

# INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/661

## Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial

[Original: español]  
[4 de abril de 2013]

### ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	39
Obras citadas en el presente informe.....	40
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-12 40
<i>Capítulo</i>	
I. PLAN DE TRABAJO Y ESTRUCTURA DEL PRESENTE INFORME.....	13-18 42
II. ALCANCE DEL TEMA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS.....	19-34 43
III. LOS CONCEPTOS DE INMUNIDAD Y JURISDICCIÓN.....	35-46 46
A. Concepto de jurisdicción penal.....	36-42 46
B. Concepto de inmunidad de jurisdicción penal extranjera.....	43-46 47
IV. LA DISTINCIÓN ENTRE INMUNIDAD <i>RATIONE PERSONAE</i> E INMUNIDAD <i>RATIONE MATERIAE</i> .....	47-53 48
V. LA INMUNIDAD <i>RATIONE PERSONAE</i> : ELEMENTOS NORMATIVOS.....	54-79 50
A. Alcance subjetivo de la inmunidad <i>ratione personae</i> .....	56-68 50
B. Alcance material de la inmunidad <i>ratione personae</i> .....	69-74 53
C. Alcance temporal de la inmunidad <i>ratione personae</i> .....	75-79 54
IV. PLAN DE TRABAJO FUTURO.....	80-81 55
Anexo.....	56

### Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Convención sobre Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Ibíd., vol. 1400, n.º 23431, pág. 231.
Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Ibíd., vol. 1035, n.º 15410, pág. 191.
Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 49 (A/59/49)</i> , vol. I, resolución 59/38, anexo.

## Obras citadas en el presente informe

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL

«Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», *Annuaire*, vol. 69, sesión de Vancouver (2001), París, Pedone, 2001, págs. 742 a 755.

«Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», *Annuaire*, vol. 73, sesión de Nápoles (2009), París, Pedone, 2009, págs. 228 a 230.

## Introducción

1. El tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional en su 58.º período de sesiones (2006), sobre la base de la propuesta que figura en el anexo I del informe de la Comisión sobre ese período de sesiones<sup>1</sup>. En su 59.º período de sesiones (2007), la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo actual y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin<sup>2</sup>. En el mismo período de sesiones, se pidió a la Secretaría que preparara un estudio de antecedentes sobre el tema<sup>3</sup>.

2. El anterior Relator Especial presentó tres informes en los que definió el marco en que debería desarrollarse el tema, analizó un importante número de cuestiones sustantivas relacionadas con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y examinó igualmente las cuestiones procesales relacionadas con esta categoría de inmunidad<sup>4</sup>. La Comisión consideró los informes del Relator Especial en sus 60.º y 63.º períodos de sesiones, celebrados respectivamente en 2008 y 2011. Por su parte, la Sexta Comisión de la Asamblea General se ocupó del tema con ocasión de la consideración del informe de la Comisión de Derecho Internacional, en particular en 2008 y 2011.

3. En su 3132.ª sesión, que tuvo lugar el 22 de mayo de 2012, la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en reemplazo del Sr. Kolodkin, que había dejado de formar parte de la Comisión<sup>5</sup>. Tras su nombramiento, la Relatora Especial celebró una primera sesión de consultas informales con los miembros de la Comisión el 30 de mayo de 2012 sobre la base de una serie de preguntas que fueron presentadas por la Relatora Especial en un documento de trabajo informal cuyo contenido se reproduce en el informe preliminar<sup>6</sup>.

4. La Relatora Especial presentó un informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, que fue examinado por la

Comisión en la segunda parte de su 64.º período de sesiones celebrado en 2012<sup>7</sup>.

5. El informe preliminar respondía a la naturaleza de un «informe de transición», con el que la Relatora Especial pretendía «contribuir a clarificar los términos del debate que se ha venido manteniendo hasta la fecha e identificar los principales puntos de controversia que subsisten sobre los que la Comisión puede considerar oportuno seguir trabajando en el futuro»<sup>8</sup>. Para ello, en el citado informe preliminar se analiza el tratamiento que el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado ha tenido en el quinquenio 2007-2011, desde una triple perspectiva: *a)* la labor realizada por el anterior Relator Especial; *b)* el debate que ha tenido lugar en la Comisión de Derecho Internacional; y *c)* el debate mantenido en la Sexta Comisión.

6. Sobre la base de dichos elementos, el informe preliminar identificó un conjunto de cuestiones a examinar, sobre las que no se ha alcanzado consenso en el anterior quinquenio, y que afectaban a la práctica totalidad de los temas que habían sido incluidos en los tres informes del anterior Relator Especial. Partiendo de dicho análisis la Relatora Especial agrupó las citadas cuestiones en cuatro bloques de temas, cuyo tratamiento debería desarrollarse a lo largo del presente quinquenio, a saber:

1. Cuestiones generales de naturaleza metodológica y conceptual.
  - 1.1 La distinción entre inmunidad *ratione materiae* e inmunidad *ratione personae* y sus consecuencias
  - 1.2 La inmunidad en el sistema de valores y principios del derecho internacional contemporáneo
  - 1.3 Las relaciones entre inmunidad, de un lado, y responsabilidad del Estado y responsabilidad penal del individuo, de otro
2. La inmunidad *ratione personae*
  - 2.1 Personas beneficiarias de la inmunidad
  - 2.2 Ámbito material de la inmunidad: actos privados y actos oficiales
  - 2.3 Carácter absoluto o restringido de la inmunidad: en particular el lugar que ocupan o deben ocupar los crímenes internacionales
3. La inmunidad *ratione materiae*
  - 3.1 Personas beneficiarias de la inmunidad: la controversia terminológica residual y el concepto de funcionario
  - 3.2 Concepto de acto oficial y relación con la responsabilidad del Estado

<sup>1</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 203, párr. 257 y anexo I.

<sup>2</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 95, párr. 376.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, pág. 99, párr. 386. El estudio de la Secretaría figura en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/596.

<sup>4</sup> El informe preliminar figura en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, pág. 163; el segundo informe en *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, y el tercer informe en *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646.

<sup>5</sup> *Anuario... 2012*, vol. I, 3132.ª sesión, e *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 84.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654, párr. 73.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 86 a 139.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654, párr. 5.

3.3 Carácter absoluto o restringido de la inmunidad: excepciones y crímenes internacionales

4. Los aspectos procesales de la inmunidad<sup>9</sup>.

7. El informe preliminar incluyó también ciertas consideraciones metodológicas que deben ser tomadas en consideración en los trabajos de la Comisión durante el presente quinquenio en relación con el tema objeto del presente informe. Dichas consideraciones metodológicas, que fueron sistematizadas por la Relatora Especial en la presentación de su informe preliminar ante la Comisión, pueden resumirse de la siguiente manera:

a) El trabajo futuro sobre el tema debe partir de los informes presentados previamente por el anterior Relator Especial, así como el estudio de la Secretaría. Pero, teniendo en cuenta que existe un abierto disenso en la materia entre los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y en el seno de la Sexta Comisión, es preciso igualmente tomar en consideración las diferentes opiniones vertidas en ambos foros para avanzar sobre los trabajos previos de la Secretaría y del antiguo Relator Especial;

b) La aproximación al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debe realizarse empleando de forma conjunta un enfoque *de lex lata y de lege ferenda*, o, si se prefiere, de codificación y desarrollo progresivo. En todo caso, dada la dificultad y sensibilidad del tema, parece más adecuado partir de la *lex lata* para analizar posteriormente la necesidad y posibilidad de formular propuestas *de lege ferenda*;

c) El tratamiento del tema debe hacerse partiendo, en todo momento, de un enfoque sistémico, que permita asegurar que las eventuales propuestas normativas que se realicen desde la Comisión puedan encuadrarse sin disonancias en el sistema jurídico internacional entendido en su conjunto. Ello obliga a tomar en consideración todas las normas, principios y valores del derecho internacional que sean relevantes para el tema objeto de examen;

d) El tratamiento de las cuestiones relacionadas con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debe realizarse a través de un procedimiento estructurado y progresivo en el que se vayan abordando, paso a paso, los distintos temas incorporados en los cuatro bloques temáticos antes mencionados;

e) El tratamiento del tema por la Comisión debe incluir el debate sobre proyectos de artículos que sean presentados en los informes anuales elaborados por la Relatora Especial.

8. La Comisión mantuvo un interesante debate sobre el informe preliminar, en el que se abordaron los principales temas que habían sido incorporados a dicho informe, tanto por lo que se refiere a las cuestiones metodológicas como a las cuestiones sustantivas<sup>10</sup>. En líneas generales, el enfoque metodológico referido al tratamiento estructurado de los temas recibió un apoyo generalizado. Por

su parte, el enfoque «sistémico» sugerido por la Relatora Especial recibió un apoyo mayoritario, si bien algunos miembros de la Comisión señalaron ciertas reservas a la incorporación de los principios y valores del derecho internacional vigente como un instrumento de análisis. Por lo que se refiere a las cuestiones sustantivas, las diversas intervenciones de los miembros de la Comisión pusieron de manifiesto un amplio consenso sobre la identificación de las cuestiones que necesitan de un mayor tratamiento en el presente quinquenio. Sin embargo, se mantuvo la discrepancia de opiniones sobre los aspectos sustantivos de un buen número de cuestiones incluidas en el informe preliminar.

9. Sobre la base de dicho debate, la Comisión acordó solicitar a los Estados

que proporcionen información sobre su legislación y práctica nacionales en lo que concierne a los criterios siguientes:

a) ¿Produce la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* consecuencias jurídicas diferentes y, en tal caso, cómo son objeto de un tratamiento diferenciado?

b) ¿Qué criterios se utilizan para determinar las personas que gozan de inmunidad *ratione personae*?<sup>11</sup>.

Por su parte, la Asamblea General ha llamado igualmente la atención de los Estados sobre la importancia de que proporcionen a la Comisión la información arriba reseñada<sup>12</sup>. La Relatora Especial desea agradecer su cooperación a los Estados que han respondido a dichas preguntas con ocasión de los debates celebrados en la Sexta Comisión en noviembre de 2012.

10. En el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, la Sexta Comisión examinó el informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado elaborado por la Relatora Especial, con ocasión del examen del informe de la Comisión de Derecho Internacional<sup>13</sup>. De las interesantes intervenciones que tuvieron lugar en el citado debate se puede deducir un amplio apoyo a los planteamientos metodológicos contenidos en el informe preliminar, así como a la propuesta de trabajo contenida en el mismo, incluida la propuesta de estructurar el trabajo futuro en torno a la presentación de proyectos de artículos. Igualmente cabe destacar el importante número de delegaciones que manifestaron su opinión positiva respecto del empleo de un doble enfoque metodológico basado tanto en la codificación como en el desarrollo progresivo, incluido el principio de prudencia apuntado por la Relatora Especial en su informe preliminar que aconseja comenzar los trabajos por el análisis de la *lex lata* y abordar después las aproximaciones propias de la *lege ferenda*.

<sup>9</sup> Véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 28.

<sup>12</sup> Véase la resolución 67/92 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 2012, párr. 4.

<sup>13</sup> La Sexta Comisión se ocupó del tema relativo a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en sus sesiones 20.<sup>a</sup> a 23.<sup>a</sup>. Además, dos Estados realizaron referencias al tema en la 19.<sup>a</sup> sesión (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, sesiones 19.<sup>a</sup> a 23.<sup>a</sup> (A/C.6/67/SR.19 a SR.23)*). Véase, además, Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo séptimo período de sesiones (A/CN.4/657), párrs. 26 a 38.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, párr. 72.

<sup>10</sup> En relación con el desarrollo de dicho debate, véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 86 a 139. Véase igualmente *ibíd.*, vol. I, sesiones 3143.<sup>a</sup> a 3147.<sup>a</sup>.

11. Por lo que se refiere a las cuestiones sustantivas apuntadas en el informe preliminar, se produjo igualmente una amplia participación en torno a los temas centrales respecto de los cuales subsiste la controversia, debiéndose destacar el lugar privilegiado que ocupó el debate, directo o indirecto, sobre las excepciones a la inmunidad, así como el debate sobre la incidencia que sobre el tema pueden o deben tener los nuevos logros en el ámbito del derecho penal internacional y la consolidación de este nuevo sector dentro del sistema del derecho internacional contemporáneo considerado en su conjunto. No obstante, debe destacarse igualmente que sigue sin ser posible la

identificación de un consenso respecto de la mayoría de las cuestiones relacionadas con las dimensiones sustantivas del tema.

