

# INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/673

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

[Original: español]  
[2 de junio de 2014]

### ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe .....	90
Obras citadas en el presente informe .....	90
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN .....	1-9 91
<i>Capítulo</i>	
I. LA INMUNIDAD <i>RATIONE MATERIAE</i> : ELEMENTOS NORMATIVOS .....	10-16 92
II. EL CONCEPTO DE «FUNCIONARIO» .....	17-151 94
A. Consideraciones generales .....	17-23 94
B. Los criterios identificativos de las personas que se benefician de la inmunidad .....	24-112 95
1. La práctica judicial nacional .....	29-38 96
2. La práctica judicial internacional .....	39-49 98
3. La práctica convencional .....	50-97 100
4. Otros trabajos de la Comisión .....	98-110 108
5. Conclusiones .....	111-112 110
C. La cuestión terminológica .....	113-142 111
1. «Funcionario» .....	120-123 113
2. « <i>Représentant</i> » .....	124-127 114
3. « <i>Officiel</i> » .....	128-129 115
4. «Agente» .....	130-132 115
5. «Órgano» .....	133-135 116
6. Conclusiones .....	136-142 116
D. El concepto general de «funcionario» a los efectos del proyecto de artículos .....	143-144 117
E. El alcance subjetivo de la inmunidad <i>ratione materiae</i> .....	145-151 118
III. PLAN DE TRABAJO FUTURO .....	152 119
ANEXO. Proyectos de artículos propuestos .....	120

\* La Relatora Especial desea hacer constar su agradecimiento a Francisco José Pascual Vives, profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Alcalá de Henares (España) por la inestimable ayuda prestada en la preparación del presente informe. Igualmente desea mostrar su agradecimiento por la colaboración recibida de las siguientes personas: Claribel de Castro Sánchez, Teresa Marcos Martín y Fernando Val Garijo, profesores de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España), y Louise Lecaros de Cossío y Brian Frenkel, maestrands de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra.

## Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

## Fuente

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, núm. 1021, pág. 277.
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 213, núm. 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 500, núm. 7310, pág. 162.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, núm. 8638, pág. 392.
Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Ibíd., vol. 1400, núm. 23431, pág. 297.
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, núm. 15410, pág. 191.
Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	Naciones Unidas, <i>Anuario jurídico 1975</i> (núm. de venta: S.77.V.3), pág. 91.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.
Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996)	E/1996/99.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2187, núm. 38544, pág. 308.
Convenio Penal sobre la Corrupción (Estrasburgo, 27 de enero de 1999)	Ibíd., vol. 2216, núm. 39391, pág. 225. En español véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , núm. 182, 28 de julio de 2010.
Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción (Estrasburgo, 15 de mayo de 2003)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2466, núm. 39391, pág. 168. En español, véase España, <i>Boletín Oficial de las Cortes Generales</i> , núm. 314, 11 de junio de 2010.
Convenio Civil sobre la Corrupción (Estrasburgo, 4 de noviembre de 1999)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2246, núm. 39988, pág. 3.
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)	Ibíd., vol. 2349, núm. 42146, pág. 41.
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 núm. 49 (A/59/49)</i> , vol. I, resolución 59/38, anexo.

## Obras citadas en el presente informe

ABELLÁN HONRUBIA, Victoria «La responsabilité internationale de l'individu», en <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i> , 1999, t. 280, Leiden, Martinus Nijhoff, 2000, págs. 135 a 428.	DUGARD, John <i>International Law. A South African Perspective</i> , 4.ª ed., Ciudad del Cabo, Juta, 2011.
BORGHI, Alvaro <i>L'immunité des dirigeants politiques en droit international</i> , Bruselas, Bruylant, 2003.	FOX, Hazel y Philippa WEBB <i>The Law of State Immunity</i> , 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013.
CASSESE, Antonio, ed. <i>The Oxford Companion to International Criminal Justice</i> , Oxford, Oxford University Press, 2009.	JORGE URBINA, Julio «Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado», <i>Anuario Mexicano de Derecho Internacional</i> , vol. VIII (2008), págs. 255 a 306.
D'ARGENT, Pierre «Immunity of State officials and obligation to prosecute», <i>Cahiers du CeDIE</i> , núm. 4 (2013), págs. 1 a 20.	MAGUIRE, Rowena, Bridget LEWIS y Charles SAMPFORD, eds. <i>Shifting Global Powers and International Law. Challenges and Opportunities</i> , Abingdon, Routledge, 2013.
DOMINICÉ, Christian «Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales», <i>Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional</i> , vol. II, Pamplona, Aranzadi, 1998, págs. 305 a 348.	MCDUGALL, Carrie <i>The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

REMIRO BROTONS, Antonio

«La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el principio de universalidad», en *XXXIII Curso de Derecho Internacional* (2006), Washington, D.C., OEA, págs. 491 a 516.

SCHABAS, William A.

*The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

STERN, Brigitte

«Vers une limitation de l'«irresponsabilité souveraine» des États et chefs d'État en cas de crime de droit international?», en Marcelo Kohén (ed.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme*

*et du règlement des conflits par le droit international*, Liber amicorum Lucius Caflisch, Leiden, Brill, 2007, págs. 511 a 548.

TRIFFTERER, Otto

«Irrelevance of official capacity», en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observer's Notes, Article by Article*, 2.<sup>a</sup> ed., Munich, Beck, 2008, págs. 779 a 794.

VERHOEVEN, Joe

«Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», en Joe Verhoeven (ed.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation*, Bruselas, Larcier, 2004, págs. 61 a 148.

## Introducción

1. El tema «La 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.<sup>o</sup> período de sesiones, en 2006, sobre la base de la propuesta que figura en el informe de la Comisión sobre ese período de sesiones<sup>1</sup>. En su 59.<sup>o</sup> período de sesiones, en 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 preparase un estudio básico sobre el tema<sup>3</sup>.

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

3. En su 3132.<sup>a</sup> 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>.

4. En ese mismo período de sesiones la Relatora Especial presentó un informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del

Estado<sup>6</sup>. Ese informe fue examinado por la Comisión en la segunda parte de su 64.<sup>o</sup> período de sesiones, en 2012<sup>7</sup>. El informe preliminar respondía a la naturaleza de un «informe de transición», con el que la Relatora Especial tenía como objetivo «contribuir a clarificar los términos del debate que se [había] venido manteniendo hasta la fecha e identificar los principales puntos de controversia que [subsistían] sobre los que la Comisión [podía] considerar oportuno seguir trabajando en el futuro»<sup>8</sup>. En el mismo se identificaron los temas que deberían ser abordados por la Comisión, se definieron las bases metodológicas del estudio y se estableció un plan de trabajo orientativo para el tratamiento del tema.

5. Como ya se señaló, la Comisión analizó el informe preliminar en su 64.<sup>o</sup> período de sesiones, en 2012, avallando en líneas generales las propuestas metodológicas y el plan de trabajo propuesto por la Relatora Especial<sup>9</sup>. Ese mismo año, la Sexta Comisión examinó el informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado con ocasión del examen del informe de la Comisión de Derecho Internacional<sup>10</sup>.

6. En el 65.<sup>o</sup> período de sesiones de la Comisión, en 2013, la Relatora Especial presentó el segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado<sup>11</sup>. En el mismo se analizó el alcance del tema y el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, los conceptos de inmunidad y jurisdicción, la distinción entre inmunidad *ratione personae* y

<sup>1</sup> Véase *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 203, párr. 257 y pág. 209, anexo I.

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

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

<sup>4</sup> Los informes del Relator Especial, Sr. Kolodkin, figuran en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 163, documento A/CN.4/601 (informe preliminar); *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), pág. 427, documento A/CN.4/631 (segundo informe) y *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer informe).

<sup>5</sup> Véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 84.

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

<sup>7</sup> *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 82 a 139.

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

<sup>9</sup> En relación con el desarrollo de dicho debate, véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 84 a 139. Véase también *ibíd.*, vol. I, sesiones 3143.<sup>a</sup> a 3147.<sup>a</sup>.

<sup>10</sup> La Sexta Comisión se ocupó del tema «La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» en el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, en 2012 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.<sup>a</sup> a 23.<sup>a</sup> sesiones (A/C.6/67/SR.20 a 23). Además, en otra sesión dos Estados realizaron referencias al tema (*ibíd.*, 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/67/SR.19)). Véase también 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>11</sup> *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661.

la inmunidad *ratione materiae*, así como los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae*. El segundo informe contenía propuestas para seis proyectos de artículo dedicados, respectivamente, al ámbito de aplicación del proyecto de artículos (proyectos de artículos 1 y 2), a las definiciones (proyecto de artículo 3) y a los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* (proyectos de artículos 4, 5 y 6).

7. La Comisión examinó el segundo informe de la Relatora Especial en sus sesiones 3164.<sup>a</sup> a 3168.<sup>a</sup> y 3170.<sup>a</sup><sup>12</sup> y decidió remitir los seis proyectos de artículos al Comité de Redacción. Sobre la base del informe del Comité de Redacción<sup>13</sup>, la Comisión aprobó provisionalmente tres proyectos de artículos dedicados, respectivamente, al ámbito de aplicación del proyecto de artículos (proyecto de artículo 1) y a los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* (proyectos de artículos 3 y 4). Dichos proyectos de artículos recogen los elementos esenciales de cinco de los proyectos de artículos propuestos por la Relatora Especial, refundiéndolos. La Comisión aprobó también los comentarios a los tres proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión. En relación con el proyecto de artículo dedicado a las definiciones, el Comité de Redacción decidió mantenerlo en examen y pronunciarse sobre el mismo más adelante<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Para un análisis detallado de las cuestiones suscitadas en los debates y las posiciones mantenidas por los miembros de la Comisión, véase, *ibíd.*, vol. I, sesiones 3164.<sup>a</sup> a 3168.<sup>a</sup> y 3170.<sup>a</sup>.

<sup>13</sup> Véase *ibíd.*, 3174.<sup>a</sup> sesión.

<sup>14</sup> Para el tratamiento del tema por la Comisión en su 65.º período de sesiones, en 2013, véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 40 a 49. Véanse en particular los proyectos de artículos con sus comentarios que se contienen en el párrafo 49. Para los debates de la Comisión sobre los comentarios a los proyectos de artículos, véase *ibíd.*, vol. I, sesiones 3193.<sup>a</sup> a 3196.<sup>a</sup>.

8. En su sexagésimo octavo período de sesiones, en 2013, la Sexta Comisión examinó el segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado con ocasión del examen del informe anual de la Comisión de Derecho Internacional. Los Estados, en general, recibieron favorablemente el segundo informe de la Relatora Especial y los avances en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, valorando positivamente que la Comisión hubiese remitido a la Asamblea General tres proyectos de artículos<sup>15</sup>.

9. En su informe anual, la Comisión pidió a los Estados que

antes del 31 de enero de 2014 proporcion[asen] información sobre la práctica de sus instituciones, y en particular sobre las decisiones judiciales, en lo que concierne al significado dado a las expresiones «actos oficiales» o «actos realizados a título oficial» en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado<sup>16</sup>.

La Relatora Especial desea manifestar su agradecimiento a los Estados que se refirieron a esta cuestión en los debates en la Sexta Comisión, y, de manera especial, desea expresar su reconocimiento a los Estados que han remitido comentarios escritos<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones*, Sexta Comisión, sesiones 17.<sup>a</sup> a 19.<sup>a</sup> (A/C.6/68/SR.17 a 19). Véase también Resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su sexagésimo octavo período de sesiones (A/CN.4/666), párrs. 10 a 30.

<sup>16</sup> *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 25.

<sup>17</sup> En el momento de elaborar el presente informe se han recibido comentarios de Alemania, Bélgica, Estados Unidos, Federación de Rusia, Irlanda, México, Noruega, República Checa, Reino Unido y Suiza.

## CAPÍTULO I

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

10. Como ya se señaló en el segundo informe de la Relatora Especial,

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<sup>18</sup>.

Ello se debe, sin lugar a dudas, al hecho de que dicha distinción ha sido objeto de una amplia aceptación por parte de la doctrina<sup>19</sup> y en la jurisprudencia. Por otro lado,

<sup>18</sup> *Ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 47 *in fine*.

<sup>19</sup> En este sentido, véanse, entre otros, Dominicé, «Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales», págs. 323 a 326 y 337 a 342; Abellán Honrubia, «La responsabilité internationale de l'individu», págs. 220 a 223; Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, págs. 129 a 131; Verhoeven, «Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», págs. 64 a 67 y 94 a 107; Remiro Brotóns, «La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el principio de universalidad», pág. 505; Jorge Urbina, «Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado», págs. 277 a 292; Stern, «Vers une limitation de l'«irresponsabilité souveraine» des États et chefs d'État en cas

esta distinción ha sido ya analizada en el memorando de la Secretaría<sup>20</sup> y en el informe preliminar elaborado por el Relator Especial, Sr. Kolodkin<sup>21</sup>, si bien en ambos casos con una finalidad esencialmente descriptiva y conceptual. Por su parte, la Comisión ha abordado en 2013 la distinción entre ambas categorías con un enfoque normativo, a fin de establecer un régimen jurídico diferenciado respecto de cada una de ellas. Ello no significa, sin embargo, que se desconozca la existencia de elementos comunes entre ambas categorías de inmunidad, en especial por lo que se refiere a la dimensión funcional de la inmunidad entendida en un sentido amplio<sup>22</sup>.

de crime de droit international?» Cassese, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, pág. 368; Dugard, *International Law. A South African Perspective*, pág. 253; Fox y Webb, *The Law of State Immunity*; D'Argent, «Immunity of State officials and obligation to prosecute», págs. 5 a 7; y Maguire, Lewis y Sampford, *Shifting Global Powers and International Law. Challenges and Opportunities*, pág. 108.

<sup>20</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/596, párr. 88 y ss.

<sup>21</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), págs. 184 y 185, documento A/CN.4/601, párrs. 78 a 83.

<sup>22</sup> Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párrs. 48 y 53.

11. Este enfoque se ha reflejado ya en los trabajos de la Comisión en su 65.º período de sesiones, en 2010. En este sentido, debe llamarse la atención sobre los siguientes elementos:

a) La inclusión de la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* en el proyecto de artículo dedicado a las definiciones que ha sido remitido al Comité de Redacción. Aunque el Comité no se ha pronunciado todavía sobre las definiciones contenidas en el mismo, no se han manifestado opiniones contrarias a retener dos categorías distintas de inmunidad<sup>23</sup>;

b) La propia estructura del proyecto de artículos, que contiene una parte autónoma (segunda parte) dedicada a la inmunidad *ratione personae*, a la que deberá seguir una tercera parte dedicada a la inmunidad *ratione materiae*;

c) El propio proyecto de artículo 4, párr. 3, aprobado provisionalmente por la Comisión en 2013, que recoge la distinción entre los regímenes aplicables a cada una de las citadas categorías de inmunidad, al establecer que “[l]a extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*”<sup>24</sup>.

