Capítulo XI

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

A. Introducción

190. La Comisión, en su 59º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin[1363]. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema, que se puso a disposición de la Comisión en su 60º período de sesiones[1364].

191. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 60º período de sesiones (2008) y los informes segundo y tercero en su 63er período de sesiones (2011)[1365]. La Comisión no pudo examinar el tema en su 61er período de sesiones (2009) ni en su 62º período de sesiones (2010)[1366].

192. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que ya no era miembro de la Comisión[1367]. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en ese mismo período de sesiones (2012), el segundo informe en el 65º período de sesiones (2013), el tercer informe en el 66º período de sesiones (2014) y el cuarto informe en el 67º período de sesiones (2015)[1368]. Sobre la base de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial en sus informes segundo, tercero y cuarto, la Comisión ha aprobado provisionalmente hasta el momento seis proyectos de artículo con los comentarios correspondientes. El proyecto de artículo 2, relativo a las definiciones, sigue en proceso de redacción[1369].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

193. La Comisión tuvo ante sí el quinto informe de la Relatora Especial, en el que se analiza la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3328ª a 3331ª, del 26 al 29 de julio de 2016. En el momento del examen, la Comisión solo dispuso del informe en dos de los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas. Por ello, el debate celebrado en la Comisión tuvo un carácter preliminar, con la participación de los miembros que desearon intervenir en relación con el tema, y continuará en el 69º período de sesiones. En esas circunstancias, quedó claro que el examen del informe en el actual período de sesiones era una excepción y que no se pretendía sentar precedente. La Comisión subrayó que el debate mantenido en el actual período de sesiones solo era el comienzo del debate y que no ofrecería a la Asamblea General una base completa de la labor relacionada con el presente informe hasta que se concluyera el debate en el 69º período de sesiones.

194. En su sesión 3329ª, celebrada el 27 de julio de 2016, la Comisión aprobó de manera provisional los proyectos de artículo 2 *f*, y 6, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción y de los que la Comisión había tomado nota en su 67º período de sesiones (véase la sección C.1 *infra*).

195. En sus sesiones 3345ª y 3346ª, celebradas el 11 de agosto de 2016, la Comisión aprobó los comentarios de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

[1363] En su 2940ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (véase *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo I del informe de la Comisión (véase *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 257 y págs. 209 a 218).

[1364] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 386. El memorando preparado por la Secretaría sobre el tema figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1 (disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones).

[1365] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601 (informe preliminar); *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631 (segundo informe); y *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer informe).

[1366] Véanse *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 207; y *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 343.

[1367] *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 266.

[1368] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654 (informe preliminar); *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661 (segundo informe); *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673 (tercer informe); y *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/686 (cuarto informe).

[1369] En su 3174ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4, y en sus sesiones 3193ª a 3196ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2013, aprobó sus comentarios (véase *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párrs. 48 y 49). En su 3231ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2014, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2 *e* y 5, y en sus sesiones 3240ª a 3242ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2014, aprobó sus comentarios (véase *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), párrs. 131 y 132). En su 3284ª sesión, celebrada el 4 de agosto de 2015, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe del Comité sobre la «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», que contenía los proyectos de artículo 2 *f* y 6 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 67º período de sesiones, de los que la Comisión tomó nota (*Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte), párr. 176).

1. Presentación por la Relatora Especial del quinto informe

196. En el quinto informe se analizaba la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En particular, el informe se ocupaba del tratamiento previo por la Comisión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, presentaba un estudio de la práctica pertinente, abordaba algunas cuestiones metodológicas y conceptuales relativas a los límites y excepciones, y examinaba los supuestos en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no se aplica. La conclusión a la que se llegaba en el informe era que no había sido posible determinar, basándose en la práctica, la existencia de una norma consuetudinaria que permitiese la aplicación de límites o excepciones respecto de la inmunidad *ratione personae*, ni identificar una tendencia a favor de una norma de esa índole. Por otra parte, en el informe se llegaba a la conclusión de que los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se aplicaba a los funcionarios del Estado en relación con la inmunidad *ratione materiae*. Como consecuencia de ese estudio, el informe incluía una propuesta de proyecto de artículo 7 relativo a los «Crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica»[1370]. En el informe se señalaba asimismo que el sexto informe que la Relatora Especial debía presentar en 2017 trataría de los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

197. En su presentación del informe, la Relatora Especial recordó que el tema había sido objeto de debate de forma recurrente a lo largo de los años en la Comisión y la Sexta Comisión de la Asamblea General, suscitando opiniones diversas y, a menudo, opuestas. El quinto informe trataba de los límites y excepciones a las inmunidades después de que la Comisión completara el examen de todos los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*.

198. La Relatora Especial dijo que, al preparar su informe, había empleado los mismos planteamientos metodológicos que en informes anteriores, consistentes en un estudio de la práctica judicial (nacional e internacional) y la práctica convencional, teniendo en cuenta los trabajos anteriores de la Comisión, y señaló que el quinto informe contenía además un análisis de la legislación nacional, así como la información recibida de los Gobiernos en respuesta a las preguntas formuladas por la Comisión. La Relatora Especial subrayó que el quinto informe, como los informes anteriores, tenía que leerse e interpretarse junto con los informes precedentes sobre el tema, pues esos informes constituían un todo.

199. Con respecto a las principales cuestiones sustantivas y metodológicas que tenía en cuenta en el quinto informe, la Relatora Especial dijo que su propósito era: *a*) estudiar si había supuestos en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no producía efectos, aun cuando tal inmunidad fuese en principio aplicable por estar presentes todos los elementos normativos a que se referían los proyectos de artículo aprobados provisionalmente; y *b*) identificar, si la respuesta a la pregunta anterior era afirmativa, los supuestos en que tal inmunidad no produciría efectos, examinando en particular: i) los límites y excepciones a la inmunidad; y ii) los crímenes respecto de los cuales la inmunidad no se aplicaba.

200. La Relatora Especial hizo notar que las palabras «límites y excepciones» reflejaban, a su juicio, una distinción teórica que daba a entender que el «límite» era intrínseco al régimen de la inmunidad, mientras que la «excepción» era extrínseca a dicho régimen. En el informe se sugería que la distinción tenía repercusiones normativas, puesto que producía consecuencias para la interpretación sistémica de la inmunidad. No obstante, la Relatora Especial insistió en que la distinción entre límites y excepciones no tenía transcendencia práctica, puesto que ambos llevaban a la misma consecuencia, esto es, la no aplicación del régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en el caso concreto. Por consiguiente, a los efectos del presente proyecto de artículos, la expresión «la inmunidad no se aplicará» abarca tanto los límites como las excepciones.

201. Además, el informe no consideraba la renuncia a la inmunidad como un «límite o una excepción». La renuncia a la inmunidad producía el mismo efecto que un límite o una excepción, pero esto no se debía a la existencia de normas generales autónomas, sino más bien al ejercicio de la prerrogativa del Estado del funcionario. Como la renuncia tenía carácter procedimental, se examinaría en el sexto informe, que estaría dedicado a los aspectos procesales de la inmunidad.

202. La Relatora Especial también había adoptado en el informe una perspectiva más amplia que la del mero estudio de los crímenes internacionales. Ofrecía un análisis de algunos otros delitos, como el de corrupción, que tenía gran importancia para la comunidad internacional. Además, había casos en la práctica de los Estados relativos a la no aplicación de la inmunidad en circunstancias basadas en la primacía de la soberanía territorial en el ejercicio de la jurisdicción penal por el Estado del foro (similar a la excepción territorial (*territorial tort exception*) en relación con la inmunidad jurisdiccional de los Estados).

[1370] El texto del proyecto de artículo 7 propuesto por la Relatora Especial en el quinto informe decía lo siguiente:

«Proyecto de artículo 7

Crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica

1. La inmunidad no se aplicará en relación con los siguientes crímenes:

a) el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura o las desapariciones forzadas;

b) los crímenes de corrupción;

c) los crímenes que causen daños en personas, incluidas la muerte y lesiones graves, o en bienes, cuando los mismos se produzcan en el territorio del Estado del foro y el funcionario del Estado se encuentre en dicho territorio en el momento en que se cometen los crímenes.

2. Lo previsto en el párrafo 1 no se aplicará a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* durante el período en que se encuentren en ejercicio.

3. Lo previsto en los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de:

a) cualquier disposición de un tratado, que obligue al Estado del foro y al Estado del funcionario, en virtud de la cual la inmunidad no sea aplicable;

b) la obligación de cooperar con un tribunal internacional que, en cada caso, sea exigible al Estado del foro.»

203. La Relatora Especial hizo hincapié también en una serie de elementos que había que tener en cuenta en la valoración del régimen para la aplicación de límites y excepciones a la inmunidad:

a) La inmunidad y la jurisdicción estaban relacionadas entre sí de manera inextricable. La Relatora Especial calificó la primera como una excepción al ejercicio de la jurisdicción por los tribunales del Estado del foro. Aunque ambas se basaban en la igualdad soberana de los Estados, había que tener en cuenta el carácter excepcional de la inmunidad al definir la posible existencia de límites y excepciones.

b) El carácter procesal de la inmunidad significaba que esta no eximía a un funcionario del Estado de la responsabilidad penal individual. Por consiguiente, en un sentido formal, la inmunidad no podía ser equiparada a la impunidad. Sin embargo, había que poner de relieve que, en determinadas circunstancias, la inmunidad, en efecto, podía tener como resultado la imposibilidad de determinar la responsabilidad penal individual de un funcionario del Estado. Era ese efecto el que debía tenerse presente al estudiar los límites y excepciones a la inmunidad.

c) La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado guardaba relación con los procedimientos penales que tenían por objeto determinar, en su caso, la responsabilidad penal individual del autor de ciertos crímenes. Esa inmunidad era diferente y distinguible de la inmunidad de los Estados, y estaba sujeta a un régimen jurídico distinto, también con respecto a los límites y excepciones a la inmunidad.

d) La aplicación horizontal de la inmunidad entre Estados, objeto del presente tema, era algo distinto y separado de la aplicación vertical de la inmunidad ante los tribunales y cortes penales internacionales. No obstante, al mismo tiempo, la mera existencia de tribunales y cortes penales no siempre podía ser considerada un mecanismo alternativo para determinar la responsabilidad penal de los funcionarios del Estado. Por consiguiente, la existencia de tribunales penales internacionales no podía considerarse un fundamento de la falta de excepciones.