12. En todo caso, debe subrayarse la gran importancia que los Estados participantes en los trabajos de la Sexta Comisión siguen asignando al tema, que ha quedado una vez más de manifiesto en la resolución 67/92, adoptada sin votación por la Asamblea General el 14 de diciembre de 2012, en cuyo párrafo 8 invita a la Comisión a que siga dando prioridad al tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado».

## CAPÍTULO I

### Plan de trabajo y estructura del presente informe

13. El presente informe parte de los planteamientos metodológicos y de la propuesta de trabajo general que se incluyeron ya en el informe preliminar. En el mismo se han tomado en consideración, además, tanto los debates mantenidos en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión en 2012 como la necesidad de ofrecer a la Comisión de Derecho Internacional un instrumento operativo que le permita comenzar los debates en el presente período de sesiones desde una dimensión práctica. Para lograr dicho objetivo, el presente informe ha tomado en consideración las aportaciones teóricas relevantes y los análisis de la práctica ya incorporados en su día en los informes elaborados por el antiguo Relator Especial, así como en el estudio realizado por la Secretaría<sup>14</sup>. Además, se han tomado en consideración, en la medida en que ello era necesario, nuevas aportaciones que se han producido en el último año, en particular en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y en la jurisprudencia de algún tribunal nacional, debiéndose destacar en especial la sentencia de 25 de julio de 2012 del Tribunal Penal Federal de Suiza<sup>15</sup>.

14. Sobre la base de las anteriores consideraciones, y siguiendo el planteamiento metodológico de facilitar un debate estructurado y sistemático del tema, el presente informe abordará de forma separada las siguientes cuestiones:

a) El alcance del tema y el ámbito de aplicación del proyecto de artículos (cap. II);

b) Los conceptos de inmunidad y jurisdicción (cap. III); la distinción entre «inmunidad *ratione personae*» e «inmunidad *ratione materiae*» (cap. IV);

c) La determinación de los elementos normativos básicos que integran el régimen de la inmunidad *ratione personae* (cap. V).

15. De esta manera se tratan los contenidos básicos incluidos en los puntos 1.1, 2.1 y 2.2 de los bloques temáticos enunciados en el informe preliminar<sup>16</sup>. A ellos se

han añadido tres cuestiones que deben ser abordadas con carácter previo al tratamiento de cualquier otra cuestión, a saber: la definición precisa del ámbito de aplicación del proyecto de artículos que se elaborará en el ejercicio en curso; el concepto de jurisdicción penal y el concepto de inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

16. Cada una de las cuestiones antes mencionadas van acompañadas de sendos proyectos de artículos cuya naturaleza es necesariamente diferente. Así, los proyectos de artículos referidos al ámbito de aplicación, a los conceptos de inmunidad y jurisdicción, así como a los conceptos de inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae* responden a una naturaleza introductoria y descriptiva y, por tanto, deben inscribirse en una primera parte introductoria del proyecto de artículos dedicada a la delimitación del ámbito de aplicación y a las definiciones. Por el contrario, los proyectos de artículos referidos a los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* responden a la finalidad de contribuir a la definición del régimen jurídico sustantivo aplicable a dicha categoría de inmunidad y, por tanto, deben incluirse en una parte separada del proyecto de artículos dedicada específicamente a dicha categoría.

17. Por último, ha de destacarse que no se ha considerado necesario incluir en este momento un tratamiento separado de los apartados 1.2 (la inmunidad en el sistema de valores y principios del derecho internacional contemporáneo) y 1.3 (la relación entre inmunidad, de un lado, y responsabilidad del Estado y responsabilidad penal del individuo, de otro), contenidos en el bloque primero de las cuestiones seleccionadas en el informe preliminar, ya que si bien es cierto que se trata de cuestiones que tienen una presencia horizontal en el tratamiento del tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado entendido en su conjunto, su estudio pormenorizado está llamado a desplegar sus principales efectos en relación con otras cuestiones que serán analizadas en informes futuros.

18. Otro tanto cabe advertir en relación con la no inclusión en este segundo informe del tratamiento del apartado 2.3 (carácter absoluto o restringido de la inmunidad: en particular el lugar que ocupan o deben ocupar los crímenes internacionales) contenido en el bloque segundo de cuestiones seleccionadas en el informe preliminar.

<sup>14</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/596.

<sup>15</sup> Se trata de la sentencia recaída en el asunto BB.2011.140, relativo al procesamiento de un antiguo ministro de defensa de Argelia, TPF 2012, pág. 97.

<sup>16</sup> Véanse el párrafo 6 y la nota 9 *supra*.

Aunque el citado apartado viene referido a la inmunidad *ratione materiae*, no es menos cierto que su tratamiento está estrechamente relacionado con los problemas

generales vinculados a las excepciones a la inmunidad, por lo que se considera más útil tratarlo en un estadio más avanzado de los trabajos.

## CAPÍTULO II

### Alcance del tema y ámbito de aplicación del proyecto de artículos

19. El alcance del tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» fue abordado por el antiguo Relator Especial en su informe preliminar<sup>17</sup>. En el mismo identificó una serie de elementos que deberían ser tenidos en cuenta a la hora de definir dicho alcance, a saber: el carácter penal de la jurisdicción, la caracterización como «extranjera» de la jurisdicción y el carácter nacional (y no internacional) de la jurisdicción respecto de la que se aplicaría la inmunidad. A estos elementos añade un cuarto, no vinculado con la jurisdicción sino con la persona protegida por la inmunidad, a saber: ha de tratarse de un funcionario de un Estado distinto al que pretende ejercer la jurisdicción. Por último, en el citado informe se hace referencia igualmente a la situación especial en que se encuentran los agentes diplomáticos, los funcionarios consulares, los miembros de misiones especiales y los agentes o funcionarios de una organización internacional, si bien esta situación no es analizada en tanto que criterio de definición del alcance del tema.

20. A partir de dichos elementos se ha producido un debate sobre el alcance del tema, tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión, del que se puede deducir un amplio apoyo a dichos elementos, que, por otro lado, constituyen las circunstancias relevantes que se encuentran habitualmente en la práctica de los Estados cuando se aborda el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Teniendo esto en cuenta, la Relatora Especial considera que los citados criterios deben ser los elementos a retener en la definición del ámbito de aplicación de todo posible proyecto de artículos. Ello exige proceder a propuestas que definan con claridad dicho ámbito de aplicación.

21. Para ello parece aconsejable seguir una doble vía que tome en consideración tanto los elementos inclusivos como los exclusivos, que pueden resumirse de la siguiente forma:

a) El proyecto de artículos solo se refiere a la jurisdicción penal, quedando excluida la inmunidad frente a la jurisdicción civil o administrativa<sup>18</sup>;

b) El proyecto de artículos solo se refiere a la inmunidad frente a la jurisdicción penal extranjera; es decir, la

ejercida por un Estado distinto del de la nacionalidad del funcionario del que se predica la inmunidad. Ha de quedar excluida, por tanto, la inmunidad que pueda otorgarse en virtud del derecho nacional del Estado del funcionario;

c) El proyecto de artículos solo se refiere a la inmunidad frente a la jurisdicción penal interna de los Estados, quedando excluida la inmunidad frente a las jurisdicciones penales internacionales;

d) El proyecto de artículos no se refiere a aquellas personas que estén sometidas a un régimen de inmunidad más específico, tales como los agentes diplomáticos, los funcionarios consulares, los miembros de misiones especiales o los agentes o funcionarios de una organización internacional;

e) El proyecto de artículos solo se refiere a la inmunidad de los funcionarios de un Estado.

22. Las razones para proceder a esta opción de delimitación han sido ya expuestas en buena medida en informes previos, pero conviene referirse brevemente a algunos de los elementos justificativos de mayor interés, bien para recordar o reforzar los argumentos ya apuntados en su día por el anterior Relator Especial o por otros miembros de la Comisión, bien para añadir algunos elementos nuevos que puedan resultar de interés.

23. Respecto de la limitación del ámbito de aplicación del proyecto de artículos a las inmunidades que se susciten en el ámbito de la jurisdicción penal, la Relatora Especial desea llamar la atención sobre el hecho de que ello obedece a una decisión de la propia Comisión, que se justifica en buena medida porque es en este tipo de jurisdicción donde se vienen produciendo los más importantes problemas en la práctica. A ello ha de añadirse, por otro lado, la necesidad de tomar en consideración las peculiaridades de la jurisdicción penal, que integra elementos que muy difícilmente podrían plantearse en el ámbito de la jurisdicción civil o administrativa. Así, piénsese, por ejemplo, en la incidencia que el ejercicio de la jurisdicción penal puede tener sobre la libertad de movimientos de las personas afectadas por la misma; y ello no solo por la posible adopción de una sentencia condenatoria que imponga una pena privativa de libertad, sino incluso antes, con ocasión —por ejemplo— de una eventual detención del imputado o acusado, o por la imposición de una medida de prisión preventiva como mera medida cautelar. O piénsese igualmente en la adopción de ciertas medidas cautelares tales como la retención del pasaporte, la asignación de domicilio forzoso o la imposición de la obligación de presentarse periódicamente ante una autoridad judicial, que constituyen otros tantos ejemplos de medidas típicas del ejercicio de la jurisdicción penal. A lo que debe

<sup>17</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), en particular, págs. 192, 193 y 200, párrs. 103, 104 y 130.

<sup>18</sup> Y así, aunque recientemente algún miembro de la Comisión ha llamado la atención sobre el interés que tendría el reflexionar sobre la inmunidad de jurisdicción civil, y algún Estado ha advertido de que su práctica está especialmente orientada hacia la inmunidad de jurisdicción civil extranjera de los funcionarios del Estado, no parece posible concluir que tales comentarios y reflexiones, sin duda interesantes, puedan considerarse como una propuesta para ampliar el ámbito de aplicación del proyecto de artículos más allá de la inmunidad frente a la jurisdicción penal.

añadirse, en último lugar, la notable incidencia que el desencadenamiento de un proceso penal está llamado a tener sobre la credibilidad, honorabilidad y dignidad de una persona. Por otro lado, no puede olvidarse tampoco que los principales textos convencionales que se ocupan de la inmunidad de órganos del Estado frente a la jurisdicción extranjera diferencian claramente entre la inmunidad de jurisdicción penal y la inmunidad de jurisdicción civil o administrativa, que someten a diferentes reglas<sup>19</sup>.

24. Teniendo esto en cuenta, la Relatora Especial sigue considerando como la opción más adecuada limitar el ámbito de aplicación del proyecto de artículos en curso a la inmunidad frente a la jurisdicción penal. Ello no significa, sin embargo, que deba ignorarse plenamente la existencia de la inmunidad frente a la jurisdicción civil o frente a la jurisdicción administrativa. Ambas categorías presentan con la jurisdicción penal el nexo común de que frente a las mismas se pueda alegar la inmunidad; y, además, no puede obviarse el hecho de que, en términos prácticos, existen ciertas conexiones entre las tres categorías de jurisdicción. Así, baste con destacar en este momento, las evidentes conexiones puestas de manifiesto por la jurisprudencia nacional e internacional entre la sanción penal y la sanción administrativa. O, desde una perspectiva más amplia, el hecho de que en ocasiones la reclamación civil de una indemnización constituye una forma indirecta de obtener satisfacción por graves infracciones del derecho, incluso constitutivas de delitos. A ello ha de añadirse, por último, que en el marco de la jurisdicción civil, en particular, se producen con una cierta frecuencia pronunciamientos sobre la inmunidad que pueden resultar trasladables *mutatis mutandis* a la inmunidad planteada en el marco de una jurisdicción penal.

