducta del personal de seguridad turco (11). Asimismo, se le manifestó que se desarrollará una investigación exhaustiva que permita determinar a los responsables de este lamentable episodio (12).

(8) TURKISH EMBASSY IN WASHINGTON, D.C., “Embassy Statement Regarding the Incidents That Occurred In Sheridan Circle On May 16, 2017”, Washington D.C., 18 de mayo de 2017, disponible en <http://washington.emb.mfa.gov.tr/ShowAnnouncement.aspx?ID=330959> (acceso 09/06/2017).

(9) KIRIŞCI, Kemal, “Turkey’s downward spiral and the scuffles at Erdoğan’s Brookings speech”, Brookings Institution, 4 de abril de 2016, disponible en <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2016/04/04/turkeys-downward-spiral-and-the-scuffles-at-erdogans-brookings-speech/> (acceso 28/07/2017).

(10) US DEPARTMENT OF STATE, “United States Concerned by Violence Outside Turkish Diplomatic Facilities”, Washington, DC, 17 de mayo de 2017, disponible en <https://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2017/05/270923.htm> (acceso 12/06/2017).

(11) LABOTT, Elise y COHEN, Zachary. “US summoned Turkish ambassador after protester violence”, CNN, 18 de mayo de 2017, disponible en <http://www.cnn.com/2017/05/18/politics/turkish-ambassador-summoned-protester-incident/index.html> (acceso 12/06/2017).

(12) La policía metropolitana de Washington publicó un video en junio de 2017, donde se exhibe a ocho “personas de interés” que se cree que habrían integrado la comitiva de seguridad del Presidente Erdoğan

Por su parte, los legisladores estadounidenses mostraron menor moderación. El senador John McCain, republicano de Arizona, dijo, con un vocabulario menos elegante, que los Estados Unidos debería declarar al embajador turco *persona non grata*, arguyendo que “este tipo de situaciones no pueden quedar sin respuesta diplomática” y expresando que, quizás, el inicio de acciones judiciales sirva para contribuir a identificar a quienes incurrieron en actos de violencia (13). Por otra parte, el senador McCain y su colega Dianne Feinstein, demócrata de California, enviaron una carta al presidente Erdoğan instándolo a identificar a los miembros de su personal que estén implicados en el ataque.

El Gobierno turco recíprocó convocando al embajador estadounidense en Ankara, John R. Bas, el 22 de mayo de 2017, ocasión en la que le transmitió su queja por la detención de dos agentes de seguridad turcos frente a la embajada turca en Washington durante el episodio. El embajador estadounidense recibió la protesta tanto en forma escrita como verbal de lo que los turcos denominaron “acciones agresivas y poco profesionales” de los agentes de la policía estadounidense hacia los miembros de la custodia presidencial turca (14). El comunicado emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Turquía expresa que se ha solicitado formalmente que las autoridades estadounidenses realicen una investigación completa de este incidente diplomático y que proporcionen la explicación necesaria (15). Asimismo, durante la reunión con el embajador estadounidense, las autoridades turcas hicieron hincapié en que los yerros de seguridad experimentados durante la estadía del presidente Erdoğan a Washington fueron causados por la incapacidad de las autoridades estadounidenses de tomar suficientes precauciones en cada etapa del programa oficial (16).

La situación generó indignación en Estados Unidos, lo que se trasunta en la resolución aprobada por la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos (397 votos a favor, ninguno en contra), en la que se expresa que: los derechos de reunirse pacíficamente y expresar libremente sus puntos de vista son esenciales para la democracia estadounidense; e insta al Gobierno de los Estados Unidos a tomar medidas para fortalecer la libertad de prensa y las libertades de la sociedad civil en países como Turquía. Consecuentemente, requiere que: a) sea imputado y procesado, de conformidad

que habría participado en la agresión. Cfr. STOCKHOLM CENTER FOR FREEDOM. “US Congressmen Protest Erdoğan At Turkish Ambassador’s Washington Residence”, disponible en <https://stockholmcf.org/us-congressmen-protest-erdogan-at-turkish-ambassadors-washington-residence/> (acceso 28/07/2017).

(13) COHEN, Zachary y HERB, Jeremy. “John McCain: Throw Turkish ambassador out of US”, CNN, 18 de mayo de 2017, disponible en <http://www.cnn.com/2017/05/18/politics/john-mccain-turkish-embassy-incident/index.html> (acceso 12/06/2017).

(14) KINGSLEYMAY, Patrick. “Turkey Chides U.S. Envoy Over Handling of Brawl at Washington Protest”, The New York Times, 22 de mayo de 2017, disponible en <https://www.nytimes.com/2017/05/22/world/europe/turkey-us-envoy-protest-washington.html> (acceso 12/06/2017).

(15) TURKEY MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS, “No: 151, 22 May 2017, Press Release Regarding the Summoning of the US Ambassador to the Ministry”, Ankara, 22 de mayo de 2017, disponible en http://www.mfa.gov.tr/no_-151_-22-may-2017_-press-release-regarding-the-summoning-of-the-us-ambassador-to-the-ministry.en.mfa (acceso 12/06/2017).

(16) *Ibidem*.

con la legislación estadounidense, cualquier funcionario de seguridad turco que haya dirigido o participado en las acciones de las fuerzas de seguridad turcas para reprimir las protestas pacíficas fuera de la residencia del Embajador de Turquía en Washington DC, el 16 de mayo de 2017; b) el Servicio Secreto y el Servicio de Seguridad Diplomática del Departamento de Estado revisen dicho incidente y confirmen a la policía nacional de Turquía las normas y estándares que se esperan de la custodia presidencial cuando se realizan este tipo de visitas; c) el Departamento de Estado solicite la renuncia a la inmunidad de cualquier funcionario de seguridad turco que se haya intervenido en una agresión en los Estados Unidos antes de que se proceda a la liberación de dicho individuo; y d) el Departamento de Estado revise sus procedimientos de seguridad para mitigar la probabilidad de que ocurra un incidente similar en el futuro. Finalmente, declara que el respeto a la libertad de expresión en los Estados Unidos requiere que sus funcionarios denuncien esos incidentes (17).

Esta resolución fue rechazada enérgicamente por el Gobierno turco, acusando a los legisladores estadounidenses de adoptar medidas que “distorsionan y politizan” los hechos. El portavoz del Ministerio de Relaciones Exteriores turco, Huseyin Muftuoglu, expresó que la resolución atentaba “contra el espíritu de alianza y asociación” entre Turquía y Estados Unidos (18).

El 20 de julio de 2017 tuvo lugar una manifestación de protesta en el mismo sitio de la anterior, organizada por el Comité Nacional Armenio de América (ANCA, por sus siglas en inglés) y la “iniciativa del 16 de mayo de Sheridan Circle”. Los manifestantes llevaron carteles denunciando el ataque de los miembros de la comitiva de seguridad del presidente Erdoğan contra los manifestantes kurdos y armenios del 16 de mayo. Del acto participaron, además, varios parlamentarios estadounidenses de los Partidos Republicano y Demócrata, quienes reiteraron los pedidos de una investigación exhaustiva, exigieron la detención de todos los agresores que participaron en el incidente y reclamaron una disculpa del presidente turco (19).

(17) US CONGRESS, House of Representatives, “H.Res.354 - Condemning the violence against peaceful protesters outside the Turkish Ambassador’s residence on May 16, 2017, and calling for the perpetrators to be brought to justice and measures to be taken to prevent similar incidents in the future”, Washington, 6 de junio de 2017, disponible en <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-resolution/354> (acceso 12/06/2017). Un proyecto de resolución similar fue introducido en el Senado el 25 de mayo de 2017. Véase “S.Res.180 - A resolution condemning the violence against peaceful protesters outside the Turkish Ambassador’s residence on May 16, 2017, and calling for the perpetrators to be brought to justice and measures to be taken to prevent similar incidents in the future”, disponible en <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-resolution/180> (acceso 28/07/2017).

(18) TURKEY MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS. “QA-29, 7 June 2017, Statement of the Spokesperson of the Ministry of Foreign Affairs, Ambassador Hüseyin Müftüoğlu, in response to a question regarding the resolution passed in the US House of Representatives”, Ankara, 7 de junio de 2017, disponible en http://www.mfa.gov.tr/qa_29_-7-june-2017_-statement-of-the-spokesperson-of-the-ministry-of-foreign-affairs_-ambassador-h%C3%BCseyin-m%C3%BCft%C3%BCo%C4%9Flu_-in-response-to-a-question-regarding-the-resolution-passed-in-the-us-house-of-representatives.en.mfa (acceso 12/06/2017).

(19) STOCKHOLM CENTER FOR FREEDOM. “US Congressmen Protest Erdoğan At Turkish Ambassador’s Washington Residence”, disponible en <https://stockholmcf.org/us-congressmen-protest-erdogan-at-turkish-ambassadors-washington-residence/> (acceso 28/07/2017).

IV. La inviolabilidad personal y las inmunidades de funcionarios oficiales en visita especial

El derecho diplomático, es decir, las reglas que regulan los distintos aspectos de las relaciones diplomáticas constituyen una de las primeras expresiones del derecho internacional. Cada vez que históricamente ha coexistido un grupo de entes independientes se desarrollaron costumbres especiales referidas a la forma en que los representantes especiales de los otros entes debían que ser tratados. En particular, se regularon los privilegios e inmunidades de los representantes diplomáticos, que derivan de los principios de inmunidad soberana e independencia e igualdad de los Estados (*par in parem non habet imperium*) y, asimismo, son un componente esencial del sistema internacional.

Se ha observado con frecuencia que, en general, hay un buen cumplimiento de las normas referidas a la inmunidad diplomática porque aquí, como en casi ninguna otra área del derecho internacional, los beneficios recíprocos del cumplimiento son visibles y manifiestos (20). Cada Estado que es anfitrión de una misión diplomática extranjera (Estado receptor), por lo general, tiene su propia embajada en el territorio del Estado acreditante, lo que genera un comportamiento recíproco ya que cada Estado quiere que sus propias embajadas y diplomáticos que operan en el extranjero gocen de la protección que les brinda el derecho internacional. El cumplimiento de esas mismas obligaciones frente a la comunidad diplomática en el propio país es ampliamente percibido como un factor importante para procurar que los privilegios e inmunidades diplomáticos propios no se vean afectados.

La diplomacia puede ser llevada a cabo por medio de diversos tipos de misiones. Tradicionalmente, las relaciones internacionales se instrumentaron por medio de las misiones diplomáticas, pero, con el crecimiento de las relaciones comerciales, las funciones de las oficinas consulares se establecieron y expandieron. Por otra parte, el desarrollo de las comunicaciones rápidas ha estimulado la creación de las *misiones especiales* diseñadas para ser enviadas a áreas particulares para fines específicos, incluyendo las visitas de jefe de Estado o de Gobierno y otros altos funcionarios de gobierno, las misiones *ad hoc*, la participación en conferencias internacionales y el establecimiento de misiones permanentes ante las organizaciones internacionales.

Cada una de estas formas de conducción de la diplomacia se encuentra regulada por su propio cuerpo específico de normas además del derecho internacional general (21).

(20) HIGGINS, Rosalyn. "The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience," 79 *American Journal of International Law* (3) (julio de 1985), pp. 641-651, p. 641, disponible en https://www.ilsa.org/jessup/jessup07/basicmats/ajil_higgins_article.pdf (acceso 08/06/2017).

(21) Las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) y sobre Relaciones Consulares (1963), la Convención sobre Misiones Especiales (1969), Convención sobre los privilegios e inmunidades de los organismos especializados (Resolución 179 [II] 21/11/1947), la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (1975), la Convención para la Prevención y Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente protegidas, inclusive los Agentes diplomáticos y la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, entre otras, además de numerosos acuerdos bilaterales.

Consecuentemente, hay diversos tipos de inmunidades: 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” (22).

De acuerdo con una práctica establecida y universalmente reconocida, los Estados receptores deben garantizar ciertos privilegios e inmunidades a los funcionarios públicos extranjeros que se encuentran de visita oficial en ese país. Esos privilegios e inmunidades están codificados en diferentes instrumentos internacionales que recogen la práctica existente entre los Estados.

Escobar Hernández afirma que “la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* constituye uno de los pocos elementos respecto de los que se aprecia un amplio consenso en los debates mantenidos sobre este tema en la Comisión de Derecho Internacional (23). Ello se debe, sin lugar a dudas, al hecho de que dicha distinción ha sido objeto de una amplia aceptación por parte de la doctrina (24) y en la jurisprudencia” (25).

(22) WICKEREMESINGHE, Chanaka. “Immunities enjoyed by officials of States and International Organizations” en EVANS, Malcolm (editor), *International Law*, 2ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 396.

(23) Doc. 14 A/CN.4/661, par. 47, *in fine*.

(24) Escobar Hernández cita las siguientes obras: DOMINICÉ, C. “Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales”, en CARDONA LLORENS, JORGE. *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. II, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 323-326 y 337-342; ABELLÁN HONRUBIA, Victoria. “La responsabilidad internationale de l’individu”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 280, Martinus Nijhoff, Leiden, 1999, pp. 220-223; BORGHI, A. *L’immunité des dirigeants politiques en droit international*, Collection latine, Series II, vol. 2, Bruylant, Bruselas, 2003, pp. 129-131; VERHOEVEN, J. “Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international”, en *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation*, Larquier, Bruselas, 2004, pp. 64-67 y 94-107; REMIRO BROTONS, Antonio. “La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales internacionales: el principio de universalidad”, en *XXXVIII Cursos de Derecho Internacional*, Washington, D.C., Organización de los Estados Americanos, 2006, p. 505; URBINA, Jorge. “Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 8, 2008, pp. 277-292; STERN, B. “Vers une limitation de l’irresponsabilité souveraine’ des États et chefs d’État en cas de crime de droit international?”, en KOHEN, Marcelo (ed.). *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law: Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Brill, La Haya, 2007, pp. 511-548; CASSESE, Antonio (et al.). *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 368; DUGARD, J. *International Law: A South African Perspective*, 4th ed., Juta, Johannesburgo, 2011, p. 253; FOX, Hazel y WEBB, Phillipa. *The Law of State Immunity*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2013; D’ARGENT, P. “Immunity of state officials and obligation to prosecute”, en *Charles de Visscher Center for International and European Law (CeDIE) Working papers*, n. 4, 2013, ps. 5-7; y MAGUIRE, R., LEWIS, B. y SAMPFORD, C. (eds.). *Shifting Global Powers and International Law: Challenges and Opportunities*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2013, p. 108 (Escobar Hernández, Concepción, Doc. A/CN.4/673, nota al pie 15, p. 5).

