

LA INMUNIDAD DEL ABOGADO DEFENSOR ANTE LAS JURISDICCIONES PENALES INTERNACIONALES

La inmunidad del abogado defensor es una condición *sine qua non* para la existencia de una justicia equitativa, ya que es la garantía de la defensa para poder afirmar la veracidad de sus manifestaciones.

En concreto, este es el caso de los grandes procesos internacionales, donde la «verdad» resulta compleja y a menudo política y donde el abogado tendrá que revelar, lo que podríamos denominar, "verdades incómodas" (*inconvenient truths*).

Para ello es necesario dar una cobertura de protección suficiente, entrando a examinar a continuación si hoy en día la inmunidad hoy, a nivel internacional, es suficiente.

I. La Corte Penal Internacional (CPI)

1.

Las inmunidades del abogado defensor ante el CPI se enumeran en el art. 18 del Acuerdo sobre los Privilegios, lo que constituye una excepción en el derecho penal internacional, como veremos más adelante. Dicha excepción tiene una doble vertiente:

- en primer lugar, por el hecho de que la inmunidad se concede a los abogados en su calidad de tales.
- en segundo lugar, por el hecho de que dicha prerrogativa se confiere a través de un texto aprobado por la Asamblea de los Estados Partes.

Esta última condición es esencial para el reconocimiento universal de la inmunidad del abogado, ya que un reconocimiento bilateral resulta muy limitado geográficamente e insuficiente en un proceso internacional que, por definición, implica los intereses de diversas nacionalidades y estados.

Sin embargo, el abogado deberá tener en cuenta que su inmunidad se limita al territorio de los Estados Partes, lo que puede tener consecuencias, por ejemplo, cuando sea necesario realizar investigaciones fuera de ese territorio, o si se tuviera que manifestar en sus conclusiones a otros Estados o sus nacionales.

El art. 18, muy completo, dispone:

1. Los abogados gozarán de los siguientes privilegios, inmunidades y facilidades en la medida en que sea necesario para el ejercicio independiente de sus funciones, incluso el tiempo empleado en viajes, en relación con el ejercicio de sus funciones y siempre que exhiban el certificado a que se hace referencia en el párrafo 2 del presente artículo:

a) Inmunidad de arresto o detención personal y contra la incautación de su equipaje personal;

b) Inmunidad de jurisdicción de toda índole respecto de las declaraciones que hagan verbalmente o por escrito; y los actos que realicen en el desempeño de sus funciones, la cual subsistirá incluso después de que hayan cesado en el ejercicio de sus funciones;

c) El derecho a la inviolabilidad de papeles y documentos, cualquiera que sea su forma, y materiales relacionados con el desempeño de sus funciones;

d) El derecho a recibir y enviar papeles y documentos, cualquiera que sea su forma, con fines de comunicación en el ejercicio de sus funciones de abogado;

e) Exención de las restricciones en materia de inmigración y las formalidades de registro de extranjeros;

f) Exención de la inspección del equipaje personal, a menos que haya fundadas razones para creer que el equipaje contiene artículos cuya importación o exportación está prohibida por la Ley o sometida a control por las normas de cuarentena del Estado Parte de que se trate, en cuyo caso se hará una inspección en presencia del abogado;

g) Los mismos privilegios con respecto a las facilidades monetarias y cambiarias que se reconozcan a los representantes de gobiernos extranjeros en misión temporal oficial;

h) Las mismas facilidades de repatriación en épocas de crisis internacional que se reconozcan a los agentes diplomáticos con arreglo a la Convención de Viena;

2. Una vez designado un abogado de conformidad con el Estatuto, las Reglas de Procedimiento y Prueba y el Reglamento de la Corte, se le extenderá un certificado, firmado por el Secretario, por el período necesario para el ejercicio de sus funciones. El certificado se retirará si se pone término al poder o al mandato antes de que expire el certificado.

2.

El art. 26 del mismo Acuerdo determina las circunstancias en la que la inmunidad **puede ser renunciada.**

Por tanto, podemos decir que la inmunidad del abogado defensor no es absoluta y dependerá de cómo el abogado haya cumplido sus funciones.