12. Siguiendo lo dicho en el segundo informe de la Relatora Especial, los elementos que caracterizan a la inmunidad *ratione materiae* pueden enunciarse de la siguiente manera:

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 realizados a título oficial»;

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.

13. Estos tres elementos reflejan adecuadamente las diferentes definiciones de inmunidad *ratione materiae* que se han dado por la doctrina<sup>25</sup> y que encontramos en

<sup>23</sup> Para dichas definiciones, véase *ibíd.*, párr. 53.

<sup>24</sup> En relación con la distinción entre ambas categorías de inmunidad, véase el comentario de la Comisión al proyecto de artículo 4, en especial el párrafo 7 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49).

<sup>25</sup> Dichas definiciones se presentan bajo distintas formulaciones, pero todas ellas recogen los mismos elementos arriba mencionados. Así, para Cassese (*The Oxford Companion to International Criminal Justice*, pág. 368), «[l]a inmunidad funcional de la jurisdicción de Estados extranjeros abarca las actividades llevadas a cabo en el ejercicio de sus funciones y subsiste al finalizar su mandato», y las «actividades oficiales son llevadas a cabo por órganos estatales en nombre de su Estado y, en principio, deben atribuirse al propio Estado». Para Fox y Webb, la inmunidad funcional, inmunidad *ratione materiae*, es un concepto inicialmente aplicado a los diplomáticos que perdían su inmunidad personal al finalizar su mandato con objeto de mantener dicha inmunidad pero únicamente por los actos ejecutados en su capacidad oficial. No obstante, en la actualidad se utiliza en un sentido más amplio aplicándosele a todos los oficiales, funcionarios o empleados, en servicio o después de su servicio, para otorgarles inmunidad respecto de los actos que fueron ejecutados en su capacidad oficial (*The Law of State Immunity*). Para Stern, «la inmunidad del jefe

la jurisprudencia. Estos elementos toman igualmente en consideración los trabajos previos de la Comisión<sup>26</sup>. A partir de estas tres características han de deducirse los elementos normativos que configuran esta categoría de inmunidad que, conforme al método seguido respecto de la inmunidad *ratione personae*, deben identificarse de la siguiente forma:

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

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

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

14. Aunque estos tres elementos son aceptados con carácter general en relación con la inmunidad *ratione materiae*, el significado de los mismos no es uniforme. Así, mientras que hay un amplísimo consenso respecto del carácter ilimitado del elemento temporal, el alcance subjetivo y material de la inmunidad *ratione materiae* es objeto de un debate más amplio, en el que subsisten aspectos controvertidos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y la práctica. En consecuencia, el análisis de qué se entiende por «funcionario» y que se entiende por «acto realizado a título oficial» requieren un tratamiento detallado. En todo caso, ha de destacarse que los tres aspectos arriba mencionados constituyen los «elementos normativos» de la inmunidad de jurisdicción

de Estado en ejercicio es una inmunidad absoluta, *ratione personae*, la inmunidad continúa a acordársele, cuando ha cesado en sus funciones, solo por los actos “cometidos en el ejercicio de sus funciones”, es decir que el ex jefe de Estado se beneficia solo de una inmunidad *ratione materiae* («Vers une limitation de l’irresponsabilité souveraine” des États et chefs d’État en cas de crime de droit international?», pág. 521). Para D’Argent, «[t]odos los representantes del Estado que actúan en tal capacidad [Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, art. 2, párr. 1, apdo. b, inc. iv)] gozan de inmunidad *ratione materiae* (también conocida como “inmunidad por actos oficiales”) con respecto a los actos llevados a cabo, aun si fueren *ultra vires* [...] [A] diferencia de cuanto se requiere para la inmunidad *ratione personae*, el concepto de “representantes del Estado” a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* no se limita a las personas que lo ostentan u ocupan» («Immunity of State officials and obligation to prosecute», pág. 7). Para Borghi, «dado que la inmunidad [*ratione personae*] no se concede a un jefe de Estado en beneficio propio, sino en beneficio del Estado que dirige, resulta normal que [...] cese de producir sus efectos cuando termina su mandato. [...] La inmunidad *ratione materiae* [...] significa que se encuentra protegido en lo que respecta a los actos de la función» (*L’immunité des dirigeants politiques en droit international*, págs. 129 y 130). Para Jorge Urbina, «[l]a amplitud de las inmunidades *ratione personae* reconocidas a los dirigentes políticos que ostentan la condición de órganos centrales del Estado para las relaciones internacionales (jefe de Estado, jefe de Gobierno o ministro de asuntos exteriores) se justifican por ser sus máximos representantes y por su papel esencial en el desarrollo de la política exterior. Por eso, cuando cesen en sus funciones, solo estarán amparados por las inmunidades *ratione materiae*, que, como sabemos, impedirían el inicio de una acción penal únicamente por los actos públicos realizados durante el ejercicio de la alta magistratura estatal» («Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado», págs. 287 y 288).

<sup>26</sup> Respecto de la definición de los elementos característicos de la inmunidad *ratione materiae*, véase el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 13, párr. 28, comentario al artículo 2 en esp., págs. 18 y 19, párrs. 17 a 19 del comentario.

penal extranjera *ratione materiae* y, por tanto, han de ser tomados en consideración conjuntamente, sin que sea posible excluir ninguno de ellos para definir el régimen jurídico de dicha categoría de inmunidad.

15. Por otro lado, ha de recordarse, como ya se hizo en el segundo informe en relación con la inmunidad *ratione personae*, que la identificación de estos tres elementos como los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae* no implica que los mismos sean los únicos

elementos a tener en cuenta para definir el régimen jurídico aplicable a la inmunidad *ratione materiae*. En especial, la Relatora Especial desea destacar que ello no implica un pronunciamiento sobre las excepciones a la inmunidad ni un reconocimiento del carácter absoluto de la misma.

16. Conforme a estas coordenadas, el presente informe inicia el tratamiento de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*. El mismo está dedicado en especial al análisis del concepto de «funcionario».

## CAPÍTULO II

### El concepto de «funcionario»

#### A. Consideraciones generales

17. El concepto de «funcionario» reviste una especial relevancia para el tema «La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», puesto que a través del mismo se define su ámbito subjetivo de aplicación. Ello explica que dicho término se incluya de forma explícita en el título del mismo para referirse a todas las personas que pueden quedar cubiertas por la inmunidad. A este respecto, debe tenerse en cuenta que dicha referencia genérica a los «funcionarios» en el título del tema se establece por la voluntad de la Comisión de no limitar el ámbito del estudio a la inmunidad de los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores<sup>27</sup>.

18. Desde esta perspectiva, el concepto de «funcionario» ha de ser abordado de modo horizontal, ya que la determinación de sus características debe ser válida para englobar tanto a las personas que quedarían cubiertas por la inmunidad *ratione personae* como a las que estarían cubiertas por la inmunidad *ratione materiae*. Sin embargo, tal y como ya se señaló en el segundo informe sometido a la Comisión en 2013, la necesidad de definirlo de forma clara e inequívoca tiene un significado especial en el caso de la inmunidad *ratione materiae*<sup>28</sup>, y ello por una razón simple: en el caso de la inmunidad *ratione personae*, las personas cubiertas por la inmunidad pueden ser identificadas y han sido identificadas por la Comisión *eo nomine*, por la vía de la enumeración de los tres altos cargos a los que se aplica, a saber, el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores<sup>29</sup>; por el contrario, en el caso de la inmunidad *ratione materiae*,

no es posible acudir al método de elaborar una lista de todos aquellos cargos o puestos a los que se calificarían como «funcionarios» a los efectos del presente tema. Ello no resulta viable si tenemos en cuenta la gran diversidad de modelos existente en los sistemas estatales. En consecuencia, la determinación de qué personas quedan cubiertas por la inmunidad *ratione materiae* no puede llevarse a cabo más que mediante la determinación de los «criterios identificativos» que, aplicados caso a caso, nos permitan concluir que estamos ante un «funcionario» a los efectos del presente proyecto de artículos.

19. En segundo lugar, ha de destacarse que el empleo del término «funcionario» es el resultado de una propuesta del ex Relator Especial, Sr. Kolodkin, que manifestó su preferencia por este término frente al de «órgano», si bien dejó abierta la posibilidad de un futuro debate y de un eventual cambio de terminología si la Comisión así lo consideraba conveniente<sup>30</sup>. Sin embargo, diversos miembros de la Comisión expresaron ya en aquel momento su opinión de que era posible emplear otros términos, tales como «agente» o «representante»<sup>31</sup>. Esta cuestión ha sido posteriormente reiterada en los informes previos de la Relatora Especial, en los que se ha llamado la atención sobre el hecho de que el término «funcionario» puede no ser el más adecuado para referirse a todas las categorías de personas que quedarían cubiertas por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, a lo que ha de añadirse el hecho de que los términos empleados en las distintas versiones lingüísticas no son homogéneos ni intercambiables, sin que pueda afirmarse que tengan un significado idéntico o similar<sup>32</sup>.

20. Teniendo en cuenta estas consideraciones, en el segundo informe de la Relatora Especial ya se advirtió de que el análisis del concepto de «funcionario» sería abordado en el marco del tratamiento de la inmunidad *ratione materiae* y que, entre tanto, se seguiría empleando el término «funcionario» como denominación única aplicable a todas las categorías de personas cubiertas por cualquiera de los dos tipos de inmunidad de jurisdicción

<sup>27</sup> En la sinopsis que sirvió de base a la Comisión para incluir el tema en el programa de trabajo a largo plazo se ponía el énfasis en el jefe de Estado, el jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y otros altos funcionarios del Estado (*Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 213, anexo I, párr. 19, apdo. 4). Por su parte, el ex Relator Especial recogió en su informe preliminar un enfoque amplio que se refería a todos los funcionarios (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, párrs. 106 y 107). Aunque en los debates de la Comisión sobre dicho informe algunos de sus miembros expresaron su opinión de que el tema debía limitarse a los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 289), el enfoque amplio se ha mantenido desde ese momento.

<sup>28</sup> *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 32; véanse también los párrafos 56 y 57.

<sup>29</sup> Véase el proyecto de artículo 3, aprobado provisionalmente por la Comisión en 2013 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 48).

<sup>30</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 193, documento A/CN.4/601, párr. 108.

<sup>31</sup> Véase *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 288 y 289.

<sup>32</sup> Véanse *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654, párr. 66, y *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 32.

penal extranjera de los que se ocupa la Comisión<sup>33</sup>. Esta propuesta fue avalada por la Comisión y se refleja en la advertencia contenida en nota al proyecto de artículo 1, párr. 1, provisionalmente aprobado en 2013, conforme a la cual «[e]l término “funcionarios” estará sujeto a reexamen»<sup>34</sup>.

21. En consecuencia, dado que la definición del concepto de «funcionario» es esencial para el presente tema<sup>35</sup>, en este tercer informe se aborda en particular la definición de las personas que pueden ser consideradas como beneficiarias de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, o, conforme a la terminología empleada hasta el momento por la Comisión, el concepto de «funcionario». Para llevar a cabo correctamente esta tarea es necesario tener en cuenta, al menos, cuatro premisas:

a) El concepto de «funcionario» no ha sido definido, con carácter general, por el derecho internacional;

b) Toda definición de «funcionario» debe ser realizada teniendo en cuenta que debe permitir incluir bajo la misma a cualquiera de las personas que queden cubiertas por la inmunidad *ratione personae* y por la inmunidad *ratione materiae*;

c) La elección del término más adecuado para referirse de forma unitaria a todas las personas beneficiarias de la inmunidad debe realizarse teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las categorías de personas cubiertas por la inmunidad *ratione personae* y las cubiertas por la inmunidad *ratione materiae*;

d) Los términos empleados en cada una de las versiones lingüísticas para referirse a las personas beneficiarias de la inmunidad deben ser homogéneos y equiparables y deben seguir, en la medida de lo posible, la terminología consolidada previamente en la práctica de la Comisión.

22. En resumen, el análisis del concepto de funcionario plantea dos tipos de cuestiones distintas, pero complementarias e interrelacionadas. La primera de ellas tiene naturaleza sustantiva y se refiere a los criterios que nos permiten identificar a una persona como susceptible de quedar cubierta por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. La segunda reviste una naturaleza preferentemente lingüística y se refiere a la elección del término más adecuado para referirse a las personas que, de forma general, responden a dichos criterios sustantivos. Cada

<sup>33</sup> *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 32 *in fine*.

<sup>34</sup> *Ibid.*, vol. II (segunda parte), párr. 48, nota al artículo 1, párr. 1.

<sup>35</sup> La importancia de definir el concepto de «funcionario» ha sido destacada también por los Estados. Así, a título de ejemplo, se pueden citar las siguientes intervenciones de varios Estados en la Sexta Comisión: Belarús, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/68/SR.18), párr. 10; Chile, *ibid.*, párr. 78; República de Corea, *ibid.*, párr. 107; Rumania, *ibid.*, párr. 112; Irlanda, *ibid.*, párr. 121; Italia, 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/68/SR.19), párr. 5; Federación de Rusia, *ibid.*, párr. 46; Australia, *ibid.*, párr. 81. Además, algunos Estados se pronunciaron ya sobre la cuestión terminológica o sobre los criterios para definir el concepto de funcionario: Portugal, 17.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/68/SR.17), párrs. 92 y ss.; España, *ibid.*, párr. 142; Países Bajos, 18.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/68/SR.18), párr. 31; Chile, *ibid.*, párr. 79; Tailandia, 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/68/SR.19), párr. 26 y Malasia, *ibid.*, párr. 37.

una de estas cuestiones será analizada a continuación de forma separada.

23. En todo caso, debe advertirse que, por razones de simplificación del texto y a fin de evitar confusiones, en este tercer informe se seguirá utilizando provisionalmente el término «funcionario», recogido en el título del tema.

## B. Los criterios identificativos de las personas que se benefician de la inmunidad

24. Como ya se ha señalado *supra*, el derecho internacional no ha definido con alcance general el concepto de «funcionario»<sup>36</sup>. Por otro lado, la definición de dicho término (o de términos afines) es distinta en cada ordenamiento jurídico interno, por lo que las definiciones nacionales serían escasamente útiles para definir el concepto o, incluso, para elegir el término más adecuado para referirnos a esta categoría de personas. Por tanto, la definición del concepto de «funcionario» y la determinación de cuáles sean sus criterios identificativos a los fines del presente tema debe partir necesariamente de una aproximación basada en el análisis de la práctica judicial (nacional e internacional), de la práctica convencional, así como de los trabajos previos de la Comisión.

25. Estos elementos han sido ya analizados por la Comisión en relación con las personas que se benefician de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae*, a saber, el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores. Y, al hacerlo, se han identificado también los elementos que los caracterizan y que justifican que se les reconozca dicha inmunidad. Así, como se señaló en el segundo informe, se trata de «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>. Dicha representación del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales proviene del «propio derecho internacional y [la] ejercen de forma automática y sin necesidad de que se produzca ningún acto expreso de apoderamiento por parte del Estado al que representan»<sup>38</sup>.