(25) ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. CDI, “Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, 2/6/2014, Doc. A/CN.4/673, par. 10, p. 5, disponible en <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/673> (acceso 07/07/2017).

La inmunidad *ratione personae* tiene un alcance material más amplio, pues abarca cualquier conducta del funcionario del Estado de que se trate, 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*).

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.

Según la División de Codificación de las Naciones Unidas “(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” (26). Wood afirma que la inmunidad *ratione personae* de este “estrecho círculo” de funcionarios de alto rango se aplica sean o no miembros de una misión especial, en adición a la inmunidad que pueden gozar cuando son visitantes oficiales (27). En efecto, el artículo 3.2 CNYME expresa que “La presente Convención se entenderá sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los jefes de Estado”. Cuando están de visita, la inmunidad de los miembros de su séquito puede ser la de las personas que integran una misión especial, pero también tratarse de una inmunidad derivada del estatuto del alto funcionario en cuestión (28).

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, técnicamente, de las normas que protegen contra la intrusión, que entrañan cuestiones de inviolabilidad, si bien unas y otras están interrelacionadas. Como señala Harris, en la CVRD la inviolabilidad y la inmunidad se superponen (29), aunque la primera se refiere a las cuestiones de intrusión (trespass), mientras que la segunda se aplica a asuntos jurisdiccionales, inclusive la inmunidad de proceso judicial y la inmunidad

(26) CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, Ginebra, 31 de marzo de 2008, Doc. A/CN.4/596, para. 97, disponible en http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/596&referer=http://legal.un.org/ilc/summaries/4_2.shtml&Lang=S (acceso 14/06/2017).

(27) Véase los artículos 21 de la CNYME y 50 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (1975).

(28) WOOD, op. cit. p. 46.

(29) Cfr. CVRD art. 22, párr. 1 y 3 y arts. 29-31.

tributaria (30). Por lo tanto, vamos a desarrollar primeramente las cuestiones referidas a la inmunidad de los funcionarios para luego considerar el principio de la inviolabilidad.

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. 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.

En el caso de una visita oficial a un Estado extranjero, entran en juego tres tipos de inmunidad diferentes: la inmunidad personal (*ratione personae*) de los funcionarios de alto rango, la inmunidad por los actos oficiales (*ratione materiae*) y la inmunidad de los visitantes oficiales, incluidos los de las misiones especiales. 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 Estado, la categoría de beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* parece ser de alcance más limitado.

Por lo tanto, creemos adecuado analizar separadamente estos tres tipos de inmunidades en relación con los miembros del séquito de un jefe de Estado o de Gobierno o ministro de Relaciones Exteriores. En virtud de ello, se analizan a continuación: a) las inmunidades en carácter de miembro de una comitiva de una personalidad de alto rango, derivadas de la inmunidad *ratione personae* de esta personalidad; b) las inmunidades como funcionario del Estado por sus actos oficiales (*ratione materiae*) (incluyendo las actividades *ultra vires*); y c) la inmunidad como miembro de una misión especial.

IV.1. Inmunidades (derivadas) en carácter de miembro de una comitiva de una personalidad de alto rango

La posición de los jefes de Estado y de Gobierno deriva de los derechos y deberes de los Estados en el plano internacional. El derecho internacional consuetudinario ha establecido, desde hace varios siglos, que un jefe de Estado o de Gobierno que se encuentra en el territorio de otro Estado goza de amplios privilegios e inmunidades, que incluyen la plena inmunidad de jurisdicción penal, civil y posee, asimismo, derecho a un tratamiento exclusivo en materia de ceremonial y protocolo adecuados a su posición y dignidad. Así lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en diferentes casos (31).

(30) HARRIS, D. J. *Cases and Materials on International Law*, 4ª edición, Sweet & Maxwell, Londres, 1991, p. 326.

(31) CIJ, asuntos *Orden de detención del 11/4/2000 (R. D. del Congo c. Bélgica)* (2002), fallo de 14/2/2002, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf> (acceso 07/07/2017); *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, fallo del 4/6/2008, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/136/136->

El jefe de Estado en funciones tiene derecho a la inmunidad –probablemente sin excepción– de jurisdicción penal y civil (32). Fox sostiene que su residencia, su persona y sus bienes muebles son inviolables. Está exento de derechos de aduana y de inspección de los bienes que trae consigo. Su cónyuge y otros miembros de su familia que viajan con él y, posiblemente, todos los miembros de su entorno cercano tendrían derecho a ciertos privilegios e inmunidades cuando viajan con él o ella, aunque, como veremos más adelante, esto es materia de debate. La inmunidad *ratione personae* de jurisdicción penal extranjera se otorga al jefe de Estado en ejercicio independientemente de su presencia en el territorio del Estado del foro o, cuando está presente, de las circunstancias de su visita (sea oficial, privada o de incógnito) (33). Para poder ejercitar estos derechos, el jefe de Estado debe haber revelado su posición, aunque es irrelevante que originalmente haya entrado en la jurisdicción de otro Estado de modo oficial o de incógnito (34). Podestá Costa y Ruda señalan que “las inmunidades y privilegios rigen aunque el jefe de Estado viaje ‘de incógnito,’ pues esta fórmula exime únicamente de la recíprocas obligaciones protocolares y la personalidad que posee el jefe de Estado no se ha extinguido” (35).

El fundamento para estas facilidades, privilegios e inmunidades otorgadas a los jefes de Estado y de Gobierno se encuentra tanto en el respeto a su posición, en cuanto principal representante del Estado, como en razones funcionales que faciliten el efectivo desempeño de su cargo (36). Así lo recogió el *Institut de Droit International* cuando afirmó que “el trato especial se debe dar a un jefe de Estado o jefe de Gobierno como representante de ese Estado y no en su interés personal, porque ello es necesario para el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de sus responsabilidades de una manera independiente y eficaz, en el interés bien concebido tanto

20080604-JUD-01-00-EN.pdf (acceso 14/07/2017); *Ciertas actuaciones penales en Francia (República del Congo c. Francia)*, Medidas provisionales, orden del 17/6/2003, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/129/129-20030617-ORD-01-00-EN.pdf> (acceso 31/07/2017), *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, fallo del 3/2/2012, par. 53-57, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> (acceso 31/07/2017).

(32) La finalidad de esta 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 foro. Cfr. FOX, Hazel. “International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States”, en EVANS, M. *International Law*, op. cit., p. 384.

(33) Véase, entre otros, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (recours de droit administratif), ATF 115 Ib 496, pp. 501 y 502 (reproducido en CAFLISCH, Lucius. “La pratique suisse en matière de droit international public 1980”, *Revue suisse de droit international et droit européen* (1991), p. 535).

(34) Cfr. CIJ, asunto *Orden de detención del 11/4/2000...*, op. cit., párr. 54.

(35) PODESTÁ COSTA, Luis A. y RUDA, José M. *Derecho internacional público*, t. I, TEA, Buenos Aires, 1985, p. 590. En el mismo sentido, TRAVIESO, Juan A. *Derecho internacional público*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 379.

(36) 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 Estados. CIJ, *Orden de detención*, op. cit., párr. 53.

del Estado o del Gobierno de que él o ella es la cabeza y la comunidad internacional en su conjunto” (37).

La resolución divide el tratamiento del tema en tres partes: la primera referida a los jefes de Estado en funciones (artículos 1-12), la segunda a los antiguos jefes de Estado (artículos 13-14) y la tercera a los jefes de Gobierno (artículos 15-16). En la primera parte, dispone que la persona del jefe de Estado es inviolable cuando se encuentra en el territorio de un Estado extranjero (artículo 1) y que goza de inmunidad de jurisdicción por cualquier crimen que pueda haber cometido, sin importar su gravedad (artículo 2). Esa inmunidad de jurisdicción y ejecución no se extiende a los asuntos en materia civil y administrativa (artículo 3), a menos de que la demanda se refiera a actos realizados mientras se encuentra en funciones oficiales (artículo 4). Estas inmunidades no se extienden a los miembros de la familia ni del entorno del jefe de Estado, a menos que el Estado extranjero quiera otorgárselas a modo de cortesía (artículo 5). La resolución hace caso omiso al modo en que el jefe de Estado haya ingresado al extranjero, al disponer que las inmunidades de jurisdicción y ejecución del jefe de Estado deberán serle acordadas tan pronto su estatus o posición haya sido conocida para el Estado extranjero (artículo 6). La inmunidad de jurisdicción y ejecución pueden ser renunciadas por el Estado extranjero (artículo 7), aunque esa renuncia no se presume, sino que ser clara y expresa (artículo 8).

La segunda parte de la resolución se refiere a los antiguos jefes de Estado y establece que éstos no gozan de inviolabilidad ni de inmunidad penal, civil ni administrativa en el territorio de un Estado extranjero (artículo 13). Finalmente, la tercera parte se refiere a los jefes de Gobierno a los que se brinda un tratamiento equivalente al otorgado a los jefes de Estado (artículos 15 y 16). Esta resolución es importante porque refleja el punto de vista de los principales tratadistas sobre cuál es el estado del arte en esta materia, aunque, como sostiene Roberts, en algunos puntos no concuerda con la práctica estatal (38).

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (CVRD) (39) de 1961 y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC) (40) de 1963 no contienen

(37) IDI, “Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law”, Sesión de Vancouver, 2001, párrafo preambular 3º, disponible en http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2001_van_02_en.pdf (acceso 12/06/2017).

(38) ROBERTS, Ivor. *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 177, nota al pie 6.

(39) La CVRD fue firmada en el Neue Hofburg en Viena el 18/4/1961 y entró en vigor el 24/4/1964. La CVRD es complementada por dos protocolos facultativos: el Protocolo Facultativo sobre Adquisición de Nacionalidad, firmado en Viena el 18/4/1961 y que entró en vigor el 24/4/1964, aprobado por el decreto ley 7672 de fecha 13/9/1963 (art. 5º) y del cual forman parte 51 Estados; y el Protocolo Facultativo sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias, firmado en Viena el 18/4/1961 y que entró en vigor el 24/4/1964, del cual forman parte 66 Estados, entre los que no se encuentra la Argentina.

(40) La CVRC también fue firmada en el Neue Hofburg en Viena el 24/4/1963 y entró en vigor el 19/3/1967. Tiene 173 Estados parte. Del mismo modo que la CVRD, la CVRC es complementada por

disposiciones relativas a las facilidades, las inmunidades y los privilegios de los jefes de Estado y de Gobierno, aunque sin duda sus disposiciones ciertamente deberían ser consideradas como el estándar mínimo que debe serles acordado (41).

La *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* (CNYIJE) (42), de 2004, constituye un marco normativo de referencia en esta materia (43) y se refiere a las inmunidades de los jefes de Estado cuando actúan oficialmente, pero nada dice sobre su posición en lo que respecta a inmunidades personales. Esta limitación deriva de la clara distinción establecida en muchas legislaciones nacionales entre los actos del jefe de Estado o de Gobierno realizados *ratione materiae*, es decir, como parte de la entidad que representa (el Estado) y los actos realizados *ratione personae*, en los que actúa en su capacidad individual, a los que se otorga un alto grado de privilegio y se les concede inmunidad. La CNYIJE sólo contempla el primer supuesto, como surge del ámbito de aplicación dispuesto por el artículo 2, incisos 1° b) i) y iv) (44).

Sin embargo, el artículo 3.2 acepta que “La presente Convención se entenderá sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los jefes de Estado”. Como lo señalara la CDI en sus comentarios al *Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, y comentarios correspondientes*, el artículo 3.2, “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” (45).

dos Protocolos Facultativos: el Protocolo Facultativo sobre Adquisición de Nacionalidad, firmado en Viena 24/4/1963 y entró en vigor el 19/3/1967, y del cual forman parte 39 Estados; y el Protocolo Facultativo sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias, que fue firmado en Viena 24/4/1963 y entró en vigor el 19/3/1967, del cual forman parte 48 Estados. La Argentina no es parte de ninguno de estos dos Protocolos.

(41) ROBERTS, op. cit., p. 175.

(42) La *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* fue adoptada por la AGNU en Nueva York el 2/12/2004, Doc. A/RES/59/38, disponible en <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/59/38&Lang=S> (acceso 07/07/2017). La República Argentina no la suscribió. La Convención aún no ha entrado en vigor, ya que a la fecha (31/7/2017) cuenta con 28 signatarios y 21 partes, de las 30 partes requeridas por el art. 30 para su entrada en vigor, véase https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en (acceso 31/07/2017).

(43) Véase *Khurts Bat*, op. cit., paras. 70-71.

(44) “Art. 2. Términos empleados: 1. Para los efectos de la presente Convención: (...) b) se entiende por “Estado”: (...) i) el Estado y sus diversos órganos de gobierno; (...) iv) los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter”.

(45) Cfr. CDI, “Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, y comentarios correspondientes”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1991, Volumen II, Segunda parte, p. 23 (proyecto de art. 3, comentario 7)), disponible en http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1991_v2_p2.pdf&lang=ESFRAC (acceso 15/06/2017).

Al respecto, la División de Codificación de las Naciones Unidas expresó que:

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 distinto... En todo caso, el objetivo general de la inmunidad es preservar la estabilidad de las relaciones internacionales, un imperativo que se hace sentir particularmente en el caso del Jefe de Estado, habida cuenta de sus funciones representativas de alto rango y de la importancia de su papel en la organización interna del Estado (46).

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 (FSIA, por sus siglas en inglés): la jurisprudencia parece estar dividida en este punto entre los tribunales que consideran que dicha ley se aplica a los funcionarios extranjeros individualmente (47) 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 (48).

La *Convención de Nueva York sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos*, de 1973, en su artículo 1.a) incluye al “jefe de Estado, incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la constitución respectiva, cumpla las funciones de jefe de Estado, un jefe de Gobierno o un ministro de Relaciones Exteriores, siempre que tal persona se encuentre en un Estado extranjero, así como los miembros de su familia que lo acompañen” (49). En su oportunidad, la Sexta Comisión de la Asamblea

(46) CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, op. cit., para. 103, notas al pie omitidas.