25. En cualquier caso, los argumentos antes mencionados no son suficientes para cambiar el criterio antes apuntado en relación con la limitación del proyecto de artículos a la jurisdicción penal. Incluir en el mismo algunas previsiones específicas referidas a la jurisdicción civil y/o a la jurisdicción administrativa introduciría un elemento de distorsión que, sin duda, podría perjudicar el resultado final del trabajo de la Comisión. Ello no impide, sin embargo que la Comisión pueda tomar en consideración, en la medida en que ello sea posible y necesario, la práctica estatal en materia de inmunidad de jurisdicción civil o administrativa, si de la misma se pueden deducir elementos conceptuales o de otro tipo que puedan contribuir, con carácter complementario, a los trabajos de la Comisión en materia de inmunidad de jurisdicción penal.

26. En relación con el carácter «extranjero» de la jurisdicción penal como límite al ámbito de aplicación del proyecto de artículos, baste con llamar la atención en primer lugar, sobre el hecho de que las inmunidades concedidas en virtud del derecho estatal y en virtud del derecho internacional no necesariamente responden a la misma naturaleza, funciones y finalidades, ni atienden a la protección de los mismos valores y principios. Por consiguiente, solo la aparición del elemento «extranjero», que conduce en último extremo al principio de igualdad soberana de los Estados

y a la necesidad de preservar el mantenimiento de relaciones internacionales sostenibles y pacíficas, justifica el tratamiento del tema de la inmunidad de jurisdicción penal por parte de la Comisión. Además, no debe olvidarse que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de ciertos funcionarios o representantes del Estado, no puede traducirse automáticamente en un reconocimiento de la misma inmunidad ante su jurisdicción nacional, hasta el punto de que, como ha señalado la Corte Internacional de Justicia, el ejercicio de jurisdicción penal por los tribunales nacionales del Estado del funcionario puede actuar como uno de los supuestos que permitan asegurar que el instrumento procesal en que consiste la inmunidad no se traduce automáticamente en un instrumento que exime plenamente al individuo de responsabilidad penal en términos sustantivos. En consecuencia, el mantenimiento de este criterio de delimitación del ámbito de aplicación del proyecto de artículos está plenamente justificado y el recurso al análisis de la práctica nacional en materia de inmunidad solo puede resultar relevante a los fines del trabajo de la Comisión cuando dicha práctica se refiera a la inmunidad de un funcionario o representante extranjero.

27. En tercer lugar, por lo que se refiere a la exclusión del ámbito de aplicación del proyecto de artículos de la inmunidad frente a los tribunales penales internacionales, el antiguo Relator Especial llamó la atención en su día sobre un primer criterio justificativo basado en la distinta naturaleza de la jurisdicción nacional y la jurisdicción internacional. A ello ha de añadirse, en opinión de la Relatora Especial, una razón obvia y no por ello menos importante: el tratamiento de la inmunidad ante los tribunales penales internacionales ha sido ya objeto de regulación específica en los instrumentos internacionales que crean y regulan el funcionamiento de los tribunales penales internacionales. Y, por consiguiente, no es necesario que la Comisión se ocupe de nuevo de una cuestión que está ya suficientemente definida y clarificada, con independencia de las diferencias interpretativas que surjan en la práctica en el proceso de aplicación de dichas normas de derecho internacional.

28. También sobre esta cuestión existe un consenso generalizado respecto de la exclusión en el tratamiento del tema de la inmunidad frente a los tribunales penales internacionales. Sin embargo, no puede dejar de llamarse la atención sobre el hecho de que la aceptación de este criterio ha sido objeto de interpretaciones diferentes en relación con las consecuencias que ello pueda o deba tener en los trabajos futuros de la Comisión. Así, cabe recordar que algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional y algunos Estados han mantenido, de forma directa o indirecta, en sus intervenciones ante la Sexta Comisión, que la exclusión del tema de la inmunidad ante los tribunales penales internacionales debe traducirse en la exclusión plena de todo análisis del fenómeno de la jurisdicción penal internacional en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema que nos ocupa.

29. Se trata, sin embargo, de una posición no suficientemente coherente en términos metodológicos. Por el contrario, de la misma manera que se señaló *supra* en relación con la jurisdicción civil y administrativa, también ahora es necesario diferenciar entre la definición de un ámbito de aplicación del proyecto de artículos que excluya la propuesta de previsiones específicas referidas

<sup>19</sup> Véase, en particular, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, arts. 31 y 37; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 43, *a contrario*; y la Convención sobre Misiones Especiales, art. 31.

a la inmunidad frente a la jurisdicción penal internacional, de un lado, y la toma en consideración de elementos interpretativos procedentes o relacionados con la jurisdicción penal internacional, de otro. Aunque no es el momento de entrar en el debate de este tema, baste con destacar ahora que resultaría sorprendente que en el seno de la Comisión se admitiera la posibilidad de tomar en consideración la acción de otras jurisdicciones internacionales (como la Corte Internacional de Justicia o los tribunales regionales de derechos humanos) y no se considerase oportuno tomar en consideración la existencia misma de una jurisdicción internacional específicamente penal, que comparte con los tribunales nacionales el objetivo de enjuiciar ciertos crímenes de especial trascendencia internacional.

30. En cualquier caso, baste ahora con llamar la atención sobre la necesidad de establecer una nítida distinción entre el tratamiento directo de la jurisdicción penal internacional en el marco del presente tema (que debe ser excluido) y su toma en consideración, como elemento complementario, instrumental y, en su caso, interpretativo. Ello no debe ni puede traducirse en una incorporación mimética de los principios que sobre la inmunidad se contienen en los instrumentos que rigen los tribunales penales internacionales. Pero sí debe permitir, al menos, que se analicen las normas propias de las jurisdicciones penales internacionales, así como su jurisprudencia, por si pudieran tener alguna relevancia o aportar alguna clarificación al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Este enfoque no resulta contrario ni a los criterios hermenéuticos propios del derecho internacional ni a la práctica seguida por la Comisión en el tratamiento de otros temas.

31. En relación con el tercero de los criterios delimitadores antes enumerados, no parece necesario proceder a una justificación especial de la exclusión del ámbito de aplicación del proyecto de artículos de los regímenes específicos que se ocupan de la inmunidad de jurisdicción penal de una manera particular, por razón de la especialidad de las personas que se beneficiarían de la misma o en razón del marco sustantivo en que las mismas operan. Tanto las inmunidades en el ámbito diplomático y consular, como en el ámbito de las organizaciones internacionales han sido objeto de un desarrollo normativo (convencional y consuetudinario) no desdeñable. Y, por tanto, no parece necesario que la Comisión vuelva a ocuparse de las mismas, ni menos aún parece aconsejable que pudiese introducir modificaciones en unos regímenes ya muy consolidados y generalmente aceptados, lo que no impide, sin embargo, que la Comisión deba tomar en consideración dichos regímenes con carácter complementario en sus trabajos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, máxime cuando la Comisión ha tenido una notable presencia en la definición de los citados regímenes.

32. Por último, en relación con el límite subjetivo del ámbito de aplicación del proyecto de artículos debe recordarse que el propio título del tema lo refiere al término «funcionario» en español, «*official*» en inglés y «*représentant*» en francés. Aunque en relación con el empleo de estos términos se puede identificar un consenso sobre la aceptación de que, en última instancia, se está haciendo referencia a personas que actúan en nombre y por cuenta

del Estado, no es menos cierto que la disparidad terminológica ha provocado un debate sobre la necesidad de proceder a la definición del término «funcionario» a los efectos del presente tema y, en especial, respecto del proyecto de artículos en curso. Dicha tarea es, sin duda, imprescindible, pero ha de advertirse de que, a juicio de la Relatora Especial, la misma cobra su significado especial en el ámbito de la inmunidad *ratione materiae* y es, por tanto, en esa sede donde será abordada. Por consiguiente en el presente informe se seguirá utilizando el término «funcionario» con carácter provisional. En ese sentido se incluye en los proyectos de artículos que se incorporan a este informe, con la advertencia de que los mismos podrán ser revisados en relación con dicha expresión una vez que se adopte una decisión sobre la cuestión terminológica antes referida.

33. Sobre la base de lo antes señalado, pueden formularse dos proyectos de artículos que definan, desde una doble perspectiva, positiva y negativa, el alcance del mismo. La definición de dicho ámbito de aplicación debe realizarse, a juicio de la Relatora Especial, desde el inicio de los trabajos, a fin de evitar lagunas que puedan perjudicar el futuro desarrollo de los mismos. Dichos proyectos de artículos deben situarse, además, en la primera parte del proyecto de artículos, actuando —junto con las definiciones— como marco del mismo.

34. A tal fin se proponen los siguientes proyectos de artículos:

*«Proyecto de artículo 1. Ámbito de aplicación del proyecto de artículos*

Sin perjuicio de lo previsto en el proyecto de artículo 2, el presente proyecto de artículos se refiere a la inmunidad de que gozan ciertos funcionarios del Estado frente al ejercicio de su jurisdicción penal por un tercer Estado.

*Proyecto de artículo 2. Inmunidades no comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos*

Quedan excluidas del ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos:

a) las inmunidades penales reconocidas en el marco de las relaciones diplomáticas, de las relaciones consulares, o en el marco o en conexión con una misión especial;

b) las inmunidades penales establecidas por acuerdos de sede o por tratados que regulen la representación diplomática ante organizaciones internacionales o que establezcan los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios o agentes;

c) las inmunidades que puedan establecerse en virtud de otros tratados internacionales *ad hoc*;

d) cualesquiera otras inmunidades que puedan ser concedidas unilateralmente por un Estado a los funcionarios de un tercer Estado, en especial cuando los mismos se encuentren en su territorio.»

## CAPÍTULO III

## Los conceptos de inmunidad y jurisdicción

35. Los conceptos de inmunidad y jurisdicción constituyen las dos categorías básicas de referencia sobre las que se ha de construir el tratamiento del presente tema, así como el proyecto de artículos derivado del mismo, ya que su objeto consiste —precisamente— en determinar en qué supuestos los tribunales de un Estado no pueden ejercer su jurisdicción en el ámbito penal, como consecuencia de la inmunidad que protege a ciertos funcionarios de un tercer Estado. Por consiguiente, y con independencia de que, como acertadamente señaló en su momento la Corte Internacional de Justicia en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*<sup>20</sup> y recordó el Relator Especial, Sr. Kolodkin<sup>21</sup>, ambas categorías son autónomas, no es menos cierto que solo la relación entre ambas explica el tratamiento de este tema por la Comisión<sup>22</sup>. Y, por ello, definir en paralelo ambos conceptos constituye una condición necesaria para el correcto desarrollo del tema y del proyecto de artículos. Dichas definiciones deben incluirse, lógicamente, en la parte primera del proyecto de artículos a fin de que sirvan de marco de referencia para el resto del proyecto

## A. Concepto de jurisdicción penal

36. El concepto de inmunidad parte, necesariamente, de la existencia previa de una jurisdicción penal del Estado, sin la que la propia institución de la inmunidad carece de sentido y significado alguno<sup>23</sup>. Por consiguiente, con independencia del tratamiento procesal que se dé a la inmunidad, es necesario identificar en primer lugar qué entendemos por jurisdicción a los efectos del presente proyecto de artículos.

37. Definir el concepto de jurisdicción puede aparecer en un primer momento como un esfuerzo innecesario<sup>24</sup>, ya que nos encontraríamos frente a una categoría aceptada con carácter general que aparece recogida sin oposición en

<sup>20</sup> República Democrática del Congo *c.* Bélgica, fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, párr. 46; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 162.

<sup>21</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 180, párr. 61.

<sup>22</sup> Véase *ibíd.*, págs. 176 y 177, párr. 43 y nota 88. Como bien recuerda el antiguo Relator Especial, la propia Corte Internacional de Justicia en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* afirmó que “solo cuando un Estado tiene jurisdicción con arreglo al derecho internacional en relación con un asunto concreto puede plantearse una cuestión de inmunidades respecto del ejercicio de esa jurisdicción” (*C.I.J. Recueil 2002*, pág. 19, párr. 46).