26. En la misma línea, el comentario al proyecto de artículo 3, aprobado por la Comisión en 2013, afirma lo siguiente:

La Comisión considera que hay dos razones, una de orden representativo y otra de orden funcional, para conceder la inmunidad *ratione personae* a los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores. En primer lugar, en virtud de las normas del derecho internacional, las personas que ocupan estos tres cargos, por el solo hecho del ejercicio de sus funciones, representan al Estado en el ámbito de las relaciones internacionales de forma directa y sin necesidad de una atribución específica de poderes por parte del Estado. En segundo lugar, han de poder desempeñar sus funciones sin obstáculos<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> El memorando elaborado en 2008 por la Secretaría (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/596, párr. 5), así como el informe preliminar del ex Relator Especial parten de la misma constatación (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 194, documento A/CN.4/601, párr. 108).

<sup>37</sup> *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 57.

<sup>38</sup> *Ibid.*, párr. 59.

<sup>39</sup> *Ibid.*, vol. II (segunda parte), párr. 49, comentario al proyecto de artículo 3, párr. 2.

27. De lo anterior cabe deducir los siguientes «criterios identificativos» de las personas que se benefician de la inmunidad *ratione personae*:

a) Gozan de una especial posición dentro del Estado, que les otorga un vínculo privilegiado con el mismo;

b) Ejercen funciones que son propias del poder público, tanto en el interior del Estado como en el ámbito de las relaciones internacionales;

c) Representan internacionalmente al Estado al más alto nivel por el mero hecho del puesto que ocupan.

28. Teniendo en cuenta lo señalado en el párrafo anterior, ha de advertirse que en las siguientes páginas el análisis de la práctica —en especial de la práctica judicial nacional— se aborda desde una perspectiva limitada a las personas que quedarían cubiertas por la inmunidad *ratione materiae*. A través de la misma se trata de identificar, en primer lugar, cuáles son las personas respecto de las que se ha venido aplicando o alegando la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En segundo lugar, se trata de identificar igualmente si en dicha práctica se ha definido o no la existencia de criterios identificativos de las personas a las que calificamos como «funcionarios», o si —en su caso— dichos criterios pueden deducirse de las categorías de personas previamente identificadas.

#### 1. LA PRÁCTICA JUDICIAL NACIONAL

29. Como se ha puesto de manifiesto de forma reiterada, la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no ha sido objeto de un tratamiento generalizado ante los tribunales penales nacionales. Por el contrario, el número de asuntos en los que se ha hecho referencia en un proceso penal a «funcionarios» distintos del jefe de Estado, del jefe de gobierno o del ministro de relaciones exteriores es limitado y está circunscrito a un número reducido de Estados. Por el contrario, ha de destacarse que esta limitada práctica en el ámbito penal se ve completada con una práctica más amplia seguida en procesos civiles que, a pesar de quedar fuera del ámbito de aplicación del presente tema, reviste interés a la hora de identificar a aquellas personas que los Estados consideran como cubiertas por alguna forma de inmunidad de jurisdicción.

30. Las decisiones de los tribunales nacionales han sido analizadas en los informes y documentos sometidos a la Comisión desde que en 2007 inscribió este tema en su programa de trabajo, siendo actualizado de manera continuada. Del análisis de dichos casos, así como de otras decisiones de tribunales nacionales dictadas con posterioridad, es posible extraer algunos elementos que resultan de interés para definir el concepto de «funcionario».

31. En primer lugar, interesa señalar que, en aquellos procedimientos de carácter penal donde los tribunales nacionales han afirmado la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios extranjeros, las personas a quienes se ha reconocido la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* ocupaban distintos puestos y desempeñaban distintas funciones dentro de la estructura del Estado. Entre ellas cabe mencionar las siguientes: ex primer ministro y ministro

de defensa<sup>40</sup>, ministro del interior<sup>41</sup>, responsables (jefe de *Scotland Yard*)<sup>42</sup> y miembros (un agente de policía<sup>43</sup> y un militar<sup>44</sup>) de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, así como el director ejecutivo de una autoridad marítima<sup>45</sup>.

32. En segundo lugar, el conjunto de sujetos beneficiados por la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* tiene un alcance más amplio y variado si se consideran los procedimientos judiciales iniciados contra funcionarios extranjeros con el propósito de obtener una compensación económica en el ámbito civil. En este contexto, también se ha invocado con éxito este tipo de inmunidad de jurisdicción para ciertas categorías de funcionarios del Estado. En este sentido, resultan ilustrativos los procedimientos judiciales iniciados contra un antiguo jefe de Estado<sup>46</sup>, un miembro del gobierno<sup>47</sup>, un miembro de una comisión del Poder Ejecutivo<sup>48</sup>, un fiscal general del estado de Florida (Estados Unidos) y varios funcionarios de menor rango de ese mismo estado (un fiscal, sus asistentes legales, un detective vinculado a la fiscalía y un jurista de una agencia del gobierno del estado de Florida)<sup>49</sup>, un antiguo jefe de un servicio de inteligencia<sup>50</sup> y un antiguo jefe del servicio de seguridad nacional<sup>51</sup>.

33. En tercer lugar, hay que destacar que en otras ocasiones la pretensión de inmunidad de jurisdicción no ha prosperado ante los tribunales internos. Sin embargo, dichos tribunales se han ocupado también de la condición de «funcionario» de las personas procesadas, por lo que sus decisiones han de ser igualmente tenidas en cuenta. En particular, se incluyen dentro de esta situación

<sup>40</sup> Francia, *Association des familles des victimes du Joola*, Corte de Casación, Sala Penal, sentencia de 19 de enero de 2010, *Bulletin des Arrêts. Chambre criminelle*, núm. 1, enero de 2010.

<sup>41</sup> Reino Unido, *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, Cámara de los Lores, sentencia de 14 de junio de 2006 (Jones Núm. 2), *United Kingdom House of Lords* 2006, 26.

<sup>42</sup> República Federal de Alemania, *Iglesia de la Cienciología*, Tribunal Supremo Federal, sentencia de 26 de septiembre de 1978, ILR, vol. 65, pág. 193.

<sup>43</sup> Irlanda, *Schmidt v. Home Secretary of the United Kingdom*, Corte Suprema, sentencia de 24 de abril de 1997, *Irish Reports*, 1997, 2, 121.

<sup>44</sup> Italia, caso Lozano, Corte de Casación, Sala Penal (Italia), sentencia de 24 de julio de 2008, *Oxford Reports on International Law in Domestic Reports* 1085.

<sup>45</sup> Francia, *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X*, Tribunal de Casación, Sala Penal, sentencia de 23 de noviembre de 2004.

<sup>46</sup> Estados Unidos, *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office, a/k/a Office 6/10*, Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito, sentencia de 8 de septiembre de 2004 (383 *Federal Reporter* 3d 620).

<sup>47</sup> Estados Unidos, *Rukmini S. Kline et al. v. Yasuyuki Kaneko et al.*, Corte Suprema de Nueva York, sentencia de 31 de octubre de 1988 (141 *New York Miscellaneous Reports* 2d 787).

<sup>48</sup> Estados Unidos, *Chiudian v. Philippine National Bank*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Noveno Circuito, sentencia de 29 de agosto de 1990 (912 *Federal Reporter* 2d 1095).

<sup>49</sup> Canadá, *Jaffe v. Miller and others*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, sentencia de 17 de junio de 1993 (ILR, vol. 95, pág. 446).

<sup>50</sup> Estados Unidos, *Ali Saadallah Belhas et al. v. Moshe Ya'alon*, Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, sentencia de 15 de febrero de 2008 (515 *Federal Reporter* 3d 1279).

<sup>51</sup> Estados Unidos, *Raed Mohamad Ibrahim Matar et al. v. Avraham Dichter*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, sentencia de 2 de mayo de 2007 (500 *Federal Reporter* 2d 284).

antiguos jefes de Estado<sup>52</sup> o de gobierno<sup>53</sup>, un vicepresidente y ministro de bosques<sup>54</sup>, los descendientes de un antiguo jefe de Estado que no desempeñaban ninguna función oficial dentro de la estructura del Estado<sup>55</sup>, un ministro de defensa<sup>56</sup>, antiguos ministros de defensa<sup>57</sup>, un ministro de estado<sup>58</sup>, jefes de la seguridad nacional<sup>59</sup>, un coronel del ejército<sup>60</sup> y otros militares de menor rango (marinos italianos)<sup>61</sup>, agentes fronterizos<sup>62</sup>, así como un empleado público (antiguo militar)<sup>63</sup>.

<sup>52</sup> Estados Unidos, *Philippines v. Ferdinand E. Marcos and others*, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, sentencia de 26 de noviembre de 1986 (806 *Federal Reporter* 2d 344); y Reino Unido, *Regina v. Bartle and others*, ex parte *Pinochet*, Cámara de los Lores, sentencia de 24 de marzo de 1999 (ILM, vol. 38 (1999), pág. 581).

<sup>53</sup> Estados Unidos, *Marcos Perez Jimenez v. Miguel Aristiguieta y John E. Maguire*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Quinto Circuito, sentencia de 12 de diciembre de 1962.

<sup>54</sup> Francia, *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, Corte de Apelaciones de París, Pöle 7, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013. Esta sentencia es, además, interesante por ser el único caso en que un tribunal nacional parece limitar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de cualquier funcionario del Estado a la inmunidad *ratione materiae*. Se trata de una sentencia dictada en respuesta a un recurso introducido por la República de Guinea Ecuatorial en el marco de un procedimiento penal por blanqueo y ocultamiento de bienes que se sigue contra varias personas, entre ellas Teodoro Nguema Obiang Mangue, hijo del Presidente de Guinea Ecuatorial y a la sazón Vicepresidente del Gobierno de dicho país y Ministro de Bosques, por el que pretende la declaración de nulidad de la orden de arresto dictada contra el Sr. Nguema alegando, entre otras razones, que Francia ha violado la inmunidad de que gozan los Jefes de Estado y otras personas que ocupan cargos de alto nivel en un Estado extranjero. Aunque la Corte de Apelaciones reconoce que «la costumbre internacional, en ausencia de disposiciones internacionales en contrario, se opone al enjuiciamiento de los Estados en las jurisdicciones penales de un Estado extranjero, y que esa costumbre se extiende a los órganos y entidades que constituyen la emanación de ese Estado, así como a sus agentes en razón de los actos que conciernen a la soberanía del Estado de que se trata, ese principio encuentra sus límites en el ejercicio de las funciones estatales», añadiendo que los crímenes perseguidos «no forman parte del ejercicio de las funciones estatales protegidas por la costumbre internacional en nombre de los principios de soberanía e inmunidad diplomática» (fundamentos jurídicos, apartado C, párrafos segundo a cuarto).

<sup>55</sup> Estados Unidos, *Maximo Hilao et al. Vicente Clemente et al., Jaime Piopongco et al. v. Estate of Ferdinand Marcos*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Noveno Circuito, sentencia de 16 de junio de 1994 (25 *Federal Reporter* 3d 1467).

<sup>56</sup> Reino Unido, *General Shaul Mofaz*, Juez de Distrito Bow Street, sentencia de 12 de febrero de 2004 (véase un comentario en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, parte 3 (julio de 2004), pág. 771).

<sup>57</sup> Estados Unidos, *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, Juan Doe, Elizabet Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Mendez, Juan Ruiz Gomez, Miguel Ruiz Gomez y Jose Alfredo Callejas v. Hector Gramajo y Diana Ortiz v. Hector Gramajo*, Tribunal del Distrito de Massachusetts, sentencia de 12 de abril de 1995 (886 *Federal Reporter Supp.* 1467); y Suiza, A. c. *Ministère public de la Confédération, B. et C.*, Tribunal Penal Federal, sentencia de 25 de julio de 2012 (caso BB.2011.140).

<sup>58</sup> Francia, *Ali Ali Reza c. consorts Grimpel*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 28 de abril de 1961, RGDIP, t. LXVI, 1962, pág. 418.

<sup>59</sup> Estados Unidos, *Bawol Cabiri v. Baffour Assasie-Gyimah*, Tribunal del Distrito de Nueva York, sentencia de 18 de abril de 1996 (921 *Federal Reporter Supp.* 1189); y Reino Unido, *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Superior (Tribunal Divisional), sentencia de 29 de julio de 2011 (ILR, vol. 147, pág. 633).

<sup>60</sup> Italia, *Public Prosecutor v. Adler et al.*, Tribunal de Primera Instancia de Milán, Sección Penal Cuarta, sentencia de 1 de febrero de 2010 (*Oxford Reports on International Law*).

<sup>61</sup> India, *Italy and others v. India and others*, Tribunal Supremo, sentencia de 18 de enero de 2013 (4 *Supreme Court Cases* 721).

<sup>62</sup> Alemania, *Border Guards*, Tribunal Supremo Federal, sentencia de 3 de noviembre de 1992 (ILR, vol. 100, pág. 364).

<sup>63</sup> Reino Unido, *R. v. Lambeth Justices*, ex parte *Yusufu*, Tribunal Divisional, sentencia de 8 de febrero de 1985 (ILR, vol. 88, pág. 323).

34. Por otro lado, interesa señalar que en los casos donde se ha reconocido la inmunidad de jurisdicción penal *ratione materiae* a los funcionarios extranjeros, los tribunales nacionales han relacionado esa inmunidad de jurisdicción con su condición como agente que actúa por cuenta del Estado. Así, en el Reino Unido, la Cámara de los Lores, resolviendo un litigio donde se demandaba a varios funcionarios sauditas, concluyó que «todos los individuos demandados, en el momento relevante, estaban o pretendían estar actuando como empleados o agentes» y «sus actos eran, por consiguiente, atribuibles al Reino»<sup>64</sup>. En otro caso resuelto en Alemania por el Tribunal Supremo Federal donde se discutía la actuación de la policía británica, el Tribunal afirmó que «*Scotland Yard*—y por consiguiente su jefe— estaba actuando como el agente expresamente designado por el Estado británico en el contexto de la aplicación del tratado en cuestión. [...] Los actos de tales agentes constituyen un comportamiento directo del Estado y no pueden ser caracterizados como actos privados del individuo autorizado para desempeñarlos»<sup>65</sup>. Una posición similar se ha mantenido en Irlanda por la Corte Suprema al señalar que un policía «pretendía y tenía la intención de desempeñar y, de hecho, estaba desempeñando las labores y funciones propias de su puesto»<sup>66</sup>. En Francia, los tribunales han comentado esta relación entre el funcionario enjuiciado y el Estado, al poner de relieve con relación al director ejecutivo de una autoridad marítima que se trataba «de actos de poder público desarrollados en el ejercicio de sus funciones en nombre y bajo el control del Estado de Malta»<sup>67</sup>. Los tribunales franceses, al tratar la inmunidad de jurisdicción penal de un antiguo ministro de defensa del Senegal, han afirmado que «por razón de la especialidad de sus funciones y por la proyección internacional que estas poseen, debe poder actuar libremente por cuenta del Estado al que representa»<sup>68</sup>.