(47) Véase Tribunal de Apelaciones, Noveno Circuito, *Chuidian v. Philippine National Bank*, 912 F.2d 1095 (9th Cir. 1990) (*Chuidian I*), disponible en <http://openjurist.org/912/f2d/1095/chuidian-v-philippine-national-bank-b-chuidian> (acceso 12/07/2017), decisión aplicada por distintos tribunales estadounidenses, por ejemplo, *Doe v. Qi*, 349 F.Supp.2d 1258 (2004), disponible en http://www.leagle.com/decision/20041607349FSupp2d1258_11494/DOE%20v.%20QI (acceso 12/07/2017).

(48) Véase *Lafontant v. Aristide*, 844 F.Supp.128 (1994), disponible en <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/844/128/1523518/> (acceso 12/07/2017); *Tachiona v. Mugabe* 169 F. Supp. 2d 259 (S.D.N.Y. 2001), disponible en <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/169/259/2424159/> (acceso 12/07/2017).

(49) La *Convención de Nueva York sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Incluidos los Agentes Diplomáticos* fue aprobada el 14/12/1973. La República Argentina aprobó la Convención por ley 22.509 del 15/10/1981 y depositó el instrumento de ratificación, con reservas, el 18/3/1982. Así, la Convención entró en vigor el 20/2/1977 y para la Argentina el 16/4/1982. El objeto de esta Convención es que los presuntos responsables de los atentados contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos, sean extraditados o juzgados, facilitando la cooperación legislativa, judicial y policial entre los Estados parte con el fin de prevenir la comisión de los actos previstos en ella y de castigar a sus culpables. Al respecto, puede verse CONDE PÉREZ, Elena. “Convención de Nueva York sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas (Nueva York, 1973): análisis y perspectivas actuales de aplicación”, *Foro* (Nueva Época), n. 13, 2011, ps. 111-138, y la bibliografía allí

General de las Naciones Unidas manifestó que la Convención es un medio para dar efecto práctico a los conceptos de inviolabilidad y protección especial establecidos en la CVRD y la CVRC (50), e incluye, además, a los jefes de Estado o de Gobierno y a los ministros de Relaciones Exteriores.

Parece haber consenso en 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 sobre las Misiones Especiales de 1969. Al respecto, en el asunto *Orden de detención*, la CIJ recordó un párrafo de la orden de detención emitida por el juez de instrucción belga en el que éste expresa:

De conformidad con el principio general de equidad en los procedimientos judiciales, la inmunidad de ejecución debe, a nuestro juicio, ser concedida a todos los representantes del Estado acogidos como tales en el territorio de Bélgica (en ‘visitas oficiales’). Dar la bienvenida a tales dignatarios extranjeros como representantes oficiales de Estados soberanos implica no sólo relaciones entre individuos, sino también relaciones entre Estados. Ello significa que el país anfitrión y sus diversos componentes se comprometen a no tomar medidas coercitivas contra su huésped y la invitación no puede convertirse en un pretexto para hacer caer a la persona involucrada en lo que podría calificarse como una trampa. En caso contrario, el incumplimiento de este compromiso podría dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado anfitrión (51).

En el caso mencionado, la CIJ concluyó señalando que:

teniendo en cuenta la naturaleza y el objeto de la orden, su sola emisión constituía una violación de la inmunidad del Sr. Yerodia en su condición de ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio del Congo. La Corte concluye que la emisión de la mencionada orden ha constituido una violación de una obligación de Bélgica respecto al Congo, en la que no ha respetado la inmunidad de este ministro y, más particularmente, ha violado la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de la gozaba entonces en virtud del derecho internacional (52).

No vamos a considerar en detalle las cuestiones referidas a las inmunidades civil, administrativa o penal de los jefes de Estado o de Gobierno, ya que ello excede largamente el propósito de este trabajo (53). Lo que conviene considerar en este punto es cuál es la situación de los miembros de la custodia presidencial turca. La doctrina tradicional entendía que “el estatuto privilegiado del jefe de Estado se extiende a su familia y a los miembros del séquito que le acompaña, pues lo contrario compromete-

citada, disponible en <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/38224/36981> (acceso 12/06/2017).

(50) VILARIÑO PINTOS, Eduardo. *Curso de derecho diplomático y consular*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 132.

(51) CIJ, *Orden de detención*, op. cit., párr. 68 (traducción propia).

(52) *Ibidem*, para. 70.

(53) Al respecto, puede verse ARREDONDO, Ricardo. *Derecho diplomático y consular*, op. cit., p. 73 y ss.

tería la independencia de aquél” (54). Sin embargo, esa concepción, acompañando al proceso general de limitación de las inmunidades diplomáticas, parece haberse ido restringiendo (55). En efecto, como surge de la CNYME, aunque no define en detalle qué debe entenderse por o cuál es el alcance de las facilidades, privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a los jefes de Estado en visita oficial, ellos se conceden a éstos y a las demás personalidades de *rango elevado* cuando participen en una misión especial del Estado acreditante. A esta misma conclusión parece arribar el IDI cuando propone que estas inmunidades no se extienden a los miembros de la familia ni del entorno del jefe de Estado, a menos que el Estado extranjero quiera otorgárselas a modo de cortesía (artículo 5).

En el asunto *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*:

La Corte observa que, aunque en el pasado ha habido un gran debate acerca de los orígenes de la inmunidad del Estado y la determinación de los principios que la sustentan, la Comisión de Derecho Internacional (en adelante la “CDI”) concluyó en 1980 que la regla de la inmunidad del Estado había sido “adoptada... como una regla general de derecho internacional consuetudinario con una base sólida en la práctica actual de los Estados”. A juicio de la Corte, esa conclusión, que se basó en un amplio estudio de la práctica de los Estados, encuentra confirmación en el historial de la legislación nacional, la jurisprudencia y las observaciones de los Estados respecto del texto que luego pasó a ser la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (en adelante la “Convención de las Naciones Unidas”). Esa práctica demuestra que, ya sea para invocar la inmunidad para sí mismos o concederla a terceros, los Estados suelen fundarse en que existe un derecho a la inmunidad en virtud del derecho internacional, junto con la correspondiente obligación de los demás Estados de respetar y aplicar dicha inmunidad (56).

(54) CAHIER, P. *Derecho diplomático contemporáneo*, Rialp, Madrid, 1965, p. 449. En el mismo sentido, LAWRENCE, T. J. *The Principles of International Law*, revisión a cargo de Percy H. Winfield, 7ª edición, MacMillan, Londres, 1924, p. 105: “Si surgen algunos casos graves y urgentes entre su séquito, deben ser enviados a su país para ser juzgados”.

(55) La problemática de los límites y excepciones a la inmunidad del Estado y de sus funcionarios constituye una de las principales preocupaciones de la comunidad jurídica internacional, como se desprende del importante número de publicaciones realizadas en épocas recientes. Al respecto, puede verse en CDI, “Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora”, Ginebra, 14 de junio de 2016, Doc. A/CN.4/701, para. 12 y ss., disponible en <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/701> (acceso 12/06/2017).

(56) CII, *Inmunidades jurisdiccionales*, op. cit., párr. 55. Si bien en este asunto, la CII no se ocupó de las inmunidades de los funcionarios individualmente considerados, su enfoque es pertinente para la identificación de las normas del derecho internacional consuetudinario en otros casos en los que las inmunidades internacionales se rigen por ese derecho, incluyendo las de los miembros de una comitiva oficial. Véase también la opinión separada del juez Keith, párr. 4, quien señala que: “Como se desprende de la sentencia en este caso, la Corte, por buena razón, le otorga un rol importante a las decisiones de los tribunales nacionales. En esta área del derecho, es este tipo de decisiones, junto con la reacción o no del Estado extranjero involucrado, las que proporcionan muchos ejemplos de práctica estatal” (traducción del autor).

La determinación en cada caso particular depende de la decisión adoptada por el Gobierno respectivo. En el memorandum sobre “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, preparado por la División de Codificación de las Naciones Unidas, se expresa que “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 incierto. 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” (57). Luego de revisar algunos casos particulares de la práctica estatal sobre esta materia, el memorandum concluye señalando que “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” (58), dejando fuera de la misma a los integrantes del séquito. Según Verhoeven, 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 independencia de éstos (59).

Las inmunidades y privilegios se otorgan a los miembros de la familia y del séquito de los jefes de Estado sobre la base de la cortesía internacional y no de conformidad con normas establecidas de derecho internacional (60). En este sentido se pronunció la CDI, 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 extranjero (61).

Uno de los problemas para determinar las reglas aplicables en esta materia es que existe una práctica estatal escasa o limitada en lo que se refiere a las inmunidades de

(57) CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, op. cit., para. 114.

(58) *Ibidem*, para. 116.

(59) VERHOEVEN, Joe (relator). “Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law” (“Rapport provisoire”), en *Institut de Droit International Yearbook*, vol. 69, 2000-2001, p. 437.

(60) De acuerdo a medios de prensa, cuando el presidente George W. Bush visitó Londres en 2003, los agentes del Servicio Secreto que viajaban con él no recibieron inmunidad diplomática. Cfr. BOFFEY, Chris y STEELE, John. “The police marksmen with London in their sights”, *The Telegraph*, Londres, 17 de noviembre de 2003, disponible en <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1446897/The-police-marksmen-with-London-in-their-sights.html> (acceso 28/07/2017).

(61) CDI, “Informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, del Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial”, Ginebra, 20 de mayo de 1988, Doc. A/CN.4/415, para. 49, disponible en http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1988_v2_p1.pdf&lang=EFSRA (acceso 14/06/2017).

los miembros del entorno o el séquito, aunque de las consideraciones efectuadas por la CIJ en el asunto *Orden de detención*, parecerían justificarla (62).

IV.2. Inmunidades como funcionario del Estado por sus actos oficiales (*ratione materiae*)

Como se señaló previamente, la inmunidad *ratione materiae* es la inmunidad inherente a los actos oficiales realizados por los funcionarios del Estado en el cumplimiento de sus funciones (incluidos los actos *ultra vires*), a diferencia de los actos privados. En este sentido, la CIJ, en el asunto *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, consideró como tales a los “actos cumplidos en el marco de [las] funciones [de los funcionarios de que se trate] como órgano del Estado” (63).

El derecho internacional consuetudinario no define como tal al “funcionario del Estado” (64). El texto de los proyectos de artículos 2, inc. e), y 5 sobre “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” de la CDI define por “funcionario del Estado” a “un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales” (artículo 2, inc. e)), expresando que “cuando actúan en calidad de tal, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera” (65). Tampoco existen acuerdos que regulen expresamente los alcances de los privilegios e inmunidades de los funcionarios de gobierno en visita oficial y las decisiones de tribunales judiciales o arbitrales son escasas y no abordan esta materia de manera detallada. Ello no obstante, el derecho internacional consuetudinario reconoce desde hace siglos que éstos gozan de una condición de excepción, teniendo en cuenta las personas de que se trata y las funciones que desempeñan.

Por ende, corresponde analizar dos cuestiones: a) cuáles son 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; y b) qué personas que gozan de inmunidad *ratione materiae*.

(62) WOOD, op. cit., p. 47, nota 32 *in fine*. Sin embargo, este fallo del Corte ha sido criticado por su ambigüedad al sugerir que la lista de funcionarios de alto rango no era exhaustiva y podía incluir a otros funcionarios más allá de los jefes de Estado, jefes de Gobierno o ministros de Relaciones Exteriores. Cfr. AKANDE, DAPO y SHAH, Sangeeta. “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts”, 21 *European Journal of International Law* (4) (2010), pp. 815-852, disponible en <http://www.ejil.org/pdfs/21/4/2115.pdf> (acceso 27/07/2017).

(63) CIJ. *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, op. cit., par. 191.

(64) Siguiendo la terminología empleada por la relatora especial de la CDI, quien considera que la expresión “órgano del Estado” presenta la ventaja de ser un término utilizado habitualmente en la práctica internacional para referirse a una persona que tiene un vínculo con el Estado y que actúa en nombre y por cuenta de éste. Además, el significado amplio de la expresión permite su utilización para referirse tanto a personas que representan internacionalmente al Estado como a personas que ejercen funciones que implican el ejercicio del poder público. En consecuencia, la relatora especial considera que el término “órgano” es el más adecuado para referirse a todas las personas que se pueden beneficiar de la inmunidad de jurisdicción (CDI, “Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, Doc. A/CN.4/673, p. 55).

(65) Véase Doc. A/CN.4/L.850.

IV.2.1. Tipo de actos

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 Estado, 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 Estado. Al respecto, cabe recordar que 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. Las acciones promovidas contra esos funcionarios de un gobierno extranjero por razón de sus actos oficiales son esencialmente acciones contra el Estado al que representan.

Las inmunidades comprendidas en la categoría de inmunidades ratione materiae se otorgan en beneficio del Estado, y la modificación o la terminación de las funciones oficiales de los representantes de que se trate no tiene sobre ellas ningún efecto. Así no podrá prosperar una acción promovida contra un ex representante de un Estado extranjero respecto de un acto ejecutado por él en el ejercicio de sus funciones oficiales. La inmunidad del Estado subsiste después de terminada la misión o función del representante de que se trate. Ello se debe a que 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 (66).

En el comentario de la CDI al artículo 4 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (67) se señala 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, naturalmente, cada caso tendrá que tratarse a la luz de sus propios hechos y circunstancias (68).

(66) CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, op. cit., para. 89, nota 218.

(67) Resolución AGNU 56/83, 21/12/2001, op. cit.

(68) Los tribunales estadounidenses, aplicando la FSIA a un caso iniciado por practicantes de Falun Gong contra funcionarios de gobierno de la República Popular China, expresaron que “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”. Cfr. 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 (EMC), C-02-0695 CW (EMC). (N.D. Cal. Oct. 28, 2004), 349 F. Supp.2d 1258, p. 1285 y ss., disponible en <https://www.ravellaw.com/opinions/f54e2df739b492a14b4a8a2698c3b564> (acceso 14/07/2107).