204. En el tratamiento de la práctica pertinente incluido en el informe, la Relatora Especial ponía de relieve la pertinencia de esa práctica para identificar los límites y excepciones a la inmunidad. Un enfoque sistémico de la interpretación de la inmunidad y los límites y excepciones a la inmunidad le servían de complemento. Por consiguiente, aunque la práctica era diversa, ponía de manifiesto una clara tendencia a considerar la comisión de crímenes internacionales como una barrera a la aplicación de la inmunidad *ratione materiae* de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Esto se basaba en que: *a*) esos crímenes no se consideraban actos oficiales o eran una excepción a la inmunidad, debido a la gravedad del crimen; o *b*) tales crímenes menoscababan los valores y principios reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto.

205. En cuanto al primer punto, se hizo notar que, aun cuando los tribunales nacionales habían reconocido a veces la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de crímenes internacionales, siempre lo habían hecho en el contexto de la inmunidad *ratione personae*, y solo en circunstancias excepcionales con respecto a la inmunidad *ratione materiae*. Esa práctica, unida a la *opinio iuris*, llevaba a la conclusión de que el derecho internacional contemporáneo permitía límites o excepciones a la inmunidad *ratione materiae* de la jurisdicción penal extranjera cuando se cometían crímenes internacionales. Además, aunque podía haber dudas en cuanto a la existencia de una práctica general pertinente equiparable a una costumbre, había una tendencia clara que reflejaba una costumbre emergente.

206. Sobre la cuestión relativa a los «valores y principios jurídicos», el informe había tratado de abordar los límites y excepciones a la inmunidad sobre la base de una visión del derecho internacional como sistema normativo del que formaba parte el régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Con objeto de eludir los efectos negativos ocasionados por la aplicación de un régimen de inmunidad, o la anulación de otros componentes del sistema del derecho internacional contemporáneo, se subrayaba que ese enfoque sistémico era necesario. Dicho enfoque determinaba asimismo la manera en que el informe abordaba la relación entre la inmunidad y otras categorías esenciales del derecho internacional contemporáneo, como la vulneración de normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*), así como la atribución de carácter jurídico a los conceptos de impunidad y rendición de cuentas, y a la lucha contra la impunidad, el derecho de acceso a la justicia, el derecho de las víctimas a la reparación o la obligación de los Estados de enjuiciar ciertos crímenes internacionales en un sentido similar.

207. En opinión de la Relatora Especial, tal enfoque, que respondía mejor a las preocupaciones expresadas por algunos Estados y miembros de la Comisión en los debates celebrados a lo largo de los años, era compatible con el derecho internacional contemporáneo. No modificaba los fundamentos básicos del derecho penal internacional que se habían edificado gradualmente desde el pasado siglo, especialmente el principio de la responsabilidad penal individual por los crímenes internacionales y la necesidad de garantizar la existencia de mecanismos eficaces para luchar contra la impunidad de tales crímenes. Al mismo tiempo, tenía en cuenta otros elementos importantes del derecho internacional, en particular el principio de igualdad soberana de los Estados.

208. La Relatora Especial presentó también los diversos elementos del proyecto de artículo 7 propuesto. Puso de relieve las tres categorías de crímenes con respecto a los cuales no se aplicaba la inmunidad, el hecho de que los límites y excepciones se aplicaban solo respecto de la inmunidad *ratione materiae* y la existencia de dos regímenes particulares considerados *lex specialis*.

2. Resumen del debate

a) *Observaciones generales*

209. El debate celebrado en el actual período de sesiones solo fue el comienzo del examen de ese aspecto del tema. El debate proseguirá en el 69º período de sesiones

de la Comisión. El resumen que figura a continuación debe entenderse teniendo presente esas consideraciones. Un resumen del debate completo, incluida la recapitulación de la Relatora Especial, estará disponible después de la conclusión del debate en 2017.

210. Los miembros que hicieron uso de la palabra acogieron favorablemente el quinto informe de la Relatora Especial por sus abundantes, sistemáticos y bien documentados ejemplos de la práctica de los Estados tal como aparecía reflejada en los tratados y la legislación nacional, así como en la jurisprudencia nacional e internacional. Se reconoció sin ningún reparo que esta materia, en particular la cuestión de los límites y excepciones, era jurídicamente compleja y planteaba a los Estados problemas importantes y muy delicados desde el punto de vista político. Se recordó asimismo que existían desacuerdos en el ámbito de la Comisión y entre las opiniones de los Estados, y algunos miembros señalaron que era necesario avanzar en el examen del tema con prudencia y cautela. Varios miembros dijeron que la Comisión debería centrarse en la codificación más que en el desarrollo progresivo de nuevas normas de derecho internacional al abordar la cuestión de los límites y excepciones. Otros miembros opinaron que esa cuestión debería tratarse teniendo en cuenta tanto la codificación como el desarrollo progresivo del derecho internacional.

b) *Observaciones sobre las cuestiones metodológicas y conceptuales planteadas en el quinto informe*

211. En sus observaciones, los miembros que hicieron uso de la palabra abordaron los diversos aspectos del informe. Se refirieron a los concernientes al tratamiento previo por la Comisión de los límites y excepciones, hicieron observaciones sobre el estudio de la práctica pertinente, trataron algunas cuestiones metodológicas y conceptuales relativas a los límites y excepciones, abordaron algunas cuestiones concernientes a la naturaleza jurídica del régimen de inmunidad y examinaron los casos en que no se aplicaba la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en relación con el proyecto de artículo 7 propuesto por la Relatora Especial. Mientras que algunos miembros manifestaron su apoyo a los puntos de vista expresados, algunos otros se opusieron a ellos.

Tratamiento previo por la Comisión de los límites y excepciones

212. Algunos miembros valoraron el enfoque lúcido y equilibrado adoptado por la Relatora Especial en su tratamiento de los límites y excepciones, el cual agradecieron. Ello se había logrado mediante un examen de la práctica y la jurisprudencia pertinente y un cuidadoso equilibrio entre la observancia de la inmunidad de los funcionarios del Estado en virtud del derecho internacional consuetudinario y un examen prudente de las posibilidades de desarrollo progresivo coherente con el enfoque adoptado por la Relatora Especial desde el comienzo de su labor.

213. Algunos otros miembros recordaron con reconocimiento el estudio de la Secretaría[1371] y los trabajos anteriores realizados por el Relator Especial anterior[1372]. Se dijo que el punto de partida para el examen de los límites y excepciones tenían que haber sido las conclusiones del anterior Relator Especial[1373], a partir de las cuales se habría podido demostrar si las conclusiones alcanzadas en 2008[1374] seguían estando justificadas y podían mantenerse a la luz de la evolución ulterior del derecho internacional. Esos miembros indicaron también que la Relatora Especial se había desviado gradualmente de sus propios enfoques iniciales en el tratamiento del tema, pasando de la codificación al desarrollo progresivo, con la consiguiente pérdida de equilibrio.

Estudio de la práctica

214. Algunos miembros criticaron el informe por no seguir fielmente el proceso analítico de identificación del derecho internacional consuetudinario en él mencionado. Además, las conclusiones a que a veces se llegaba eran a menudo incompatibles con otras afirmaciones que se hacían en el informe. En particular, se expresó preocupación por el tratamiento de la jurisprudencia, que era de origen diverso y cuya elección parecía selectiva, basada en algunos casos en opiniones separadas o disidentes, así como en una muestra reducida de legislación nacional, parte de la cual se sugirió que era de escasa pertinencia para el examen del tema. Se hizo notar además que la tendencia a una excepción en los tribunales nacionales, aun en caso de que existiera, no era una práctica general a los efectos de crear una norma de derecho internacional consuetudinario.

215. Por consiguiente, esos miembros consideraron que no estaba claro si el enfoque adoptado en los análisis respaldaba suficientemente las conclusiones a que se llegaba en el informe y que, en algunos casos, la jurisprudencia relativa al ejercicio de la jurisdicción penal internacional no servía para determinar si el derecho internacional consuetudinario reconocía la existencia de una excepción a la inmunidad *ratione materiae* ante una jurisdicción penal extranjera. La consecuencia del enfoque de la Relatora Especial era la ampliación de los límites y excepciones a la inmunidad para que los crímenes según el derecho internacional abarcaran incluso delitos comunes.

216. Se afirmó asimismo en ese sentido que, en vez de basar el informe en «valores y principios jurídicos» de la comunidad internacional, se tendría que haber centrado la atención en seguir estrictamente el proceso de identificación del derecho internacional consuetudinario, apoyado por fuentes normativas. Debería haberse aclarado que las propuestas formuladas se habían hecho en concepto de desarrollo progresivo del derecho internacional.

217. Por otra parte, los miembros de la Comisión que participaron en el debate consideraron en general que el informe contenía un análisis extenso y profundo de la práctica. Además, algunos miembros opinaron que el estudio de la práctica ponía de manifiesto la existencia de una

[1371] A/CN.4/596 y Corr.1 (véase la nota 1364 *supra*).

[1372] Véase, en particular, el segundo informe del Relator Especial Roman A. Kolodkin, *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párrs. 54 a 93.

[1373] Ibíd., párrs. 90 a 93.

[1374] *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 294 a 311.

tendencia clara hacia el reconocimiento de ciertos límites y excepciones a la inmunidad y aportaba fundamento suficiente a las propuestas hechas por la Relatora Especial.