35. La relación entre el funcionario y el Estado también ha estado presente en el razonamiento de los tribunales internos que han atendido reclamaciones contra funcionarios en el orden civil. En este sentido, son ilustrativos varios precedentes de la jurisprudencia de los Estados Unidos que han reconocido la inmunidad de jurisdicción cuando el funcionario realiza actividades por cuenta del Estado, esto es, «actuando de conformidad con [su] condición de funcionario»<sup>69</sup> y «como un agente o un instrumento del Estado»<sup>70</sup>. En esta misma línea de principio, *a contrario sensu*, estos mismos tribunales han afirmado que «un litigio iniciado contra un funcionario extranjero que actúe fuera del ámbito de sus competencias no implica ninguna de los problemas de política exterior inherentes a la presentación de una demanda contra otro gobierno en los tribunales de los Estados Unidos»<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> *Jones v. Saudi Arabia* (Jones No. 2) (nota 41 *supra*), sentencia de 14 de junio de 2006 (Lord Bingham of Cornhill, párr. 13).

<sup>65</sup> *Iglesia de la Cienciología* (nota 42 *supra*), pág. 198.

<sup>66</sup> *Caso Schmidt* (nota 43 *supra*).

<sup>67</sup> Véase la nota 45 *supra*.

<sup>68</sup> *Association des familles des victimes du Joola* (nota 40 *supra*), pág. 47.

<sup>69</sup> *Caso Matar* (nota 51 *supra*).

<sup>70</sup> *Caso Ali Saadallah Belhas* (nota 50 *supra*).

<sup>71</sup> *Casos Kline* (nota 47 *supra*); *Chiudian* (nota 48 *supra*); *Hilao* (nota 55 *supra*); *Xuncax* (nota 57 *supra*); y *Bawol Cabiri* (nota 59 *supra*).

36. De dicha práctica debe deducirse, ante todo, una primera conclusión, a saber, la variedad de los funcionarios extranjeros que han sido sometidos o se ha pretendido someter a una jurisdicción nacional y respecto de los cuales se ha suscitado la cuestión de la inmunidad de jurisdicción. Dichos funcionarios responden, además, a muy distintas categorías por lo que se refiere al vínculo que les une con el Estado. Así, mientras que algunos de ellos tienen un vínculo eminentemente político por haber recibido un mandato de tal naturaleza (ministros y otros miembros del gobierno, fiscal general, jefe de seguridad nacional, etc.), otros mantienen un vínculo de naturaleza administrativa, por formar parte de la estructura civil o militar del Estado en la que ejercen su actividad de manera permanente (agentes diplomáticos, fiscales y otro personal de la fiscalía, policías, miembros de las fuerzas armadas, agentes de aduanas, entre otros).

37. Junto a ello, y directamente relacionado con la observación anterior, debe destacarse la existencia de dos grandes grupos de funcionarios clasificados en función de la posición que ocupan en el Estado y su capacidad de influencia y decisión dentro del mismo. En el primero, que es mayoritario en la jurisprudencia analizada, se encuentran aquellos funcionarios que se sitúan en los niveles más altos de la estructura estatal (civil o militar), que dirigen departamentos ministeriales u otros departamentos o estructuras administrativas (entendidas en sentido amplio) del Estado, que tienen una elevada capacidad de decisión y que, en ocasiones, reciben atribuciones de representación del Estado tanto a nivel interno como internacional (en este segundo caso, por un acto de atribución expresa del Estado). En el segundo grupo, minoritario, se situarían aquellos que no tienen capacidad decisoria y que se limitan a cumplir y ejecutar decisiones adoptadas por funcionarios de nivel superior. Ello permite establecer una diferenciación entre los «funcionarios de alto nivel» y los «demás funcionarios», a la que con frecuencia se hace referencia en la jurisprudencia internacional, en la práctica estatal y en la doctrina. Respecto de dichas categorías, la práctica judicial nacional pone de manifiesto que la mayoría de los funcionarios extranjeros respecto de los que se ha planteado la inmunidad de jurisdicción penal *ratione materiae* se sitúan en los escalones altos y medios de la estructura administrativa, siendo muy reducido el número de casos en que la inmunidad se ha planteado respecto de funcionarios de bajo nivel. En todo caso, interesa subrayar que la jurisprudencia no permite concluir que todos los funcionarios de alto nivel se correspondan necesariamente con aquellos que tienen un vínculo de naturaleza preferentemente política con el Estado.

38. Por último, ha de destacarse que, con carácter general, los tribunales nacionales no describen los criterios que permitirían calificar a dichas personas como funcionarios, a excepción de la referencia al desempeño de funciones públicas y a la actuación como agente del Estado, en nombre o por cuenta del mismo.

## 2. LA PRÁCTICA JUDICIAL INTERNACIONAL

39. Varios tribunales internacionales se han pronunciado, de forma directa o indirecta, sobre cuestiones que afectan a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera

de los funcionarios del Estado. Entre ellos, la Corte Internacional de Justicia ocupa un lugar destacado, por cuanto ha tenido que ocuparse en dos ocasiones sobre asuntos relacionados con este tema y, por tanto, ha tenido que tomar en consideración la naturaleza de diversas personas que desempeñan ciertos cargos del Estado que pueden encuadrarse en el concepto de «funcionario». Así, baste con recordar que en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*<sup>72</sup> la Corte analizó la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Ministro de Relaciones Exteriores del Congo, y que en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*<sup>73</sup> la controversia se refería a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Presidente de la República, del Fiscal de la República y del Jefe de Seguridad Nacional de Djibouti.

40. En el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Corte Internacional de Justicia se ha referido a «ciertas personas que ocupan un nivel elevado en el Estado, tales como el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, que gozan en los otros Estados de inmunidades de jurisdicción tanto civil como penal»<sup>74</sup>. Sin embargo, como es sabido, la Corte se ha centrado en su sentencia en el Ministro de Relaciones Exteriores, respecto del que afirma que «las inmunidades no le son reconocidas [...] para su beneficio personal, sino para permitirle cumplir libremente sus funciones por cuenta del Estado al que representa»<sup>75</sup>. Dichas funciones, que son analizadas detalladamente por la Corte, responden al ejercicio de prerrogativas propias del poder público al más alto nivel.

41. En el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Corte Internacional de Justicia ha reiterado la posición de los funcionarios de alto nivel ya mantenida en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*<sup>76</sup>. Por lo que se refiere al tratamiento dado al Fiscal de la República y al Jefe de Seguridad Nacional, la Corte concluyó que no se beneficiaban de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae* y no se pronunció sobre la aplicabilidad o no de la inmunidad *ratione materiae*. Sin embargo, al analizar esta posibilidad formula afirmaciones que son de interés para definir el concepto de funcionario al que se aplicaría este segundo tipo de inmunidad. Así, se refiere expresamente a la condición de que los actos realizados por dichos altos funcionarios «fuesen efectivamente actos realizados en el marco de sus funciones en tanto que órganos del Estado»<sup>77</sup>. Considera igualmente que no está claro que Djibouti mantenga como alegación principal que las personas en cuestión «se beneficiasen de las inmunidades funcionales en tanto que órganos del Estado»<sup>78</sup>. Y, por último, se refiere al hecho

<sup>72</sup> Fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 3.

<sup>73</sup> *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 177. Véase también *C.I.J. Resúmenes 2008-2012*, pág. 15.

<sup>74</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 21, párr. 51. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 221.

<sup>75</sup> *Ibid.*, párr. 53.

<sup>76</sup> *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 236, párr. 170.

<sup>77</sup> *Ibid.*, pág. 243, párr. 191.

<sup>78</sup> *Ibid.*, párr. 193.

de que Djibouti nunca comunicó a Francia que «los actos denunciados [...] fuesen actos del Estado djiboutiano, y que el fiscal de la República y el jefe de la seguridad nacional constituyesen órganos, establecimientos u organismos de aquel encargado de asegurar la ejecución de dichos actos»<sup>79</sup>. De estas afirmaciones se pueden deducir los elementos que a juicio de la Corte identifican a las personas que pueden beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae*, a saber, ostentar la condición de órgano del Estado y actuar en nombre o por cuenta del mismo. En relación con el primero de los criterios, debe destacarse que la Corte ha empleado la terminología de órgano recogida en el artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado.

42. En resumen, de las dos sentencias analizadas, pueden deducirse los siguientes elementos que son útiles para definir el concepto de funcionario a los efectos de nuestro tema: a) la existencia de dos categorías de personas que se benefician, respectivamente, de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae*; b) la identificación de los primeros como funcionarios de alto nivel que ejercen funciones representativas del Estado a nivel internacional; c) la identificación de los segundos como órganos del Estado que actúan en nombre y por cuenta del mismo; y d) la consideración del desempeño de funciones oficiales como un elemento central para identificar a las personas eventualmente cubiertas por la inmunidad.

43. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado igualmente de varios asuntos que tienen su origen en supuestos en los que se ha discutido la inmunidad de jurisdicción ante tribunales nacionales y que, en alguna forma, hacen referencia a comportamientos criminales supuestamente cometidos por personas que podrían encuadrarse en el concepto de funcionario analizado en el presente informe. En relación con dichos asuntos, debe destacarse que las sentencias del Tribunal no se refieren a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera sino a la inmunidad jurisdiccional frente a acciones civiles<sup>80</sup>, y que el Tribunal se pronuncia sobre la compatibilidad de la inmunidad de jurisdicción civil con el derecho al juicio justo reconocido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

44. En el asunto *Al-Adsani*, que ya ha sido estudiado por la Comisión, los hechos que están en el origen de la demanda son la detención y torturas que el demandante habría sufrido por parte del jeque Jaber Al-Sabah Al-Saoud Al-Sabah y por otras dos personas, en un centro de detención de la seguridad kuwaití y en el palacio del

hermano del emir de Kuwait, habiéndose utilizado vehículos oficiales durante los desplazamientos. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupa únicamente en este asunto de la inmunidad de jurisdicción civil de Kuwait ante los tribunales del Reino Unido. El Tribunal no se pronuncia sobre una eventual inmunidad de las personas autoras de las torturas, ya que los tribunales del Reino Unido habían procedido contra estas tres personas, dictando una sentencia en rebeldía contra el jeque y autorizando al demandante a actuar contra las otras dos personas<sup>81</sup>. Por consiguiente, no es posible encontrar en la sentencia *Al-Adsani* ningún elemento que sirva para definir el concepto de funcionario a los efectos del presente tema.

45. Por el contrario, la reciente sentencia recaída en el asunto *Jones et autres c. Royaume-Uni* reviste mayor interés a los efectos del presente informe. A pesar de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara seguir la posición adoptada en el asunto *Al-Adsani*, en la misma no se pronuncia sobre una demanda civil dirigida contra el Estado (la Arabia Saudita) sino sobre la inmunidad de jurisdicción civil referida a demandas, igualmente civiles, dirigidas contra personas individuales que actúan como órganos del Estado. En el caso *Jones v. Saudi Arabia*, los demandantes alegan haber sufrido torturas durante su detención por parte de funcionarios de la Arabia Saudita, por lo que presentaron en su día acciones civiles contra dichos funcionarios y contra el propio Estado ante los tribunales británicos con el fin de obtener una indemnización por los daños sufridos. Los individuos demandados en el Reino Unido fueron el ministro del interior, un teniente coronel, el subdirector de la cárcel donde estuvieron detenidos algunos de los demandantes y dos policías. El Tribunal Superior rechazó inicialmente las demandas dirigidas tanto contra la Arabia Saudita como contra los funcionarios antes mencionados, por considerar que ambos se beneficiaban de la inmunidad de jurisdicción civil<sup>82</sup>. Frente a ello, el Tribunal de Apelaciones aceptó el recurso presentado por los demandantes y admitió que pudieran dirigirse contra las personas designadas a título individual por considerar que no se beneficiaban de la inmunidad de jurisdicción civil al tratarse de una reclamación presentada en relación con actos de tortura<sup>83</sup>. Sin embargo, la Cámara de los Lores declaró finalmente la inmunidad respecto de las demandas presentadas contra los individuos por considerarlos agentes o funcionarios del Estado y entender que los hechos en cuestión, aun tratándose de torturas, son actos del Estado y este se beneficia de inmunidad<sup>84</sup>.

46. En su sentencia *Jones et autres c. Royaume-Uni*, de 14 de enero de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos continúa los argumentos ya formulados en el caso *Al-Adsani* y avanza en los mismos, hasta pronunciarse sobre el carácter de las personas que presuntamente cometieron los hechos denunciados, su vinculación con el

<sup>79</sup> *Ibid.*, pág. 244, párr. 196.

<sup>80</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido expresamente a la distinción entre los procedimientos civiles y penales en su sentencia en el asunto *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, de 21 de noviembre de 2001, demanda núm. 35763/97, *Recueil des arrêts et décisions 2001-XI*, párrs. 34, 61 y 66. Dicha distinción, sin embargo, fue rechazada por los jueces que votaron en contra de la sentencia (véase la opinión disidente de los jueces Rozakis y Caflish, a la que declaran adherirse los jueces Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić). Esta distinción ha sido nuevamente señalada por el Tribunal en el asunto *Jones et autres c. Royaume-Uni* (demandas núms. 34356/06 y 40528/06), de 14 de enero de 2014, párr. 207. Dicha distinción ha sido igualmente criticada en la opinión disidente de la jueza Kalaydjieva. Sin embargo, el Reino Unido ha aceptado dicha distinción (véase el párrafo 179 de la sentencia).

<sup>81</sup> Véase *Al-Adsani* (nota precedente), párrs. 14 y 15.

<sup>82</sup> Decisiones del Tribunal de Justicia de 30 de julio de 2003 y 18 de febrero de 2004.

<sup>83</sup> Reino Unido, Tribunal de Apelaciones, *Jones v. Saudi Arabia*, fallo de 28 de octubre de 2004 (Jones No. 1), EWCA Civ 1394.

<sup>84</sup> *Jones v. Saudi Arabia* (Jones No. 2) (nota 41 *supra*), sentencia de 14 de junio de 2006 (publicada en *All England Law Reports*, [2007] 1, 10 de enero de 2007, págs. 113 a 146).

Estado y la naturaleza de los actos realizados. Tras dicho examen el Tribunal concluye que la inmunidad declarada por los tribunales británicos en este caso no es incompatible con el derecho a un juicio justo reconocido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se trata del primer caso en que el Tribunal se pronuncia sobre esta cuestión<sup>85</sup> y la sentencia aborda la evolución del tema en el derecho internacional contemporáneo, mencionando los trabajos de la Comisión<sup>86</sup>. La sentencia reviste un interés suficiente como para ser analizada en profundidad desde distintas perspectivas. Sin embargo, por lo que se refiere a los temas abordados en este tercer informe, ha de destacarse que el Tribunal no ofrece un tratamiento pormenorizado de los elementos que permiten calificar a una persona como funcionario, limitándose a afirmar «la inmunidad del Estado, en principio, ofrece protección a los empleados o funcionarios de un Estado extranjero con relación a los actos desarrollados por cuenta del Estado»<sup>87</sup>, añadiendo que «los particulares solo se benefician de la inmunidad del Estado *ratione materiae* cuando los actos impugnados fueron desarrollados en el ejercicio de sus funciones oficiales»<sup>88</sup>.