El mismo sentido se pronuncia Watts, quien manifiesta que “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” (69).

El artículo 7, titulado “Extralimitación en el ejercicio de la competencia o contravención de instrucciones”, del citado Proyecto de artículos establece que:

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 (70).

Existe cierta discrepancia en la jurisprudencia de los tribunales nacionales respecto a si los actos realizados por los funcionarios del Estado excediéndose de sus atribuciones (*ultra vires*) están comprendidos en la inmunidad *ratione materiae*. En algunos casos se ha rechazado esta defensa, mientras que en otros se la ha aceptado, subrayándose que la inmunidad del funcionario no depende de la licitud o ilicitud del acto (71). En la doctrina existe este mismo tipo de divergencias (72).

La División de Codificación de las Naciones Unidas afirma que “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 contenido” (73).

De lo que antecede puede afirmarse que se podría considerar que un órgano del Estado que realice un *acto jure gestionis*, que es atribuible al Estado, está efectivamente

(69) WATTS, Arthur. “The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers”, *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* n. 247, 1994, p. 56.

(70) Resolución AGNU 56/83, 21/12/2001, op. cit. (cursivas añadidas). Al respecto puede verse TOMONII, Mizushima. “The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct”, 29 *Denver Journal of International Law and Policy* (3-4) (2000-2001), p. 276, quien sostiene que “en la esfera de la responsabilidad de los Estados, con arreglo al derecho internacional, el comportamiento *ultra vires* de los funcionarios del Estado es, por lo menos en cierta medida, atribuible al Estado”.

(71) Véase *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*, United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division, 12 de septiembre de 2003, 282 F.Supp.2d 875 (2003), disponible en http://www.leagle.com/decision/20031157282FSupp2d875_11087/PLAINTIFFS%20A,%20B,%20C,%20D,%20E,%20F%20v.%20JIANG%20ZEMIN (acceso 14/07/2107).

(72) Por ejemplo, van Alebeek, afirma que “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*”, cfr. VAN ALEBEEK, Rosanne. “The Pinochet Case: International Human Rights Law on Trial”, *British Yearbook of International Law*, vol. LXXI (2000), p. 66.

(73) CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, op. cit., para. 160.

actuando en su carácter oficial y consiguientemente gozaría de inmunidad *ratione materiae* con respecto a dicho acto.

La práctica de los Estados es escasa en lo que se refiere a los actos realizados por un funcionario del Estado en el territorio de otro Estado en el cumplimiento de sus funciones y la cuestión de la inmunidad ante la jurisdicción penal en el Estado en que fueron realizados (74). “Se ha sugerido que, para determinar si los actos realizados por un funcionario del Estado en el territorio de un Estado extranjero están comprendidos en la inmunidad *ratione materiae*, el aspecto fundamental a considerar sería el de si el Estado territorial había consentido en que un órgano de un Estado extranjero cumpliera funciones oficiales dentro de su territorio o no. 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 aérea” (75). En el mismo sentido, Gaeta, analizando el caso de la detención por parte de Italia de agentes de la CIA por el caso *Abu Omar*, afirma que la existencia de la inmunidad 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 (76).

IV.2.1.1. Quienes gozan de inmunidad *ratione materiae*

Los funcionarios estatales en general, independientemente de su posición en la jerarquía del Estado, gozan de inmunidad *ratione materiae* (77), que “comprende a los actos oficiales de cualquier agente de jure o de facto del Estado” (78). Esta posición

(74) La División de Codificación de las Naciones Unidas recuerda el incidente del *Rainbow Warrior*, cuando las autoridades de Nueva Zelanda procedieron a la detención del Mayor Mafart y el Capitán Prieur, dos agentes franceses que hundieron al *Rainbow Warrior*, en Nueva Zelanda. En esa ocasión, Francia adoptó la posición de que esa 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”. Cfr. CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, op. cit., para. 162, nota 465.

(75) Cfr. CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, op. cit., para. 163.

(76) GAETA, Paola. “Extraordinary renditions e immunità dalla giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso Abu Omar”, 89 *Rivista di diritto internazionale* (2006), pp. 127-8.

(77) GAETA, Paola. “Official Capacity and Immunities” en CASSESE, Antonio, GAETA, Paola (*et. al.*) (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 975. En el mismo sentido, WICKREMASINGHE, Chanaka. “Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations” en EVANS, Malcolm D. (ed.). *International Law*, 2ª edición (Oxford, Oxford University Press, 2006), p. 397.

(78) CASSESE, Antonio. “When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case”, 13 *European Journal of International Law* (4) (2002), p. 255, disponible en <http://www.ejil.org/pdfs/13/4/1564.pdf> (acceso 17/07/2017).

fue confirmada por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia que, en la causa “Fiscal c. Blaškić”, manifestó que los funcionarios del Estado, cuando actúan en carácter oficial, “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” (79). En el mismo sentido se pronunciaron, tanto tribunales internacionales (asuntos *Rainbow Warrior* (80) y *Eichmann* (81), entre otros) como tribunales internos (asuntos *Adamov* (82) y *Pinochet* (3) (83), entre otros) y la propia Corte Internacional de Justicia (84).

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 penal. Por lo que puede expresarse que este tipo de inmunidad opera de modo de proteger a los funcionarios públicos, incluso los de menor rango, frente a los procesos judiciales en países extranjeros con respecto a actos realizados en el ejercicio de sus funciones, inclusive frente a la acusación y la detención con respecto a supuestos crímenes, como lo fue en el caso bajo examen.

IV.3. Inmunidades como miembro de una misión especial

Actualmente, las misiones especiales se encuentran reguladas por la Convención de Nueva York sobre las Misiones Especiales (CNYME) de 1969 (85). Las normas del

(79) *Fiscal c. Blaškić* (Causa N° IT-95-14), decisión sobre la citación bajo apercibimiento [subpoena], párr. 38, citada por CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, op. cit., para. 167, disponible en <http://www.icty.org/case/blaskic/4#acdec> (acceso 17/07/2017).

(80) *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair*, 30 de abril de 1990, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XX pp. 215-284, disponible en http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf (acceso 18/07/2017).

(81) *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann* (Corte Suprema de Israel, 1962), 36 *International Law Reports* (5), 1961 (traducción al inglés).

(82) *Adamov (Evgeny) v Federal Office of Justice*, Appeal Judgment, Case No 1A 288/2005, ILDC 339 (CH 2005), fallo de 22/12/2005, Suiza, Corte Suprema Federal, disponible en <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/ildc/339ch05.case.1/law-ildc-339ch05> (acceso 18/07/2017).

(83) *Cámara de los Lores, Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet*, fallo de 24 de marzo de 1999, disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino1.htm> (acceso 18/07/2017).

(84) CIJ. *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, fallo de 4/6/2008, op. cit., par. 187-8.

(85) La *Convención sobre las Misiones Especiales* (conocida también como la “Convención de Nueva York”) fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 8/12/1969 y se abrió a la firma el 16/12/1969, junto a un Protocolo Facultativo sobre la solución obligatoria de controversias y una resolución relativa a los litigios en materia civil. La República Argentina suscribió la Convención el

derecho internacional consuetudinario son a la vez más amplias y más estrictas que las disposiciones de aquélla. Son más extensas en cuanto a la categoría de visitantes oficiales que pueden tener derecho a inmunidad, que es más amplia que la prevista en la Convención. Por otra parte, son más estrictas porque el alcance de los privilegios e inmunidades es más limitado, quedando esencialmente restringidos a la inmunidad de la jurisdicción penal y a la inviolabilidad de la persona (86).

De conformidad con lo estipulado en su artículo 1.a), una misión especial es una “misión temporal, que tenga carácter representativo del Estado, enviada por un Estado ante otro Estado con el consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un cometido determinado”. El requisito del consentimiento del Estado receptor se requiere para todos los aspectos de la misión, incluyendo el envío de la misión (artículo 2) y la determinación de las funciones de la misión (artículo 3) (87).

Los miembros de una misión especial se encuentran en el territorio del Estado receptor, con el consentimiento de éste, para cumplir el propósito de la misión. Mientras se encuentran allí gozan de inviolabilidad personal (artículo 29 CNYME) (88), por lo que no pueden ser objeto de ninguna forma de detención o arresto, a la vez se les otorga inmunidad de jurisdicción del Estado receptor (artículo 31) y otros privilegios. Ninguna de estas disposiciones define en detalle qué debe entenderse por o cuál es el alcance de estas facilidades, privilegios e inmunidades.

La posición del Jefe de Estado cuando encabeza una misión especial está considerada en el artículo 21.1 (89). Allí se establece que la denominada *troika* (jefes del Estado, jefes de Gobierno y ministros de Relaciones Exteriores) y demás personalidades de rango elevado gozan de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional, se encuentren o no en visita oficial (90). Cuando estos

18/12/1969, aprobada por la ley 19.802 del 23/8/1972 y el instrumento de ratificación fue depositado el 13/10/1972. La Convención entró en vigor el 21/6/1985.

(86) WOOD, op. cit., p. 37.

(87) CNYME, artículo 3, “Las funciones de una misión especial serán determinadas por consentimiento mutuo del Estado que envía y el Estado receptor”.

(88) CNYME, artículo 29, “La persona de los representantes del Estado que envía en la misión especial, así como la de los miembros del personal diplomático de ésta, es inviolable. No podrán ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor los tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad”.

(89) CNYME, artículo 21.1, “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. 2. 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”.

(90) 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

funcionarios se encuentran de visita oficial, las inmunidades de los miembros de su séquito podrían ser las de funcionarios que forman parte de una misión especial, pero también podrían ser una derivación del *status* de las personalidades de rango elevado a quienes acompañan (91).

De conformidad con lo previsto en el artículo 39 CNYME, 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 según lo previsto en el artículo 31.1.

La División de Codificación de las Naciones Unidas ha señalado que:

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 Exteriores. 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 contexto. En todo caso, el artículo 39 de la Convención de 1969 sobre las Misiones Especiales, que otorga privilegios e inmunidades a los 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 (92).

Habida cuenta de la amplitud del ámbito de aplicación de la CNYME, las opiniones sobre si sus normas representan el derecho internacional consuetudinario en la materia están divididas (93). Algunos sostienen que toda la convención constituye el derecho internacional consuetudinario (94), otros que no hay nada que sugiera que se le debe otorgar el estatuto de derecho consuetudinario y un tercer grupo sostiene que ciertas disposiciones gozan del estatuto de derecho consuetudinario (95). A pesar

a la conclusión de que el rango del jefe o de los miembros de una misión especial no confería a la misión ningún estatuto particular. En el mismo sentido, véase el art. 50 de la Convención sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (1975).

(91) WOOD, op. cit., p. 46.

(92) CDI, "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría", op. cit., párr. 131.

(93) ADVISORY COMMITTEE ON ISSUES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (Holanda). *Advisory Report on the Immunity of Foreign State Officials* (Translation), Advisory Report No. 20, The Hague, mayo de 2011, disponible en http://cms.webbeat.net/contentsuite/upload/cav/doc/cavv-report-nr-20-immunity_foreign_officials.pdf (acceso 27/07/2017).

(94) FRANEY, Elizabeth Helen. "Immunity from the criminal jurisdiction of national courts" en ORA-KHELASHVILI, Alexander (ed.). *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Elgar, Gloucester, 2017 (paperback edition), p. 218.

(95) WOOD, op. cit., p. 60.

de contar con pocas decisiones de tribunales locales en la materia, pueden observarse indicios que permiten afirmar el goce de inmunidades por parte de las misiones especiales, con fundamento en el derecho internacional consuetudinario (96). Sin embargo, como señala Wood, si bien la Convención ha influido en las normas consuetudinarias, no debe suponerse que todas o incluso la mayoría de sus disposiciones reflejan actualmente el derecho consuetudinario, dadas las circunstancias de su adopción y la falta de apoyo entre los Estados (97).

En 1983, en el asunto *Tabatabai*, la Corte Suprema Federal alemana dictaminó que existía una regla de derecho internacional consuetudinario que reconocía que se le podría conceder inmunidades a un enviado especial encargado de una misión política especial por el Estado acreditante (98). El tribunal consideró que, dada la importancia de la diplomacia *ad hoc*, había motivos funcionales para conceder la inmunidad *ratione personae* a los miembros de misiones especiales. Del mismo modo, algunos tribunales de Estados Unidos han encontrado que existe una categoría especial de enviado diplomático que se beneficia de inmunidades jurisdiccionales (99). Sin embargo, se observa un contrapunto: un Tribunal de Distrito de Estados Unidos rechazó una petición de inmunidad de jurisdicción penal efectuada por un funcionario gubernamental extranjero, quien alegaba estar en una misión especial y consideró que la CNYME no es representativa del derecho internacional consuetudinario.

En la jurisprudencia estadounidense existe un precedente relevante en este punto, aunque anterior a la CNYME. 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” (100).

(96) KALB, Nadia. “Immunities, Special Missions”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012, disponible en http://ilmc.univie.ac.at/uploads/media/immunities_special_missions.pdf (acceso 27/07/2017).

(97) WOOD, op. cit., p. 51.

(98) Citado por WICKREMASINGHE, Chanaka. “Immunity of State Officials and International Organizations”, in EVANS, MALCOLM D., *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 401.

(99) *Kilroy v. Windsor, Prince of Wales* (1978), 81 ILR 605; *HRH Prince Turki Bin Abdulaziz v. Metropolitan Dade County* (1984), 99 ILR 113.

(100) Véase la sugerencia de inmunidad del Departamento de Estado en el caso *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik* (Haw.Cir.Ct., Sept. 9, 1963), 58 *American Journal of International Law* (1) (1964), p. 186, disponible en <http://www.jstor.org/stable/2196623> (acceso 12/07/2017).

Los miembros de las misiones especiales tienen la obligación de respetar la legislación local (artículo 47). En caso de abuso de las inmunidades y los privilegios, los recursos de los que dispone el Estado receptor son similares a los que prevé la CVRD, incluyendo la solicitud de renuncia de la inmunidad (artículo 41), la declaración de *persona non grata* (artículo 12) o la terminación de la misión (artículo 20.1.e). Cabe señalar que la CNYME contempla la posibilidad de conceder los privilegios e inmunidades adicionales que sean necesarios según el derecho internacional en aquellos casos en los que la misión incluya al jefe del Estado o de Gobierno, su ministro de Relaciones Exteriores u otras personas de alto rango (artículo 21).