<sup>23</sup> En este sentido, véase el estudio de la Secretaría (nota 14 *supra*), párrs. 7 y 14. La íntima relación existente entre «jurisdicción» e «inmunidad» ha quedado igualmente recogida en el artículo I, párr. 2 de la resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en caso de crímenes internacionales, adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en 2009, conforme a la cual «[a] los efectos de la presente resolución, la expresión “jurisdicción” se entiende de la competencia penal, civil o administrativa de los tribunales nacionales de un Estado en tanto se refiera a las inmunidades conferidas a otro Estado o a sus agentes por el derecho internacional convencional o consuetudinario», (Instituto de Derecho Internacional, «Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», *Annuaire*, vol. 73, pág. 229).

<sup>24</sup> Ha de tenerse en cuenta que la definición de los conceptos de jurisdicción e inmunidad fue también abordada por la Comisión con ocasión del tratamiento de la inmunidad jurisdiccional del Estado y sus bienes, a pesar de lo cual las propuestas del Relator Especial en este sentido no fueron retenidas por la Comisión ni en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes aprobada por la Asamblea General en 2004.

los distintos ordenamientos jurídicos estatales en los que está llamada a operar la inmunidad. Sin embargo, siendo ello cierto, no lo es menos que el concepto de jurisdicción ha sido objeto de múltiples tratamientos en el plano del derecho internacional, y que, incluso, el empleo de dicho término puede tener diversos significados en los ordenamientos internos<sup>25</sup>. En cualquier caso, no puede olvidarse tampoco que cuando hablamos de jurisdicción en el presente informe, ello está siempre referido a la inmunidad de jurisdicción penal, lo que introduce un elemento distintivo que debe ser debidamente tenido en cuenta<sup>26</sup>. Así, aunque no es el objeto del presente informe entrar en un análisis teórico al respecto, sí es preciso partir de dicha diversidad conceptual para poner de manifiesto que el alcance del término «jurisdicción» puede no ser pacífico en el tema que nos ocupa, y ello no solo por la diversidad conceptual antes apuntada, sino también porque la definición de qué tipos de actos se integran en la categoría genérica de «jurisdicción» constituye un importante objeto de debate que deberá ser sustanciado en su momento por la Comisión, en especial cuando se aborde la problemática de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera desde una perspectiva procesal. A este respecto, piénsese, por ejemplo, en la incidencia que puede tener sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera la posible adopción de actos ejecutivos previos o paralelos al ejercicio de la función judicial, tales como la detención de una persona, la retención de títulos de viaje o la solicitud de la inscripción de una orden de busca y captura en algún sistema internacional de cooperación y asistencia policial internacional. Por consiguiente, definir el concepto de jurisdicción penal a los efectos del presente ejercicio reviste una especial importancia.

38. No obstante, en el estadio actual de los trabajos no se pretende proceder a una enumeración detallada de los tipos de actos que se incluyen en la categoría de jurisdicción, sino más bien ofrecer una definición suficientemente amplia de dicha categoría que nos permita ponerla en relación eficazmente con los distintos elementos que definen la inmunidad, así como con los distintos actos —judiciales o ejecutivos— frente a los cuales la inmunidad puede operar. Dicha comparación se debe realizar, a juicio de la Relatora Especial, partiendo de la premisa de que, cuando se aborda el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la jurisdicción penal del Estado existe ya y que, por consiguiente, el Estado de la jurisdicción tiene competencia para ejercer un conjunto de actos —judiciales y eventualmente ejecutivos— cuya finalidad no es otra que determinar o concluir la existencia de una concreta responsabilidad penal individual por actos constitutivos de crímenes o delitos tipificados conforme al ordenamiento jurídico de dicho Estado.

<sup>25</sup> El antiguo Relator Especial abordó el concepto de jurisdicción en un sentido amplio en su informe preliminar, cuyo análisis puede seguir considerándose útil (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, págs. 176 a 178, párrs. 43 a 47). El citado concepto fue también abordado en el estudio de la Secretaría (nota 14 *supra*), párrs. 7 a 13.

<sup>26</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, págs. 178 y 179, párrs. 48 a 55.

39. Por consiguiente, el concepto mismo de competencia se encuentra estrechamente relacionado con la definición de jurisdicción penal y debe formar parte de ella. A este respecto, no puede olvidarse tampoco que el propio concepto de competencia y los títulos sobre los que se sustenta tampoco son idénticos en todos los Estados, dependiendo no solo de normas y principios de derecho internacional, sino también de normas propias del Estado, adoptadas sobre la base de aquellas por las que atribuye competencia a sus propios tribunales. A este respecto, la Relatora Especial considera que no es objeto del presente informe entrar en el análisis de cada uno de estos títulos competenciales o nexos jurisdiccionales, ni tampoco entrar en un debate sobre si la atribución de dichas competencias es o no plenamente conforme al derecho internacional y en qué medida. Tampoco es objeto de este informe debatir sobre si las normas internacionales en que se basan los Estados para atribuir competencia interna a los tribunales estatales son normas que imponen obligaciones o que, simplemente, habilitan o autorizan la atribución de las citadas competencias, ni tampoco sobre cuál sería la consecuencia práctica de dicha distinción. Este debate se sitúa fuera del mandato acordado por la Comisión para el tratamiento de este tema y podría incidir más bien sobre otras cuestiones que están en el programa a largo plazo de la Comisión (jurisdicción extraterritorial) o en su programa actual (principio *aut dedere aut iudicare*) o que podrían llegar a estarlo si la Asamblea General así lo decidiera (jurisdicción internacional).

40. Sin embargo, sí es preciso —al menos— llamar la atención sobre la diversidad de títulos competenciales sobre los que los Estados han construido su propio sistema de jurisdicción penal nacional, puesto que, en última instancia, es la citada jurisdicción penal nacional (cada concreta jurisdicción penal nacional) la que deberá entrar en contacto con la inmunidad. Y así, baste con destacar en este momento los títulos basados en la territorialidad, en la personalidad (activa o pasiva), en el principio de protección o en la jurisdicción universal. Todos estos títulos constituyen la base potencial de la competencia de los Estados en el ejercicio de la jurisdicción penal entendida en sentido estricto y, con excepción de la personalidad activa, todos ellos podrían dar lugar al ejercicio de la jurisdicción penal contra un extranjero que podría detentar la condición de funcionario y por ello, pretender beneficiarse de la inmunidad. El empleo de uno u otro de estos títulos depende de la voluntad del Estado concernido y se traduce, en la práctica, en la existencia de una pluralidad de modelos jurisdiccionales nacionales. La toma en consideración de esta pluralidad de modelos jurisdiccionales no debe ser desdeñada por la Comisión, máxime si tenemos en cuenta que un buen número de casos de la práctica provienen, en buena medida, del empleo de títulos competenciales basados en alguna forma de competencia extraterritorial<sup>27</sup>. Pero dicha toma en consideración debe hacerse únicamente a los efectos de definir la existencia de la jurisdicción como un *prius* de la inmunidad. Por consiguiente, la Relatora Especial considera que al definir el concepto de jurisdicción a los efectos del presente tema y proyecto de artículos, es irrelevante la naturaleza de cada uno de los títulos sobre los que el Estado que pretende ejercer su jurisdicción basa su competencia. En resumen:

la existencia de una pluralidad de títulos competenciales y, por tanto, de una pluralidad de modelos jurisdiccionales estatales en el orden penal constituye un *prius* fáctico que la Comisión debe de tomar en consideración en sus trabajos, sin que ello implique una valoración ni pronunciamiento alguno sobre cada uno de los títulos competenciales antes mencionados.

41. Por otro lado, ha de destacarse que el concepto de jurisdicción penal hace referencia esencialmente a la competencia del Estado para ejercer su potestad de enjuiciar los crímenes o delitos tipificados como tales conforme a las normas aplicables en su ordenamiento jurídico. Por consiguiente, este elemento finalista debe estar presente en la definición del concepto de jurisdicción penal. En todo caso, debe advertirse que con ello no se produce en ningún caso el efecto de alterar la naturaleza jurídica de la inmunidad, que continúa siendo una institución netamente procesal. Así, la inclusión de una referencia a la determinación de la responsabilidad penal individual en la definición de jurisdicción penal, no tiene ni puede tener como efecto que la inmunidad libere al funcionario extranjero que se beneficia de la misma de la responsabilidad penal individual, cuestión sobre la que se volverá más tarde<sup>28</sup>.

42. Partiendo de las consideraciones previas, la Relatora Especial considera útil incluir en el proyecto de artículos una definición de «jurisdicción penal extranjera» que formará parte de un proyecto de artículo de naturaleza introductoria dedicado a las «definiciones». A tal fin se propone el siguiente proyecto de artículo:

«Proyecto de artículo 3. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entiende por “jurisdicción penal” el conjunto de competencias, procesos, procedimientos y actos que, conforme al derecho del Estado que pretende ejercer su jurisdicción, son necesarias para que un tribunal pueda determinar y hacer efectiva la responsabilidad penal individual derivada de la comisión de actos tipificados como crímenes o delitos conforme al derecho aplicable en dicho Estado. A los efectos de la definición del concepto de “jurisdicción penal” es irrelevante el título competencial que habilite al Estado para el ejercicio de la jurisdicción.»

**B. Concepto de inmunidad de jurisdicción penal extranjera**

43. Al igual que sucede con el concepto de «jurisdicción», el concepto de «inmunidad» tampoco suele ser definido en los instrumentos internacionales que, de una u otra manera, se han ocupado de las inmunidades del

<sup>27</sup> Véase la nota 15 *supra*.

<sup>28</sup> En relación con este tema, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia es reiterada y constante. Véanse los casos *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, C.I.J. Recueil 2002, pág. 25, párr. 60; *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), fallo, C.I.J. Recueil 2008, pág. 244, párr. 196 (véase también C.I.J. Resúmenes 2008-2012, pág. 15); e *Immunités juridictionnelles de l'État* (Alemania c. Italia - Grecia (interviniente)), fallo, C.I.J. Recueil 2012, págs. 124 y 143, párrs. 58 y 100, respectivamente (véase también C.I.J. Resúmenes 2008-2012, pág. 300).

Estado o de sus funcionarios o agentes, en especial la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunities de Jurisdicción de los Estados y de sus Bienes, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas o la Convención sobre Misiones Especiales. En particular, por lo que se refiere a la «inmunidad de jurisdicción penal», en la práctica normativa previa se aprecia una cierta tendencia a enunciar exclusivamente la «inmunidad de jurisdicción penal» como uno de los elementos integrantes del régimen de privilegios e inmunidades regulado en cada uno de dichos instrumentos, sin proceder a su definición. Ello nos sitúa frente a un concepto jurídico en blanco cuyo alcance debe ser identificado a través del estudio de la práctica, en particular de la práctica estatal.

44. A pesar de la práctica antes referida, no es menos cierto que la tarea de integrar este concepto jurídico en blanco no resulta extremadamente difícil, ya que el concepto de inmunidad de jurisdicción ha sido objeto de importantes debates en los trabajos preparatorios de los instrumentos antes mencionados, en especial en el seno de la propia Comisión. A ello ha de añadirse que el citado concepto, referido ahora a la jurisdicción penal en el marco del presente tema, ha sido analizado de forma detallada por la Secretaría en su estudio<sup>29</sup> y por el anterior Relator Especial en su informe preliminar<sup>30</sup>.

45. De todos estos trabajos previos cabe deducir un conjunto de elementos característicos del concepto de

<sup>29</sup> Véase el estudio de la Secretaría (nota 14 *supra*), párrs. 14 a 66.

<sup>30</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, págs. 179 a 183, párrs. 56 a 70.

«inmunidad de jurisdicción penal extranjera», que pueden resumirse de la siguiente forma:

a) La inmunidad implica el no ejercicio de la jurisdicción penal por un Estado, a pesar de que —en principio— sus tribunales serían competentes para enjuiciar determinados delitos y crímenes;

b) La inmunidad solo opera como consecuencia de la presencia de un elemento extranjero al que se califica, de modo genérico como «funcionario» de un tercer Estado;

c) La inmunidad de jurisdicción penal extranjera tiene una naturaleza eminentemente procesal y no afecta a las normas penales sustantivas del Estado titular de la jurisdicción, ni tampoco a la responsabilidad penal individual del beneficiario de la inmunidad<sup>31</sup>.