218. Asimismo, en opinión de algunos miembros, aun cuando se produjera necesariamente una divergencia de opiniones sobre el régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y su naturaleza, el informe tendría una importante repercusión en la comprensión y el tratamiento de dicha inmunidad y ayudaría a los Estados y otros actores pertinentes en la elaboración de un régimen de inmunidad que tuviera en cuenta los diversos intereses jurídicos. Por consiguiente, manifestaron su apoyo al enfoque adoptado por la Relatora Especial y señalaron que los análisis y conclusiones sobre la doctrina estaban relacionados intrínsecamente con la práctica y los pronunciamientos judiciales, que sustentarían de manera concreta las propuestas sobre los límites y excepciones. El lector del informe tendría una visión general y completa del trasfondo de las cuestiones planteadas, las diversas posturas sobre la cuestión, los matices de la inmunidad en los planos nacional e internacional y las consideraciones de principio involucradas. Esos miembros coincidieron en la conclusión de que la práctica analizada en el informe ponía de manifiesto una tendencia hacia el reconocimiento de que la inmunidad no se aplicaba cuando se habían cometido crímenes internacionales.

219. Además, esos miembros consideraron que aportar una prueba incontestable de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario no era necesariamente el único medio de abordar la cuestión de los límites y excepciones. Por consiguiente, estimaron que la referencia a los «valores y principios jurídicos» era muy útil.

220. También se señaló que la Relatora Especial había hecho un esfuerzo digno de elogio para salvar las diferencias en la Comisión sobre la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad, al mismo tiempo que presentaba un enfoque muy meditado, y que suponía un reto, acerca de cómo abordar la cuestión para que la Comisión la examinara. Al identificar una tendencia, la Relatora Especial había ofrecido un término medio entre quienes buscaban la concordancia del régimen de la inmunidad en los planos vertical y horizontal y quienes consideraban que la Comisión no debía identificar ningún límite ni excepción porque el derecho internacional consuetudinario no preveía tales excepciones.

Naturaleza jurídica de la inmunidad

La relación entre inmunidad y jurisdicción

221. Algunos miembros, refiriéndose al fallo emitido por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*[1375], señalaron que la inmunidad y la jurisdicción, aunque relacionadas entre sí, eran regímenes diferentes. El hecho de que los instrumentos internacionales encaminados a prevenir y castigar ciertos crímenes internacionales graves exigieran que los Estados partes estableciesen su jurisdicción para investigar, detener, enjuiciar o extraditar, y previesen otras formas de cooperación, no afectaba a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en virtud del derecho internacional consuetudinario. Esas inmunidades, como señaló la Corte en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, seguían siendo oponibles ante los tribunales de un Estado extranjero, aun cuando esos tribunales ejercieran su jurisdicción en virtud de los instrumentos en cuestión[1376].

222. Por otra parte, se observó que la búsqueda de la rendición de cuentas no se consideraba ni debía considerarse un mecanismo para alterar la paz, inmiscuirse en los asuntos internos de los Estados o constituir una transgresión de la soberanía de los Estados o la voluntad de su población. Por el contrario, la falta de justicia y la prevalencia de la impunidad contribuía a las tensiones en las relaciones internacionales y menoscababa los principios jurídicos esenciales de las relaciones entre Estados. Por consiguiente, se afirmó que era necesario lograr un equilibrio entre los diversos intereses legítimos en juego, teniendo en cuenta el derecho del Estado a proteger su soberanía, incluida su población, y la igualdad soberana de los Estados dentro del ámbito del derecho internacional.

223. Se subrayó asimismo que no había que subestimar el efecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el proyecto de artículos que se estaba elaborando. Se observó en particular, en relación con el artículo 27 del Estatuto de Roma, que la inmunidad y la responsabilidad penal individual estaban relacionadas intrínsecamente y que considerar la inmunidad como una mera barrera procesal, en términos absolutos, la separaba de la cuestión de la responsabilidad individual, sin proporcionar una reparación efectiva.

La relación entre inmunidad y responsabilidad

224. Algunos miembros recordaron que la jurisprudencia, incluida la de la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* y a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*[1377], ponía de manifiesto que la inmunidad no eximía a los funcionarios del Estado de cualquier responsabilidad penal individual en cuanto al fondo ni tenía por objeto fomentar la impunidad, dado que la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* ofrecía posibles medidas para evitar la impunidad, consistentes en el enjuiciamiento en el ámbito nacional, la renuncia a la inmunidad, el enjuiciamiento una vez terminado el mandato o el enjuiciamiento ante un órgano de la justicia penal internacional. Por consiguiente, no era acertado equiparar impunidad con inmunidad, puesto que la primera conllevaba consideraciones sustantivas que tenían que ver con la responsabilidad penal individual, mientras que la segunda guardaba relación con cuestiones procesales.

225. Al mismo tiempo, otros miembros hicieron suyo el planteamiento seguido por la Relatora Especial en el quinto informe. Se señaló que la inmunidad *ratione*

[1375] *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss.

[1376] Ibíd., párr. 59.

[1377] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss.

personae difería de la inmunidad *ratione materiae*, lo cual exigía adoptar una postura más matizada a fin de lograr avances en el tema. Si bien el hecho de que un Estado se arrogara jurisdicción penal sobre personas que gozaban de inmunidad *ratione personae* en razón de su condición menoscababa la capacidad del Estado del que esas personas eran agentes en relación con su funcionamiento y el ejercicio de su soberanía, no siempre ocurría así en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, dado que su naturaleza se basaba en el comportamiento. El hecho de que se gozara de inmunidad *ratione materiae*, conforme a lo dispuesto en el proyecto de artículo 6, aprobado provisionalmente en el actual período de sesiones, únicamente respecto de los actos realizados a título oficial suponía que su aplicación como barrera procesal no era automática.

La relación entre inmunidad del Estado e inmunidad de los funcionarios del Estado

226. Algunos miembros afirmaron que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tenía su origen en la inmunidad del Estado, lo cual reflejaba el principio *par in parem non habet imperium*. Cualquier afirmación de que las normas de *ius cogens* o las normas relativas a la lucha contra los crímenes internacionales graves entraban en contradicción con los derechos fundamentales de los Estados equivalía a subordinar el principio de igualdad soberana de los Estados, un pilar de las relaciones entre Estados, a otras normas, y se corría el riesgo de erosionarlo paulatinamente. Asimismo, las excepciones a la inmunidad socavarían probablemente el principio de no injerencia en los asuntos internos, lo que podía entrañar el riesgo de enjuiciamientos políticamente motivados contra Jefes de Estado u otros altos cargos, y darían pie a abusos de la jurisdicción universal. Se señaló que, en lugar de contribuir a combatir los crímenes y proteger los derechos humanos, esos cambios minarían la estabilidad de las relaciones entre Estados y frenarían los avances de la justicia internacional.

227. Por otra parte, algunos miembros observaron que los cambios a lo largo del último siglo en asuntos de la jurisdicción civil habían permitido alejarse en cierta medida del concepto de inmunidad absoluta del Estado. Además, la inmunidad soberana (de los Estados) no era lo mismo que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Es más, si bien los Estados eran responsables de los hechos internacionalmente ilícitos, incluidos los hechos cometidos por sus funcionarios, un Estado como tal no podía cometer un delito de acuerdo con el derecho de la responsabilidad de los Estados. Su responsabilidad no era de carácter penal, mientras que, a partir igualmente de los cambios registrados en el último siglo, sus funcionarios sí podían ser considerados penalmente responsables. Deberían tenerse presentes estas diferencias al examinar la inmunidad de los funcionarios del Estado, sus posibles límites y excepciones y el esquema general de equilibrio entre los intereses jurídicos legítimos.

La relación entre las jurisdicciones nacional e internacional

228. Se dijo que, para comprender las cuestiones presentadas en el quinto informe a tenor de los principios actuales del derecho internacional, era necesario lograr un equilibrio de intereses, empezando por el esquema esbozado en la Carta de las Naciones Unidas, que reflejaba determinadas aspiraciones de la humanidad, como la protección de los derechos humanos, la justicia y el respeto de las obligaciones compatibles con el derecho internacional, a partir de algunos principios fundamentales, en particular la igualdad soberana de los Estados.

229. Partiendo de esa premisa, se adujo que ni la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales era un elemento periférico a la igualdad soberana, ni la justicia era incompatible con el respeto de las obligaciones dimanantes del derecho internacional. El informe presentado, leído juntamente con los informes anteriores, había intentado demostrar que los principios no pretendían ser mutuamente excluyentes en su aplicación, en la medida en que se complementaban y debían ser puestos en práctica de manera tal que un interés no perjudicara a otro.

230. Asimismo, a pesar de que en relación con este tema no se entraba en la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal internacional de los funcionarios, había consideraciones de política jurídica que era preciso tener en cuenta como parte del equilibrio de intereses, incluidos, de una parte, el interés de la comunidad internacional en su conjunto por protegerse contra la comisión de crímenes internacionales y las vulneraciones de normas de *ius cogens* y, de otra parte, el interés por preservar la integridad de las obligaciones de cooperación entre los tribunales nacionales e internacionales.

231. También se respaldó la existencia de una estrecha relación entre el ejercicio de la inmunidad ante tribunales *nacionales* y ante tribunales *internacionales*, que requería una interpretación sistémica de los regímenes. A este respecto se aludió al sistema de complementariedad del Estatuto de Roma, que no debía verse obstaculizado por las normas de la inmunidad.

232. Por otra parte, se recordó que la relación entre un Estado y un órgano jurisdiccional penal internacional, como la Corte Penal Internacional, difería de la relación horizontal entre Estados que caracterizaba al presente tema. Si bien el artículo 27 del Estatuto de Roma había establecido la improcedencia del cargo oficial, en virtud de la cual los funcionarios de los Estados partes no gozaban de inmunidad procesal ante la Corte Penal Internacional, esta disposición no podía citarse como prueba de la existencia de una excepción en la relación horizontal entre Estados que se salvaguardaba en el artículo 98 del Estatuto de Roma.