La inmunidad podrá renunciarse si se dan dos circunstancias:

- que la inmunidad impida el curso de la justicia
- que su renuncia no ponga en peligro aquellos los fines para los que fue concedida.

La primera condición, por regla general, será cumplida, ya que la solicitud de renuncia se realizará por una persona que se considere perjudicada por lo que se ha dicho o escrito y por tanto, solicitará una indemnización. La regla de la inmunidad se opone a ello y va en contra de la segunda condición.

El Acuerdo sobre los Privilegios precisa que las finalidades que justifican el otorgamiento de la inmunidad son: la administración de la justicia, el buen funcionamiento de la Corte y que los abogados ejerzan libremente sus funciones.

3.

Se pueden esperar que la CPI este atenta al papel que desempeñan los abogados defensores ante ella y considere necesario para la defensa de sus clientes que puedan expresarse libre y enérgicamente. Ello debería estar especialmente presente a la luz de la reciente jurisprudencia del TPIR y del TPIY, donde pese a no existir disposiciones específicas que protejan a los abogados de la defensa, su inmunidad ha sido recientemente reconocida por dicha jurisprudencia.

4

Además, la Corte en virtud del artículo. 21.3 del Estatuto de Roma, debe tener en cuenta las observaciones recogidas en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular, en el caso de Nikula v. Finlandia, realizadas por *The International Centre for the Legal Protection of human rights* en su calidad de tercero interviniente.

En dichas observaciones, el tercero interviniente resaltó que cada uno de los estados cuya posición había sido estudiada ***«reconocía que el derecho de expresión de un abogado está estrechamente ligado con la obligación de defensa de su cliente. La inmunidad, con respecto a declaraciones presuntamente difamatorias, permite al abogado defensor realizar argumentaciones sobre los hechos cuya veracidad no ha podido comprobar, de la forma más eficaz posible».***

Volveremos más tarde a este importante aspecto, estrechamente vinculado, en mi opinión, al principio de presunción de inocencia.

Haremos pues referencia a la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Casación de Bélgica, que establece que si el acusado plantea una causa de justificación que no resulta improbable para los hechos del caso, corresponde al Fiscal o al demandante a probar lo contrario

Asimismo, la Corte deberá constatar que las restricciones que se han previsto no sólo se apliquen cuando las palabras sean difamatorias, sino que además han de estar desprovistas de relación con el procedimiento o las partes.

5.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo concluye que: *«la amenaza de ejercer un control a posteriori sobre las críticas formuladas por el abogado defensor contra la otra parte en un procedimiento penal, es difícil de conciliar con el deber del abogado de defender los intereses de su cliente, debido al efecto disuasorio que tiene la imposición de una pena leve o la obligación de pagar daños y perjuicios por los perjuicios que se causen»*

II. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda

6.

De forma sorprendente observamos la inexistencia de disposición específica que otorgue inmunidad a los abogados de la defensa. La Sala de Apelación se pronunció sobre esta cuestión.

En resolución de fecha 6 de octubre de 2010 en el caso Ntabakuze, dicha Sala constata que el art. 29 del Estatuto hace aplicable la Convención sobre los Privilegios y las Inmunitades de las Naciones Unidas al TPIR, a los jueces, al Fiscal, al Secretario y a su personal: y que el párrafo cuarto del dicho artículo señala que *«las demás personas, incluidos los acusados, cuya presencia sea requerida en sede del Tribunal se beneficiarán del trato necesario para garantizar el buen funcionamiento del TPIR»*.

La Sala de Apelación estimó que los abogados defensores pertenecen a la categoría de «las demás personas» y que el buen funcionamiento del Tribunal exige que los abogados defensores deben estar puedan investigar y presentar argumentos de defensa en el caso de sus clientes sin temor a las «repercusiones», que por sus acciones, puedan darse contra de ellos.

A ello se refiere parte de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia al determinar el alcance del concepto de «perito», según se expone en el art. VI, sección 22 de la Convención, y que hace referencia a quienes sin tener un estatus oficial ante las Naciones Unidas, necesitan de esta inmunidad para el ejercicio independiente de sus funciones. La Sala pues considera que los abogados defensores durante el ejercicio de sus funciones deben ser calificados como «peritos» en misión.