46. Teniendo en cuenta lo antes señalado, es posible formular una definición de inmunidad de jurisdicción penal extranjera que incorpore los caracteres generales arriba enumerados. Para ello se sugiere la siguiente redacción:

«Proyecto de artículo 3. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

b) se entiende por “inmunidad de jurisdicción penal extranjera” la protección de que gozan ciertos funcionarios del Estado frente al ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los jueces y tribunales de un tercer Estado.»

<sup>31</sup> Véase la nota 15 *supra*.

## CAPÍTULO IV

### La distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*

47. La distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* ha sido objeto de tratamiento y aceptación general por parte de la doctrina, bien sea bajo esta denominación o bajo la denominación de «inmunidad personal» e «inmunidad funcional». El estudio de ambas categorías de inmunidad ha sido, además, suficientemente abordado en el informe preliminar del anterior Relator Especial<sup>32</sup> y en el estudio de la Secretaría<sup>33</sup>, sin que sea necesario en este momento volver sobre las cuestiones analizadas en dichos documentos. Por último, ha de llamarse igualmente la atención sobre el hecho de que la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* constituye uno de los pocos elementos respecto de los que se aprecia un amplio consenso en los debates mantenidos sobre este tema en la Comisión.

48. Ambas categorías presentan importantes elementos en común, pero también elementos que las diferencian de manera significativa. Entre los primeros se encuentra

su fundamento y finalidad, que no es otro que garantizar el principio de igualdad soberana de los Estados, evitar las injerencias en asuntos internos y facilitar el mantenimiento de relaciones internacionales estables, asegurando que sus funcionarios y representantes puedan desempeñar sin dificultades ni obstáculos externos las funciones que les son propias<sup>34</sup>. Ello determina la necesidad de considerar a la inmunidad de jurisdicción penal desde una perspectiva o dimensión funcional ineludible, ya que la protección reconocida a las personas que se benefician de la inmunidad se les otorga, en última instancia, en virtud de las funciones o tareas que cada una de ellas desempeñan en el marco de su relación orgánico-funcional con el Estado. Dichas tareas son necesariamente

<sup>32</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, págs. 184 y 185, párrs. 78 a 83.

<sup>33</sup> Véase el estudio de la Secretaría (nota 14 *supra*), párrs. 88 y ss.

<sup>34</sup> En este sentido, el Instituto de Derecho Internacional ha afirmado en su resolución de 2009 sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en caso de crímenes internacionales que «las inmunidades son acordadas con miras a asegurar, conforme al derecho internacional, una repartición y un ejercicio ordenados de la competencia jurisdiccional en los litigios que impliquen a los Estados, a respetar la igualdad soberana de los Estados y a permitir a las personas que actúan en su nombre que cumplan efectivamente sus funciones» (art. II, párr. 1) (*Annuaire*, vol. 73). La Corte Internacional de Justicia ha destacado este carácter funcional y finalista de la inmunidad en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, C.I.J. Recueil 2002, pág. 22, párr. 53.

diferentes en virtud del estatuto correspondiente a las diversas categorías de personas protegidas, lo que determinará una distinta manifestación del componente funcional de la inmunidad y, por consiguiente, también la definición de un régimen jurídico diferenciado para cada una de las categorías de inmunidad de jurisdicción penal extranjera antes mencionadas. Teniendo en cuenta que este componente «funcional» está presente en relación con ambas categorías, a los efectos del presente informe y del proyecto de artículos se considera preferible utilizar la denominación de «inmunidad *ratione personae*» e «inmunidad *ratione materiae*», a fin de evitar confusiones terminológicas que pudiesen tener algún tipo de incidencia no deseada en el plano conceptual.

49. La inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* comparten igualmente la característica de ser inmunidades que protegen y se reconocen a personas, con independencia de que su reconocimiento se realice para proteger, en última instancia, derechos e intereses del Estado y que, por tanto, se deba reconocer alguna posición al Estado en relación con dichas inmunidades, especialmente en relación con la alegación o retirada de la inmunidad. Así, no puede olvidarse que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera opera frente a la jurisdicción penal y, por consiguiente, se aplica en relación con ciertas categorías de personas que, en ausencia de la inmunidad, podrían ser sometidas a un proceso penal con la finalidad de determinar su eventual responsabilidad penal individual. Por consiguiente, y aunque no sea este el momento para abordar el tema con profundidad, debe advertirse ya que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera (tanto *ratione personae* como *ratione materiae*) ha de diferenciarse de la inmunidad del Estado, con la que no puede confundirse aunque ambas tengan puntos de conexión<sup>35</sup>.

50. Sin embargo, frente a los elementos comunes que se acaban de señalar, la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* presentan también importantes diferencias que es preciso destacar. Así, de la práctica cabe deducir que la inmunidad *ratione personae* se caracteriza por los siguientes elementos:

a) Se reconoce únicamente a ciertos órganos del Estado que ocupan un lugar destacado en el mismo y que, en virtud de su cargo, representan al Estado en las relaciones internacionales, de manera automática y en virtud de normas de derecho internacional;

b) Se aplica a todos los actos realizados por los representantes del Estado, sean privados u oficiales;

c) Tiene una dimensión claramente temporal, que se circunscribe al período de tiempo en que los órganos beneficiarios de la inmunidad están en ejercicio de su mandato<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> En relación con la distinción entre inmunidad del Estado e inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, cabe destacar que la Corte Internacional de Justicia la ha mencionado expresamente en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État* (C.I.J. Recueil 2012, págs. 137 y 138, párr. 87), pudiéndose encontrar una referencia implícita a dicha distinción en *ibíd.*, pág. 139, párr. 91.

<sup>36</sup> En relación con estas características, véase el capítulo V del presente informe.

Por su parte, la inmunidad *ratione materiae* se caracteriza por los siguientes elementos:

a) Es reconocida con carácter general a los funcionarios del Estado;

b) Los actos a los que se extiende la inmunidad serán únicamente aquellos que puedan calificarse como «actos oficiales» o «actos realizados en el ejercicio de funciones oficiales»; y

c) No está sometida a límite temporal alguno, ya que la inmunidad *ratione materiae* subsiste incluso después de que la persona beneficiada por la inmunidad haya perdido la condición de funcionario.

51. A pesar de que la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* es ampliamente aceptada en la doctrina y tiene reflejos en la práctica judicial, llama la atención que la misma no haya tenido un reflejo paralelo en las legislaciones nacionales. Así, entre los Estados que han respondido a la primera de las preguntas formuladas por la Comisión en su anterior período de sesiones, la mayoría ha señalado que no existen normas específicas en sus ordenamientos internos que recojan la citada distinción. A pesar de lo cual, algunos han señalado ejemplos de cómo dicha distinción se recoge indirectamente en alguna de sus normas internas o como, con mayor frecuencia, es recogida en su jurisprudencia. En realidad, esta respuesta no es totalmente sorprendente, ya que guarda relación con dos elementos de la práctica que no se pueden ignorar, a saber: a) que la práctica estatal en materia de inmunidad de jurisdicción penal extranjera no es muy amplia; y b) que las legislaciones nacionales no contienen habitualmente reglas referidas a las inmunidades con componente extranjero, con la excepción de referencias genéricas a la aplicabilidad del derecho internacional.

52. A pesar de ello, diferenciar adecuadamente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* es útil y necesario a los efectos del presente tema y del proyecto de artículos que se pueda derivar del mismo. Y no solo por razones analíticas o descriptivas, si no —sobre todo— porque la determinación de cuales sean los elementos normativos de cada una de estas categorías de inmunidad tiene relevancia para definir el régimen jurídico aplicable a cada una de ellas, inclusive desde la perspectiva de las técnicas procesales que deban establecerse para hacer efectiva la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. A lo que ha de añadirse, por último, que dicha distinción no es tampoco ajena a la problemática general de las excepciones aplicables a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, sin duda, una de las cuestiones sobre las que el grado de incertidumbre y desacuerdo es mayor.

53. Teniendo en cuenta lo anterior, se considera necesario proceder a la definición de ambas categorías de inmunidad, de modo general y como marco de referencia para los ulteriores desarrollos en el tratamiento de ambas categorías. Dicha definición deberá incluirse en el proyecto de artículo 3, dedicado a las «definiciones», para lo que se propone la siguiente redacción:

«Proyecto de artículo 3. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

c) se entiende por “inmunidad *ratione personae*” la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de ciertos funcionarios del Estado, en virtud del relevante estatus que los mismos detentan en el Estado del que son nacionales y que les otorga de modo

directo y automático una función de representación del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales;

d) se entiende por “inmunidad *ratione materiae*” la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de un funcionario del Estado en relación con los actos que el mismo realiza en cumplimiento de su mandato y que pueden ser calificados como “actos oficiales”.»

## CAPÍTULO V

### La inmunidad *ratione personae*: elementos normativos

54. Con la expresión «elementos normativos» se hace referencia en el presente informe a aquellos elementos característicos de la inmunidad *ratione personae* que son relevantes para definir el régimen jurídico aplicable a dicha categoría de inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Partiendo de la definición de inmunidad *ratione personae* que se ha dado en el capítulo IV *supra* y que se contiene en el apartado c del proyecto de artículo 3, los elementos normativos en cuestión pueden ser identificados de la siguiente forma:

a) Alcance subjetivo de la inmunidad *ratione personae*: ¿qué personas son beneficiarias de la inmunidad?

b) Alcance material de la inmunidad *ratione personae*: ¿qué categoría de actos realizados por dichas personas quedan protegidos por la inmunidad?

c) Alcance temporal de la inmunidad *ratione personae*: ¿durante qué período de tiempo puede ser alegada y aplicada la inmunidad?

Cada uno de estos elementos será objeto de tratamiento autónomo en las siguientes páginas.

55. No se incluyen en el presente capítulo las cuestiones referidas a las eventuales excepciones a la inmunidad *ratione personae* ni los aspectos procesales de la misma, que serán analizados en una fase ulterior del estudio.

#### A. Alcance subjetivo de la inmunidad *ratione personae*

56. La determinación de las personas a las que se aplica la inmunidad constituye, sin duda, una *conditio sine qua non* para el ejercicio de la inmunidad. Y ello adquiere un significado especial cuando nos encontramos ante la inmunidad de jurisdicción penal en la que, al margen de otras consideraciones, se está debatiendo la posibilidad de ejercer o no la jurisdicción del Estado para deducir la oportuna responsabilidad penal individual y no la responsabilidad del Estado. En el caso que nos ocupa, la determinación de dichas personas presenta un segundo foco de interés, puesto que el título del tema elegido por la Comisión hace referencia, de forma genérica, a los «funcionarios del Estado» («*officials*» en inglés; «*représentants*» en francés). Lo que ha suscitado la preocupación por la definición del concepto «funcionario».

57. Esta preocupación adquiere, sin embargo, rasgos característicos en la medida en que nos ocupemos de la inmunidad *ratione personae* que, como ya se ha señalado *supra*, se refiere necesariamente a un número reducido de personas que se caracterizan por ejercer funciones o cargos estatales del más alto nivel, en virtud de los cuales tienen atribuida la representación internacional del Estado<sup>37</sup>. Por consiguiente, la definición del término «funcionario» puede carecer de interés en relación con esta categoría de inmunidad, si se opta por una aproximación estricta que vincula y circunscribe la inmunidad *ratione personae* al jefe de Estado, al jefe de gobierno y al ministro de relaciones exteriores. Por el contrario, podría adquirir un mayor significado si se opta por una aproximación extensiva, que pueda incluir entre las personas beneficiarias de la inmunidad a otros altos funcionarios del Estado, entre los que se ha mencionado con una cierta frecuencia a otros miembros del gobierno, tales como el ministro de defensa, el ministro de comercio u otros ministros que, por razón de su cargo, han de participar de alguna forma en las relaciones internacionales en general o en foros internacionales específicos y que, por ello, están llamados a viajar fuera de las fronteras nacionales de su propio país para ejercer sus funciones. En este segundo supuesto, la definición del concepto de «funcionario» a los efectos de la inmunidad *ratione personae* sí sería necesaria, si bien ha de advertirse que dicha definición debería ser específica y claramente diferenciada de la definición genérica de funcionario que se deberá utilizar en relación con la inmunidad *ratione materiae*, ya que el régimen jurídico aplicable a una u otra categoría de funcionario sería también necesariamente distinto.