233. Asimismo, algunos miembros recordaron que un tratado no creaba obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento. Por consiguiente, la inaplicabilidad de la inmunidad convenida entre Estados en virtud de tratados regía únicamente para los Estados partes o en los supuestos previstos en el tratado, y no resultaría apropiado calificar dichas excepciones de pruebas de una norma consuetudinaria en una relación horizontal entre Estados si surgieran en una relación vertical con un tribunal penal internacional.

234. No obstante, se observó que, en lugar de obviar la práctica de los tribunales penales internacionales privándoles de incidencia en las relaciones horizontales, era

necesario tener en cuenta los cambios con prudencia, en el contexto de cada caso. Por ejemplo, en algunos supuestos la cuestión planteada ante el tribunal nacional no se refería a la inmunidad con arreglo al derecho internacional, sino a la inmunidad con arreglo al derecho interno.

c) *Observaciones sobre el proyecto de artículo 7*

235. Varios miembros respaldaron la propuesta de identificar los crímenes respecto de los cuales no se aplicaba la inmunidad *ratione materiae*. En este sentido, algunos miembros apoyaron los planteamientos metodológicos seguidos por la Relatora Especial al tratar la inmunidad desde la concepción del derecho internacional como un sistema normativo completo, a fin de garantizar que el régimen de inmunidad no produjera efectos negativos ni anulara otros componentes del sistema actual del derecho internacional en su conjunto. Asimismo, algunos miembros suscribieron el análisis de la Relatora Especial según el cual la atribución a un Estado de actos *ultra vires* de los funcionarios del Estado a efectos de la responsabilidad de este último difería de la cuestión de los actos *ultra vires* que no facultaban al funcionario en cuestión para beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae*.

236. Se expresó igualmente la opinión de que la conclusión a que había llegado la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, según la cual no cabía ninguna excepción de derecho consuetudinario a la norma que otorgaba inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad a los Ministros de Relaciones Exteriores en el cargo, cuando se sospechara que habían cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad[1378], debía interpretarse de forma restringida, puesto que ese procedimiento se refería específicamente a la inmunidad *ratione personae*.

237. También se observó que la práctica estatal actual ponía de manifiesto que la inmunidad *ratione materiae* no venía al caso cuando un Estado del foro ejercía su legítima jurisdicción penal territorial. Cuando se cometía un crimen en un Estado del foro, ello afectaba a dicho Estado, que, por consiguiente, adquiría un interés legítimo en enjuiciarlo. La práctica indicaba además que no existía ninguna norma consuetudinaria que confiriera inmunidad a los funcionarios del Estado por *todos* los actos realizados a título oficial.

238. Otros miembros discreparon de la conclusión de la Relatora Especial según la cual existía una excepción a la inmunidad *ratione materiae* con respecto a determinados crímenes y recordaron que el anterior Relator Especial había concluido que no había ninguna excepción a la inmunidad, salvo las situaciones en las que la jurisdicción penal era ejercida por un Estado en cuyo territorio se había cometido un presunto crimen y concurrían determinadas condiciones. Esos miembros reiteraron que la inmunidad tenía naturaleza procesal y no perseguía resolver la cuestión de fondo de la licitud o ilicitud de un comportamiento determinado, ni siquiera cuando un acto concreto vulnerara una norma de *ius cogens*. Se recordó que la Corte Internacional de Justicia había señalado en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* que la inmunidad del Estado y las normas de *ius cogens* pertenecían a diferentes categorías del derecho internacional. Por consiguiente, la violación de una norma de *ius cogens* no comportaba que no se pudiera alegar la inmunidad del Estado. Además, se hizo notar que ninguna distinción basada en la gravedad del delito era defendible, puesto que la inmunidad se aplicaría por igual a los crímenes graves y a los delitos comunes. Dado que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera tenía carácter preliminar y se resolvía *in limine litis*, resultaría extraño considerar que su invocación dependiese de la determinación de si un crimen era grave o si se había cometido en realidad.

239. En relación con el *párrafo 1*, algunos miembros elogiaron a la Relatora Especial por haber dado el valiente paso de presentar un proyecto de artículo sobre los límites y excepciones, una propuesta equilibrada e inequívoca, mientras que otros miembros lo consideraron poco convincente.

240. En cuanto al *párrafo 1, apartado* a, algunos miembros expresaron su apoyo a que se hiciese referencia específicamente al genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura y las desapariciones forzadas como crímenes internacionales respecto de los cuales no se aplicaba la inmunidad. Se estimaron útiles las referencias específicas a la «tortura» y las «desapariciones forzadas», a pesar de que formaban parte de los crímenes de lesa humanidad. Se apoyó igualmente que se incluyera el crimen de *apartheid*, al cual se aludía en el informe entre los demás crímenes incluidos en la presente propuesta.

241. A algunos miembros no les convencieron los motivos esgrimidos por la Relatora Especial para excluir el crimen de agresión de la lista, puesto que consideraban que la Comisión caería en un descuido si lo excluyera como excepción a la inmunidad a tenor del proyecto de artículo 7. Esos miembros habrían preferido incluir ese crimen, puesto que algunos Estados ya promulgaban sus propias leyes para dar efecto a las Enmiendas de Kampala al Estatuto de Roma[1379], que tipificaban la agresión como crimen, después de su ratificación. Asimismo, el crimen de agresión, considerado la forma más grave y peligrosa de uso ilegal de la fuerza, era cometido por funcionarios del Estado como acto realizado a título oficial.

242. En cambio, otros miembros respaldaron que no se hubiera incluido el crimen de agresión, ya que guardaba estrecha relación con los actos del Estado agresor y dependía de tales actos, lo cual tenía implicaciones para la soberanía y la inmunidad de los Estados. También se señaló que aún no habían entrado en vigor las Enmiendas de Kampala, relativas a la definición del crimen de agresión.

243. En relación con los «crímenes de corrupción», mencionados en el *párrafo 1, apartado* b, mientras que algunos miembros apoyaron su inclusión, otros

[1378] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 1375 *supra*), párr. 58.

[1379] Véase *Documentos oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010*, publicación de la Corte Penal Internacional RC/9/11, resolución 6 «El crimen de agresión» (RC/Res.6).

expresaron sus reservas al respecto, ya que la naturaleza de esa categoría de crímenes era diferente de la de los crímenes internacionales graves. Al decidir si los actos de corrupción constituían excepciones a la inmunidad, se consideró importante determinar ante todo si los actos de corrupción eran «actos realizados a título oficial» y se dudó de que tales actos correspondieran al ámbito de la inmunidad *ratione materiae*. También se señaló que no había ningún elemento de la práctica que pusiera de manifiesto la inaplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los actos de corrupción.

244. Se expresaron reservas acerca de los crímenes mencionados en el *apartado* c, y algunos miembros consideraron que la expresión «excepción territorial» no era totalmente afortunada para referirse a las situaciones que implicaban el ejercicio de la jurisdicción penal. Aunque era pertinente en relación con las inmunidades jurisdiccionales del Estado, apenas había práctica de los Estados que justificara su inclusión con respecto a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. También se apuntó que el apartado estaba enunciado en términos absolutos, con el riesgo de que abarcara todo tipo de actividades realizadas por funcionarios del Estado en el Estado del foro, incluidos posiblemente actos de las fuerzas militares del Estado. No obstante, a juicio de algunos miembros era interesante examinar esa propuesta. Otros miembros aceptaron únicamente la excepción más limitada identificada por el anterior Relator Especial en su segundo informe[1380].

245. Varios miembros respaldaron la formulación del *párrafo 2*, al estimar que su enunciado no generaba polémica alguna y reflejaba la práctica de los Estados. No obstante, se expresaron algunas reservas por cuanto se percibía como una «excepción a los límites y excepciones» del párrafo 1, por lo que se solicitó que se suprimiera. Se señaló que toda formulación debería ser compatible con el artículo 27 del Estatuto de Roma y que debería establecerse un claro vínculo entre el proyecto de artículo 7 y los proyectos de artículo 4 y 6 ya aprobados provisionalmente. También se propuso reexaminar el límite establecido en el proyecto de artículo 4, relativo al alcance de la inmunidad *ratione personae*, aprobado provisionalmente por la Comisión.

246. Algunos miembros consideraron aceptable la cláusula «sin perjuicio» del *párrafo 3*, que tenía en cuenta la obligación de cooperar dimanante de otros regímenes.

d) *Trabajos futuros*

247. En cuanto a los trabajos futuros, se hizo hincapié en la relación entre los límites y excepciones y los aspectos procesales de la inmunidad. A este respecto, varios miembros recalcaron la importancia, de cara al año siguiente, de las garantías procesales, a fin de tener en cuenta la necesidad de evitar actuaciones penales políticamente motivadas o un ejercicio ilegítimo de la jurisdicción.

248. El debate sobre el quinto informe continuará y finalizará en el próximo período de sesiones de la Comisión, en 2017.

[1380] A/CN.4/631 (véase la nota 1372 *supra*).

C. Texto de los proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento

1. Texto de los proyectos de artículo

249. El texto de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento figura a continuación.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

Primera parte

INTRODUCCIÓN

Artículo 1. Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado.

2. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional, de la que gocen, en particular, las personas adscritas a las misiones diplomáticas, las oficinas consulares, las misiones especiales, las organizaciones internacionales y las fuerzas armadas de un Estado.

Artículo 2. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[…]

***e*) se entiende por «funcionario del Estado» un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales;**

***f*) se entiende por «acto realizado a título oficial» un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal.**

Segunda parte

INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE*

Artículo 3. Beneficiarios de la inmunidad ratione personae

Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Artículo 4. Alcance de la inmunidad ratione personae

1. Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato.

2. Esta inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial, por los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores durante su mandato o con anterioridad a este.

3. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*.

Tercera parte

INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE*

Artículo 5. Beneficiarios de la inmunidad ratione materiae

Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Artículo 6. Alcance de la inmunidad ratione materiae

1. Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* únicamente respecto de los actos realizados a título oficial.

2. La inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado.

3. Los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* en virtud del proyecto de artículo 4, cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato.