Este art. precisa que los peritos gozarán de inmunidad de arresto, detención o decomiso de equipaje, así como la inmunidad contra toda acción judicial respecto a palabras habladas o escritas y a sus actos en el cumplimiento de su misión.

Esta inmunidad contra toda acción judicial continuará aunque las personas interesadas hayan cesado ya de trabajar en dichas misiones.

Por otra parte, la Sala de Apelación se remite al Memorándum de Entendimiento entre las Naciones Unidas y la República de Ruanda, que regula los privilegios e inmunidades asociadas a las actividades del Tribunal en Ruanda, y más concretamente a su Oficina.

Dicho memorándum se refiere a «las demás personadas» asignadas a la Oficina, cuyos nombres serán comunicados al gobierno de Ruanda a los efectos oportunos.

La Sala además, considera que el Tribunal designa a los abogados defensores en dicha calidad y por ende, forman parte de la categoría de «las demás personas», debiéndoles ser otorgados los privilegios e inmunidades establecidos en el art. VI de la Convención. Asimismo, afirma que los procedimientos aplicables a los abogados defensores que en el ejercicio de sus funciones viajan a Ruanda, actúan a título oficial.

Sin embargo la aplicación de este memorándum tiene un problema: no es automática y la inmunidad no se vincula a la función de abogado como tal.

Además se debe recordar que dicha «circular» no hace referencia únicamente a la República de Ruanda, ya que el abogado podrá necesitar hablar para la defensa, sobre hechos o personas relativos a otro estado ajeno al conflicto y exponerse así, a persecuciones fuera de Ruanda. En cuanto a la referencia al art. VI de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades, cabe preguntarse: ¿el abogado es considerado un «perito»?

La calificación de «perito» lleva aparejada la necesidad de neutralidad, adjetivo contrario a la propia naturaleza del abogado. La aplicación a los abogados de esta disposición, debido a las circunstancias y en ausencia de una disposición específica, es desacertada y vulnerable ante una puesta en duda de la misma.

Resulta lamentable que las Naciones Unidas no hayan previsto disposiciones específicas para los abogados pese a lo dispuesto en el art. 20 de los principios básicos relativos al ejercicio de la abogacía -adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente- y no les haya previsto de un colegio profesional en las jurisdicciones penales internacionales, vulnerando así en muchos aspectos su función de defensa.

7.

El TPIR, en el mismo expediente, intervino en un caso de violación en la aplicación de normas relativas a la inmunidad respecto de un abogado defensor por Ruanda.

Los hechos son los siguientes:

El abogado en cuestión defendía a uno de los imputados por un delito de comisión y planificación de genocidio. Durante la defensa, el abogado argumentó la inexistencia de una planificación de genocidio en Ruanda, ya el estado de guerra se produjo tras el ataque e invasión del país por la FPR. La Sala de Instancia absolvió a su cliente del delito de planificación de genocidio.

Después de haber visitado Ruanda a fin de defender a la candidata por la presidencia, la Sra. Victoire Ingabire, arrestada bajo acusación de incitación al genocidio, el abogado en cuestión fue detenido tras ser acusado de delito de negación del genocidio y amenaza la seguridad nacional.

En su personación ante la Sala del Tribunal de Primera Instancia de Gasobo al objeto de juzgar la detención provisional del citado abogado, el Fiscal de la República indicó que dicho abogado respecto del caso defendido ante el TPIR:

«Negó y minimizó el genocidio, alegando que los soldados que aseguraban la defensa no prepararon ni ejecutaron genocidio alguno y, que sus clientes, garantizaron la defensa de la integridad nacional».

Tras la nota verbal del Secretario ante el TPIR, la campaña internacional por parte de asociaciones de abogados y, la intervención de Hillary Clinton, el abogado fue puesto en libertad, por razones de salud.

El portavoz del gobierno de Ruanda indicó que, sin embargo, la resolución antedicha no impedía la continuación del procedimiento contra el abogado, citando sin mayores matices al Fiscal de la República.

Mediante resolución de fecha 6 de octubre de 2010, la Sala de Apelación del TPIR exigió que la República de Ruanda retirase los cargos contra el abogado, basándose en que las declaraciones y escritos realizados, lo fueron con ocasión de su función de defensor ante el TPIR, bajo el razonamiento de derecho expuesto.