Actualmente, existe amplio consenso sobre determinadas cuestiones de las misiones especiales. En primer lugar, la mayoría de los Estados y tribunales que han opinado al respecto manifiestamente señalan que existen normas de derecho internacional consuetudinario que rigen las visitas oficiales (101). En segundo lugar, se requiere que los integrantes de las misiones especiales *representen* al Estado que envía (102). En tercer lugar, hay acuerdo acerca de que el consentimiento del Estado receptor es esencial; debe ser claramente expresado y normalmente ser dado con anterioridad a la visita. Por último, como se señalara previamente, los jefes de Estado, los jefes de Gobierno, los ministros de Relaciones Exteriores y otros altos funcionarios, cuando se encuentran en visita oficial, continúan disfrutando de las facilidades, privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional, incluida la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción penal.

Si bien no puede decirse que todas o incluso la mayoría de las disposiciones de la Convención reflejaban el derecho internacional consuetudinario en el momento de su adopción, es ampliamente aceptado que ciertos principios básicos, en particular el requisito del consentimiento y la inviolabilidad e inmunidad de la jurisdicción penal de los miembros de las misiones especiales, ahora reflejan el derecho consuetudinario (103).

Ello, no obstante, como se señalara en el asunto *Khurts Bat*, no todas las visitas oficiales son una misión especial. No todos los que representan a su Estado en una visita de interés mutuo tienen derecho a la inviolabilidad e inmunidad concedida

(101) La CIJ no ha tenido ocasión de examinar en profundidad el derecho sobre las visitas oficiales, aunque en el asunto de la *Orden de Detención*, la Corte mencionó que la CNYME brinda una “orientación útil sobre ciertos aspectos de la cuestión de las inmunidades”, cfr. CIJ, *Orden de detención*, op. cit., para. 52. Por su parte, la CDI, al analizar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado subrayó la importancia de “el derecho de las misiones especiales, tanto el derecho internacional consuetudinario como el convencional”. Cfr. CDI, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional”, 63º período de sesiones, 2011, Doc. A/66/10, Cap. VII, para. 119, disponible en <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=/.ilc/reports/2011/spanish/chp7.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2011/> (acceso 27/07/2017).

(102) Esta es una cuestión de hecho que deberá ser acordada entre el Estado acreditante y el receptor, cfr. CNYME, art. 1.a).

(103) WOOD, op. cit., p. 60.

a los integrantes de una misión especial (104). Si el Estado receptor está realmente dispuesto a conceder inmunidades a una visita oficial determinada es una cuestión esencialmente política. Si la visita es presidida por alguno de los integrantes de la troika (jefe de Estado, jefe de Gobierno o ministro de Relaciones Exteriores) se presume que el consentimiento otorgado para la visita implica el otorgamiento de inmunidades para sus miembros (105).

El nivel de inmunidad al que tienen derecho los visitantes oficiales se rige por el principio de necesidad funcional (106). Gozan de las inmunidades necesarias para el debido cumplimiento de sus funciones (107). En particular, como vimos, gozan, durante la visita, de la inviolabilidad personal e inmunidad de jurisdicción penal idéntica a las personas de rango equivalente acreditadas en una misión diplomática permanente (108).

IV.4. El alcance de las inmunidades

En primer lugar, el ejercicio o la negativa a ejercer la jurisdicción estatal, por cualquier razón, es una cuestión de la ley interna de un Estado. Sin embargo, el marco legal definitivo recae en el derecho internacional que, de forma independiente y mediante la red de normas consuetudinarias y convencionales, sugiere los criterios que constituyen la base inicial y le confiere, en última instancia, legalidad a las acciones de las jurisdicciones nacionales, a la vez que prevé las implicancias del ejercicio inapropiado o la omisión indebida de la jurisdicción nacional (109).

Escobar Hernández señala que:

...cuando se aborda el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la jurisdicción penal del Estado existe ya y que, por consiguiente, el Estado de la jurisdicción tiene competencia para ejercer un conjunto de actos –judiciales y eventualmente ejecutivos– cuya finalidad no es otra que determinar o concluir la existencia de una concreta responsabilidad penal individual por actos constitutivos de crímenes o delitos tipificados conforme al ordenamiento jurídico de dicho Estado (110).

(104) *Khurts Bat and Mongolia (intervening) v Investigating Judge of the German Federal Court and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (intervening)*, Appeal decision, [2011] EWHC 2029 (Admin), para. 29, disponible en <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/ildc/1779uk11.case.1/law-ildc-1779uk11> (acceso 27/07/2017).

(105) WOOD, op. cit., p. 70.

(106) Ese fue el enfoque adoptado la jurisprudencia internacional (v.g. CII, *Orden de detención*, op. cit. para. 53) y nacional (v.g. *Khurts Bat*, op. cit. para. 59).

(107) Véase CNYME, Preámbulo.

(108) Cfr. *Khurts Bat*, op. cit., para. 26.

(109) ORAKHELASHVILI, Alexander. "Preface", en ORAKHELASHVILI, Alexander (ed.). *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Elgar, Gloucester, 2017 (paperback edition), p. ix.

(110) CDI. "Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial", Ginebra, 4 de abril de

Consecuentemente, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera comprende “la posible adopción de actos ejecutivos previos o paralelos al ejercicio de la función judicial, tales como la detención de una persona, la retención de títulos de viaje o la solicitud de la inscripción de una orden de busca y captura en algún sistema internacional de cooperación y asistencia policial internacional” (111). A su vez, el concepto de jurisdicción penal hace referencia esencialmente a la competencia del Estado para ejercer su potestad de enjuiciar los crímenes o delitos tipificados como tales conforme a las normas aplicables en su ordenamiento jurídico (112).

Kolodkin puso de manifiesto que:

Constituye un caso aparte la situación en que la jurisdicción penal la ejerce un Estado en cuyo territorio se ha cometido un presunto delito y ese Estado no ha dado su consentimiento para realizar en su territorio la actividad que ha dado lugar a la comisión del delito, o para la presencia en su territorio del funcionario extranjero que ha cometido el presunto delito. En tal situación parecen existir razones suficientes para hablar de la ausencia de inmunidad (113).

La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes no hace expresa referencia a la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*, aunque enumera varios casos en los que no se puede hacer valer la inmunidad del Estado (114). Entre ellos, se refiere específicamente a los casos de “lesiones a las personas y daños a los bienes” (115). Esta excepción, conocida como *tort exception*, o excepción de lesiones a las personas y daños a los bienes, se aplica independientemente de si la lesión se ha producido por un acto *jure imperii* o *jure gestionis*. “Estas excepciones van ‘estrechando el círculo’ de la inmunidad... y obedecen a

2013, Doc. A/CN.4/661, para. 38, disponible en <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/661> (acceso 14/06/2017).

(111) *Ibidem*, para. 37.

(112) Véase la opinión separada conjunta de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el asunto de la *Orden de detención*, op. cit., par. 3 y 4, disponible en HIGGINS, Rosalyn. *Themes and Theories. Selected Essays, Speeches and Writings in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

(113) CDI. *Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*. Preparado por Roman Anatolevitch Kolodkin, Relator Especial, Ginebra, 10 de junio de 2010, Doc. A/CN.4/631, para. 94 (p), p. 63, disponible en <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/631> (acceso 15/06/2017).

(114) Véanse los artículos 10 a 17. Sobre las nociones de actos *jure imperii* y *jure gestionis*, véase ARREDONDO, Ricardo. *Derecho diplomático y consular*, op. cit., p. 52 y ss.

(115) El art. 12 dispone: “Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión”. Esta excepción se encuentra asimismo contemplada en *Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados* de 1972, art. 11.

la lógica de que hay ciertos actos del Estado que no pueden ser inatacables, pues son contrarios a los valores que priman en el orden jurídico internacional” (116).

Como recuerda Remiro Brotóns, “La jurisdicción del foro se funda en una doble circunstancia cumulativa que conviene interpretar estrictamente: a) la presencia del autor en su territorio al producirse el acto u omisión lesivos y b) la producción de los daños, total o parcialmente, en ese mismo territorio (117). Se trata de una excepción concebida para casos de accidentes de tráfico, pero que puede abarcar otros daños, intencionales o no” (118). La inmunidad es dispositiva, lo que significa que puede ser materia de acuerdo por parte de los Estados involucrados, aunque ello generaría una cuestión adicional consistente en cómo resolver “la relación entre el ejercicio de la jurisdicción por un particular lesionado y el efecto preclusivo que pueda tener un eventual acuerdo interestatal zanjando la cuestión de la reparación” (119). En todo caso, como señalara la CIJ en el asunto relativo a la *Orden de Detención*: “La competencia no implica ausencia de inmunidad y la ausencia de inmunidad no implica la competencia” (120).

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 oficiales. En su sentencia en el asunto “Djibouti c. Francia”, la CIJ reafirmó 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 pudiera obstaculizar [al funcionario del Estado] el cumplimiento de sus funciones” (121). Así pues, según la Corte, “el factor determinante para apreciar si ha habido o no un atentado contra

(116) CEBRIÁN SALVAT, María Asunción. “Daños causados por un Estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio: inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva”, 5 *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2) (octubre de 2013), p. 270, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/1817/848> (acceso 14/07/2017).

(117) En el caso *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989), la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que, en general, la disposición de la FSIA que contempla esta excepción a la inmunidad (Section 1605(a) (5)) no se aplica cuando las lesiones o daños ocurren fuera de los Estados Unidos, cfr. FISLER DAMROSCH, Lori y MURPHY, Sean D. *International Law. Cases and Materials*, 6ª edición, West Academic Publishing, St. Paul, Minnesota, 2014, p. 853. Se puede acceder al texto del fallo en <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/488/428.html> (acceso 14/07/2017).

(118) REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho internacional público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, par. 565, p. 1038. En el mismo sentido puede verse GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. “La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)”, 3 *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2) (octubre 2011), disponible en <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo2/documento-19-comentario-cge-de-convenio-naciones-unidas.pdf> (acceso 14/07/2017).

(119) REMIRO BROTONS, op. cit.

(120) CIJ, *Orden de detención*, op. cit., para. 59.

(121) CIJ, *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* op. cit., par. 170. En el mismo sentido CIJ, *Orden de detención*, op. cit., para. 54.

la inmunidad del Jefe de Estado radica en la sujeción de éste a un acto de autoridad coercitivo” (122). 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. Ello encuentra fundamento en la premisa 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 sus funciones. La potencial amenaza de una 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 oficiales.

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 general (123). En contraste, en los países de *common law*, los tribunales generalmente se guían por las determinaciones de inmunidad que hace el Poder Ejecutivo (124). En particular, en el caso que nos ocupa, la práctica de los Estados Unidos muestra que la inmunidad de un funcionario extranjero puede ser invocada por dicha persona o por su gobierno y posteriormente debe ser certificada por el Departamento de Estado (125). Ello, no obstante, hay discrepancia acerca de si la FSIA también faculta a los tribunales a efectuar determinaciones independientes acerca de la inmunidad de los Jefes de Estado, existiendo opiniones a favor y en contra (126), aunque en la mayoría de los casos los tribunales de los Estados Unidos hacen lugar a las “sugerencias de inmunidad” cuando el Poder Ejecutivo las formula (127).

(122) CIJ, *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, op. cit., para. 170.

(123) En el caso de la República Argentina, la autoridad interviniente (sea judicial o policial) solicita al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto que informe sobre la condición en que se halla acreditado el funcionario extranjero. El Ministerio responde el requerimiento acompañando la constancia de acreditación del funcionario y detalla el tipo de inmunidad (plena o restringida), según las funciones que desempeñe la persona. Eventualmente, en caso de que el funcionario extranjero goce de inmunidad de jurisdicción, la justicia pide a Cancillería que requiera al Estado extranjero su conformidad para que el funcionario pueda ser sometido a juicio. Cfr. ARREDONDO, Ricardo. *Derecho diplomático y consular*, op. cit., p. 182 y ss.

(124) En el asunto *Khurts Bat*, a pesar de la declaración del Director del Protocolo en nombre del Secretario de Estado del Foreign and Commonwealth Office en el sentido de que “en última instancia, la cuestión de si el Sr. Khurts Bat llegó al Reino Unido el 18 de septiembre de 2010 en una misión especial es una cuestión de derecho que debe determinar al corte”, el tribunal de apelaciones británico afirmó que ello era exclusivamente una competencia del Gobierno del Reino Unido y no del tribunal. Cfr. *Khurts Bat*, op. cit., pars. 24 y 39.

(125) DENZA, Eileen. *Diplomatic Law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2da. ed., Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 255.

(126) Véase CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, op. cit., párr. 227.

(127) *Ibidem*, párr. 228.

Ross afirma que (128), en la práctica de los Estados Unidos, el Poder Ejecutivo posee competencia exclusiva para determinar si un funcionario extranjero en los Estados Unidos tiene inmunidad diplomática (129). El presidente Jimmy Carter delegó esta función en el Secretario de Estado en 1978. Las facultades del Secretario de Estado para conferir o denegar inmunidad es estrictamente una determinación política y no está sujeta a revisión judicial (130). Este autor señala, asimismo, que los críticos cuestionan el modo en que Departamento de Estado ha administrado la cuestión de la determinación del estado diplomático de los funcionarios extranjeros, que por lo general utiliza procedimientos reservados para evaluar el manejo de casos. Esta decisión obedece al temor del Departamento de Estado acerca de la publicidad adversa que estos casos pudieran tener y que podría impactar sobre las relaciones de los Estados Unidos con los países involucrados (131).

En el caso bajo análisis, Estados Unidos otorgó a los miembros de la custodia presidencial turca facilidades, privilegios e inmunidades para el mejor desempeño de sus funciones. Ello se desprende del comunicado emitido por el Departamento de Estado donde se menciona específicamente que las inmunidades de ese personal “ya fueron dejadas sin efecto”, a la vez que se observa que la detención de los dos integrantes de la comitiva se produjo por un espacio breve de tiempo (dos horas aproximadamente) y, posteriormente, se les permitió salir de los Estados Unidos junto con el resto de la comitiva presidencial.