2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones

250. El texto de los proyectos de artículo, con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones figura a continuación.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

Artículo 2. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[…]

***f*) se entiende por «acto realizado a título oficial» un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal.**

Comentario

1) El proyecto de artículo 2 *f* define el concepto de «acto realizado a título oficial» a los efectos del presente proyecto de artículos. A pesar de la duda expresada por algunos de sus miembros sobre la necesidad de esta disposición, la Comisión ha considerado útil incluir la definición en el proyecto de artículos teniendo en cuenta el lugar central que el concepto de «acto realizado a título oficial» ocupa en el régimen de la inmunidad *ratione materiae*.

2) En la definición contenida en el proyecto de artículo 2 *f* la Comisión ha incorporado los elementos que permiten identificar un determinado acto como «realizado a título oficial» a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y lo hace siguiendo en lo esencial los trabajos previos de la Comisión en relación con este tema. En este sentido, en la definición se emplea el término «acto» al igual que en el proyecto de artículo 4 y en el proyecto de artículo 6. Como ya se señaló en su momento, este término ha sido utilizado con anterioridad por la Comisión para referirse tanto a las conductas activas como omisivas y, además, es el término habitualmente empleado para referirse a las conductas de los individuos en el marco del derecho internacional penal[1381].

3) Mediante la expresión «en ejercicio de la autoridad estatal», la Comisión quiere expresar la necesidad de que exista un vínculo entre el acto y el Estado. En otras palabras, quiere poner de manifiesto que no es suficiente que un funcionario del Estado realice un acto para que el mismo sea considerado automáticamente un «acto realizado a título oficial». Por el contrario, es igualmente necesario que dicho acto tenga una conexión directa con el ejercicio de funciones y poderes del Estado, ya que es dicha conexión lo que justifica el reconocimiento de la inmunidad a fin de preservar el principio de igualdad soberana del Estado.

4) En este sentido, la Comisión considera que para calificar un acto como «acto realizado a título oficial» es preciso, en primer lugar, que el mismo pueda ser atribuido al Estado. No obstante, ello no implica necesariamente que solo el Estado pueda ser considerado como responsable del mismo. Por el contrario, la atribución al Estado del acto es un requisito necesario para calificar un acto como realizado a título oficial, pero no impide que el mismo pueda ser atribuido igualmente al individuo, conforme al modelo «un acto, dos responsabilidades» (doble atribución) que ya ha sido recogido por la Comisión en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 (artículo 4)[1382], en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (artículo 58)[1383] y en los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (artículo 66)[1384]. Conforme al modelo, un mismo acto puede generar tanto la responsabilidad del Estado como la responsabilidad individual de su autor, especialmente en el ámbito penal.

5) A los efectos de la atribución de un acto al Estado es preciso tomar en consideración, como punto de partida, las reglas que se incluyen en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53er período de sesiones. No obstante, ha de tenerse en cuenta que dichas reglas fueron definidas por la Comisión en el contexto y a los efectos de la responsabilidad del Estado. En consecuencia, la aplicación de dichas reglas al proceso de atribución del acto de un funcionario a un Estado a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debe ser analizada de forma cuidadosa. En este sentido, a los efectos de la inmunidad, no parecen aplicables con carácter general los criterios de atribución contenidos en los artículos 7, 8, 9, 10 y 11 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En especial, la Comisión entiende que, como regla, no podrán ser considerados actos realizados a título oficial los actos realizados por un funcionario en beneficio e interés exclusivamente propios, aunque los mismos puedan tener apariencia de haber sido realizados a título oficial. En tales actos no resulta posible identificar un interés propio del Estado y, por tanto, no se justifica

[1381] Véase el párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 4 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 65º período de sesiones, *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 54.

[1382] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 25 y 26.

[1383] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 152 y 153. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53er período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

[1384] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 115. Los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobados por la Comisión en su 63er período de sesiones figuran en la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011.

el reconocimiento de una inmunidad cuyo objetivo es, en último extremo, proteger el principio de igualdad soberana del Estado[1385]. No obstante, ello no significa que un acto ilícito, como tal, no pueda beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae*. Varios tribunales han concluido que los actos ilícitos no pierden la cobertura de la inmunidad por el mero hecho de ser ilícitos[1386], ni siquiera en el caso de que el acto sea contrario al derecho internacional[1387]. La cuestión de si los actos *ultra vires* pueden o no considerarse actos oficiales a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se abordará en una fase ulterior, junto con los límites y excepciones a la inmunidad.

6) La calificación de un acto como «realizado a título oficial» requiere además la existencia de una especial conexión entre el acto y el Estado. Dicha vinculación se ha definido en el proyecto de artículo 2 *f* con la fórmula «autoridad estatal», que ha sido considerada por la Comisión como suficientemente amplia para referirse de modo general a los actos realizados por los funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones y en interés del Estado, y que debe entenderse que da cobertura a las funciones enunciadas en el proyecto de artículo 2 *e*, referido a los individuos «que representa[n] al Estado o que ejerce[n] funciones estatales».

7) Esta fórmula ha sido considerada preferible a la inicialmente propuesta («en ejercicio de prerrogativas del poder público») y a otras que han sido sucesivamente consideradas por la Comisión, en especial las de «autoridad gubernamental» (en inglés *governmental authority*) o «autoridad soberana». Aunque todas ellas reflejan igualmente el requisito de la especial conexión que debe existir entre el acto y el Estado, presentan la dificultad de que se puede interpretar que se refieren exclusivamente a un tipo de actividad estatal (gubernamental o ejecutiva), o generar el problema añadido de tener que definir las prerrogativas del poder público o de soberanía, lo que sería extremadamente difícil y no se considera una función de la Comisión. También se ha considerado preferible no utilizar la expresión «funciones estatales», que fue empleada en el proyecto de artículo 2 *e*, a fin de favorecer la clara diferenciación entre las definiciones contenidas en los apartados *e* y *f* de este proyecto de artículo. En este sentido, se debe recordar que la expresión «funciones estatales», junto con la de «representación del Estado», se empleó en el proyecto de artículo 2 *e* como un término neutro que define el vínculo entre el funcionario y el Estado, sin que ello implique un pronunciamiento sobre el tipo de actos que quedan cubiertos por la inmunidad[1388]. El empleo del término «autoridad» en lugar del de «funciones» ofrece, además, la ventaja de evitar el debate sobre si los crímenes internacionales son o no «funciones del Estado». Sin embargo, un miembro de la Comisión consideró que habría sido más adecuado emplear la expresión «funciones estatales».

8) La Comisión no ha considerado apropiado incluir en la definición de «acto realizado a título oficial» una referencia a que el mismo haya de tener una naturaleza o carácter penal. Se trata de evitar así una eventual interpretación de que todo acto realizado a título oficial es, por definición, un acto de naturaleza penal. En cualquier caso, el concepto de «acto realizado a título oficial» debe interpretarse en el contexto del presente proyecto de artículos, dedicado a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

9) Por último, aunque la definición contenida en el proyecto de artículo 2 *f* está dedicada al «acto realizado a título oficial», la Comisión ha considerado necesario incluir en dicha definición una referencia expresa al autor de dicho acto, es decir, al funcionario del Estado. Con ello se llama la atención sobre el hecho de que solo un funcionario del Estado puede realizar un acto a título oficial, expresando de esa manera la necesidad de una vinculación entre el autor del acto y el Estado. Además, la referencia al funcionario del Estado favorece una continuidad lógica con la definición de «funcionario del Estado» contenida en el proyecto de artículo 2 *e*.

10) La Comisión considera que no es posible establecer una lista exhaustiva de actos realizados a título oficial. Por el contrario, la identificación de dichos actos deberá realizarse caso por caso, teniendo en cuenta los criterios antes analizados, a saber: que sea un acto realizado por un funcionario del Estado, que pueda ser atribuido de modo general al Estado y que se haya realizado «en ejercicio de la autoridad estatal». No obstante, la práctica judicial nos ofrece ejemplos de actos o categorías de actos que pueden considerarse realizados a título oficial, con independencia

[1385] Especialmente clarificadora de los motivos que explican la exclusión de los actos *ultra vires* es la siguiente argumentación formulada por un tribunal de los Estados Unidos de América: «[c]uando los poderes de los funcionarios están limitados por ley, sus acciones más allá de dichos límites han de ser consideradas acciones individuales y no soberanas. El funcionario no está haciendo las tareas para las que el soberano le ha otorgado poder». Para el citado tribunal, «la Ley de Inmunidad de Soberanía Extranjera no otorga inmunidad respecto de las conductas ilegales de los funcionarios del Gobierno» y, por tanto, «[u]n funcionario que actúa bajo la apariencia de autoridad [*under color of authority*], pero no dentro de un mandato oficial, puede violar el derecho internacional y no tener derecho a la inmunidad en virtud de la Ley» (In re *Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation; Hilao and Others v. Estate of Marcos*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno circuito, sentencia de 16 de junio de 1994, 25 F.3d 1467 (9th Cir.1994), ILR, vol. 104, págs. 119 y ss., en particular págs. 123 y 125). En un sentido similar, otro tribunal ha concluido que los actos *ultra vires* no pueden beneficiarse de inmunidad soberana, ya que sus autores han actuado más allá de su autoridad al violar los derechos humanos de los demandantes: «si los funcionarios realizan actos que no tienen cobertura oficial del Estado, es decir, si no se trata de "funcionarios que actúan a título oficial mediante actos dentro del ámbito de su autoridad", no podrán beneficiarse de la inmunidad» (In Re *Doe I, et al. v. Liu Qi, et al., Plaintiff A, et al. v. Xia Deren, et al.*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, N.D. California, C 02-0672 CW, C 02-0695 CW).

[1386] *Jaffe v. Miller and Others*, Tribunal de Apelación de Ontario (Canadá), sentencia de 17 de junio de 1993, ILR, vol. 95, pág. 446; *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation and Others*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 23 de enero de 1989, ILR, vol. 81, pág. 658; *McElhinney v. Williams and Her Majesty's Secretary of State for Northern Ireland*, Tribunal Supremo de Irlanda, 15 de diciembre de 1995, ILR, vol. 104, pág. 691.