47. En resumen, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reitera los dos elementos básicos que se han venido manteniendo en la jurisprudencia nacional e internacional: la existencia de un vínculo entre el Estado y el individuo, que actúa en nombre del primero, y el ejercicio de funciones oficiales. En cualquier caso, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el Tribunal ha abordado la cuestión de la inmunidad en su dimensión *ratione materiae*, aplicando dicha categoría a todas las personas demandadas en el Reino Unido, entre las que se encuentran varios funcionarios de alto nivel, incluido el ministro del interior.

48. Los tribunales penales internacionales han procesado a personas que podrían ser encuadradas en la categoría de funcionarios a los efectos del presente informe. Sin embargo, dichos procesamientos se han realizado, a los efectos que ahora nos interesan, sobre la base de los principios de la irrelevancia del cargo oficial y de la inoponibilidad de inmunidad de jurisdicción frente a los tribunales penales internacionales. En consecuencia, no es frecuente encontrar en la jurisprudencia de dichos tribunales pronunciamientos que puedan ser de interés para definir el concepto de funcionario. Sin embargo, la sentencia de 29 de octubre de 1997, dictada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso *Blaskić*<sup>89</sup>, constituye una excepción a esta regla, ya que contiene algunas consideraciones referidas a esta cuestión.

<sup>85</sup> Ello ha motivado el que dos jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hayan planteado en sus respectivas opiniones la conveniencia de haber remitido el asunto a la Gran Sala, a fin de que esta se pronunciase sobre la continuidad o no de la doctrina expresada en el asunto *Al-Adsani*. Véanse la opinión concurrente del juez Bianku y la opinión disidente de la jueza Kalaydjieva.

<sup>86</sup> Véase la sentencia *Jones et autres c. Royaume-Uni* (nota 78 *supra*), párrs. 95 a 101.

<sup>87</sup> *Ibid.*, párr. 204.

<sup>88</sup> *Ibid.*, párr. 205.

<sup>89</sup> Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Tihomir Blaskić*, IT-95-14-AR 108, 29 de octubre de 1997.

49. En el caso *Blaskić*, la Sala de Apelaciones responde al recurso interpuesto por Croacia respecto de la decisión de la Sala de Primera Instancia II, de 18 de julio de 1979. Mediante dicho recurso impugna la competencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia para dirigir una orden obligatoria de comparecer y producir documentos dirigida a un Estado o a los funcionarios del mismo (*subpoena*). Al responder a esta cuestión, la Sala de Apelaciones se pronuncia sobre la relación existente entre el Estado y sus funcionarios y, en ese marco, concluye que los funcionarios públicos («*State officials*» en inglés y «*responsables officiels d'États*» en francés) que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales gozan de una inmunidad funcional reconocida en el derecho internacional consuetudinario<sup>90</sup>. Ello lo justifica en las características de dichas personas, a las que se refiere en otros considerandos de la sentencia como «meros instrumentos del Estado», como «instrumento del aparato estatal»<sup>91</sup>, o como «agentes del Estado»<sup>92</sup>. En todo caso, el funcionario solo actúa como órgano estatal cuando ejerce sus funciones oficiales<sup>93</sup>; en caso contrario se englobaría dentro de la categoría de «personas que actúan en su capacidad privada»<sup>94</sup>. En consecuencia, se puede concluir que también para el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia el concepto de funcionario está vinculado con la actuación en nombre y por cuenta del Estado y por el ejercicio de funciones oficiales.

### 3. LA PRÁCTICA CONVENCIONAL

50. Aunque el derecho internacional general no define el concepto de «funcionario», es posible encontrar tratados que contienen disposiciones en las que se utiliza este término o, de una forma más amplia, se hace referencia a categorías de personas que podrían encuadrarse en este concepto. En el presente informe se analiza exclusivamente un conjunto de tratados multilaterales que revisten especial significado para nuestro tema, bien porque contienen disposiciones relativas a la inmunidad de jurisdicción del Estado o de sus funcionarios, bien porque utilizan el concepto de funcionario del Estado como un elemento esencial para definir el régimen jurídico que se establece en los mismos.

#### a) Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas

51. La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas emplea en su preámbulo la expresión «funcionarios diplomáticos»<sup>95</sup>, que en su parte dispositiva sustituye por la de «agente diplomático» a los efectos de incluir al jefe de misión y al resto de los miembros del personal diplomático<sup>96</sup>. Sin embargo, la Convención no define en términos sustantivos qué se entiende por dicho término, sin duda por tratarse de un concepto sobre el que existe un amplio consenso internacional. Lo mismo sucede en los trabajos de la Comisión que dieron lugar

<sup>90</sup> *Ibid.*, párr. 38.

<sup>91</sup> *Ibid.*, párrs. 38, 44 y 51.

<sup>92</sup> *Ibid.*, párr. 38.

<sup>93</sup> *Ibid.*, párr. 44.

<sup>94</sup> *Ibid.*, párr. 49.

<sup>95</sup> Preámbulo, párrafo primero.

<sup>96</sup> Art. 1, apdo. e.

a esta Convención<sup>97</sup>. A ello debe añadirse, por otro lado, que la Convención incluye otras categorías de personas vinculadas a la misión diplomática que no son agentes diplomáticos. Las funciones de estas categorías, que incluyen al personal administrativo y técnico y al personal de servicio, son brevemente descritas en el artículo 1 de la Convención.

52. A todas estas categorías se les va a reconocer alguna forma de inmunidad de jurisdicción, si bien el alcance de la misma es diferente en cada una de ellas, siendo la más amplia la reconocida a los agentes diplomáticos y la más reducida la reconocida al personal de servicio<sup>98</sup>. Por último, es de destacar que los «criados particulares», no gozan de inmunidad alguna, salvo que el Estado receptor voluntariamente se la otorgue<sup>99</sup>. En cualquier caso, el reconocimiento de inmunidad a estas personas encuentra su punto común en el ejercicio de ciertas funciones al servicio del Estado que envía, con el que les une un vínculo formal, con independencia de la forma jurídica que revista dicho vínculo (estatutaria o contractual). La naturaleza de dichas funciones, tal y como aparecen recogidas en la Convención, no admite duda alguna: se trata de funciones y actividades que revisten naturaleza pública y oficial. Así, baste con mencionar que todas ellas se realizan con la finalidad de cumplir con las funciones propias de la misión diplomática enunciadas en el artículo 3 de la Convención, que constituyen una manifestación evidente del poder público. Esta vinculación con el ejercicio de funciones públicas es máximo en el caso de los agentes diplomáticos, a los que, en virtud del artículo 42, no les está permitido el ejercicio «en el Estado receptor ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio». En el resto de las categorías de personal de la misión, la referencia a la conexión con el Estado que envía y con las finalidades públicas de las actividades de la misión queda igualmente de manifiesto en la referencia continuada a «sus funciones oficiales» como el parámetro para la concesión de alguna forma de inmunidad de jurisdicción.

53. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta igualmente que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas privilegia un especial vínculo de las citadas categorías de personas con el Estado, a saber, la nacionalidad. Aunque dicho vínculo no es determinante para el desempeño de las funciones diplomáticas, administrativas, técnicas o de servicio en la misión, tiene consecuencias en el régimen aplicable a la inmunidad de jurisdicción y tiene interés a los efectos del presente informe<sup>100</sup>. Así, baste con recordar que el artículo 38, párr. 1, limita la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos que son nacionales del Estado receptor o que tienen en él su residencia permanente a «los actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones», y que, paralelamente, no reconoce ningún tipo de inmunidad a las demás categorías de personas que se encuentren en la misma situación, que solo podrán beneficiarse de la misma si el Estado receptor libre y voluntariamente

se la otorga. De esta manera se refuerza la relación existente entre reconocimiento de la inmunidad y ejercicio de funciones oficiales en nombre del Estado. Esta relación ya fue puesta de manifiesto por la propia Comisión, que en su comentario al proyecto de artículo 37 (luego artículo 38, párr. 1 en la Convención) afirmó que en este caso era necesario asegurar que los agentes diplomáticos que se encuentran en esta situación deben «disfrut[ar] al menos de un mínimo de inmunidad para permitirle[s] el eficaz desempeño de sus funciones»<sup>101</sup>.

54. En resumen, es el vínculo con el Estado, la actuación por cuenta del mismo y el ejercicio de actividades oficiales en su beneficio, a través de la misión diplomática, lo que permite identificar a las distintas categorías de personas que, en el marco de las relaciones diplomáticas, se benefician de la inmunidad, y son, por tanto, dichos elementos los que permiten identificar a los funcionarios del Estado.

#### b) *Convención sobre las Misiones Especiales*

55. La Convención sobre las Misiones Especiales sigue una estructura similar a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas al identificar las categorías de personas que forman parte de la misión y que se benefician de alguna forma de inmunidad. No obstante, introduce alguna pequeña variante que se explica por la naturaleza especial de este tipo de actividad diplomática. Así, la Convención sobre las Misiones Especiales incluye al jefe de misión, a los miembros del personal diplomático, a los miembros del personal administrativo y técnico y a los miembros del personal de servicio. Además, añade la figura del «representante», que se define en términos sustantivos por el especial mandato de representación que le atribuye el Estado, siendo indiferente en qué categoría de las mencionadas anteriormente se incluya<sup>102</sup>. Es de destacar que esta Convención no utiliza en ningún momento el término «funcionario».

56. El régimen de las inmunidades de jurisdicción reconocidas a las categorías de personas antes mencionadas es similar al fijado en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, siendo de destacar nuevamente el criterio de las funciones desempeñadas dentro de la misión como el elemento determinante para definir las categorías de personas que se benefician de la inmunidad de jurisdicción y para determinar el alcance de la misma<sup>103</sup>. En este caso, la vinculación con el Estado y la naturaleza pública de las citadas funciones viene determinada por la definición misma de la misión especial, a

<sup>101</sup> *Anuario...* 1958, vol. II, pág. 110, párr. 3 del comentario al artículo 37.

<sup>102</sup> Véase el artículo 14, en el que se establece que «[e]l jefe de la misión especial o, si el Estado que envía no ha nombrado jefe, uno de los representantes del Estado que envía, designado por este, estará autorizado para actuar en nombre de la misión especial y dirigir comunicaciones al Estado receptor». En el artículo 1, apdo. e se define como «representante del Estado que envía en la misión especial» a «toda persona a la que el Estado que envía haya atribuido el carácter de tal». Téngase en cuenta que el representante del Estado no debe ser necesariamente un miembro del personal diplomático, tal y como se deduce de la distinción entre ambas categorías de personas a lo largo de la Convención (véanse, a título de ejemplo, los artículos 29, 31, 40, párr. 1, y 48).

<sup>103</sup> Véanse, en particular, los artículos 31, 36 y 37.

<sup>97</sup> Véase *Anuario...* 1958, vol. II, pág. 17, que recoge el proyecto de artículos referentes a las relaciones e inmunidades diplomáticas, adoptado en segunda lectura. Nótese que el artículo 1, dedicado a las definiciones, no incluye ningún comentario.

<sup>98</sup> Véanse los artículos 31 y 37, párrs. 2 y 3.

<sup>99</sup> Art. 37, párr. 4 del comentario.

<sup>100</sup> Véanse los artículos 8 y 38.

saber, «una misión temporal, que tenga carácter representativo del Estado, enviada por un Estado ante otro Estado con el consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un cometido determinado»<sup>104</sup>. A ello se añade, de nuevo, la prohibición para los representantes del Estado y para los miembros del personal diplomático de ejercer «en el Estado receptor ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio»<sup>105</sup>. Por lo que se refiere a las personas que tengan la nacionalidad o la residencia permanente en el Estado receptor, su inmunidad se ve afectada por estos factores, limitándose a los «actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones» por los representantes del Estado que envía o por los miembros diplomáticos de la misión<sup>106</sup>.

57. La Convención sobre las Misiones Especiales contempla, además, una categoría específica de personas a las que se reconoce un régimen privilegiado de inmunidades que se define de la siguiente manera en su artículo 21:

1. El jefe de Estado que envía, cuando encabece una misión especial, gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a los jefes de Estado en visita oficial.

2. El jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y demás personalidades de rango elevado, cuando participen en una misión especial del Estado que envía, gozarán en el Estado receptor o en un tercer Estado, además de lo que otorga la presente Convención, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional.

58. La inclusión de esta categoría de personas se explica, sin duda, por la peculiaridad de las misiones especiales y por el hecho de que, con una cierta frecuencia, están encabezadas por el jefe de Estado, el jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores, otro ministro u otra alta autoridad del Estado. El interés de esta disposición radica, precisamente, en la distinción entre dos diferentes categorías de personas a las que se aplicarían regímenes parcialmente diferenciados. Por otro lado, introduce la expresión «demás personalidades de rango elevado» que no se contemplaba en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas<sup>107</sup>.

59. En todo caso, también la Convención sobre las Misiones Especiales pone el énfasis en el vínculo con el Estado, en la actuación por cuenta del mismo y en el ejercicio de funciones oficiales, que se convierten en los criterios que sirven para identificar a las personas (funcionarios del Estado) que se benefician de la inmunidad. Junto a ello, la incorporación de la referencia al jefe de Estado, jefe de gobierno, ministro de relaciones exteriores y demás personalidades de rango elevado introduce la dimensión de los «funcionarios de alto nivel», que tienen un vínculo con el Estado que va más allá de la pertenencia a la estructura administrativa (entendida en sentido amplio) del Estado.

<sup>104</sup> Art. 1, apdo. a. El carácter representativo de la misión especial se encuentra igualmente en el párrafo séptimo del preámbulo de la Convención.

<sup>105</sup> Art. 48.

<sup>106</sup> Art. 40, párr. 1; véase también el artículo 10.

<sup>107</sup> La Comisión ya ha advertido del empleo de esta denominación en su comentario, aprobado provisionalmente en 2013. Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49, proyecto de artículo 3, párr. 11.

c) *Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal*

60. La Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (en adelante, la Convención de Viena de 1975) enuncia en su artículo 1 varias categorías de personas que pueden beneficiarse del régimen jurídico previsto en su articulado. Entre dichas personas no solo se encuentran el jefe de misión y el jefe de delegación, sino también otros miembros de la misión o la delegación. Dentro de esta categoría se incluyen los miembros del personal diplomático de la misión o delegación, el personal administrativo y técnico, así como el personal de servicio. Como sucede con la Convención sobre las Misiones Especiales, la Convención de Viena de 1975 no define de manera sustantiva qué se entiende por jefe de misión o jefe de delegación. Tampoco la Comisión se ocupó de esta cuestión en los trabajos que dieron lugar a esta Convención<sup>108</sup>.