De acuerdo al comunicado emitido por la Policía Metropolitana de Washington DC, después de una extensa investigación con el Departamento de Estado de Estados Unidos, el Servicio Secreto de Estados Unidos y el Departamento de Policía Metropolitana, un total de 18 personas han sido acusadas o están enfrentando cargos derivados de un altercado físico ocurrido durante la manifestación el 16 de mayo de 2017. El parte de prensa informa que dos personas fueron detenidas y acusadas de delitos relacionados con este incidente (Jalal Kheirabaoi, de Virginia, acusado de delito menor de agresión a un oficial de policía, y Ayten Necmi, de Nueva York, acusado de delito agravado de agresión) y que, mediante la utilización de tecnología de video, se identificaron a otras personas que participaron en el incidente. Dos de ellas fueron detenidas el 14 de junio

(128) ROSS, Mitchell S. “Rethinking Diplomatic Immunity: A Review of Remedial Approaches to Address the Abuses of Diplomatic Privileges and Immunities”, 4 *American University International Law Review* (1) (1989), pp. 173-205, p. 184.

(129) De conformidad con la Constitución de los Estados Unidos (Art. II, sección tercera), el Presidente “recibirá a los embajadores y otros ministros públicos”. Por su parte, la Diplomatic Relations Act de 1978 (U.S. Code, título 22, Capítulo 6, “§ 254 a, b y, en particular, c - Extension of more favorable or less favorable treatment than provided under Vienna Convention; authority of President”), describe el modo de implementación de estas disposiciones, disponible en <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/22/254c> (acceso 26/07/2017). Al respecto, también puede verse COHEN, Barry. “The Diplomatic Relations Act of 1978”, 28 *Catholic University Law Review* (4) (1979), pp. 797-831, p. 816 y ss, disponible en <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol28/iss4/7> (acceso 26/07/2017).

(130) Véase la jurisprudencia citada por Ross, op. cit., nota 80.

(131) ROSS, op. cit., p. 185.

de 2017, de conformidad con las órdenes de arresto emitidas de la Corte Superior de Washington DC, acusadas de delitos relacionados con este incidente. Por otra parte, hay órdenes de arresto pendientes sobre otras catorce personas, a las que se identifica, en su mayoría, como “oficiales de seguridad turcos” (132). Casos como éste ilustran el dilema al que se enfrentan las fuerzas de seguridad del Estado receptor, ya que, si bien están obligados a respetar la inmunidad de los funcionarios extranjeros, por otra parte, han prestado un juramento de mantener la ley interna en el cumplimiento de sus funciones. Inclusive, puede presentarse el caso de que el infractor no goce de inmunidad para el tipo de ofensa cometida (133), como lo evidencian los arrestos llevados a cabo el 14 de junio de 2017.

El Estado receptor podrá pedir que el acreditante retire la inmunidad de jurisdicción de un funcionario suyo. A su vez, éste podrá renunciar a la inmunidad de jurisdicción, al igual que a otras inmunidades y privilegios (134). En cualquier caso, nada impide que el Estado que envía tome la iniciativa mediante, por ejemplo, la renuncia expresa a la inmunidad de sus funcionarios (135). El fundamento de la renuncia a la inmunidad –como el fundamento de la inmunidad misma– se basa en la igualdad soberana de los Estados y el principio *par in parem non habet imperium*. En el caso de los Estados Unidos, los tribunales han establecido que la base de la inmunidad está “fundada 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” (136). En 1997, los Estados Unidos lograron obtener el retiro de inmunidad en un caso en el que un diplomático de alto rango de Georgia mató a una chica en Maryland mientras conducía en estado de ebriedad. Georgia renunció sus inmunidades y el funcionario cumplió tres años de condena (137).

(132) METROPOLITAN POLICE DEPARTMENT. “Suspects Sought in Multiple Assaults Outside Turkish Embassy”, 15 de junio de 2017, disponible en <https://mpdc.dc.gov/release/suspects-sought-multiple-assaults-outside-turkish-embassy> (acceso 31/07/2017).

(133) El Departamento de Estado ha emitido una serie de directrices a las fuerzas de seguridad para que puedan desempeñar sus funciones del mejor modo posible. Véase DEPARTAMENTO DE ESTADO -OFICINA DE MISIONES ESPECIALES-. “Diplomatic and Consular Immunity: Guidance for Law Enforcement and Judicial Authorities”, disponible en <https://www.state.gov/documents/organization/150546.pdf> (acceso 26/07/2017).

(134) Estos principios se encuentran consagrados en el art. 32, inc. 1°, CVRD.

(135) Para la práctica argentina puede verse Corte Suprema de Justicia de la Nación, asuntos *Peca, Américo A. s/adulteración o sustitución de numeración*, fallo P.1749.XXXIX del 23/12/2004. Esta sentencia sigue los precedentes establecidos por el mismo tribunal en los casos *Legación de Austria. Conant Harris, Richard*, Fallos 213:280, del 25/3/1949; *Caja Nacional de Ahorro Postal c. Legación de Polonia*, Fallos 223:504, del 29/10/1952; *Honig, Samuel y otra*, Fallos 255:134, del 22/3/1963, entre otros.

(136) *In Re Grand Jury Proceedings, John Doe # 700*, United States of America, Plaintiff-appellee, v. (under Seal), Defendant-appellant, 817 F2d 1108 (4th Cir. 1987), disponible en <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/817/1108/467881/> (acceso 19/07/2017).

(137) JANOFSKY, Michael. “Georgian Diplomat Pleads Guilty in Death of Teen-Age Girl”, *The New York Times*, 9 de octubre de 1997, disponible en <http://www.nytimes.com/1997/10/09/us/georgian-diplomat-pleads-guilty-in-death-of-teen-age-girl.html> (acceso 28/07/2017).

Si bien, en función de esa soberanía, se considera que los Estados tienen libertad para determinar cuándo renunciarán a la inmunidad de uno de sus funcionarios, la resolución del IDI 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” (138).

Aunque 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. Respecto de cuáles son en particular las autoridades o el órgano del gobierno competente para renunciar a la inmunidad de sus funcionarios, la resolución del IDI hace un reenvío al derecho interno al señalar que “el derecho interno del Estado de que se trate determina cuál es el órgano competente a los efectos de dicha renuncia” (139). Debe recordarse, como consistentemente lo han sostenido la doctrina, la jurisprudencia y la práctica estatal, que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no entraña la renuncia a la inmunidad de ejecución, para lo cual se requiere una renuncia separada (140).

Ello, no obstante, como se señalara previamente, aun cuando se hubiese concedido a los miembros de la custodia presidencial turca esas facilidades, privilegios e inmunidades, igualmente se encuentran sujetos a la disposición del artículo 31.1 de la CNYME, que requiere que todas aquellas personas que gocen de privilegios e inmunidades respeten las leyes y reglamentos internos del Estado receptor (141). Ello implica el deber de respetar el derecho de reunión y libertad de expresión de un grupo de manifestantes que se encontraban a autorizados por el Estado receptor para protestar en las inmediaciones de la residencia del embajador turco.

(138) IDI, op. cit., art. 7, para. 2. Para un análisis pormenorizado de la relación inmunidades y violaciones graves a los derechos humanos puede verse ESPÓSITO MASSICCI, Carlos. *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Civitas, Navarra, 2007.

(139) IDI, op. cit., art. 7.1.

(140) Cfr. ARREDONDO, Ricardo. *Derecho diplomático y consular*, op. cit., p. 186 y ss.

(141) Haciendo referencia a una norma similar de la CVRD (art. 41.1) algunos comentaristas, con cierto escepticismo, subrayan el hecho de que, aun en el caso que un diplomático no respete las leyes y reglamentos del Estado receptor, igual es inmune a cualquier recurso legal debido a la falta de disposiciones para la aplicación efectiva de la CVDR. Por lo tanto, una disposición que exija a aquellos que gozan de inmunidades que obedezcan las leyes del Estado receptor sin un mecanismo de ejecución carece de sentido. Cfr. ROSS, op. cit., p. 182, quien considera a esta disposición “paradójica” y “superflua”. Herdegen, por su parte, señala que la CVRD no toma en consideración intereses elementales del Estado receptor y valores individuales que podrían ponerse en peligro si las inmunidades diplomáticas, como la inviolabilidad de los locales de las misiones, fueran concebidos como excluyendo medidas contra actos que tienen por objeto proteger la seguridad del Estado receptor o amenazas a la integridad de las personas. Cfr. HERDEGEN, Matthias. “The Abuse of Diplomatic Privileges and Countermeasures Not Covered by the Vienna Convention on Diplomatic Relations. Some Observations in the Light of Recent British Experience”, 46 *Heidelberg Journal of International Law* (1986), pp. 734-757, p. 735, disponible en http://www.zaoerv.de/46_1986/46_1986_4_a_734_757.pdf (acceso 26/07/2017).

Consecuentemente, se plantea el problema para las autoridades del Estado receptor, ya que al haber concedido privilegios e inmunidades a los miembros del séquito de una comitiva presidencial o de otros funcionarios de alto rango y ante una violación o abuso de los privilegios e inmunidades por parte de los funcionarios que se encuentran en visita oficial, el Estado receptor carece de posibilidades de detenerlos o arrestarlos, virtud de lo dispuesto por el artículo 29 CNYME. Por ello, podría afirmarse que las autoridades estadounidenses, en un primer momento, podrían haber incurrido en una violación de ese principio de inviolabilidad al detener a los funcionarios turcos, aunque posteriormente obraron conforme a derecho al liberarlos rápidamente y permitirles abandonar el territorio estadounidense junto con el resto de la comitiva presidencial.

V. La cuestión de la responsabilidad del Estado por los actos de sus funcionarios

No existen razones objetivas para establecer una distinción entre la atribución del comportamiento a los efectos de la responsabilidad, por un lado, y a los efectos de la inmunidad, por el otro. Si un acto a los efectos de la inmunidad de jurisdicción no se considera solamente un acto del funcionario, sino que se atribuye al Estado, difícilmente existan razones para afirmar que ese mismo acto, a los efectos de la responsabilidad del Estado, no se considera como un acto del Estado (142).

Según el derecho internacional, se considera hecho del Estado 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 Estado (143). Por lo tanto, el derecho de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos comprende una gama de funcionarios más amplia a los efectos de la atribución del acto. La CIJ, en su opinión consultiva sobre la *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, reafirmó una norma arraigada de carácter consuetudinario según la cual la conducta de cualquier órgano de un Estado debe considerarse un acto de dicho Estado (144).

Por lo tanto, la expresión “funcionario del Estado”, a los efectos de la responsabilidad del Estado, comprende efectivamente no sólo a quienes constituyen un órgano formal del Estado, sino también a aquellas personas o entidades que ejercen elementos de autoridad gubernamental. Asimismo, la expresión abarca a las personas o grupos de personas que de hecho actúan cumpliendo instrucciones de un Estado o bajo su

(142) KOLODKIN, op. cit., para. 24, pp. 14-15.

(143) Véase el párrafo 1 del artículo 4 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) sobre Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (resolución AGNU 56/83, 21/12/2001). Al respecto, puede verse CRAWFORD, James. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios*, Introducción y apéndices traducidos por Luis Fonseca bajo la supervisión de Carlos Espósito, Dykinson, Madrid, 2004, p. 132.

(144) CIJ. *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, Opinión consultiva de 29 de abril de 1999, párr. 62, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/100/100-19990429-ADV-01-00-EN.pdf> (acceso 06/07/2017).

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 oficial (145).

Asimismo, no existe una regla de derecho internacional que exima de responsabilidad en el derecho interno por actos del Estado o de sus funcionarios, aun cuando el Estado sea responsable por esos mismos actos en el plano internacional (146).

Si quienes hubieran perpetrado las acciones criminales fueran funcionarios de seguridad que trabajan para la Embajada turca, probablemente estén acreditados como “personal administrativo y técnico” de la misión (147). Ello significa que gozan de inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción penal. Serían inmunes a los juicios civiles, pero sólo en relación con el desempeño de sus funciones oficiales (artículo 37.2 CVRD). En un incidente reciente, Estados Unidos arguyó la inmunidad diplomática de Raymond Davis, un contratista de la CIA que mató a dos hombres armados en Pakistán durante un intento de robo. Davis estaba acreditado como personal administrativo y técnico del consulado de los Estados Unidos en Lahore. En este caso, Estados Unidos, invocando inmunidad, exigió que Pakistán liberara al contratista de la CIA. El presidente Obama afirmó que, si bien los Estados Unidos estaba preocupado por la pérdida de vidas, había un principio más amplio en juego, como el de la inmunidad recíproca para los diplomáticos y otros funcionarios del Estado (148).

Aun en el caso de que pudiera demostrarse que las lesiones y daños ocasionados a los manifestantes no fueron cometidos por miembros de la custodia presidencial turca o funcionarios de su representación en los Estados Unidos, subsiste la responsabilidad del Estado por actos cometidos por particulares. Tradicionalmente, un Estado no se hace responsable de la conducta de las personas privadas o sus grupos a menos que éstos estén facultados por el derecho interno a ejercer atribuciones del poder público (149). Sin embargo, hay ocasiones en que la conducta de las personas privadas o de sus grupos es imputable a un Estado, incluso si no existe un vínculo oficial entre ellos y ese Estado. El nivel de responsabilidad depende del tipo de control que el Estado tenga sobre estos

(145) Cfr. arts. 4 - 11 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, op. cit.

(146) DOUGLAS, Zachary. “State Immunity for the Acts of State Officials”, *British Yearbook of International Law* n. 82 (1), Oxford University Press, 2012, pp. 281-348, p. 296, disponible en <https://doi.org/10.1093/bybil/brs002> (acceso 15/06/2017).

(147) Art. 1º, inc. f), CVRD. El envío de personal de seguridad por parte del Estado deberá ser comunicado expresamente al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor, que tendrá que dar su asentimiento. La omisión de informar sobre el envío de este tipo de personal por parte de la representación diplomática podrá ser causal para su no acreditación ante los servicios competentes. Las personas enviadas en esta calidad serán acreditadas como miembros del personal administrativo y técnico de la misión, debiendo ser nacionales del Estado acreditante. Cfr. ARREDONDO, Ricardo. *Derecho diplomático y consular*, op. cit., p. 168.