58. Comenzando por la aproximación estricta, puede constatarse que, con carácter general, el reconocimiento de inmunidad *ratione personae* a favor del jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores se ha consolidado en la práctica. Así, aunque es cierto que el reconocimiento de dicha inmunidad se predicó originariamente del jefe de Estado y se extendió después al jefe de gobierno<sup>38</sup>, tras el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* de

<sup>37</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, págs. 194 a 198, párrs. 109 a 121, y el estudio de la Secretaría (nota 14 *supra*), párrs. 96 a 136.

<sup>38</sup> Téngase en cuenta, en este sentido, el origen de este tipo de inmunidad, vinculada a la figura del soberano. Superada tal aproximación, no es menos cierto que distintos instrumentos internacionales, hasta una época más o menos reciente, se refieren en exclusiva al jefe de Estado para definir una especial regla de inmunidad personal. Véase en este sentido la Convención de las Naciones Unidas sobre

la Corte Internacional de Justicia, su extensión al ministro de relaciones exteriores no suscita dudas, al afirmar que «se encuentra claramente establecido en derecho internacional que, al igual que los agentes diplomáticos y consulares, ciertas personas, que ocupan un rango elevado en el Estado, tales como el jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores, gozan de inmunidad jurisdicción, tanto civil como penal en los demás Estados»<sup>39</sup>. Así, si bien es cierto que la extensión de la inmunidad al ministro de relaciones exteriores ha encontrado alguna opinión contraria en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión<sup>40</sup>, no puede dejarse de señalar que dicha posición negativa referida al ministro de relaciones exteriores es extraordinaria y, además, se compadece mal con el fallo de la Corte antes mencionado, respecto del que cabe concluir que recoge el derecho consuetudinario aplicable en el momento en que se dicta.

59. El fundamento para la identificación del jefe de Estado, del jefe de gobierno y del ministro de relaciones exteriores como los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* se encuentra en la función representativa del Estado que los mismos desempeñan en el plano de las relaciones internacionales. Una función que, debe recordarse, se basa en el propio derecho internacional y que ejercen de forma automática y sin necesidad de que se produzca ningún acto expreso de apoderamiento por parte del Estado al que representan<sup>41</sup>. En definitiva, se trata de una función representativa del Estado al margen del modelo político y administrativo del Estado al que representan y al margen del derecho interno que, en sus respectivos Estados, determine el acceso al cargo de jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores; esta función no es otra que establecer un modelo orgánico de representación estatal homogéneo en toda la comunidad internacional, que favorezca y facilite el mantenimiento de relaciones

internacionales<sup>42</sup>. Es precisamente este carácter de representatividad automática basada en el derecho internacional lo que explica el lugar que se reconoce a estos tres órganos del Estado en el marco del derecho internacional en general (piénsese, por ejemplo, en el derecho de los tratados o en el derecho de la responsabilidad internacional), y que se extiende igualmente al ámbito de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, atribuyéndoles un régimen (la inmunidad *ratione personae*) diferenciado del aplicable a otros funcionarios del Estado.

60. Desde esta perspectiva, una vez admitido que el fundamento de este régimen especial es precisamente la especialísima naturaleza representativa del jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores, expresamente fundada y reconocida por el derecho internacional, no puede negarse que nos encontramos ante una situación extraordinaria que difícilmente puede extrapolarse a otras personas, con independencia de que detenten cargos de alto nivel en el Estado del que son nacionales; incluso si forman parte del gobierno del mismo<sup>43</sup>. Salvo, claro está, que resulte posible identificar la existencia de normas de derecho internacional, similares a las aplicables a los miembros de la troika, que les atribuyan un papel de representación equiparable al reconocido al jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores. En ausencia de tales normas, no resultará posible aplicar la inmunidad *ratione personae* a otros funcionarios del Estado distintos del jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores, y ello con independencia de que los otros funcionarios de alto nivel participen igualmente en las relaciones internacionales<sup>44</sup>.

61. Frente a este primer enfoque, la aproximación extensiva a la inmunidad *ratione personae* permitiría incluir en el ámbito de aplicación subjetiva de la misma a determinados altos funcionarios del Estado distintos de la troika, fundamentalmente cuando los mismos —por razón de las funciones que les son propias en virtud del propio derecho nacional en el que operan— deben participar en intercambios internacionales y viajar con frecuencia al extranjero,

las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, art. 3, párr. 2. Por su parte, la Convención sobre Misiones Especiales se refiere de manera separada a las inmunidades del jefe de Estado (art. 21, párr. 1) y a las inmunidades de jefe de gobierno, ministro de relaciones exteriores y «demás personalidades de rango elevado» (art. 21, párr. 2), cuando dichos representantes del Estado participan en una misión especial. En el ámbito de la codificación privada, es de destacar que el Instituto de Derecho Internacional, en su resolución de Vancouver de 2001, se centra en primer lugar en el jefe del Estado para extender posteriormente el régimen de inmunidad e inviolabilidad al jefe de gobierno, pero sin citar en el mismo plano al ministro de relaciones exteriores.

<sup>39</sup> C.I.J. *Recueil* 2002, págs. 20 y 21, párr. 51.

<sup>40</sup> La oposición a la atribución de inmunidad *ratione personae* al ministro de relaciones exteriores ha sido defendida en varias ocasiones por Sudáfrica.

<sup>41</sup> Especialmente clarificadoras resultan a este respecto las siguientes afirmaciones de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, que aunque referida al ministro de relaciones exteriores es perfectamente extensible en sus elementos esenciales al jefe de Estado y al jefe de gobierno:

«Este asegura la dirección de la acción diplomática de su gobierno y lo representa en general en las negociaciones internacionales y las reuniones intergubernamentales. [...] Asimismo, la Corte observa que un ministro de relaciones exteriores, responsable de la conducción de las relaciones de su Estado con todos los demás Estados, ocupa una posición que, al igual que el jefe de Estado y el jefe de gobierno, se ve reconocida por el derecho internacional como detentora de la calidad de representar al Estado por el solo hecho del ejercicio de sus funciones. No es necesario la presentación de credenciales: al contrario, por lo general él es quien decide acerca de los poderes que se confieren a los agentes diplomáticos y quien firma sus credenciales» (ibíd., págs. 21 y 22, párr. 53).

<sup>42</sup> A un fundamento similar responde el establecimiento del régimen de relaciones diplomáticas y consulares, e incluso el régimen aplicable a las misiones especiales, en los que también se introducen reglas referidas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que responden a la categoría de inmunidad *ratione personae*.

<sup>43</sup> A este respecto, debe recordarse igualmente que diversos instrumentos y textos internacionales establecen una diferenciación entre el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores, de un lado, y otros altos cargos del Estado, incluidos los de rango ministerial. Así, véase en particular la Convención sobre Misiones Especiales, art. 21, ya citada. Por su parte, aunque desde una perspectiva distinta, la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, al definir a las personas protegidas establece una distinción nítida entre el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores, de un lado (art. 1, párr. 1, apdo. a), y cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado, de otro (art. 1, párr. 1, apdo. b). En otro plano, el Instituto de Derecho Internacional, en su resolución de 2001, establece una neta distinción entre las inmunidades del jefe de Estado y del jefe de gobierno y las «inmunidades que se les pueden reconocer a los otros miembros del gobierno en razón de sus funciones oficiales» (art. 15, párr. 2) (*Annuaire*, vol. 69).

<sup>44</sup> En la Sexta Comisión durante el último período de sesiones de la Asamblea General se han expresado a favor de limitar a la troika la inmunidad *ratione personae* los siguientes Estados: Austria, Bélgica, Congo, Eslovenia, España, Estados Unidos, Grecia, Irlanda, Jamaica, Malasia, Nueva Zelanda, Países Bajos y Portugal.

ejerciendo incluso la representación del Estado aunque sea de manera sectorial. De esta manera, se pretendería reforzar el carácter seguro y sostenible de las relaciones internacionales y la igualdad soberana del Estado a la luz de los nuevos modelos de diplomacia y relaciones internacionales, otorgando a dichas personas la misma inmunidad *ratione personae* que ya se reconoce al jefe de Estado, al jefe de gobierno y al ministro de relaciones exteriores, con cuyas funciones se les pretende equiparar<sup>45</sup>. Tal interpretación extensiva se ha pretendido justificar por sus defensores en el tenor literal de la afirmación contenida en el ya mencionado fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* de la Corte Internacional de Justicia, y en especial en el empleo de la expresión «tales como», a la que se le atribuye el valor de una cláusula de apertura. A lo que se han añadido algunos elementos de la práctica judicial estatal, conforme a la cual algunos tribunales nacionales habrían reconocido una inmunidad *ratione personae* a altos funcionarios del Estado distintos de la troika. Ello merece, por tanto, una reflexión al respecto.

62. En relación con la citada «tendencia extensiva», ha de destacarse, en primer lugar, que la interpretación de la frase del fallo de la Corte Internacional de Justicia antes mencionado, debe ser situada en sus justos términos. Y así, a pesar de su tenor literal, resulta difícil concluir que la Corte quisiera referirse a la existencia de una lista abierta de personas que se beneficien de la inmunidad *ratione personae*. Por el contrario, cuando la Corte ha tenido la oportunidad de ampliar la lista de personas protegidas por este tipo de inmunidad, con ocasión del fallo *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, no lo ha hecho, circunscribiendo sus pronunciamientos al respecto al jefe de Estado. Por lo que se refiere al fiscal de la república y al jefe de seguridad nacional, lo cierto es que no se ha pronunciado expresamente sobre si tendrían derecho o no a una inmunidad *ratione personae* de alcance general, si bien concluye que los citados altos funcionarios no gozan de inmunidades personales por no ser agentes diplomáticos y por no serles de aplicación tampoco la Convención sobre Misiones Especiales<sup>46</sup>.

63. En segundo lugar, la práctica estatal referida a esta cuestión no es extensa y, además, no es coherente ni constante, ni por lo que se refiere a las soluciones dadas a un caso concreto ni por lo que se refiere a los argumentos empleados por las distintas jurisdicciones nacionales. Así, frente a pronunciamientos favorables a la extensión de la inmunidad *ratione personae*, cabe pensar en otros casos en los que la conclusión es la contraria<sup>47</sup> o en los que, sin emitir pronunciamiento alguno sobre el tipo de inmunidad que se está alegando o aplicando, se produce una clara diferenciación entre el tratamiento dado a un miembro de la troika y a otros altos funcionarios del Estado. Por consiguiente, ante una falta de práctica estatal homogénea, no resulta

posible encontrar argumentos a favor de la ampliación de la inmunidad *ratione personae* a otros altos funcionarios del Estado distintos de la troika, ya que ello equivaldría a atribuirles una función de representatividad directa y automática del Estado en el plano de las relaciones internacionales sobre la base de una norma de derecho internacional que no puede demostrarse que exista<sup>48</sup>.

64. Por último, no puede dejar de llamarse la atención sobre el hecho de que, incluso entre los defensores de la extensión de la inmunidad *ratione personae* a altos funcionarios distintos de la troika, se produce un amplio consenso en considerar que no es posible proceder a una enumeración taxativa de quienes sean dichos órganos, habiéndose manifestado opiniones muy diferentes en cuanto a la naturaleza y la extensión de los altos funcionarios que deberían resultar beneficiados por este tipo de inmunidad<sup>49</sup>. Por el contrario, se aprecia una tendencia constante entre los patrocinadores de la teoría extensiva a proponer como fórmula más adecuada la identificación de los criterios que justificarían la atribución de la inmunidad *ratione personae* a esos «otros altos funcionarios» del Estado<sup>50</sup>.