A través de resolución de fecha 27 de enero de 2011, la Sala de Apelación rechazó la solicitud de la acusada de suspender el procedimiento de forma permanente, y que se basaba en la imposibilidad de encontrar a abogados que pudieran ejercer una defensa libre al estar sujetos a una continua persecución y amenazas.

De un modo sorprendente, dicha Sala motivó que la acusada no establecía que las autoridades judiciales ruandesas hubieran fracasado en el cumplimiento de la resolución de fecha 6 de octubre de 2011 y que su principal abogado sería apercibido con ser procesado por la defensa ejercida ante TPIR. Sin embargo, no menciona que se haya obtenido la confirmación, por parte de la República de Ruanda, de desistir de las acciones referidas.

Manifiesta además, que no se establece que los abogados de la acusada fueran objeto de amenazas concretas que pusieran en peligro su seguridad.

La petición del abogado principal de celebrar las audiencias a través de videoconferencia fue igualmente rechazada, a pesar de quedar acreditada su imposibilidad de viajar por razones de salud. De conformidad, la Sala de Apelación del TPIR a través de resolución de fecha 21 de abril 2011 hizo constar la ausencia del abogado y con ello, el incumplimiento de sus obligaciones profesionales.

La Sala hizo constar que el abogado notificó su imposibilidad de comparecencia tan sólo cinco días antes de la audiencia, pese a que en una carta suya de fecha 25 de marzo de 2011 ya dejaba constancia de sus impedimentos.

Concluyó por tanto, que ello constituía una obstrucción a la justicia y solicitó al abogado que dimitiese del ejercicio de sus funciones, requiriendo al Secretario su reemplazo.

Es evidente que esta decisión fue duramente criticada por muchos motivos, pero principalmente por suponer la violación del derecho fundamental a ser defendido por un abogado de su elección.

El resultado es que si la inmunidad de los abogados es reconocida en derecho de forma general, no se aplicará para el caso en concreto.

Ni que decir tiene que la imposibilidad del abogado de asistir a la audiencia fue como consecuencia de la violación de su inmunidad por parte de la República de Ruanda, tal y como manifestó el TPIR, violación que no ha sido reparada pese al requerimiento del TPIR a la República de Ruanda.

8.

A ello se añade que el abogado en cuestión, no fue sólo objeto de las persecuciones mencionadas por su defensa ante el TPIR., sino que las numerosas publicaciones realizadas fuera de la sala, repercutieron en la posición que él defendió.

Surge entonces la pregunta, ¿cuáles son los límites de la inmunidad?, algunos sostienen que la inmunidad, en el derecho nacional está vinculada a las funciones en sala y unida a la «indumentaria»; otros ofrecen una interpretación más abierta.

Es cierto que la primera posición es cuestionable, poco adaptada a los tiempos de tecnología y mediatizados que corren, debiendo cuestionarnos si esta posición, de adoptarse, es aplicable a los grandes procesos internacionales, donde el abogado estará muy solicitado por los medios de comunicación y, donde sus planteamientos, los expuestos ante la sala, han sido difundidos en prensa a nivel mundial.

Así que si el abogado, en artículos o entrevistas, se limita a reiterar lo dicho o escrito durante el procedimiento o corrige lo difundido en prensa, sin revelar información confidencial, debemos preguntarnos si esto debería ser objeto de inmunidad.

Creo que la respuesta debe ser afirmativa.

De acuerdo con la definición del art. 18 del Acuerdo como parte de la CPI se deduce, o eso debería según mi opinión, que abogado siempre debe considerarse que actúa en «su función oficial». En efecto, el Fiscal está facultado para comentar ampliamente sus pretensiones ante la prensa, pero la prohibición que para ello, de *facto*, tiene el abogado al serle negada la inmunidad por las manifestaciones relativas a su defensa, viola el principio de igualdad de armas.

III. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

La Sala de Apelación se pronunció recientemente con ocasión del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de fecha 12 de marzo 201¹, dictada por la Sala de Primera Instancia del TPIY, que negó la inmunidad a los miembros del equipo de la defensa respecto de las acciones legales dirigidas contra ellos en Croacia con ocasión de la defensa llevada a cabo por los mismos ante el TPIY.