[1387] *I Congreso del Partido*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 16 de julio de 1981, [1983] A.C. 244, ILR, vol. 64, pág. 307. En el asunto *Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores, 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26, Lord Hoffmann rechazó el argumento de que un acto contrario al *ius cogens* no puede ser un acto oficial (véase ILR, vol. 129, pág. 744).

[1388] Véase el párrafo 11 del comentario al proyecto de artículo 2 *e* aprobado provisionalmente por la Comisión en su 66º período de sesiones, *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 157. En este marco, la Comisión ha entendido que en las «"funciones estatales" […] se incluyen las funciones legislativas, judiciales, ejecutivas o de otra índole que son propias del Estado» (ibíd.).

de la denominación específica con que los tribunales se refieran a ellos. Estos ejemplos pueden ayudar al juez y a otros operadores jurídicos nacionales a identificar si un determinado acto entra dentro de esta categoría.

11) De manera general, los tribunales nacionales han considerado como actos que encajan dentro de la categoría de actos realizados a título oficial los siguientes: actividades militares o relacionadas con las fuerzas armadas[1389], actos relacionados con el ejercicio del poder de policía[1390], actividades diplomáticas y propias de las relaciones exteriores[1391], actos legislativos (incluidas las nacionalizaciones)[1392], actos de la administración de justicia[1393], actos administrativos de distinta naturaleza (tales como expulsión de extranjeros o abanderamiento de buques)[1394], actos referidos a préstamos públicos[1395] y actos de naturaleza política de distinto tipo[1396].

12) Además, la inmunidad de los funcionarios del Estado ha sido invocada ante tribunales penales en relación con los siguientes actos realizados, según se alega, a título oficial: tortura, exterminio, genocidio, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, embarazo forzoso, deportación, privación del estatuto de prisionero de guerra, esclavitud y trabajos forzados, así como actos de terrorismo[1397]. Estos delitos se mencionan en ocasiones *eo nomine*, mientras que en otros asuntos el tribunal se refiere de forma genérica a crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos[1398]. En segundo lugar, los tribunales nacionales han examinado otros actos cometidos por miembros de las fuerzas armadas o servicios de seguridad que no se pueden encuadrar en las categorías antes mencionadas, tales como malos tratos, sevicias, detención ilegal, secuestro, delitos contra la administración de justicia y otros actos relacionados con el mantenimiento del orden público y la aplicación de la ley[1399].

13) *A sensu contrario*, en un cierto número de casos los tribunales nacionales han concluido que el acto en cuestión excede los límites de las funciones oficiales o de las funciones del Estado y, por consiguiente, no podría ser considerado como acto realizado a título oficial. Así, los

[1389] *Empire of Iran*, Tribunal Constitucional (República Federal de Alemania), 30 de abril de 1963, ILR, vol. 45, pág. 57; *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes*, US 336 F 2d 354 (segundo circuito, 1964), ILR, vol. 35, pág. 110; *Saltany and Others v. Reagan and Others*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, sentencia de 23 de diciembre de 1988, ILR, vol. 80, pág. 19; *Holland v. Lampen-Wolfe* (Reino Unido), [2000] 1 WLR 1573; *Lozano v. Italy*, caso núm. 31171/2008, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 24 de julio de 2008 (disponible en http://opil.ouplaw.com, *International Law in Domestic Courts* [ILDC 1085 (IT 2008)]).

[1390] *Empire of Iran* (véase la nota 1389 *supra*); *Iglesia de la Cienciología*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, sentencia de 26 de septiembre de 1978, ILR, vol. 65, pág. 193; *Saudi Arabia and Others v. Nelson*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, ILR, vol. 100, pág. 544; *Propend Finance Pty Limited and Others v. Sing and Others*, Tribunal de Apelaciones del Reino Unido, ILR, vol. 111, pág. 611; *Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom, The Commissioner of the Metropolitan Police and David Jones*, Corte Suprema de Irlanda, sentencia de 24 de abril de 1997, [1997] 2IR 121; *First Merchants Collection v. Republic of Argentina*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Florida, 31 de enero de 2002, 190 F. Supp. 2d 1336 (S.D. Fla. 2002).

[1391] *Empire of Iran* (véase la nota 1389 *supra*); *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (véase la nota 1389 *supra*).

[1392] *Empire of Iran* (véase la nota 1389 *supra*); *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (véase la nota 1389 *supra*).

[1393] *Empire of Iran* (véase la nota 1389 *supra*); asunto núm. 12-81.676, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 19 de marzo de 2013, y asunto núm. 13-80.158, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 17 de junio de 2014 (véase www.legifrance.gouv.fr/). En el mismo sentido se han manifestado los tribunales suizos en el caso ATF 130 III 136, referido a una orden internacional de detención emitida por un juez español.

[1394] *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (véase la nota 1389 *supra*); *Kline and Others v. Kaneko and Others*, US, 685 F Supp 386 (SDNY 1988), ILR, vol. 101, pág. 497; *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority*, núm. 04-84.265, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 23 de noviembre de 2004, *Bulletin criminel 2004*, núm. 292, pág. 1096.

[1395] *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (véase la nota 1389 *supra*).

[1396] *Doe I v. Israel*, US, 400 F.Supp.2d 86, 106 (DCC 2005) (constitución de asentamientos israelíes en los territorios ocupados); *Youming Jien et al. v. Ministry of State Security et al.*, US, 557 F. Supp. 2d 131 (DDC 2008) (contratación de sicarios para amenazar a miembros de un grupo religioso).

[1397] In re *Rauter*, Tribunal Especial de Casación de los Países Bajos, sentencia de 12 de enero de 1949, ILR, vol. 16, pág. 526 (crímenes cometidos por fuerzas de ocupación alemanas en Dinamarca); *Fiscal General de Israel c. Adolf Eichmann*, Tribunal de distrito de Jerusalén (caso núm. 40/61), sentencia de 12 de diciembre de 1961, y Tribunal de Apelaciones, sentencia de 29 de mayo de 1962, ILR, vol. 36, págs. 18 y 277 (crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, incluidos crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio); asunto *Yaser Arafat (Carnevale re. Valente – Imp. Arafat e Salah)*, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 28 de junio de 1985, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 69, núm. 4 (1986), pág. 884 (venta de armas y colaboración con las Brigadas Rojas en relación con actos de terrorismo); *R. v. Mafart and Prieur/Raimbow Warrior*, Nueva Zelandia, Tribunal Superior, Secretaría del Tribunal de Auckland, 22 de noviembre de 1985, ILR, vol. 74, pág. 241 (actos realizados por miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos de seguridad franceses, consistentes en el minado del barco *Rainbow Warrior*, que provocaron el hundimiento del barco y la muerte de varias personas y que fueron calificados como actos terroristas); *Antiguo Embajador de Siria en la República Democrática Alemana*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, Tribunal Constitucional Alemán, sentencia de 10 de junio de 1997, ILR, vol. 115, pág. 595 (en el asunto se sustanció la acción contra un antiguo embajador que supuestamente almacenó en los locales diplomáticos armas que fueron utilizadas posteriormente para actos terroristas); *Bouterse*, R 97/163/12 Sv y R 97/176/12 Sv, Tribunal de Apelación de Ámsterdam, 20 de noviembre de 2000, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), págs. 266 a 282 (tortura, crímenes contra la humanidad); *Gaddafi*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 20 de octubre de 2000, y Tribunal de Casación, sentencia de 13 de marzo de 2001, ILR, vol. 125, págs. 490 y 508 (ordenar el derribo de un avión mediante explosivos que causó la muerte a 170 personas, considerado como terrorismo); *Habré*, Tribunal de Apelaciones de Dakar (Senegal), sentencia de 4 de julio de 2000, y Tribunal de Casación, sentencia de 20 de marzo de 2001, ILR, vol. 125, págs. 571 y 577 (actos de torturas y crímenes contra la humanidad); *Re Sharon and Yaron*, Tribunal de Apelaciones de Bruselas, sentencia de 26 de junio de 2002, ILR, vol. 127, pág. 110 (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio); *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal de Suiza (BB.2011.140), sentencia de 25 de julio de 2012 (tortura y otros crímenes de lesa humanidad).

[1398] In re *Ye v. Zemin*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, séptimo circuito, 383F. 3d 620 (2004) (a diferencia de los citados en la nota 1397 *supra* y en la nota 1399 *infra*, este asunto fue examinado por un tribunal civil).

[1399] *Guardias de Fronteras*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, sentencia de 3 de noviembre de 1992 (asunto núm. 5 StR 370/92), ILR, vol. 100, pág. 364 (muerte de un joven alemán como consecuencia de los disparos realizados por los guardias de fronteras de la República Democrática Alemana cuando quería atravesar el denominado «Muro de Berlín»); *Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom* (véase la nota 1390 *supra*) (circunstancias irregulares de la detención del demandante por funcionarios del Estado); *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Reino Unido ([2011] EWHC 2029 (Admin)), ILR, vol. 147, pág. 633 (secuestro y detención ilegal).

tribunales han concluido que no constituye un acto oficial el asesinato de un opositor político[1400], ni actos vinculados con el narcotráfico[1401]. De una manera similar, y con carácter general, los tribunales nacionales han denegado la inmunidad en los casos vinculados a la corrupción, bien sea en forma de desviación y apropiación ilícita de fondos públicos y blanqueo de capitales, bien sea en alguna otra forma de expresión de la corrupción, por considerar que dichos actos «se alejan del ejercicio de las funciones estatales protegidas por la costumbre internacional en nombre de los principios de soberanía y de inmunidad diplomática»[1402], y que «por su naturaleza, no participan del ejercicio de la soberanía, ni de los poderes públicos, ni tienen relación con el interés general»[1403]. Siguiendo la misma lógica, los tribunales no han admitido que puedan beneficiarse de la inmunidad actos realizados por funcionarios del Estado que guardan una estrecha relación con una actividad privada y cuyo objetivo es el enriquecimiento personal del funcionario y no el beneficio del soberano[1404]. La recapitulación de los hechos expuestos en esos ejemplos se entiende sin perjuicio de la posición que pueda adoptar la Comisión con respecto al tema de las excepciones a la inmunidad.