65. Es cierto, sin embargo, que no es extraño encontrar en la práctica ejemplos en virtud de los cuales el derecho internacional reconoce inmunidad *ratione personae* con carácter general a otros funcionarios del Estado distintos del jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores. Sin duda, el ejemplo más significativo lo encontramos en la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes diplomáticos, al que se puede añadir el reconocimiento de la inmunidad *ratione personae* en virtud de las reglas aplicables a las misiones especiales o, incluso, ciertos supuestos en los que mediante actos unilaterales se ha reconocido la misma protección a ciertos altos funcionarios en el marco de viajes oficiales a un determinado país. Se trata, sin embargo, de regímenes especiales que quedan excluidos del alcance de aplicación del presente tema y que, por tanto, deberían quedar igualmente excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de artículos que pudiera ser aprobado en su día por la Comisión. Es precisamente en el marco de esos regímenes especiales, en particular a través del régimen de las misiones especiales entendidas en un sentido amplio, donde debe encontrar una respuesta más adecuada la preocupación por la inmunidad de un grupo de altos funcionarios del Estado que, con carácter más o menos permanente o más o menos esporádico, están obligados a viajar fuera del territorio

<sup>48</sup> Varios Estados han advertido sobre la necesidad de ser prudentes en toda aproximación extensiva, ya que los niveles de representación atribuidos a una u otra categoría de altos funcionarios es sensiblemente diferente (Eslovenia, Malasia y Noruega).

<sup>49</sup> Para algunos Estados debería reconocerse la inmunidad *ratione personae* a los ministros de defensa y comercio (Suiza y Noruega), al ministro responsable del sistema financiero teniendo en cuenta la actual situación mundial (Noruega), a viceprimeros ministros, a los ministros del gobierno en general y a los jefes del legislativo (China, Reino Unido, Irlanda).

<sup>50</sup> La necesidad de determinar dichos criterios ha sido puesta de manifiesto en particular por: Chile, China, Federación de Rusia, Francia, India, Irlanda, Israel, Japón, Portugal y República de Corea. De manera especial, algunos Estados han puesto el énfasis en que se tengan en cuenta como criterios esenciales el rango de la persona afectada, su participación en la cooperación y en las relaciones internacionales y la necesidad de viajar (véase en particular, la intervención del Reino Unido).

<sup>45</sup> En este sentido, los siguientes Estados expresaron, con mayor o menor cautela, su disponibilidad a explorar una tendencia aperturista: Argelia, Belarús, Chile, China, Federación de Rusia, Francia, Israel, Noruega, Perú, Portugal, Reino Unido, Suiza y Viet Nam.

<sup>46</sup> *C.I.J. Recueil 2008*, págs. 243 y 244, párr. 194. No obstante, no puede obviarse el hecho de que en el citado fallo la Corte Internacional de Justicia parece realizar, aunque solo sea parcialmente, una asimilación entre la inmunidad de estos dos altos funcionarios y la inmunidad del Estado (véase *ibíd.*, pág. 242, párrs. 187 y 188, y pág. 244, párr. 196).

<sup>47</sup> En este sentido, valga citar la reciente sentencia del Tribunal Penal Federal de Suiza, de 25 de julio de 2012 (nota 15 *supra*).

nacional y que, por ello, se podrían ver enfrentados a la jurisdicción penal extranjera, con claro perjuicio para el desempeño de sus funciones y con claro perjuicio igualmente al principio de igualdad soberana del Estado en cuyo nombre desempeñan dichas funciones.

66. Por último, no puede dejar de destacarse que el reconocimiento de una inmunidad *ratione personae* que equiparase con la troika a otros altos funcionarios del Estado, incluso de naturaleza gubernamental, tendría como consecuencia impedir a los tribunales competentes de un Estado tercero ejercer su jurisdicción, privándole de un poder que forma parte de su propia soberanía. Una consecuencia de estas características tan solo se puede producir por aplicación de una norma de derecho internacional consuetudinario que así lo establezca. Una norma que se ha consolidado para los miembros de la troika, pero cuya existencia para otros altos funcionarios del Estado no parece que pueda demostrarse en el estadio actual de evolución del derecho internacional.

67. Sobre la base de todo lo antes señalado, la Relatora Especial considera que el alcance subjetivo de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* debe circunscribirse al jefe de Estado, al jefe de gobierno y al ministro de relaciones exteriores, por lo que sugiere el siguiente proyecto de artículo:

«Proyecto de artículo 4. Alcance subjetivo de la inmunidad *ratione personae*

El jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores gozan de inmunidad frente al ejercicio de la jurisdicción penal por parte de un Estado del que no sean nacionales.»

68. No obstante, es cierto que en la práctica pueden encontrarse algunos ejemplos de reconocimiento puntual de la inmunidad *ratione personae* a altos funcionarios distintos de la troika, a lo que ha de añadirse igualmente las opiniones expresadas por algunos miembros de la Comisión y por ciertos Estados a favor de considerar la apertura de este tipo de inmunidad a funcionarios del Estado de alto rango. Desde esta perspectiva, si la Comisión considerase oportuno abrir un debate sobre este proceso expansivo de la inmunidad *ratione personae*, la Relatora Especial debe señalar que dicho proceso se situaría, a su juicio, en el plano del desarrollo progresivo y que, en todo caso, una correcta aproximación a tal expansión exigiría abordar dicha inmunidad de manera autónoma y separada de la inmunidad del jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores. En particular, a fin de incorporar a dicho proceso los elementos que diferenciarían dicha inmunidad de la inmunidad *ratione personae* reconocida tradicionalmente a los miembros de la troika. En ese proceso debería tomarse muy especialmente en consideración el nuevo elemento territorial que caracterizaría a esta específica forma de inmunidad *ratione personae*, derivado de la incorporación del concepto de «viaje oficial», que debería ocupar un lugar central en dicha reflexión y sobre el que algún Estado ha manifestado recientemente una especial preocupación<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> En la Sexta Comisión durante el pasado período de sesiones de la Asamblea General, Suiza ha afirmado que el hecho de que un

## B. Alcance material de la inmunidad *ratione personae*

69. El segundo de los elementos normativos que define la inmunidad *ratione personae* está constituido por el tipo de actos a los que se extiende dicha inmunidad. A este respecto cabe destacar que, contrariamente a lo que sucede con el alcance subjetivo de la inmunidad *ratione personae*, la determinación abstracta de su alcance material no ha suscitado problemas en la práctica. Así, la extensión de la misma a cualquiera de los actos, privados u oficiales, que haya sido realizado por el jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores no ha sido objeto de contestación, lo que se explica, en buena medida, por la especial fundamentación de esta categoría de inmunidad de jurisdicción penal extranjera a la que antes se hizo referencia.

70. Esta solución es coherente con la ofrecida por diversos instrumentos internacionales que definen regímenes particulares y en los que se contempla igualmente una suerte de inmunidad que también responde a la naturaleza *ratione personae*, tales como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención sobre Misiones Especiales<sup>52</sup>. Ya que la protección que se contiene en las citadas convenciones frente al ejercicio de la jurisdicción penal extranjera responde a la misma *ratio* que la que se otorgaría a los jefes de Estado, jefes de gobierno o ministros de relaciones exteriores, es lógico que la respuesta dada al ámbito material de aplicación de la misma sea idéntica. Por otro lado, también los diversos intentos de codificación privada que se han llevado a cabo, en particular por el Instituto de Derecho Internacional, incluyen tanto los actos privados como los oficiales bajo el paraguas de la inmunidad *ratione materiae*<sup>53</sup>.

71. Por otro lado, ha de tenerse igualmente en cuenta que esta posición es seguida igualmente en la jurisprudencia internacional, que se refiere a este tipo de inmunidad como inmunidad «plena», «total», «completa», «integral» o «absoluta», precisamente para declarar que la misma se aplica a cualquier acto realizado por las personas beneficiarias de la inmunidad. En paralelo, la práctica de los

funcionario de un Estado se encuentre o no en viaje oficial en el territorio de un tercer Estado debe ser un criterio metodológico relevante a la hora de abordar el tratamiento de la inmunidad *ratione personae*. La importancia de tomar en consideración el viaje oficial del representante del Estado también ha sido destacada por Noruega, hablando en nombre de los países nórdicos.

<sup>52</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, arts. 31 y 39, párr. 2, *a contrario*; Convención sobre Misiones Especiales, arts. 31 y 43, párr. 2, *a contrario*. En ambos casos debe llamarse la atención sobre el distinto tratamiento dado a la inmunidad de jurisdicción penal y a la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa, al admitir respecto de estas últimas excepciones que están directamente vinculadas a la realización de actos privados. De la misma manera, al regular el cese de la inmunidad se establece en dichas convenciones una distinción entre los actos oficiales y los restantes actos, lo que implica un reconocimiento implícito de que los actos no oficiales (privados) estuvieron protegidos por la inmunidad durante el período en que resultó aplicable la inmunidad *ratione personae* en relación con un agente diplomático o en relación con los miembros de una misión especial.

<sup>53</sup> Véase, en especial, la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y de gobierno en derecho internacional, adoptada en su sesión de Vancouver en 2001 (*Annuaire*, vol. 69, pág. 742). Merece especial atención el artículo 2, que debe ser leído, a los efectos que ahora nos interesan, en comparación con los artículos 3 y 13, párr. 2 (ibíd., págs. 744 y 754, respectivamente).

órganos judiciales nacionales viene moviéndose tradicionalmente en el mismo plano<sup>54</sup>.

72. Por consiguiente, se puede concluir, siguiendo la expresión empleada por la Corte Internacional de Justicia, que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* es una inmunidad plena. Por tanto, en relación con la misma no es necesario proceder a un estudio analítico de qué tipos de actos han de entenderse como «actos privados» o como «actos oficiales», ni tampoco es preciso examinar, en principio, ni cuándo ni en qué circunstancias se han producido dichos actos, o dónde se encontraban los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* cuando realizaron los actos que quedan cubiertos por la inmunidad, ni dónde están cuando se pretende el ejercicio de jurisdicción frente a ellos<sup>55</sup>. La «plenitud» de la inmunidad *ratione personae* se traduce pues, en la aplicabilidad de la misma a cualquiera de los actos realizados por un jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores, con independencia de su naturaleza, del lugar en que los mismos se hayan producido y con independencia igualmente de la eventual naturaleza del viaje (visita oficial o privada) que el mismo realiza al extranjero cuando se produce la pretensión de ejercer la jurisdicción penal extranjera por un determinado Estado. En todo caso, desde esta perspectiva y a juicio de la Relatora Especial, el empleo de la expresión «inmunidad plena» es preferible al empleo de la expresión «inmunidad absoluta», que puede tener otros significados a la luz de las evoluciones recientes que la institución de la inmunidad está experimentando en las últimas décadas en el derecho internacional.

73. No obstante, ha de advertirse que esta calificación de la inmunidad *ratione personae* como plena no implica pronunciamiento alguno sobre la eventual aplicabilidad de excepciones a la misma. Dichas excepciones, caso de existir, implicarían —por su propia naturaleza— la exclusión de la regla general, que consiste precisamente en la inmunidad «plena». En todo caso, el tema de las eventuales excepciones a la inmunidad no es objeto de tratamiento en el presente informe ni debe, por tanto, reflejarse en el proyecto de artículo que a continuación se propone. Su tratamiento, como ya se señaló en el capítulo I *supra*, se producirá en un momento ulterior.

74. Teniendo en cuenta todo lo antes señalado, se propone el siguiente proyecto de artículo referido al alcance material de la inmunidad *ratione personae*:

«Proyecto de artículo 5. Alcance material de la inmunidad *ratione personae*»

1. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de que se benefician el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores se extiende a todos los actos, privados u oficiales, realizados por dichas personas con anterioridad a su nombramiento o durante el ejercicio de su mandato.

<sup>54</sup> A este respecto, véase el interesante análisis contenido en el estudio de la Secretaría (nota 14 *supra*), párrs. 137 a 140. La reciente sentencia del Tribunal Penal Federal suizo (nota 15 *supra*) acoge igualmente la doctrina comúnmente aceptada de que la inmunidad afecta a todos los actos realizados, en este caso, por un jefe de Estado (párr. 5.3.1).

<sup>55</sup> Véase *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, C.I.J. Recueil 2002*, pág. 22, párr. 55.