En su razonamiento, la Sala de Instancia argumentó que el art. 30.4 del Estatuto, que va de la mano del art. 29.4 del Estatuto relativo al TPIR, contrariamente a lo dispuesto en los arts. 30.2 y 30.3, no remite a la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas o, a la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas; y expuso que no existe resolución alguna del Consejo de Seguridad, tratado multilateral o acuerdo bilateral con Croacia, que otorgue inmunidad funcional a los miembros de la defensa.

Con la resolución de fecha 14 de febrero de 2011 (Caso IT-06-90-AR73.5), la Sala de Apelación da un giro en este sentido.

Por un lado, la Sala de Apelación consideró que los abogados defensores deben ser considerados «las demás personas» de acuerdo al art. 30.4 y los investigadores de defensa, cuya función es facilitar la labor de los abogados, por tanto deben tener las mismas inmunidades que éstos.

Por otra parte, argumentó que la decisión recurrida se erró al concluir que los miembros de la defensa no eran objeto de inmunidad funcional por las palabras manifestadas o por los actos realizados ante el Tribunal y durante el ejercicio de sus funciones por las razones ya citadas y relativas a la redacción del art. 30.4 del Estatuto.

Consideró además, que la Sala de Instancia en lugar de centrar su atención en la falta de referencia en el art. 30 a los convenios mencionados, debería haberse remitido al art. 30.4 que habla del «*tratamiento necesario para asegurar el buen funcionamiento del Tribunal*» y la protección que se precisa en este contexto.

En este sentido, la Sala de Apelación apreció que no sólo los miembros del equipo de la defensa deben ser considerados «las demás personas» de conformidad al art. 30.4, sino que a fin de permitirles desempeñar sus funciones ante el Tribunal, gozan de las mismas inmunidades funcionales que aquellos.

¹ En el TO hay una fe de erratas, ya que no se transcribe el año completo, suponiendo se trata del año 2010.

Finalmente concluye que durante años, las alegaciones realizadas por los abogados ante los Tribunales "ad hoc", corrieron riesgos considerables debido a la ausencia de normativa específica sobre la materia.

IV. El Tribunal Especial para el Líbano

En sendo sentido, no existe ninguna disposición en el Estatuto del TEL que otorgue inmunidad funcional a los miembros del equipo de la defensa.

Este hecho es una laguna patente a la luz de lo expuesto hasta el momento.

Hemos constatado que el abogado y sus colaboradores deben ser capaces de invocar su inmunidad «de la forma más universal posible» si quieren verse «completamente» protegidos. Por tanto los acuerdos bilaterales (en este caso con el Líbano) no logran ser suficientes para este objetivo.

En cuanto al contenido, una disposición del código de conducta profesional, específicamente el art. 47 relativa a la «conducta durante el juicio», nos hace reflexionar.

El mentado art. dispone que *«durante el desarrollo del proceso, el abogado se abstendrá de hacer referencia a todo hecho o cuestión irrelevante o que no se base en ningún elemento de prueba admisible»*.

Esto parece ir mucho más allá de lo contemplado en el código deontológico de aplicación ante el TPIR y que dispone que el abogado no podrá **dolosamente**:

«a) aportar al Tribunal elementos de hecho o de derecho que induzcan a error,

b) así como no podrá presentar pruebas con conocimiento de su falsedad o engaño.»

Se debe considerar por tanto, que este precepto podría reducir el potencial contenido de la inmunidad del abogado, así como podría ser contrario a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que reconoce que el abogado puede hasta basarse en hechos cuya veracidad no ha podido comprobarse (véase *ut supra*).

Conclusión

La conclusión nos lleva a un exceso de confusión en el plano internacional y una ausencia de uniformidad.

Por tanto, resulta una prioridad la creación de un texto universal, similar al artículo 18 del Acuerdo de la CPI, que ponga fin a esta controversia de una vez por todas.

La incertidumbre es uno de los mayores enemigos de la ley.

París, 1 de junio de 2011

Jean FLAMME,
Abogado en el TIPR, en el TSL y la CPI.
Secretario General del Colegio de Abogados Penal Internacional.