14) En relación con los ejemplos de posibles actos realizados a título oficial merece una mención especial el tratamiento dado por los tribunales nacionales a los crímenes internacionales, y en especial la tortura. Así, mientras que en ocasiones han sido considerados actos realizados a título oficial (aunque ilegales y aberrantes)[1405], en otras han sido calificados como actos *ultra vires* o como actos que no responden a la naturaleza propia de las funciones del Estado[1406], por lo que deberían de ser excluidos de la categoría de actos definidos en este párrafo. Además, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que este distinto tratamiento de los crímenes internacionales se produce tanto en los casos en que los tribunales nacionales han reconocido la inmunidad, como en los supuestos en que han rechazado que la misma sea aplicable.

15) En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la definición de «acto realizado a título oficial» contenida en el proyecto de artículo 2 *f* se refiere a los elementos distintivos de dicha categoría de actos y no prejuzga la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad, que será abordada en otro lugar del presente proyecto de artículos.

Artículo 6. Alcance de la inmunidad ratione materiae

1. Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* únicamente respecto de los actos realizados a título oficial.

2. La inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado.

3. Los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* en virtud del proyecto de artículo 4, cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato.

Comentario

1) El proyecto de artículo 6 está dedicado a la definición del alcance de la inmunidad *ratione materiae*, incluyéndose en el mismo el elemento material y el elemento temporal de dicha categoría de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Completa el proyecto de artículo 5, que se refiere a los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*. Ambos proyectos de artículo determinan el régimen general aplicable a esta categoría de inmunidad.

[1400] *Letelier and Others v. The Republic of Chile and Linea Aerea Nacional-Chile*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, 748 F 2d 790 (1984), ILR, vol. 79, pág. 561.

[1401] *United States of America v. Noriega*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, undécimo circuito, sentencia de 7 de julio de 1997, ILR, vol. 121, pág. 591.

[1402] *Teodoro Obiang Mangue et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, *Pôle 7*, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013.

[1403] *Teodoro Obiang Mangue et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, *Pôle 7*, Segunda Sala de Instrucción, demanda de anulación, sentencia de 16 de abril de 2015.

[1404] *United States of America v. Noriega* (véase la nota 1401 *supra*); *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, sentencia de 20 de septiembre de 1996, ILR, vol. 113, pág. 522; *Mellerio c. Isabel de Bourbon, Recueil général des lois et des arrêts 1872*, pág. 293; *Seyyid Ali Ben Hamond, Prince Raschid c. Wiercinski*, Tribunal Civil del Sena, sentencia de 25 de julio de 1916, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 15 (1919), pág. 505; *Exroi d'Égypte Farouk c. S.A.R.L. Christian Dior*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 11 de abril de 1957, *Journal du droit international*, vol. 84, núm. 1 (1957), págs. 716 a 718; *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 28 de abril de 1961, *Revue générale de droit international public*, vol. 66, núm. 2 (1962), pág. 418; In re *Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation Trajano v. Marcos and Another*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno circuito, 21 de octubre de 1992, 978 F 2d 493 (1992), ILR, vol. 103, pág. 521; *Doe c. Zedillo Ponce de León*; *Jimenez v. Aristeguieta et al.*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, quinto circuito, 311 F 2d 547 (1962), ILR, vol. 33, pág. 353; *Jean-Juste v. Duvalier* (1988), núm. 86-0459 Civ., Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, S.D. Fla., 8 de enero de 1988, *American Journal of International Law*, vol. 82, núm. 3 (1988), pág. 594; *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, Tribunal Federal de Suiza, sentencia de 22 de diciembre de 2005 (1A 288/2005) (disponible en http://opil.ouplaw.com, *International Law in Domestic Courts* [ILDC 339 (CH 2005)]; *Republic of the Philippines v. Marcos and Others*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, 26 de noviembre de 1986, ILR, vol. 81, pág. 581; *Republic of the Philippines v. Marcos and Others* (núm. 2), Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno circuito, 4 de junio de 1987 y 1 de diciembre de 1988, ILR, vol. 81, pág. 608; *Republic of Haiti and Others v. Duvalier and Others*, [1990] 1 QB 2002 (Reino Unido), ILR, vol. 107, pág. 491.

[1405] *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (núm. 3), Cámara de los Lores del Reino Unido, 24 de marzo de 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147. Solo Lord Goff consideró que se trataba de actos oficiales que quedaban cubiertos por la inmunidad. Para Lord Browne-Wilkinson y Lord Hutton la tortura no podían ser «una función pública» o «una función gubernamental». Por el contrario, Lord Goff, que votó en contra de la sentencia, concluyó que era una «función gubernamental». También se expresaron en un sentido similar Lord Hope (acto criminal pero gubernamental), Lord Saville (que se refirió a «la tortura oficial»), Lord Millett («actos públicos y oficiales») y Lord Phillips (acto criminal y oficial). Véanse también *Jones v. Saudi Arabia* (nota 1387 *supra*) y *FF v. Director of Public Prosecutions* (caso *Principe Nasser*), Tribunal Superior de Justicia, Queen's Bench Division, Divisional Court, sentencia de 7 de octubre de 2014 [2014] EWHC 3419 (Admin.).

[1406] *Re Pinochet*, Juez de instrucción de Bruselas, sentencia de 6 de noviembre de 1998, ILR, vol. 119, pág. 345; *Bouterse* (véase la nota 1397 *supra*); *Prefectura de Voiotia c. República Federal de Alemania*, Tribunal de primera instancia de Leivadia (Grecia), sentencia de 30 de octubre de 1997.

2) El proyecto de artículo 6 presenta un contenido paralelo al utilizado por la Comisión en relación con el proyecto de artículo 4, dedicado al alcance de la inmunidad *ratione personae*. En el proyecto de artículo 6 se ha alterado el orden de los dos primeros párrafos, situándose en primer lugar la referencia al elemento material (actos que quedarían cubiertos por la inmunidad) y posteriormente la mención al elemento temporal (duración de la inmunidad). Con ello se quiere hacer hincapié en el elemento material y en la dimensión funcional de la inmunidad *ratione materiae*, reflejando que los actos realizados a título oficial ocupan un lugar central en dicha categoría de inmunidad. Aun así, ha de tenerse en cuenta que el alcance de dicha inmunidad debe entenderse conforme a una lectura conjunta y acumulativa de los elementos material (párrafo 1) y temporal (párrafo 2). Además, el proyecto de artículo 6 contiene un párrafo dedicado a la relación entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*, de modo paralelo a como ya se hizo en el proyecto de artículo 4, al que complementa.

3) El párrafo 1 tiene como finalidad señalar que la inmunidad *ratione materiae* se aplica exclusivamente respecto de los actos realizados a título oficial, tal y como dicho concepto ha sido definido en el proyecto de artículo 2 *f*[1407]. En consecuencia, quedan excluidos de esta categoría de inmunidad los actos realizados a título privado, diferenciándose así de la inmunidad *ratione personae*, que se aplica respecto de ambas categorías de actos.

4) Aunque este párrafo tiene como finalidad poner el énfasis en el elemento material de la inmunidad *ratione materiae*, la Comisión ha decidido incluir en el mismo una referencia a los funcionarios del Estado para destacar que solo ellos pueden realizar uno de los actos que quedarían cubiertos por la inmunidad en el proyecto de artículos. De esta manera se pone de manifiesto la necesidad de que ambos elementos (subjetivo y material) concurran a fin de poder aplicar la inmunidad. No se ha considerado necesario, sin embargo, hacer referencia al requisito de que los funcionarios «actúen en calidad de tales», ya que la condición de funcionario no afecta a la naturaleza del acto, sino al elemento subjetivo de la inmunidad, que ya se ha recogido en el proyecto de artículo 5[1408]. No obstante, estas disposiciones han sido aprobadas provisionalmente en el entendimiento de que quizás sea necesario en una fase ulterior articular en una forma más clara el proyecto de artículo 5, que emplea la expresión «actuando en calidad de tales», y el proyecto de artículo 6, párrafo 1, que no la emplea.

5) El alcance material de la inmunidad *ratione materiae*, tal y como se recoge en el párrafo 1 del proyecto de artículo 6, no prejuzga la cuestión de las excepciones aplicables a la inmunidad, que será tratada en otro lugar en el presente proyecto de artículos.

6) El párrafo 2 se refiere al elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae*, poniendo el énfasis en el carácter permanente de la misma, que no deja de producir efectos por el hecho de que el funcionario que hubiera realizado un acto a título oficial haya dejado de serlo. Dicha caracterización de la inmunidad *ratione materiae* como permanente se deriva del hecho de que su reconocimiento se funda en la naturaleza del acto realizado por el funcionario, que no cambia en virtud de la posición que ocupe su autor. Así, aunque es necesario que el acto sea realizado por un funcionario del Estado en calidad de tal, dicho carácter de oficialidad no desaparece posteriormente. En consecuencia, a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* es irrelevante que el funcionario que pretende beneficiarse de la misma ocupe tal posición en el momento en que se alega la inmunidad o que, por el contrario, haya dejado de ser un funcionario del Estado. En ambos casos, el acto realizado a título oficial lo seguirá siendo y el funcionario del Estado que lo realizó podrá beneficiarse por igual de la inmunidad, tanto si sigue siendo funcionario como si ha dejado de serlo. El carácter permanente de la inmunidad *ratione materiae* ha sido reconocido con anterioridad por la Comisión en el marco de los trabajos sobre las relaciones diplomáticas[1409], no ha sido contestado en la práctica y es aceptado de forma general por la doctrina[1410].