2. El jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores no se beneficiarán de la inmunidad *ratione personae* en relación con los actos, privados u oficiales, que puedan realizar con posterioridad a la terminación de su mandato. Ello se entiende sin perjuicio de otras formas de inmunidad de que puedan beneficiarse dichas personas en relación con actos oficiales realizados por las mismas tras la terminación de su mandato, en virtud de una calidad distinta.»

**C. Alcance temporal de la inmunidad *ratione personae***

75. Al igual que sucede con la dimensión material de la inmunidad *ratione personae*, el alcance temporal de esta categoría de inmunidad tampoco es objeto de controversia. Por el contrario, se puede identificar un amplio consenso en torno a la afirmación de que la inmunidad de jurisdicción penal *ratione personae* tan solo resulta aplicable durante el período de tiempo en que el jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores se encuentran en el ejercicio de dicho mandato. Por consiguiente, la inmunidad *ratione personae* nace con el nombramiento de la persona beneficiaria de la misma y se extingue con la terminación de su mandato<sup>56</sup>, o si se prefiere, la inmunidad *ratione personae*, por razón de su propia naturaleza, tiene un carácter inequívocamente temporal que se vincula a la permanencia en el ejercicio del cargo de la persona beneficiaria de la misma<sup>57</sup>.

76. Esta característica de la inmunidad *ratione personae* se ha reflejado de manera continuada en la práctica estatal, en la jurisprudencia internacional y en la jurisprudencia estatal. Sin embargo, no es menos cierto que —en ocasiones— se aprecia una cierta ambigüedad y/o confusión terminológica que puede tener consecuencias sobre la naturaleza jurídica de la categoría de inmunidad de la que se predica. Así, en ocasiones se ha señalado que tras la terminación del mandato de las personas beneficiarias de la inmunidad *ratione personae* subsiste una cierta «inmunidad residual»<sup>58</sup> respecto de los actos oficiales que hayan sido realizados por el jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores. Desde otra perspectiva, en ocasiones se afirma que la inmunidad *ratione personae* se extiende más allá del mandato de los beneficiarios en relación con los actos oficiales que los mismos hayan realizado estando en ejercicio de sus cargos. La finalidad perseguida por estas afirmaciones es evidente: preservar una suerte de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de los actos oficiales más allá del período de

<sup>56</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, pág. 184, párr. 79, y el estudio de la Secretaría (nota 14 *supra*), párr. 90.

<sup>57</sup> Así lo ha señalado expresamente la Corte Internacional de Justicia en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, C.I.J. Recueil 2002*, pág. 22, párr. 54. Véase también *ibíd.*, pág. 25, párr. 61. La misma dimensión temporal de la inmunidad *ratione personae* ha sido destacada por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 2009 sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en caso de crímenes internacionales: «La inmunidad personal finaliza cuando concluye la función o misión de su beneficiario» (art. III, párr. 2) (*Annuaire*, vol. 73, pág. 229).

<sup>58</sup> En esta posición parece situarse la sentencia del Tribunal Penal Federal suizo, de 25 de julio de 2012 (nota 15 *supra*), al afirmar que una cierta inmunidad continúa tras el cese de funciones, y ello a pesar de que declara expresamente el carácter temporal de la inmunidad *ratione personae* (párrs. 5.3.1 y 5.3.2).

mandato de las personas antes mencionadas. Sin embargo, conviene aclarar y precisar cuál es la naturaleza de esta inmunidad aplicable a los citados actos oficiales, puesto que ello puede tener consecuencias, en su caso, sobre el régimen jurídico aplicable a dicha inmunidad.

77. A este respecto, conviene reiterar, en primer lugar, que la inmunidad *ratione personae* encuentra su justificación en la especial posición en que se encuentran las personas beneficiadas por la misma, a saber, su carácter de representantes máximos del Estado que, de modo automático y sin necesidad de acto expreso alguno representan al Estado en las relaciones internacionales, pudiendo comprometer de forma automática tanto la voluntad como la responsabilidad estatal. Ello explica, precisamente, el especial régimen jurídico que se atribuye a la inmunidad *ratione personae*, que permite que se aplique respecto de cualquier acto realizado por el jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores sin que sea posible ni necesario, en términos abstractos, entrar a identificar la naturaleza de los actos que los mismos han realizado a fin de otorgarles inmunidad, o, si se prefiere, la naturaleza del acto realizado por el beneficiario de la inmunidad es irrelevante para permitir el juego de esta institución jurídica. Paralelamente, esta inmunidad tiene un evidente límite temporal, que viene determinado por el ejercicio del cargo, transcurrido el cual la naturaleza del acto vuelve a ser relevante, a saber: por un lado, los actos privados realizados por el jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores dejan de estar protegidos por la inmunidad; y, por otro, los actos oficiales podrán recibir una inmunidad, pero para ello será preciso identificarlos como tales actos oficiales<sup>59</sup>. Ello obliga a llevar a cabo una «calificación de los actos oficiales» para proceder a reconocer la inmunidad, lo que es un elemento ajeno a la propia naturaleza de la inmunidad *ratione personae* y que, por el contrario, es uno de los elementos característicos de la inmunidad *ratione materiae*.

78. Por consiguiente, en el caso de una eventual alegación de inmunidad respecto de los actos oficiales realizados por un antiguo jefe de Estado, un antiguo jefe de

<sup>59</sup> En este sentido, el Instituto de Derecho Internacional ha declarado en su resolución de 2001 que el jefe de Estado que ya no está en funciones «no goza de inmunidad de jurisdicción [...] en materia penal [...] excepto si es procesado por actos cometidos durante sus funciones y que eran parte de su ejercicio (art. 13, párr. 2) (*Annuaire*, vol. 69, pág. 752).

gobierno o un antiguo ministro de relaciones exteriores, nos encontramos ante un supuesto característico de inmunidad *ratione materiae* que le protege respecto de los actos que, en ejercicio de sus funciones, haya realizado un funcionario del Estado, con independencia de que dicho funcionario, en el momento en que los realizó, ostentara la máxima representación del Estado y con independencia igualmente de que el mismo ya no se encuentre en el ejercicio de sus antiguas funciones en el momento en que se pretende aplicar la inmunidad. No se trata, por tanto, de una prolongación de la inmunidad *ratione personae*, ni del mantenimiento residual de alguno de sus elementos, sino de la aplicación de las reglas generales propias de la inmunidad *ratione materiae*. Dado que se ha aceptado con carácter general la distinción entre ambas categorías de inmunidad de jurisdicción penal extranjera, y que se acepta igualmente que ambas categorías están sometidas parcialmente a regímenes jurídicos diferenciados, conviene establecer claramente en este proyecto de artículos la distinción antes señalada también por referencia a los supuestos de la inmunidad de que se puedan beneficiar los antiguos jefes de Estado, jefes de gobierno o ministros de relaciones exteriores, en relación con los actos oficiales que hubiesen podido realizar durante el período en que desempeñaron tan relevantes cargos.

79. Teniendo en cuenta lo anterior, se propone el siguiente proyecto de artículo, que toma en consideración las dos dimensiones a que se ha hecho referencia *supra*:

«Proyecto de artículo 6. Alcance temporal de la inmunidad *ratione personae*

1. La inmunidad *ratione personae* se aplica exclusivamente durante el período de duración del mandato del jefe de Estado, del jefe de gobierno o del ministro de relaciones exteriores, y se extinguirá automáticamente en el momento de terminación de dicho mandato.

2. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de que un antiguo jefe de Estado, un antiguo jefe de gobierno o un antiguo ministro de relaciones exteriores puedan beneficiarse, tras la terminación de sus respectivos mandatos, de la inmunidad *ratione materiae* en relación con los actos oficiales realizados por dichas personas durante el período en que desempeñaron tales cargos.»

## CAPÍTULO VI

### Plan de trabajo futuro

80. Siguiendo el plan de trabajo propuesto en su informe preliminar, la Relatora Especial se propone dedicar su tercer informe al examen de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, centrándose en particular en dos aspectos especialmente complejos, a saber, el concepto de funcionario y el concepto de acto oficial. En dicho informe, que será presentado a la Comisión en su 66.º período de sesiones, en 2014, se incluirán igualmente

proyectos de artículos referidos a las cuestiones antes señaladas.

81. Con posterioridad, la Relatora Especial iniciará los primeros análisis relacionados con el tema de las excepciones a la inmunidad, con la intención de someter algunas consideraciones preliminares a la Comisión en su 66.º período de sesiones.

## ANEXO

## PROYECTOS DE ARTÍCULOS PROPUESTOS

## PRIMERA PARTE

## INTRODUCCION

*Proyecto de artículo 1. Ámbito de aplicación del proyecto de artículos*

Sin perjuicio de lo previsto en el proyecto de artículo 2, el presente proyecto de artículos se refiere a la inmunidad de que gozan ciertos funcionarios del Estado frente al ejercicio por un tercer Estado de su jurisdicción penal.

*Proyecto de artículo 2. Inmunidades no comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos*

Quedan excluidas del ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos:

a) las inmunidades penales reconocidas en el marco de las relaciones diplomáticas, de las relaciones consulares, o en el marco o en conexión con una misión especial;

b) las inmunidades penales establecidas por acuerdos de sede o por tratados que regulen la representación diplomática ante organizaciones internacionales o que establezcan los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios o agentes;

c) las inmunidades que puedan establecerse en virtud de otros tratados internacionales *ad hoc*;

d) cualesquiera otras inmunidades que puedan ser concedidas unilateralmente por un Estado a los funcionarios de un tercer Estado, en especial cuando los mismos se encuentren en su territorio.

*Proyecto de artículo 3. Definiciones*

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entiende por «jurisdicción penal» el conjunto de competencias, procesos, procedimientos y actos que, conforme al derecho del Estado que pretende ejercer su jurisdicción, son necesarios para que un tribunal pueda determinar y hacer efectiva la responsabilidad penal individual derivada de la comisión de actos tipificados como crímenes o delitos conforme al derecho aplicable en dicho Estado. A los efectos de la definición del concepto de «jurisdicción penal» es irrelevante el título competencial que habilite al Estado para el ejercicio de la jurisdicción;

b) se entiende por «inmunidad de jurisdicción penal extranjera» la protección de que gozan ciertos funcionarios del Estado frente al ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los jueces y tribunales de un tercer Estado;

c) se entiende por «inmunidad *ratione personae*» la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de ciertos funcionarios del Estado, en virtud del relevante

estatus que los mismos detentan en el Estado del que son nacionales y que les otorga de modo directo y automático una función de representación del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales;

d) se entiende por «inmunidad *ratione materiae*» la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de un funcionario del Estado en relación con los actos que el mismo realiza en cumplimiento de su mandato y que pueden ser calificados como «actos oficiales».

## SEGUNDA PARTE

INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE**Proyecto de artículo 4. Alcance subjetivo de la inmunidad ratione personae*

El jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores gozan de inmunidad frente al ejercicio de la jurisdicción penal por parte de un Estado del que no sean nacionales.

*Proyecto de artículo 5. Alcance material de la inmunidad ratione personae*

1. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de que se benefician el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores se extiende a todos los actos, privados u oficiales, realizados por dichas personas con anterioridad a su nombramiento o durante el ejercicio de su mandato.

2. El jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores no se beneficiarán de la inmunidad *ratione personae* en relación con los actos, privados u oficiales, que puedan realizar con posterioridad a la terminación de su mandato. Ello se entiende sin perjuicio de otras formas de inmunidad de que puedan beneficiarse dichas personas en relación con actos oficiales realizados por las mismas tras la terminación de su mandato, en virtud de una calidad distinta.

*Proyecto de artículo 6. Alcance temporal de la inmunidad ratione personae*

1. La inmunidad *ratione personae* se aplica exclusivamente durante el período de duración del mandato del jefe de Estado, del jefe de gobierno o del ministro de relaciones exteriores, y se extinguirá automáticamente en el momento de terminación de dicho mandato.

2. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de que un antiguo jefe de Estado, un antiguo jefe de gobierno o un antiguo ministro de relaciones exteriores puedan beneficiarse, tras la terminación de sus respectivos mandatos, de la inmunidad *ratione materiae* en relación con los actos oficiales realizados por dichas personas durante el período en que desempeñaron tales cargos.