61. La Convención de Viena de 1975 establece un régimen de inmunidad de jurisdicción aplicable a las personas antes mencionadas que se hace depender de la naturaleza de la relación que mantiene la persona con el Estado y, en particular, de las funciones que desarrolla dentro de la misión o de la delegación. De esta manera, la más amplia inmunidad se concede a los jefes de misión y delegación y demás miembros del personal diplomático de la misión o delegación<sup>109</sup> y la más reducida se otorga a favor del personal de servicio<sup>110</sup>. De manera especial, cabe destacar que, en el caso del personal administrativo y técnico, la inmunidad de jurisdicción no se extiende a los actos desempeñados fuera del ámbito de sus funciones<sup>111</sup> y, en el caso del personal de servicio, la inmunidad de jurisdicción queda limitada a los actos desarrollados en el contexto de sus funciones<sup>112</sup>. Por su parte, el personal dedicado al servicio privado carece de inmunidad de jurisdicción, salvo que el Estado receptor se la conceda<sup>113</sup>. Junto a ello, cabe destacar que el carácter oficial de las tareas encomendadas a las personas que podríamos calificar como funcionarios se refuerza por el hecho de que la Convención recoge la prohibición de ejercer «en el Estado huésped ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio» por parte del jefe de misión y el resto del personal diplomático<sup>114</sup>. Por último, respecto de las personas que tengan la nacionalidad o la residencia permanente en el Estado receptor, la inmunidad se limita a los «actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones» por el jefe de misión o de delegación y el resto del personal diplomático de la misión o la delegación<sup>115</sup>.

<sup>108</sup> Véase el proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales y sus comentarios, en *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 307, párr. 60.

<sup>109</sup> Véanse los artículos 30 y 60.

<sup>110</sup> Véanse los artículos 36, párr. 3 y 66, párr. 3.

<sup>111</sup> Véanse los artículos 36, párr. 2 y 66, párr. 2.

<sup>112</sup> Véase la nota 108 *supra*.

<sup>113</sup> Véanse los artículos 36, párr. 4 y 66, párr. 4.

<sup>114</sup> Art. 39, párr. 1.

<sup>115</sup> Véanse los artículos 36 y 37.

62. Asimismo, con relación a las delegaciones enviadas a conferencias internacionales promovidas por una organización internacional de carácter universal, el texto de la Convención de Viena de 1975 estipula en su artículo 50 que las inmunidades reconocidas en esta convención son complementarias a las que el derecho internacional le confiere al jefe de Estado, al jefe de gobierno, al ministro de relaciones exteriores y a otras personalidades de rango elevado:

1. El jefe de Estado o todo miembro de un órgano colegiado que ejerza las funciones de jefe de Estado de conformidad con la constitución del Estado de que se trate, cuando encabece la delegación, gozará en el Estado huésped o en un tercer Estado, además de lo que otorga la presente Convención, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a los jefes de Estado.

2. El jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores o toda persona de rango elevado, cuando encabece la delegación o sea miembro de ella, gozará en el Estado huésped o en un tercer Estado, además de lo que otorga la presente Convención, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a esas personas.

63. Con relación a estas personalidades de rango elevado, que también se mencionan en la Convención sobre las Misiones Especiales, conviene destacar que la Comisión realizó una interesante puntualización en su comentario al artículo 50:

[L]a Comisión estimó que las personalidades de rango elevado mencionadas en el párrafo 2 tenían derecho a privilegios e inmunidades en virtud de las funciones que desempeñaban en su país y que como jefes de la misión no desempeñarían tales funciones. La expresión «personalidades de rango elevado» se refiere, pues, no a unas personas a las que su Estado concede un rango especialmente elevado por las funciones que desempeñan en una misión sino a personas que ocupan posiciones elevadas en sus respectivos Estados y que temporalmente son llamadas a formar parte de una delegación en un órgano o en una conferencia<sup>116</sup>.

64. El análisis de este régimen jurídico permite extraer unas conclusiones similares a las alcanzadas al examinar la Convención de Viena de 1975. En efecto, en primer lugar, pese a que en la Convención tampoco se utiliza expresamente el término «funcionario» ni se definen las categorías de personas contempladas en la misma, es evidente que respecto de todas ellas se puede afirmar que existe un vínculo entre el beneficiario de la inmunidad de jurisdicción y el Estado, por cuya cuenta actúa, que está inequívocamente basado en el desempeño por parte del primero de funciones de naturaleza pública. En segundo lugar, la mención a las personalidades de rango elevado en el artículo 50 de la Convención introduce nuevamente la idea de dos regímenes de inmunidad parcialmente diferenciados.

#### d) *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*

65. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares contiene algunas diferencias respecto de los instrumentos antes analizados, tanto por lo que se refiere a las categorías de personas que se integran en la «oficina consular» como por lo que se refiere al alcance de la inmunidad de jurisdicción de las mismas. La principal característica de la Convención radica en la distinción entre los «funcionarios consulares» y los «empleados consulares», únicas categorías a la que se reconoce

inmunidad de jurisdicción<sup>117</sup>. Por «funcionario consular» entiende «toda persona, incluido el jefe de oficina consular, encargada con ese carácter del ejercicio de funciones consulares»<sup>118</sup>. Por «empleado consular» entiende «toda persona empleada en el servicio administrativo o técnico de una oficina consular»<sup>119</sup>. A ello se añade la figura del «agente consular», a la que se refiere el artículo 69, cuya aceptación para ejercer funciones consulares y cuyo régimen jurídico se deja a la libre voluntad de los Estados interesados. Dicha figura no fue contemplada, sin embargo, en el proyecto de artículos elaborado por la Comisión.

66. La inmunidad de jurisdicción reconocida a los «funcionarios consulares» y a los «empleados consulares» tiene un alcance más limitado que la reconocida a los agentes diplomáticos, vinculándose expresamente a «los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares»<sup>120</sup>. Además, la inmunidad de jurisdicción civil queda excluida en los casos en que el procedimiento «resulte de un contrato que el funcionario consular, o el empleado consular, no haya concertado, explícita o implícitamente, como agente del Estado que envía»<sup>121</sup>. Por último, ha de destacarse que, si bien la inmunidad de jurisdicción penal respecto de un funcionario consular no es reconocida por la Convención, se establece expresamente que toda diligencia penal deberá realizarse «con la deferencia debida al funcionario consular en razón de su posición oficial y [...] de manera que perturbe lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares»<sup>122</sup>.

67. En consecuencia, debe afirmarse que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares refleja de forma aún más acusada la existencia de una relación entre el reconocimiento de la inmunidad a favor de ciertas categorías de personas y el ejercicio de funciones específicas por cuenta del Estado. Dichas funciones son de nuevo funciones que constituyen una manifestación del poder público. Así lo pone de manifiesto la naturaleza de las funciones enumeradas en el artículo 5 de la Convención y la previsión explícita de que un funcionario diplomático pueda desempeñar, bajo determinadas condiciones, «actos diplomáticos», o que pueda «actuar como representante del Estado que envía cerca de cualquier organización intergubernamental»<sup>123</sup>. La conexión entre las categorías de personas cubiertas por la inmunidad y el Estado resulta, por tanto, evidente. Y dicha conexión se refuerza por el artículo 43, al referirse en su párrafo 2, apdo. a a los «funcionarios consulares» y a los «empleados consulares» como «agentes del Estado que envía»<sup>124</sup>.

<sup>117</sup> Véase el artículo 43. Véanse también los artículos 58, párr. 2, y 63 respecto de los funcionarios consulares honorarios.

<sup>118</sup> Art. 1, apdo. d.

<sup>119</sup> Art. 1, apdo. e.

<sup>120</sup> Art. 43, párr. 1.

<sup>121</sup> Art. 43, párr. 2, apdo. a.

<sup>122</sup> Art. 41, párr. 3. Esta misma mención se incluye en la Convención respecto del sometimiento a la jurisdicción penal de los «funcionario[s] consular[es] honorario[s]» (art. 63).

<sup>123</sup> Art. 17, párr. 2.

<sup>124</sup> Véase también el artículo 71, párr. 1, que establece reglas limitativas para el caso de los funcionarios consulares que tengan la nacionalidad del Estado receptor o que residan en él con carácter permanente.

<sup>116</sup> *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 341, párr. 6 del comentario al artículo 50.

68. Desde esta perspectiva, puede concluirse que los criterios identificativos de las personas que se benefician de la inmunidad en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares siguen los mismos parámetros que las tres convenciones analizadas previamente, a saber, vinculación con el Estado, actuación por cuenta del mismo y ejercicio de funciones oficiales. No obstante, debe advertirse también de la distinta terminología empleada en la misma, incluyendo nuevos términos como «funcionario» y «empleado», así como el de «agentes del Estado que envía».

e) *Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos*

69. En quinto lugar, ha de hacerse referencia a la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos. Aunque dicha Convención no se refiere a las inmunidades, el espíritu que la inspira es el mismo que inspiró las otras convenciones analizadas anteriormente: establecer un sistema especial aplicable respecto de ciertas categorías de personas en función de su vinculación con el Estado y por razón del desempeño de determinadas funciones de proyección internacional. Por consiguiente, el análisis de las categorías de «personas protegidas» a las que se refiere esta Convención puede ser útil igualmente para identificar los criterios que nos permitirían calificar a una cierta categoría de personas como «funcionario» a los efectos de nuestro tema.

70. Desde esta perspectiva, la disposición relevante es la contenida en el artículo 1, párr. 1, que enumera las siguientes «personas internacionalmente protegidas»:

a) un jefe de Estado, incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la constitución respectiva, cumpla las funciones de jefe de Estado, un jefe de gobierno o un ministro de relaciones exteriores [...];

b) cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado.

71. Esta disposición presenta algunas diferencias respecto del proyecto de artículo aprobado en su día por la Comisión, que se refería a:

a) Un jefe de Estado o un jefe de gobierno [...],

b) Cualquier funcionario de un Estado [...] que, conforme al derecho internacional general o un acuerdo internacional, tenga derecho a una protección especial en el desempeño de funciones en nombre de su Estado [...], o en relación con ellas.<sup>125</sup>

72. Debe advertirse que en el texto de la Convención finalmente adoptado se incorpora en el primer apartado la referencia al ministro de relaciones exteriores, así como en el segundo la mención de los representantes y personalidades oficiales<sup>126</sup>, y se suprime en el segundo apartado

<sup>125</sup> Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, art. 1, *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 341.

<sup>126</sup> La fórmula «personalidad oficial» ya se había incluido en la versión francesa del proyecto de artículo 1 aprobado por la Comisión, que empleaba la expresión «[t]oute personnalité officielle ou tout fonctionnaire d'un État» en lugar de «cualquier funcionario de un Estado» (*Anuario... 1972*, vol. II, pág. 340).

la referencia a que la protección especial se le otorga a dichas personas en virtud del ejercicio de funciones en nombre del Estado.

73. Esta disposición reviste un especial interés, puesto que se refiere de forma general a «todas» las categorías de personas internacionalmente protegidas, agrupándolas en dos bloques distintos. Dichos bloques podrían corresponderse con las dos categorías de personas contempladas en los trabajos de la Comisión sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, a las que se aplicaría, respectivamente, la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*.

74. Desde la primera de las perspectivas, la Comisión ya se ha referido a esta disposición en el comentario sobre el proyecto de artículo 3 aprobado provisionalmente en su 65.º período de sesiones, en 2013<sup>127</sup>. Sin embargo, el precepto en cuestión es igualmente interesante desde la perspectiva de la definición del concepto general de «funcionario» a los efectos del presente informe, ya que enumera personas susceptibles de una protección especial por su relación con el Estado y las funciones que desempeñan en representación y por cuenta o en nombre del mismo. En este sentido, conviene destacar de modo especial el comentario de la Comisión sobre el proyecto de artículo 1 aprobado en 1972, en el que se distingue entre la posición de jefe de Estado y jefe de gobierno y el resto de funcionarios y personalidades oficiales. Los primeros son identificados *eo nomine* y la protección que les otorga el derecho internacional se deriva del hecho de ser «titulares de esos cargos» y ostentar «la dignidad de jefe de Estado o de gobierno»<sup>128</sup>. En el caso de los representantes, funcionarios y personalidades oficiales, deberán ser identificados mediante el cumplimiento de ciertos requisitos<sup>129</sup>, entre los que cabe destacar su condición de funcionarios y personalidades del Estado, es decir, estar «al servicio de un Estado»<sup>130</sup>. Por otro lado, el hecho de que tengan derecho a una protección internacional «se debe al desempeño de funciones oficiales o tiene su origen en relación con ellas»<sup>131</sup>. Estos comentarios de la Comisión resultan plenamente válidos para el artículo 1 de la Convención, a pesar de que la referencia al desempeño de funciones en nombre del Estado haya desaparecido.

75. En consecuencia, la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos nos ofrece dos interesantes elementos que son útiles a los efectos del presente informe. En primer lugar, la existencia de dos categorías distintas de personas respecto de las cuales el fundamento del régimen protector es distinto. En segundo lugar, la insistencia en el vínculo con el Estado, bien sea por el estatus o posición especial de determinadas

<sup>127</sup> *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49, comentario al proyecto de artículo 3, esp. párr. 4.

<sup>128</sup> *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 341, párr. 2 del comentario al artículo 1.

<sup>129</sup> *Ibíd.*, pág. 342, párr. 4. Aunque en el mismo comentario la Comisión da algunos ejemplos, estos se limitan a los agentes diplomáticos, en misión especial y los funcionarios consulares, así como a ciertos «funcionarios» y «agentes» de las organizaciones internacionales (*ibíd.*, pág. 343, párr. 9).

<sup>130</sup> *Ibíd.*, pág. 342, párr. 7.

<sup>131</sup> *Ibíd.*, pág. 343, párr. 10.

personas, bien por el hecho de que ciertas personas actúan en nombre del Estado. A ello ha de añadirse, además, otro elemento de orden terminológico: la Convención reserva el término «funcionario» para la segunda categoría de personas, utilizándolo junto con los términos «representantes» y «otras personalidades oficiales».

f) *Convención de las Naciones Unidas sobre la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados y de sus Bienes*

76. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados y de sus Bienes contiene igualmente disposiciones en las que se mencionan órganos y personas que se benefician de la inmunidad. Así, en su artículo 2, párr. 1, apdo. b, inc. i), se refiere «[a]l Estado y sus diversos órganos de gobierno» y en el inciso iv) a «los representantes del Estado cuando actúan en tal carácter», y en su artículo 3, párr. 2, se refiere igualmente a «los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los Jefes de Estado».

77. Ha de recordarse que la citada Convención no se aplica a la jurisdicción penal y, por tanto, queda fuera del ámbito propio del tema «La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado»<sup>132</sup>. No obstante, la referencia a «los órganos de gobierno del Estado», a «los representantes del Estado cuando actúan en tal carácter» y a la «inmunidad *ratione personae* del Jefe de Estado» es interesante a los efectos de determinar los criterios identificativos del concepto de «funcionario» en el marco del presente informe, en primer lugar, porque permite deducir la existencia de dos distintas categorías de personas a las que se aplican, respectivamente, la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*, y, en segundo lugar, porque pone el énfasis en el carácter *representativo* que deben reunir las personas a las que se aplica la inmunidad *ratione materiae*<sup>133</sup>.