7) La Comisión ha optado por definir el elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* afirmando que la misma «subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado», siguiendo así el modelo empleado por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961[1411], y por la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946[1412]. En ellas se inspiran

[1407] Véase *supra* el proyecto de artículo 2 *f* provisionalmente aprobado por la Comisión y el comentario correspondiente.

[1408] Véase el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 5, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 66º período de sesiones, *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 156.

[1409] Véase, *a sensu contrario*, el párrafo 19 del comentario al proyecto de artículo 2.1 *b* v) del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado por la Comisión en su 43er período de sesiones: «[l]as inmunidades *ratione personae*, a diferencia de las inmunidades *ratione materiae*, que subsisten después de terminadas las funciones oficiales, ya no son aplicables cuando se deja de ocupar el cargo público o se cesa en las funciones» (*Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 19).

[1410] Véase Instituto de Derecho Internacional, resolución sobre «Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en derecho internacional», que recoge —*a sensu contrario*— la misma posición en su artículo 13, párrs. 1 y 2 (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (período de sesiones de Vancouver, 2001), págs. 743 y ss., en particular pág. 753); y «Resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en caso de crímenes internacionales», art. III, párrs. 1 y 2, ibíd., vol. 73 (período de sesiones de Nápoles, 2009), págs. 226 y ss., en particular pág. 227. Las resoluciones pueden consultarse en el sitio web del Instituto: www.idi-iil.org.

[1411] El artículo 39, párrafo 2, de la Convención establece lo siguiente: «Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aun en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión».

[1412] El artículo IV, sección 12, de la Convención establece lo siguiente: «A fin de garantizar a los representantes de los Miembros en los organismos principales y subsidiarios de las Naciones Unidas, y en las Conferencias convocadas por la Organización, la libertad de palabra y la completa independencia en el desempeño de sus funciones, la inmunidad de procedimiento judicial, respecto a expresiones ya sean orales o escritas y todos los actos ejecutados en el desempeño de sus funciones seguirá siendo acordada a pesar de que las personas afectadas ya no sean representantes de los Miembros». Por su parte, la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados de 1947 sigue el mismo modelo, estableciendo en su artículo V,

(Continuación en la página siguiente.)

el término «subsistirá» y la expresión «hayan dejado de ser funcionarios del Estado». Además, la Comisión ha empleado el término «individuos» a fin de reflejar la definición de «funcionario del Estado» que figura en el proyecto de artículo 2 *e*[1413].

8) Por último, ha de destacarse que, si bien el párrafo 2 se refiere al elemento temporal de la inmunidad, la Comisión ha considerado oportuno incluir en el mismo una mención expresa a los actos realizados a título oficial, teniendo en cuenta el carácter central que los mismos ocupan en la inmunidad *ratione materiae* y para evitar cualquier interpretación extensiva del carácter permanente de esta categoría de inmunidad que eventualmente pudiese pretender predicarse respecto de otros actos.

9) El párrafo 3 del proyecto de artículo está dedicado a definir el modelo de relación existente entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*, partiendo de la base de que ambas categorías son distintas. En consecuencia, el párrafo 3 del proyecto de artículo 6 se encuentra en estrecha relación con el párrafo 3 del proyecto de artículo 4, que también se refiere a esa relación, aunque únicamente bajo la fórmula de una «cláusula sin perjuicio».

10) De conformidad con el párrafo 1 del proyecto de artículo 4, la inmunidad *ratione personae* tiene carácter temporal, ya que la Comisión consideró que «tras la terminación del mandato del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores la inmunidad *ratione personae* se extingue»[1414]. Sin embargo, dicha «extinción […] se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*» (párrafo 3 del proyecto de artículo 4). Como la Comisión afirmó en el comentario a dicho párrafo «ha de tenerse en cuenta que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores habrán realizado durante su mandato actos a título oficial que no pierden esta calificación por el mero hecho de que dicho mandato haya terminado y que, por tanto, podrían quedar cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*»[1415]. La Comisión afirmó también que «[e]llo no significa que la inmunidad *ratione personae* se prolongue tras el fin del mandato de los beneficiarios, ya que ello no es compatible con lo establecido en el párrafo 1 del proyecto de artículo. Tampoco significa que la inmunidad *ratione personae* se transforme en una nueva forma de inmunidad *ratione materiae* cuya aplicabilidad se produciría automáticamente en virtud de lo establecido en el párrafo 3. La Comisión entiende que la cláusula "sin perjuicio" se limita a dejar a salvo la eventual aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial y durante su mandato por un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores, cuando ello sea posible en virtud de las reglas que rigen dicha categoría de inmunidad»[1416].

11) Esta es, precisamente, la situación a la que se refiere el párrafo 3 del proyecto de artículo 6. Este párrafo parte de la base de que los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, cuando se encuentran en ejercicio, se benefician de una amplia inmunidad denominada inmunidad *ratione personae* que, en términos prácticos, incluye los efectos propios de la inmunidad *ratione materiae*. Lo que no impide que, tras terminar su mandato, dichos funcionarios del Estado puedan beneficiarse igualmente del régimen de la inmunidad *ratione materiae* entendida en sentido estricto. Así lo entiende la Comisión en el comentario al proyecto de artículo 5, en el que afirma lo siguiente: «[a]unque la Comisión considera que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione materiae* en sentido estricto tan solo cuando han dejado de estar en ejercicio, no se ha estimado necesario referirse a ello en el proyecto de artículo 5. Esta cuestión será abordada más adecuadamente en un futuro proyecto de artículo dedicado al alcance sustantivo y temporal de la inmunidad *ratione materiae*, siguiendo el modelo del proyecto de artículo 4»[1417].

12) Para ello será preciso, en todo caso, que se cumplan los requisitos exigidos por la inmunidad *ratione materiae*, a saber: que el acto haya sido realizado por un funcionario del Estado actuando en tal calidad (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores en este caso concreto), a título oficial y durante su mandato. El objeto del párrafo 3 del proyecto de artículo 6 es, precisamente, declarar que la inmunidad *ratione materiae* se aplica en este supuesto. De esta manera viene a completar al párrafo 3 del proyecto de artículo 4, respecto del que la Comisión afirmó en su momento que «no prejuzga el contenido del régimen propio de la inmunidad *ratione materiae*, que [sería] objeto de desarrollo en la parte III del presente proyecto de artículos»[1418].

13) No obstante, en relación con el supuesto contemplado en el párrafo 3 del proyecto de artículo 6, algunos miembros de la Comisión consideraron que durante su mandato los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores se beneficiaban simultáneamente de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae*. Otros miembros de la Comisión destacaron que, a los efectos del presente proyecto de artículos, la inmunidad *ratione personae* tiene un carácter general y más amplio que engloba la inmunidad *ratione materiae*, ya que se aplica tanto a los actos realizados a título privado como a los actos realizados a título oficial. Para esos miembros, los funcionarios antes citados solo se benefician de la inmunidad *ratione personae* durante su mandato y solo se beneficiarán de la inmunidad *ratione*

(Continuación de la nota 1412.)

sección 14, que «[a] fin de garantizar a los representantes de los miembros de los organismos especializados, en las reuniones convocadas por estos, completa libertad de palabra e independencia total en el ejercicio de sus funciones, la inmunidad de jurisdicción respecto a las palabras o escritos y a todos los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones seguirá siéndoles otorgada incluso después de que hayan cesado en el ejercicio del cargo».

[1413] Sobre el significado del término «individuo», véase el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 2 *e*, *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 156.

[1414] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 53 (párrafo 2 del comentario al proyecto de artículo 4).

[1415] Ibíd., pág. 55 (párrafo 7 del comentario).

[1416] Ibíd.

[1417] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 159 (párrafo 4 del comentario).

[1418] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 55 (párrafo 7 del comentario al proyecto de artículo 4).

materiae tras el fin de dicho mandato, como se establece en el proyecto de artículo 4 y se refleja en los comentarios a dicho proyecto de artículo y al proyecto de artículo 5. Aunque inclinarse por una u otra opción podría tener consecuencias ante los tribunales nacionales de determinados Estados (en particular con respecto a las condiciones para alegar la inmunidad ante esos tribunales), dichas consecuencias no podrían generalizarse a todos los ordenamientos internos. En el marco de este debate, algunos miembros de la Comisión han expresado su opinión de que no era preciso incluir el párrafo 3 en el proyecto de artículo 6, bastando con hacer una referencia a esta cuestión en los comentarios al proyecto de artículo.

14) Aunque la Comisión ha tenido en cuenta este interesante debate, que tiene un alto componente teórico y terminológico, ha decidido mantener el párrafo 3 del proyecto de artículo 6, en especial teniendo en cuenta la importancia práctica del mismo, que tiene por objeto clarificar en el plano operativo el régimen jurídico aplicable tras el fin de su mandato a los individuos que se han beneficiado con anterioridad de la inmunidad *ratione personae* (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores).

15) La redacción del párrafo 3 sigue el modelo utilizado en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (artículo 39, párrafo 2) y en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas (artículo IV, sección 12), que han regulado supuestos similares a los que se contemplan en el párrafo comentado, a saber: la situación en que se encuentran los beneficiarios de una inmunidad *ratione personae*, tras el fin de su mandato, respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho período[1419]. La Comisión ha empleado la expresión «continúan beneficiándose de la inmunidad» para reflejar la conexión existente entre el momento en que el acto se produjo y el momento en que la inmunidad se pretende aplicar. De la misma manera que las convenciones en que se inspira, el párrafo 3 del proyecto de artículo 6 no califica la inmunidad, limitándose a emplear este término genérico. Sin embargo, aunque el término inmunidad es utilizado sin calificativo alguno, la Comisión entiende que el mismo se emplea para referirse a la inmunidad *ratione materiae*, ya que solo en este marco es posible tomar en consideración los actos de un funcionario del Estado realizados a título oficial después de que haya terminado su mandato.

[1419] Véanse *supra* las notas 1411 y 1412.