(148) MAZZETTI, Mark. “How a Single Spy Helped Turn Pakistan Against the United States”, *The New York Times*, 9 de abril de 2013, disponible <http://www.nytimes.com/2013/04/14/magazine/raymond-davis-pakistan.html> (acceso 28/07/2017).

(149) *Ibidem*, proyecto de art. 5.

actores privados (150). La CIJ el asunto *Nicaragua* señaló que para poder atribuir responsabilidad al Estado se debe probar el “control efectivo”, es decir, que el Estado controla o hace cumplir la conducta (151). Sin embargo, ello impone al otro Estado una obligación de difícil cumplimiento como es la proporcionar pruebas de instrucciones específicas con respecto a una conducta determinada. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha ofrecido un enfoque alternativo en el caso *Tadić*, ocasión en la que consideró que el derecho internacional no exige que el control se extienda a la emisión de órdenes o instrucciones específicas relacionadas con actos específicos y que, por lo tanto, es suficiente probar que el Estado tiene un “control total” sobre los actores privados involucrados (152). “Este tipo de control del Estado sobre un grupo... y el hecho de que el Estado sea considerado responsable de los actos realizados por un grupo independientemente de cualquier instrucción estatal, o incluso contrario a las instrucciones, equipara en cierta medida al grupo con los propios órganos estatales” (153).

VI. La obligación de protección

En sus comunicados, Turquía ha reclamado a los Estados Unidos por las fallas en las medidas de seguridad y protección contra la comitiva presidencial que se encontraba de visita oficial en Washington DC. El principio de inviolabilidad de los agentes diplomáticos como de los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de Relaciones Exteriores y otras personalidades de alto rango es una norma arraigada del derecho internacional consuetudinario, que se encuentra codificada en numerosos instrumentos internacionales y ha sido reconocida por la CIJ (154).

En particular, el artículo 29 de la CNYME prevé que las personas que integran las misiones especiales son inviolables. La norma estipula que “(e)l Estado receptor los tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad” (155). De allí se desprende que

(150) *Ibidem*, proyecto de art. 8.

(151) CIJ, *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y Contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), fallo de 27 de junio de 1986, para. 115, *in fine*, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (acceso 24/07/2017).

(152) Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, Cámara de Apelaciones, asunto *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No.: IT-94-1-T, fallo de 15 de julio de 1999, para. 119, disponible en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf> (acceso 24/07/2017).

(153) *Ibidem*, para. 120.

(154) La CIJ expresó que “el principio de inviolabilidad de las personas de los agentes diplomáticos y los locales de las misiones diplomáticas es uno de los fundamentos mismos de este régimen de larga data” (traducción del autor), cfr. CIJ, asunto *Personal diplomático y consular de los EE.UU. en Teherán* (Estados Unidos de América c. Irán), fallo de 24 de mayo de 1980, para. 86, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf> (acceso 24/07/2017). En la causa de la *Orden de detención*, la juez *ad hoc* Van den Wyngaert observó en su opinión disidente que la sentencia no explica qué se entiende por la expresión “inviolabilidad” y simplemente la yuxtapone a la palabra “inmunidad”. Cfr. CIJ, *Orden de detención*, op. cit., opinión disidente de la juez *ad hoc* Van den Wyngaert, para. 75 (haciendo referencia al para. 78.2) de la sentencia).

(155) Este artículo, salvo en su primera parte, tiene una redacción idéntica al art. 29 CVRD.

la inviolabilidad personal tiene dos aspectos importantes: a) el funcionario extranjero no debe ser sometido a ninguna forma de arresto o detención y b) el Estado receptor debe tratar a ese funcionario extranjero con el debido respeto y tomar todas las medidas apropiadas para prevenir cualquier ataque contra su persona, libertad o dignidad. En el asunto *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* (“Djibouti c. Francia”), la CIJ recordó que la regla de derecho internacional consuetudinario reflejada en el artículo 29 CVRD, a pesar de estar referida a los agentes diplomáticos, era necesariamente aplicable a los jefes de Estado (156). Asimismo, el tribunal afirmó que esta disposición se traduce en obligaciones positivas para el Estado receptor en cuanto a las acciones de sus propias autoridades y en obligaciones de prevención en cuanto a posibles actos por parte de los particulares. En particular, impone a los Estados receptores la obligación de proteger el honor y la dignidad de los Jefes de Estado, en relación con su inviolabilidad (157).

Puede ocurrir que la policía detenga a un funcionario extranjero de buena fe, pero tan pronto como se ha establecido que esta persona goza de inmunidad debe ser puesto en libertad de inmediato (158). Aunque se trata de figuras diferentes, la noción de inviolabilidad del funcionario del Estado se encuentra estrechamente relacionada a la inmunidad de ejecución pues la implementación de ciertas medidas, como una detención o arresto, un embargo o la ejecución de un bien, en sentido estricto, también podrían hacer correr el riesgo de infringir la inmunidad del funcionario del Estado (159).

Por su parte, el párrafo 2 del artículo 25 CNYME dispone que: “El Estado receptor tendrá la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad” (160). De conformidad con esa norma, la obligación del Estado receptor es “adoptar todas las medidas adecuadas” para proteger de toda intrusión o daño. El deber no es absoluto, en la medida que la Convención requiere la adopción de “todas las medidas adecuadas”, lo que debe ser interpretado como la adopción de todas las medidas proporcionales al riesgo a la seguridad de la

(156) CIJ. *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, op. cit., párr. 174.

(157) *Ibidem*.

(158) VÁRK, René. “The Siege of the Estonian Embassy in Moscow: Protection of a Diplomatic Mission and Its Staff in the Receiving State”, *XV Juridica International* (2008), pp. 144-153, disponible en https://www.researchgate.net/publication/312947524_The_Siege_of_the_Estonian_Embassy_in_Moscow_Protection_of_a_Diplomatic_Mission_and_Its_Staff_in_the_Receiving_State (acceso 21/07/2017).

(159) 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, cfr. CDI, Séptimo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial, 28 de marzo de 1985, Doc. A/CN.4/SER.A/1985/Add.I (Part 1), CDI, Anuario, 1985, Volumen II, Primera parte, p. 21 y ss., disponible en http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1985_v2_p1.pdf&lang=EFSRA&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/4_1.shtml (acceso 19/07/2017).

(160) Este artículo, salvo en su primera parte, tiene una redacción idéntica al art. 22.2 CVRD.

ocasión. Lo que es “adecuado” depende del grado de amenaza para una misión en particular y de si el Estado receptor ha sido informado de cualquier amenaza inusual.

Esta obligación puede verse reflejada en la adopción de leyes internas especiales o puede ser dejada a la actuación de la policía, dependiendo de las circunstancias del caso. La protección se materializa en una cierta vigilancia de los locales de la misión por parte de las fuerzas de seguridad del Estado receptor. Cuando se presume que van a producirse manifestaciones hostiles en razón del estado de la opinión pública y a la existencia de cierta tensión, el Estado receptor debe reforzar la protección policial. Si no lo hace y la misión sufre daños, el Estado receptor incurre en responsabilidad internacional. Por ejemplo, si un manifestante está tratando de ingresar en las instalaciones de la misión, procura dañar los locales de la misión o actúa de cualquier otra forma hostil hacia la misión o sus funcionarios, inmediatamente se le debe hacer cesar en tal acto y detenerlo si es necesario.

El deber de proteger a las misiones diplomáticas es doble. El Estado receptor, por una parte, debe tomar todas las medidas adecuadas frente a toda agresión razonablemente previsible, y por otra, ha de prestar una asistencia rápida al jefe de misión para permitirle el libre desempeño de sus funciones.

Higgins se pregunta si ¿las manifestaciones pacíficas en las inmediaciones de una misión diplomática afectan la paz de la misión o menoscaban su dignidad? ¿O es mejor considerar que el artículo 22 CVRD no pretende aislar a la misión extranjera de las expresiones de la opinión pública dentro del Estado receptor (siempre y cuando haya acceso y salida libres y seguros para los miembros de la misión y no exista un verdadero riesgo para el personal de la misión o daño a los locales)? (161). Al respecto, la justicia británica consideró que para que se produzca un menoscabo a la dignidad de la misión es necesario que hayan existido abusos o insultos y que las manifestaciones políticas *per se* no equivalen a tal menoscabo (162). Esta decisión fue posteriormente citada en casos de naturaleza similar.

Algunos Estados han considerado necesario adoptar medidas especiales para prevenir ataques y daños a los locales de la misión, así como cualquier perturbación de la paz de la misión y menoscabo de su dignidad. La decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en “Boos v. Barry” se refiere a la constitucionalidad de

(161) HIGGINS, Rosalyn. “The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience”, *op. cit.*, p. 650.

(162) *Regina v. Roques, Bow Street Magistrates Court*, junio de 1984, citado por Higgins, *Ibidem*, p. 651. El caso se refería a una decisión de la Policía londinense, adoptada en el verano de 1984, de dispersar una manifestación que discurría en Trafalgar Square, en las inmediaciones de la Embajada (Alta Comisión) de Sudáfrica ante el Reino Unido y arrestar a aquellos que se negaron a moverse. Las manifestaciones en este lugar se venían realizando todos los viernes desde hacía 2 años. En esta ocasión, aunque la manifestación no difirió de las que se habían celebrado anteriormente, el comandante responsable de la policía consideró que la manifestación violaba la Ley de Privilegios Diplomáticos británica, decisión a la que arribó sin consultar al Foreign & Commonwealth Office.

una disposición del Código del Distrito de Columbia (163) que prohibía la exhibición de cualquier signo a menos de unos 150 metros (500 pies) de una embajada extranjera, si el signo era susceptible de generar odio público o descrédito al gobierno extranjero, como así también prohibía cualquier asociación de tres o más personas dentro de esa misma distancia de una embajada extranjera. Esta norma fue aprobada por el alcalde de Washington DC y el Gobierno de los Estados Unidos, entre otras razones, con fundamento en la obligación contenida en el artículo 22.2 CVRD. La Corte Suprema confirmó la prohibición de asociación porque fue diseñada para prevenir la interrupción de las actividades normales de la Embajada. Sin embargo, el tribunal consideró que la disposición era contraria a la garantía de libertad de expresión de la Primera Enmienda en la medida en que prohibía la exhibición de pancartas que contenían declaraciones críticas (164). Una disposición similar, en cuanto a permitir la realización de manifestaciones frente a representaciones diplomáticas, adoptó la justicia australiana en el asunto “Wright vs. McQualter” (1970) (165). Posteriormente, en el asunto *Re Minister of Foreign Affairs and Trade; the Commissioner of the Australian Federal Police and the Commonwealth of Australia v Geraldo Magno and Ines Almeida* (166), la Corte Federal australiana tuvo oportunidad de considerar la legalidad de una regulación aprobada por el ministro de Relaciones Exteriores de ese país respecto a la realización de protestas en las inmediaciones de representaciones diplomáticas extranjeras. Los hechos se vinculan con el enterramiento de cruces blancas en los alrededores de la Embajada de Indonesia en Canberra para protestar por la matanza de miles de personas llevada

(163) “United States: Joint Resolution to Protect Foreign Diplomatic and Consular Officers and the Buildings and Premises Occupied by Them in the District of Columbia”, 32 *American Journal of International Law* (2) (1938), Supplement, pp. 100-101, disponible en <http://www.jstor.org/stable/2213717> (acceso 24/07/2017).

(164) Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988), 22 de marzo de 1988, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/485/312/> (acceso 21/07/2017).

(165) *Wright vs McQualter* (1970) 17 FLR 305, p. 321. En este caso, el juez expresó: “Si, en este caso, no hubiese más que una reunión tranquila y pacífica en los jardines (enfrente de los locales de la Embajada de los Estados Unidos) de personas que gritaban consignas y llevaban pancartas, sin riesgo alguno de intrusión o de daño a los locales, tendría alguna duda de si existía alguna base para creer que tal acción en tal lugar pudiera razonablemente equivaler a menoscabar la dignidad de la misión... [Ésta] debe presumiblemente acomodarse a la existencia de un fuerte desacuerdo con algunas de las políticas de su gobierno y a las expresiones verbales directas y enérgicas de tal desaprobación. Aprecio que algo puede preocupar la cercanía de los interesados a los locales y la extravagancia o la naturaleza insultante del lenguaje utilizado, pero, a mi juicio, me gustaría dejar esta cuestión abierta hasta que el tema se presente, si ello llegara a ocurrir, para juzgamiento” (traducción del autor).

(166) *Re Minister of Foreign Affairs and Trade; the Commissioner of the Australian Federal Police and the Commonwealth of Australia v Geraldo Magno and Ines Almeida* [1992] FCA 566, fallo de 26 de noviembre de 1992, disponible en [https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/9953bde1a0e46242c125765600441ed5/\\$FILE/50448442.pdf/Australia%20-%20Magno%20and%20Almeida%20Case%201992.pdf](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/9953bde1a0e46242c125765600441ed5/$FILE/50448442.pdf/Australia%20-%20Magno%20and%20Almeida%20Case%201992.pdf) (acceso 21/07/2017). Para los antecedentes del caso puede verse STAKER, Christopher. “Australian Cases Involving Questions of Public International Law 1992”, *Australian Year Book of International Law*, disponible en <http://138.25.65.17/au/journals/AUYrBKIntLaw/1992/9.pdf> (acceso 21/07/2017).

a cabo por Indonesia en Timor Oriental (167). El Poder Ejecutivo aprobó una medida tendiente a remover las cruces, lo que generó una acción judicial. La justicia consideró que la intención de tomar “medidas apropiadas” para proteger a las Embajadas surge cuando éstas son amenazadas por conductas que pueden afectar su dignidad o el cumplimiento de sus funciones. Ello debe compatibilizarse con los derechos humanos, en general, y la libertad de expresión, en particular. Por lo tanto, esas medidas deben tender a minimizar, en la medida de lo posible, las interferencias con el funcionamiento de la misión, a la vez que deben tener plenamente en cuenta el derecho fundamental de toda persona a la libertad de expresión.