78. Desde una perspectiva terminológica, cabe señalar que ni la Comisión en el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes ni la Convención emplean la expresión «funcionario». Por el contrario, como ya se ha señalado *supra*, se refieren a los «órganos de gobierno» del Estado y a sus «representantes». Además, ha de destacarse igualmente que, en relación con este proyecto de artículos, la Comisión consideró en su día que el término «órgano del Estado» se refiere a entidades y no a personas, con la única excepción del jefe de Estado y del jefe de gobierno, a los que incluye, parcialmente, en dicha categoría<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> Al respecto, véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49, comentario al proyecto de artículo 3, párr. 4 y la penúltima nota a dicho párrafo 4.

<sup>133</sup> En este sentido, resultan de interés algunos comentarios de la Comisión del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado en segunda lectura en 1991. Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), párr. 28, págs. 15 y 18, comentario al proyecto de artículo 2, párrs. 6, 8 y 17, respectivamente, y pág. 22, comentario al proyecto de artículo 3, párr. 1.

<sup>134</sup> *Ibid.*, págs. 15 y 16, comentario al proyecto de artículo 2, párrs. 6 y 8 a 10.

g) *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*

79. En relación con los tratados internacionales que definen comportamientos penalmente perseguibles con independencia de su vinculación con las relaciones internacionales, ha de destacarse que la referencia a la categoría de funcionarios aparece muy tempranamente en la práctica convencional. Así, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio menciona expresamente en su artículo IV a los «gobernantes, funcionarios o particulares» al referirse a las personas que pueden cometer un delito de genocidio. Aunque la Convención no contiene una definición de dichos conceptos, la referencia a los «gobernantes» y «funcionarios» y su oposición a los «particulares», permite concluir la existencia de dos categorías de personas que actúan, respectivamente, a título oficial y a título privado. Sin embargo, el mencionado precepto no nos proporciona ningún otro elemento ni para diferenciar entre «gobernantes» y «funcionarios» ni para deducir los criterios identificativos del carácter oficial de su actuación.

80. A pesar de ello, la utilización de ambos términos permite concluir la existencia de dos diferentes categorías de personas que actúan por cuenta del Estado y cuyas funciones responden a una naturaleza diferente. En este sentido, baste con recordar que la inclusión del término «gobernantes» dio lugar a un intenso e interesante debate en la Sexta Comisión en 1948, que puso de manifiesto cómo, para la mayoría de los Estados, el término «gobernante» y el término «funcionario» no son intercambiables<sup>135</sup>. En este sentido puede citarse la intervención de Egipto, que señaló que el concepto de gobernante incluye, en efecto, no solamente al monarca constitucional, sino igualmente a los ministros y a todos los que ejercen el poder del gobierno, excluidos los funcionarios de la administración<sup>136</sup>, o la declaración de la India, que llamó la atención sobre la necesidad de incluir, aparte de a los funcionarios públicos y a los particulares, a las personas que ejercen autoridad dentro del Estado<sup>137</sup>, a lo que debe añadir la intervención de Francia, para quien el debatido término «gobernantes» significa en realidad quienes tienen una responsabilidad efectiva de poder<sup>138</sup>. Sin duda, este debate sigue revistiendo interés a los efectos del presente informe.

81. Por último debe destacarse que la propuesta de Bélgica<sup>139</sup> de sustituir los términos «gobernantes y funcionarios» por el de «agentes del Estado», que consideraba como válido para referirse a ambas categorías de personas, no prosperó.

<sup>135</sup> Véase *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission*, 93.ª sesión, págs. 314 a 322. En relación con el empleo de ambos términos, es de destacar que solo Venezuela señaló que en ese país los gobernantes son todos considerados como funcionarios. Sin embargo, añadió que dado que ese no era el caso en otros Estados no se oponía a mantener el término «gobernantes» (*ibid.*, pág. 318).

<sup>136</sup> *Ibid.*, pág. 315.

<sup>137</sup> *Ibid.*, pág. 317.

<sup>138</sup> *Ibid.*, pág. 315.

<sup>139</sup> *Ibid.*, pág. 316.

h) *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*

82. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes incorpora el concepto de funcionario como uno de los elementos de la definición misma de la tortura, al exigir que los «dolores o sufrimientos» padecidos por la víctima «sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia» (art. 1, párr. 1). Por su parte, el artículo 2, párr. 3, al referirse a las órdenes de los superiores, señala que dicha orden es la procedente «de un funcionario superior o de una autoridad pública». Por último, al establecer la obligación del Estado de tipificar en su derecho interno el delito de tortura vuelve a referirse expresamente a «un funcionario u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales» (art. 16, párr. 1)<sup>140</sup>.

83. Por su parte, el Comité contra la Tortura ha recogido la terminología de la Convención en las observaciones generales que ha aprobado hasta la fecha<sup>141</sup>, añadiendo las expresiones «las personas que actúen, *de jure* o *de facto*, en nombre del Estado»<sup>142</sup>, «sus agentes [...] y quienes actúen en su nombre»<sup>143</sup>, «las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial»<sup>144</sup>, «un superior o [...] una autoridad pública»<sup>145</sup>, «funcionarios que constituyan la cadena jerárquica»<sup>146</sup> o «superiores jerárquicos, funcionarios públicos incluidos»<sup>147</sup>. A lo que ha de añadirse que, cuando se refiere en su observación general núm. 3 a la inmunidad de ciertas personas, para negar su compatibilidad con la Convención, emplea la expresión «quienes actúan en [...] nombre» del Estado<sup>148</sup>.

84. La Convención contra la Tortura no define, sin embargo, el concepto de «funcionario», «autoridad pública» u «otra persona en el ejercicio de funciones públicas». Y el Comité contra la Tortura tampoco ha

<sup>140</sup> Junto a estas menciones explícitas de los funcionarios y autoridades públicas, en el artículo 10, párr. 1, al referirse a las medidas formativas dirigidas a prevenir la tortura, menciona las siguientes categorías de personas: «el personal encargado de la aplicación de la ley, sea este civil o militar, el personal médico, [...] los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión».

<sup>141</sup> En la observación general sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención se refiere a «un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas» (Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/53/44)*, anexo IX, párrs. 3 y 8, apdo. b). En la observación general núm. 2 sobre la aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, se refiere a los «funcionarios y otras personas» que actúan a título oficial (párr. 15) y a «los funcionarios» (párr. 18) (véase *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/63/44)*, anexo VI. Por su parte, en la observación general núm. 3 (2012) sobre la aplicación del artículo 14 por los Estados partes, se refiere a «las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial» (párr. 7) y a los «funcionarios públicos» (párr. 18) (*ibíd.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/68/44)*, anexo X).

<sup>142</sup> *Ibíd.*, observación general núm. 2, párr. 7.

<sup>143</sup> *Ibíd.*, párrs. 7 y 15.

<sup>144</sup> *Ibíd.*, 2, párr. 18, y observación general núm. 3, *ibíd.*, párr. 7.

<sup>145</sup> *Ibíd.*, observación general núm. 2, párr. 26.

<sup>146</sup> *Ibíd.*, párr. 7.

<sup>147</sup> *Ibíd.*, párr. 26.

<sup>148</sup> *Ibíd.*, observación general núm. 3, párr. 42.

definido hasta la fecha dichos conceptos. Sin embargo, es obvio que la Convención contra la Tortura hace hincapié en «el ejercicio de funciones públicas» y emplea el calificativo «público» para referirse tanto a los «funcionarios» como a las «autoridades». De esta forma se hace evidente la conexión de la persona con el Estado y con el desempeño de funciones propias del mismo. Esta conexión con el Estado ha sido enfatizada, además, por el Comité contra la Tortura a través de sus continuas referencias a que los funcionarios, las autoridades y las personas actúen «a título oficial o en nombre del Estado» y al empleo de la expresión «autoridades del Estado», a lo que ha de añadirse la afirmación de que las personas «actúa[n] a título oficial por cuanto desempeña[n] una función pública»<sup>149</sup>. De lo expuesto hasta ahora, además, se puede resaltar un segundo criterio identificativo, a saber, la existencia de una pluralidad de personas que responden a esta vinculación con el Estado y con el ejercicio de funciones públicas. Dichas personas no se reducen al concepto estricto de funcionario, incluyendo otras formulaciones como «autoridades» o «agentes»<sup>150</sup>.

i) *Instrumentos contra la corrupción*

85. A los efectos del presente informe resultan de especial interés los instrumentos que desde la última década del siglo pasado se han venido adoptando, tanto a nivel universal como regional, para luchar contra el fenómeno de la corrupción. Todos ellos presentan el elemento común de situar a los funcionarios del Estado en el centro de su regulación, y, por consiguiente, no solo mencionan expresamente a esta categoría de personas en su articulado sino que, además, nos ofrecen definiciones de qué se entiende por funcionario.

86. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece en su artículo 2, apdo. a:

Por «funcionario público» se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como «funcionario público» en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por «funcionario público» toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

87. Junto a ello, el apartado b se refiere al «funcionario público extranjero», al que define como

toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública.

<sup>149</sup> *Ibíd.*, observación general núm. 2, párr. 17.

<sup>150</sup> La pluralidad de personas vinculadas con el Estado queda de manifiesto en la siguiente enumeración contenida en la observación general núm. 2: «funcionarios y otras personas, por ejemplo, agentes, los contratistas privados y demás personas que actúan a título oficial o en nombre del Estado, en colaboración con este, bajo su jurisdicción y control o de cualquiera otra forma al amparo de la ley» (*ibíd.*, párr. 15).

La referencia a los «funcionarios públicos» y a los «funcionarios públicos extranjeros» se mantiene de forma uniforme a lo largo de toda la Convención<sup>151</sup>, si bien en algunas de sus disposiciones se refiere también a los «empleados públicos» como una categoría separada de la de «funcionario público»<sup>152</sup>.

88. Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción se refiere de forma conjunta al «[f]uncionario público, [o]ficial gubernamental o [s]ervidor público», a los que define en su artículo I como

cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

89. Por último, el Convenio Penal sobre la Corrupción, del Consejo de Europa, establece, en su parte pertinente, que:

a) la expresión «agente público» se interpretará con referencia a la definición de «funcionario», «oficial público», «alcalde», «ministro» o «juez», en el derecho nacional del Estado en que la persona en cuestión ejerza dichas funciones y tal como se aplique en su derecho penal;

b) el término «juez» que figura en la anterior letra a) comprenderá a los miembros del ministerio público y las personas que ejerzan funciones judiciales;

c) en el caso de actuaciones en que esté implicado un agente público de otro Estado, el Estado que las practique solo podrá aplicar la definición de agente público en la medida en que dicha definición sea compatible con su derecho nacional<sup>153</sup>.

90. Esta misma definición resulta también aplicable al Convenio Civil sobre la Corrupción, del Consejo de Europa, que se limita a mencionar a los «agentes públicos en el ejercicio de sus funciones»<sup>154</sup>.

91. La definición de «agente público» que contiene el Convenio Penal sobre la Corrupción reviste un especial interés a los efectos del presente informe, ya que, como señala el informe explicativo del Convenio:

Los redactores de este Convenio deseaban cubrir todas las categorías posibles de agentes públicos con el propósito de evitar, en la medida de lo posible, lagunas en la tipificación de la corrupción en el sector público. No obstante, esto no implica necesariamente que los Estados tengan que redefinir su concepto de «agente público» en general. Con relación al «derecho nacional», debe destacarse que la intención de los redactores del Convenio fue que los Estados partes asumieran obligaciones convencionales solo en la medida en que fueran compatibles con su constitución y con los principios fundamentales reconocidos en su ordenamiento jurídico, incluyendo, cuando fuere adecuado, los principios de carácter federal<sup>155</sup>.

92. Se mantiene de esta manera la autonomía de los sistemas nacionales para definir quiénes son las personas a las que cada Estado califique internamente como «agentes públicos», pero se explicitan aquellas categorías de personas y cargos que han de entenderse incluidas, al menos, en el concepto de agente público a fin de evitar lagunas en la persecución de la corrupción. En este sentido, resulta especialmente significativa la referencia a los

«alcaldes» y «ministros», que en «muchos Estados [...] se asimilan a los agentes públicos para los efectos de los delitos cometidos en el ejercicio de sus competencias»<sup>156</sup>. En el mismo sentido, el informe explicativo se refiere a los «jueces» como «titulares de cargos públicos, ya electivos o por designación. Este concepto debe ser interpretado de la forma más amplia posible: siendo el elemento decisivo las funciones desempeñadas por el individuo, que deberían tener una naturaleza judicial, más que la denominación que se le haya dado a su cargo. Los fiscales se consideran incluidos en esta definición, aunque en algunos Estados no se les considera como miembros del poder judicial»<sup>157</sup>. Esta tendencia omnicompreensiva del Convenio respecto del concepto de agente público se refleja igualmente en el Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción, que extiende el ámbito de aplicación del Convenio a los árbitros y jurados, tanto nacionales como extranjeros<sup>158</sup>.

93. A pesar de las diferencias que se aprecian en los distintos instrumentos analizados en esta sección, de las mismas pueden deducirse los siguientes elementos comunes para definir al «funcionario»: a) abarca a personas que ejercen funciones públicas en nombre y por cuenta del Estado; b) es irrelevante la forma en que dichas personas hayan accedido a dicha función, pudiendo haber sido elegidas o nombradas; c) es igualmente irrelevante que ejerzan esas funciones de forma permanente y temporal, y bajo remuneración o a título gratuito; d) es irrelevante que desempeñen estas funciones públicas en el ámbito del poder ejecutivo (administración), del poder judicial o del legislativo; y, por último, e) es igualmente irrelevante que ejerzan las citadas funciones públicas en órganos centrales del Estado, en otras estructuras políticas o administrativas e, incluso, en empresas u otros organismos del sector público. Aunque es discutible si todas estas características deben ser aplicadas en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, no se puede negar que a partir de las mismas es posible identificar criterios que nos sirvan para definir el concepto de funcionario a los efectos del presente tema.

j) *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*

94. El Estatuto de Roma establece lo siguiente en el artículo 27, párr. 1:

El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.

95. El citado artículo enumera una serie de personas que se encuadran dentro del concepto de «cargo oficial», que declara irrelevante a los efectos de determinar la responsabilidad internacional penal. Esta enumeración tiene interés para el presente informe si se tiene en cuenta que el párrafo 2 del artículo 27 conecta el concepto de «cargo oficial» con las inmunidades, al establecer que

<sup>151</sup> Véanse los artículos 7, 8, 12, 15 a 20, 25, 30, 38 y 52.

<sup>152</sup> Véanse los artículos 7 y 30.

<sup>153</sup> Art. 1.

<sup>154</sup> Art. 5.

<sup>155</sup> Consejo de Europa, *Explanatory report*, párr. 27.

<sup>156</sup> *Ibíd.*, párr. 28.

<sup>157</sup> *Ibíd.*, párr. 29.

<sup>158</sup> Véase el artículo 1 del Protocolo Adicional.