La Corte puso de manifiesto que la ley australiana no permite que el Poder Ejecutivo, por decreto, determine cómo o dónde se realizarán protestas pacíficas. Tampoco establece un marco regulatorio para determinar cuánto de un derecho humano está permitido. Por lo tanto, la aprobación de regulaciones que permitan o autoricen un procedimiento para la eliminación de objetos pasivos que no causen interferencia en las funciones de las embajadas, que sólo podría ser autorizada por ley, constituye una restricción irrazonable de la libertad de expresión. Consecuentemente, se declaró a ese reglamento no válido.

El Estado receptor no compromete su responsabilidad internacional al tolerar determinado tipo de manifestaciones. En el curso de tales manifestaciones el Estado receptor debe cumplir con su obligación de prevención y reforzar su protección de la sede diplomática. Para evitar comprometer la responsabilidad del Estado sería menester que la manifestación discurra pacíficamente y que el desarrollo de dicho acto no impida las funciones normales de la misión; concretamente, que el acceso al inmueble de la última siga siendo libre. En la medida en que no se viole el libre desempeño de la función diplomática, no existe violación de la obligación. Sin embargo, hay quienes señalan que la falta de legislación interna para mantener las manifestaciones a cierta distancia de las misiones diplomáticas es incompatible con las obligaciones dimanantes del artículo 22 (168).

El asedio a la embajada de Estonia en Moscú del 27 de abril al 5 de mayo de 2007 es un claro ejemplo en el que la dignidad y la libertad de movimiento de la misión diplomática y sus funcionarios se vieron notoriamente afectados. Durante nueve días, la misión fue atacada, el embajador fue agredido y su movimiento obstaculizado fuera de

(167) Durante 1965-66 Indonesia llevó a cabo una campaña de asesinatos masivos en Timor Oriental, que ocasionó la muerte de entre 400.000 y 500.000 personas, cfr. PERRY, Juliet. “Tribunal finds Indonesia guilty of 1965 genocide; US, UK complicit”, *CNN*, 21 de julio de 2016, disponible en <http://www.cnn.com/2016/07/21/asia/indonesia-genocide-panel/index.html> (acceso 21/07/2017). Posteriormente, en 1975, Indonesia invadió Timor Oriental y un año más tarde se anexionó un territorio, de 15.000 kilómetros cuadrados. Fue una ocupación a sangre y fuego y se calcula que hubo más de 200.000 víctimas, entre muertos, presos políticos y exiliados. La invasión fue condenada por la Asamblea General de las Naciones Unidas Res. 3485 (XXX) (1975) y el Consejo de Seguridad Res. 384 (1975).

(168) CAMERON, Iain. “First Report of the Foreign Affairs Committee of the House of Commons”, 34 *International & Comparative Law Quarterly* (3) 1985, pp. 610-620, disponible en <https://doi.org/10.1093/iclqaj/34.3.610> (acceso 13/06/2017).

la misión, y tanto los diplomáticos como nacionales estonios y a diplomáticos de otras nacionalidades se les impidió entrar y salir libremente de la misión. Estas acciones fueron llevadas a cabo por varias organizaciones juveniles de Rusia ante cierta alegada pasividad de las autoridades locales (169).

En el caso de que el Estado receptor no adopte las medidas adecuadas de protección contra la intrusión o el daño a los locales de la misión, tiene que indemnizar al Estado acreditante por los daños sufridos. Así lo entendió la CIJ en el asunto *Personal diplomático y consular de los EE.UU. en Teherán*, cuando decidió que “el Gobierno de la República Islámica de Irán tiene la obligación de indemnizar al Gobierno de los Estados Unidos de América por los perjuicios que han ocasionado a este último los acontecimientos del 4 de noviembre de 1979 y lo ocurrido como consecuencia de estos acontecimientos” (170).

En el caso que nos ocupa, Turquía no ha señalado que los locales de su misión diplomática en Washington, ni los miembros de la comitiva presidencial haya sufrido daño alguno, a menos que la detención de los miembros de la custodia presidencial por un período de dos horas sea interpretada como un quebrantamiento al principio de la inviolabilidad o de la inmunidad de jurisdicción y arresto que, alegadamente, gozaban dichos custodios. En mi opinión, esto sería llevar la cuestión a un extremo irrazonable y, en todo caso, un pedido de disculpas por parte del Gobierno de los Estados Unidos debería considerarse una satisfacción suficiente ante ese hecho.

No sucede lo mismo a la inversa, ya que los particulares que se encontraban manifestando en las cercanías de la residencia del embajador turco en Washington resultaron con lesiones de consideración, habiendo sido hospitalizados nueve de ellos. Por lo tanto, son estas personas quienes podrían reclamar al Estado turco por los daños y perjuicios sufridos.

VII. Conclusiones

Los privilegios e inmunidades diplomáticos, incluido el principio de inviolabilidad, son una de las primeras expresiones del derecho internacional y persiguen el apropiado desarrollo de las relaciones entre los Estados. Sin embargo, los privilegios e inmunidades no dan derecho a los funcionarios extranjeros a evadir las leyes locales. A pesar de ello, existen ocasiones en que las personas que gozan los privilegios e inmunidades conferidos por el derecho diplomático incurren en abusos o quebrantamientos de las normas del Estado receptor, generando incidentes entre los Estados acreditante y receptor.

Los sucesos acaecidos en las inmediaciones de la residencia del embajador de Turquía ante los Estados Unidos de América en Washington DC ponen de relieve las dificultades que en ocasiones enfrentan los Estados al tratar de interpretar y aplicar las normas del derecho diplomático en casos donde la legislación es insuficiente y la

(169) Las autoridades rusas sostienen que estaban persuadidas de haber hecho todo lo necesario y exigido en virtud de la CVRD. Cfr. VÁRK, op. cit.

(170) CIJ. *Personal diplomático y consular de los EE.UU. en Teherán*, op. cit., para. 95.5.

práctica es escasa. Esto, que parecería ser un disvalor, en realidad, puede interpretarse positivamente, ya que muestra que las normas del derecho diplomático tienen un elevado grado de cumplimiento.

En cualquiera de los tres supuestos analizados, sea como miembro de una comitiva de una personalidad de alto rango (*inmunidad ratione personae*), como funcionario del Estado (*ratione materiae*) o como miembro de una misión especial, los miembros de la custodia presidencial turca gozaban de inmunidad en territorio estadounidense. Consecuentemente, Estados Unidos no podía someterlos a ninguna forma de arresto o detención y debía tratarlos con el debido respeto y adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir cualquier ataque contra su persona, libertad o dignidad.

El Gobierno de los Estados Unidos habría otorgado inmunidad a los funcionarios que integraban la comitiva presidencial turca (171). Por ello, si bien las autoridades estadounidenses podrían en un primer momento haber incurrido en una violación del principio de inviolabilidad al detener a los funcionarios turcos, posteriormente obraron conforme a derecho al liberarlos y permitirles abandonar el territorio estadounidense junto con el resto de la comitiva presidencial (172).

Al haber concedido privilegios e inmunidades a los miembros del séquito de una comitiva presidencial o de otros funcionarios de alto rango y ante una violación o abuso de los privilegios e inmunidades por parte de los funcionarios que se encuentran en visita oficial, el Estado receptor carece de posibilidades de detenerlos o arrestarlos (173). Sin embargo, subsiste el problema para las autoridades del Estado receptor respecto a qué actitud adoptar ante las autoridades de otro Estado y a qué remedios pueden acudir los particulares que se encontraban manifestando y que habrían sufrido lesiones de consideración.

En lo que se refiere al principio de inviolabilidad, el Estado receptor no compromete su responsabilidad internacional al tolerar determinado tipo de manifestaciones. En el curso de tales manifestaciones el Estado receptor debe cumplir con su obligación de prevención y reforzar su protección de la sede diplomática. Para evitar comprometer la responsabilidad del Estado sería menester que la manifestación discurra pacíficamente

(171) Inmunidad que habría sido retirada según declaraciones de funcionarios del Departamento de Estado.

(172) Como lo manifestó un funcionario del Departamento de Estado “El derecho internacional consuetudinario otorga a los jefes de Estado y a los miembros de su séquito la inviolabilidad de la detención y detención. Los Estados Unidos reconocen esta inviolabilidad, que provee a su vez protección recíproca a los Estados Unidos en el extranjero”.

(173) Aun en los casos en que pueda producirse un abuso de las disposiciones de la Convención, el derecho internacional no permite el recurso a las represalias. La CIJ así lo aclaró en el asunto relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (Estados Unidos c. Irán) (1980). La única medida al alcance de los Estados será la retorsión, que en el derecho diplomático tomará la forma de llamada a consulta, nota de protesta, declaración de *persona non grata*, reducción del personal diplomático o la transformación de la misión, para mencionar algunas y, de producirse una situación crisis mayor, la suspensión de la misión diplomática hará las veces de solución.

y que el desarrollo de dicho acto no impida las funciones normales de la misión; concretamente, que el acceso al inmueble de la última siga siendo libre. En la medida en que no se viole el libre desempeño de la función diplomática, no existe violación de la obligación. En el caso que analizamos, Turquía se ha limitado a expresar que se habría menoscabado la dignidad de su misión, pero no ha ofrecido pruebas sobre las posibles actitudes de los manifestantes que podrían exceder el marco de una protesta ordinaria y haber interferido efectivamente en las funciones de la misión especial (visita presidencial) o de la misión diplomática turca.

El intercambio entre el personal de seguridad turco y los oficiales diplomáticos estadounidenses arroja luz sobre hasta qué punto los miembros de la comitiva presidencial turca se habrían extralimitado en su comportamiento. También destaca el desafío que enfrentan los funcionarios estadounidenses que deben navegar por posibles reclamaciones de inmunidad diplomática, por no hablar de las repercusiones políticas, incluso cuando se comprometen a responsabilizar a los involucrados.

Tomando en consideración la conducta de los integrantes de la comitiva de seguridad turca y la indiferencia o el apoyo pasivo de los miembros de la delegación presidencial de ese Estado, incluyendo su presidente y su ministro de Relaciones Exteriores, surge una legítima pregunta sobre la responsabilidad de Turquía por los acontecimientos en las cercanías de la residencia del embajador turco en Washington DC. De conformidad con los principios reconocidos en el Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos, un Estado es responsable si la conducta a) es atribuible a ese Estado según el derecho internacional y b) constituye un incumplimiento de una obligación internacional de ese Estado (174). La utilización de la locución *hecho* atiende a que ella es comprensiva tanto de conductas positivas -acción- como abstencionistas -omisión-, es decir, el hecho ilícito puede ser consecuencia tanto de un acto del Estado como de la falta o ausencia de una acción o conducta.

Por ello, aun en el caso de que pudiera demostrarse que las lesiones y daños ocasionados a los manifestantes no fueron cometidos por miembros de la custodia presidencial turca o funcionarios de su representación en los Estados Unidos, subsistiría la responsabilidad del Estado turco por actos cometidos por particulares que obraron bajo sus directivas o su control.

Hay pocos remedios eficaces disponibles para solucionar situaciones en las que personas que gozan de inmunidad en el Estado del foro han cometido hechos ilícitos. Desde la perspectiva estatal, Estados Unidos podría: a) si los agresores fueran funcionarios de la Embajada de Turquía en Washington, los Estados Unidos podría declararlos *persona non grata* y exigirles que abandonen el país; b) si fueran miembros de la comitiva de seguridad que viajó con el presidente, podría proceder a retirar la inmunidad

(174) CDI, "Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, y comentarios correspondientes", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1991, Volumen II, Segunda parte, p. 23 (proyecto de art. 2), disponible en http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1991_v2_p2.pdf&lang=EFSSAC (acceso 15/06/2017).

a los funcionarios extranjeros a los que se imputa la comisión de los hechos (cosa que ya habría hecho); c) si existiera verosimilitud de la responsabilidad de los miembros de la comitiva de seguridad turca, podría iniciar acciones penales contra ellos ante los tribunales de los Estados Unidos y solicitar la extradición de los miembros del séquito del presidente Erdoğan; d) eventualmente, las autoridades estadounidenses podrían procesar a los guardias de seguridad que abandonaron el país –sobre quienes existen órdenes de arresto pendientes– si más tarde regresan a los Estados Unidos en un visita no oficial (como turista, por ejemplo); e) presentar reclamos por las lesiones y los daños y perjuicios sufridos por sus nacionales, independientemente de la solicitud de éstos; f) aplicar sanciones unilaterales a Turquía y g) como último recurso, proceder a la suspensión o terminación de las relaciones diplomáticas con Turquía (lo que sería un recurso extremo en el caso que analizamos).

Sin embargo, si el Departamento de Estado determina que los funcionarios turcos que atacaron a los manifestantes están cubiertos por estas inmunidades, en aras a mantener un equilibrio entre los intereses de política exterior y las víctimas del ataque, quizás los Estados Unidos deje pasar el incidente sin formular cargos criminales. La inmunidad diplomática también protege a los funcionarios estadounidenses en el extranjero y si Estados Unidos busca asegurar que sus diplomáticos y otros funcionarios no sean objeto de hostigamiento en tribunales extranjeros, sus opciones para que los guardias de Erdoğan se hagan responsables son limitadas. Este le representará un costo en el corto plazo, pero es una medida atinada para preservar sus propios intereses a futuro.

Por su parte, los manifestantes que resultaron víctimas de esos hechos ilícitos podrían: a) solicitar la protección diplomática de los Estados Unidos; b) iniciar acciones por su cuenta ante la justicia turca, reclamando tanto en sede civil por los daños sufridos, como penalmente por la comisión de delitos contemplados en la normativa turca; o c) tomando en consideración la excepción contenida en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, podrían iniciar acciones ante la justicia estadounidense por las lesiones a las personas y los daños a los bienes que hubiesen experimentado (175).

Finalmente, Turquía podría realizar su propia investigación de los sucesos ocurridos y adoptar las medidas que estime pertinente para sancionar a quienes, abusando de su inmunidad, generaron un incidente diplomático entre ambos países, cuya solución todavía está por verse.

(175) DEEKS, Ashley. “Diplomatic immunity protects even Erdogan’s thugs. We have to live with that”, *The Washington Post*, 18 de mayo de 2017, disponible en https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2017/05/18/diplomatic-immunity-protects-all-officials-even-erdogans-thugs-thats-good/?utm_term=.245672e12d43 (acceso 28/07/2017).