[l]as inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

96. El artículo 27 tiene una dimensión omnicompreensiva, que pretende incluir en el mismo a cualquier persona que pueda responder al concepto de «cargo oficial», recogiendo en alguna medida el enfoque que la Comisión había seguido en su Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado en 1996<sup>159</sup>. En consecuencia, puede entenderse que bajo el concepto «cargo oficial» se incluye cualquier persona que actúa en representación, por cuenta y en nombre del Estado<sup>160</sup>.

97. El artículo 8 *bis* del Estatuto de Roma, dedicado al crimen de agresión, define a dicho crimen como un crimen de liderazgo, al establecer en su párrafo 1 que el mismo ha de ser cometido por «una persona [...] en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado»<sup>161</sup>. Sin embargo, conviene llamar la atención sobre el hecho de que esta mención no altera lo dicho en el artículo 27 ni lo amplía. Por el contrario, la referencia a la capacidad para «controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado» ha de entenderse como un elemento fáctico vinculado con la capacidad de influencia y decisión del individuo, que se aplica con independencia de que la persona que comete un crimen de agresión sea o no una de las personas enumeradas en el párrafo 1 del artículo 27<sup>162</sup>. En consecuencia, dicho elemento no puede ser considerado de forma individualizada como un criterio identificativo del concepto de funcionario con carácter general, con independencia de que esta condición pueda concurrir en relación con alguna de las personas incluidas en esta categoría.

#### 4. OTROS TRABAJOS DE LA COMISIÓN

98. La Comisión ha tenido que ocuparse en el pasado en varias ocasiones del concepto de funcionario, órgano o agente del Estado. Cuando dichos trabajos han dado lugar a tratados, ya han sido analizados en el marco de la práctica convencional. Pero, además, es preciso referirse ahora a otros trabajos de la Comisión que pueden ser de utilidad para el presente informe, a saber: los denominados Principios de Núremberg, el Proyecto de código de

<sup>159</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 50. Véanse también los párrafos 102 a 105 *infra*.

<sup>160</sup> Esta interpretación ha sido seguida también por la doctrina, que entiende que el concepto de «carácter oficial» se aplica incluso a personas que ocupan o ejercen *de facto* los cargos y funciones mencionados en el artículo 27 del Estatuto de Roma. Véanse, entre otros, Triffterer, «Irrelevance of official capacity», págs. 788 y 789; y Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, págs. 449 y 450.

<sup>161</sup> En un sentido similar se expresa la enmienda a los elementos de los crímenes referida al artículo 8 *bis*, aprobada igualmente en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma. Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010*, pág. 23, resolución RC/Res.6, anexo II, «Elementos», párr. 2.

<sup>162</sup> Debe recordarse que la referencia al control y dirección efectivos encuentra su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg en relación con la responsabilidad penal de industriales, que evidentemente no pueden ser considerados como ejerciendo un cargo oficial. Véase, en este sentido, McDougall, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, págs. 178, 179 y 181.

crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos.

a) *Los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg*

99. En el proyecto por el que formula los denominados Principios de Núremberg, que fueron posteriormente adoptados por la Asamblea General<sup>163</sup>, la Comisión se refiere en el principio III a una persona que actúe «como jefe de Estado o como autoridad del Estado» («*Head of State or responsible Government official*», en inglés), y en el principio IV a las ordenes procedentes del «gobierno» o de un «superior jerárquico» («*government or of a superior*», en inglés). Sin embargo, ni el Relator Especial, Sr. Spiropoulos, ni la Comisión dan una definición de «autoridad del Estado». No obstante, de los comentarios aprobados por la Comisión resulta evidente que en ambos casos, y especialmente en el principio III, se está refiriendo a una persona que ocupa un cargo oficial, ya que deduce dicha categoría de la referencia que el Tribunal de Núremberg hizo a los «representantes del Estado» y a las personas «mientras actúan en cumplimiento del poder del Estado»<sup>164</sup>.

b) *El Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1954*

100. En el primer Proyecto de código de crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad<sup>165</sup>, aprobado en segunda lectura en 1954, la Comisión se refiere en su artículo 2 a las «autoridades del Estado» como posibles autores de los crímenes definidos en el mismo. Además, en su artículo 3, al declarar la irrelevancia de un cargo oficial respecto de la responsabilidad por la comisión de dichos crímenes, menciona expresamente al «jefe de Estado» y la «autoridad del Estado» («*Head of State*» y «*responsible government official*», en inglés). Sin embargo, de la misma manera que sucede con los Principios de Núremberg, tampoco define qué se entiende por autoridad del Estado, a la que en el comentario al proyecto de artículo 2 contraponen a los «individuos privados» («*private individuals*», en inglés). En todo caso, la conexión de este Proyecto de código con los Principios de Núremberg aprobados en 1950, permite concluir que se está haciendo referencia igualmente a una persona que actúa en nombre y por cuenta del Estado.

101. Sin embargo, los trabajos que dieron lugar a la adopción de este primer Proyecto de código nos permiten concluir que la definición del término «autoridad del Estado» generaba ya dudas en dicho momento. Así, debe citarse de modo especial el segundo informe del Relator Especial, Sr. Spiropoulos, que al analizar las posiciones

<sup>163</sup> Resolución 488 (V) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1950.

<sup>164</sup> Véase Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, págs. 374 a 378, documento A/1316, párrs. 95 a 127, en esp. párrs. 103 y 104. Texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 12 y 13, párr. 45).

<sup>165</sup> *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 150.

mantenidas por los Estados en la Sexta Comisión, cita en particular las intervenciones de Bélgica (Sr. Van Glabbeke) y los Países Bajos (Sr. Röling). Los Países Bajos señalaron que «todavía existe cierta confusión acerca del significado preciso del término “funcionario gubernamental responsable”. Existían opiniones diferentes: algunos consideraban que “funcionario gubernamental responsable” se refería únicamente a un miembro del gobierno [...] o incluso a cualquier persona que ocupase un alto cargo en alguno de las tres principales ramas del poder, el legislativo, el ejecutivo o el judicial. Algunos documentos se referían a los más altos funcionarios y el significado de esta expresión no era más claro que las propias palabras “funcionario gubernamental responsable”»<sup>166</sup>. Por su parte, Bélgica mantuvo que «el precepto relativo al cargo público que ostentase un acusado no podría ser aplicado en la misma forma a los principales criminales de guerra que a aquellos criminales de guerra de menor relevancia»<sup>167</sup>. A pesar de estos comentarios, el Relator Especial no abordó en este informe la definición del concepto y alcance del término «autoridad del Estado», limitándose a señalar que, en el caso de la invasión de un territorio por las tropas de otro Estado, «un simple soldado no sería responsable penal bajo el derecho internacional. [...] Iría contra toda lógica considerarlo responsable penal de una acción que ha sido decidida y dirigida por las autoridades del Estado»<sup>168</sup>. Sin embargo, en su tercer informe, sometido a la Comisión en 1954 y que sirvió de base a la adopción del Código en segunda lectura, el Relator Especial se refirió de modo expreso al empleo del término «autoridad» («*gouvernant*», en francés) en el proyecto de artículo 3 y, remitiendo a los debates celebrados en la Asamblea General en relación con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, mantuvo que el mismo se refería a «quienes poseen la responsabilidad efectiva del poder»<sup>169</sup>. En cualquier caso, la Comisión no ofrece en sus comentarios ninguna definición sobre este concepto de «autoridad del Estado».

c) *El Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996*

102. En el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado, en 1996, la Comisión se refiere en varias de sus disposiciones a

<sup>166</sup> *Yearbook... 1951*, vol. II, pág. 51, documento A/CN.4/44, párr. 85.

<sup>167</sup> *Ibíd.*, párr. 82.

<sup>168</sup> *Ibíd.*, pág. 58, comentario al artículo I, párr. 3. Este planteamiento se mantuvo en el informe de la Comisión al adoptar el proyecto en primera lectura, reflejándose en especial en el comentario, donde, de una manera similar, al referirse a la complicidad, la Comisión afirmó que no se pretendía estipular que quienes hubieran contribuido, en el ejercicio normal de sus funciones, a la comisión de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, puedan ser considerados, con este único argumento, cómplices de tales crímenes. No se trata de ninguna manera de castigar como cómplices de tales crímenes a todos los miembros de las fuerzas armadas de un Estado o a los trabajadores en la industria bélica (*ibíd.*, pág. 137, párr. 12 del comentario al artículo 2, tercer apartado). Aunque es obvio que estos comentarios se refieren a la relevancia del nivel jerárquico de una persona en relación con la responsabilidad penal, su principal interés radica en la constatación de que puede producirse una distinción entre una «autoridad del Estado» y otras personas que realizan actos por cuenta del Estado en cumplimiento de decisiones adoptadas por otras personas (*ibíd.*).

<sup>169</sup> *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 120, secc. XIV c). La versión en francés del comentario se refiere a «*ceux qui ont la responsabilité effective du pouvoir*».

personas que podrían quedar encuadradas en alguna de las categorías a las que se dedica el presente informe. La más relevante es el artículo 7, en el que, a los efectos de declarar la responsabilidad penal individual por la comisión de los crímenes contenidos en el Proyecto de código, declara la irrelevancia a tal efecto del «carácter oficial del autor de un crimen [...] incluso si actuó como Jefe de Estado o de Gobierno»<sup>170</sup>. Junto a ella, la Comisión se refiere también, aunque en distinta forma, a las categorías de personas analizadas en este informe en los comentarios a los artículos 2, 4, 5 y 16.

103. Así, al definir la responsabilidad individual y distinguirla de la responsabilidad del Estado, se refiere al «agente del Estado», a quien obre «por cuenta del Estado» o «en nombre del Estado», e incluso en calidad de «agente de hecho, sin mandato legal»<sup>171</sup>, y pone especial énfasis en el hecho de que «[l]a agresión solo puede cometerse por personas que sean agentes del Estado y que utilicen sus facultades para dar órdenes y los medios que el Estado pone a su disposición para cometer estos crímenes»<sup>172</sup>. Por otro lado, en los comentarios también es posible encontrar referencias a la situación en que una persona «ocupa posiciones de autoridad pública o mando militar»<sup>173</sup>, a la «jerarquía gubernamental o cadena de mando militar»<sup>174</sup>, o a los «funcionarios públicos o mandos militares de alto nivel»<sup>175</sup>. Sin embargo, la Comisión no define ni enumera en ninguno de estos comentarios a las personas que se encuentran en dicha situación. Ello se produce incluso en el artículo 7, en cuyo comentario no se especifica en qué consiste «el carácter oficial del autor del crimen», si bien es cierto que la Comisión ofrece indicios de dicho concepto al referirse a las «personas que ocupan puestos de autoridad pública, capaces de formular planes o políticas» y que pueden «invocar la soberanía del Estado»<sup>176</sup>, a «los individuos que ocupen las posiciones oficiales más altas y, por tanto, tengan los mayores poderes de decisión»<sup>177</sup>, o a aquellas personas que aleguen «que los actos constitutivos del crimen fueron ejecutados en el desempeño de sus funciones»<sup>178</sup>.

104. En cualquier caso, es de destacar que de estas referencias debe deducirse necesariamente que los individuos a que se refieren las disposiciones citadas del Proyecto de código tienen un vínculo con el Estado (es su agente, su funcionario o un oficial militar; o actúa en nombre o por cuenta del Estado), así como que actúa ejerciendo algún tipo de autoridad o poder público, inclusive al más alto nivel. Dichas características son de notable interés para la identificación de los criterios identificativos del concepto de «funcionario» a los efectos del presente tema.

<sup>170</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 29, párr. 50.

<sup>171</sup> *Ibíd.*, pág. 22, párr. 4 del comentario al artículo 2. Estas mismas referencias son reiteradas por la Comisión en el comentario al artículo 4.

<sup>172</sup> *Ibíd.*, párr. 5 del comentario al art. 2. Véase, además, el comentario al artículo 16 (*ibíd.*, pág. 46 y ss.).

<sup>173</sup> *Ibíd.*, pág. 26, párr. 1 del comentario al artículo 5.

<sup>174</sup> *Ibíd.*, párr. 2 del comentario al artículo 5.

<sup>175</sup> *Ibíd.*, pág. 24, párr. 14 del comentario al artículo 2, y pág. 26, párr. 3 del comentario al artículo 5.

<sup>176</sup> *Ibíd.*, pág. 29, párr. 1 del comentario al artículo 7.

<sup>177</sup> *Ibíd.*, pág. 30, párr. 5 del comentario al artículo 7.

<sup>178</sup> *Ibíd.*, párr. 6 del comentario al artículo 7.

105. Por último, ha de llamarse igualmente la atención sobre el hecho de que la Comisión tampoco ha empleado una denominación específica para referirse a estas personas, a excepción del jefe de Estado. Respecto de las demás personas se limita a mencionar su «carácter oficial» en el artículo 7, o se refiere a los «funcionarios públicos y mandos militares», a las «posiciones oficiales más altas» o a las «posiciones de autoridad pública o mando militar» en los comentarios a los artículos.

d) *El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*

106. El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>179</sup> contiene diversas disposiciones que son de interés a los efectos del presente informe, en particular los artículos recogidos en su capítulo II dedicado a la atribución al Estado del comportamiento realizados por distintas personas y entidades. El interés de dichas disposiciones radica en que en las mismas se hace referencia a distintas categorías de personas (o entidades) que actúan por cuenta y en nombre del Estado y que, por tanto, pueden responder al concepto de «funcionario» que ahora analizamos.

107. Teniendo en cuenta lo que se acaba de señalar, debe destacarse que el Proyecto de artículos se refiere a dos categorías distintas en sus artículos 4 y 5, que identifica bajo las denominaciones de «órganos del Estado» y de «una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público» que no sea un órgano del Estado. Conforme al artículo 4, se entiende por órganos del Estado toda persona o entidad «ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado» (párr. 1). Dicha persona o entidad ha de tener, además la «condición [de órgano] según el derecho interno del Estado» (párr. 2). Junto a ello, el artículo 5 se refiere a una categoría residual consistente en «una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero [que] esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público». Aunque los artículos 4 y 5 se refieren tanto a personas físicas como a entidades, a los efectos de la definición del concepto de funcionario en el marco del presente informe solo interesa la mención expresa a las personas.

108. Los comentarios a los proyectos de artículos contenidos en el capítulo II ofrecen también elementos de interés. Así, en el comentario introductorio se expone la norma general en materia de atribución, según la cual, el «único comportamiento atribuido al Estado en el plano internacional es el de sus órganos de gobierno, o de otros que hayan actuado bajo la dirección o control, o por instigación, de esos órganos, es decir, como agentes del Estado»<sup>180</sup>. El comportamiento de los órganos del Estado puede ser atribuido al Estado con independencia «del nivel de administración o gobierno en que se produzca»<sup>181</sup>, lo que implica que en la práctica puede darse una variedad de sujetos o funcionarios que actúen como agentes

del Estado. Por otro lado, el elemento esencial para realizar la atribución del comportamiento al Estado es que el funcionario actúe como órgano del Estado, más allá de las motivaciones particulares que pueda tener. Además, lo relevante no es la función interna que cumple ese agente en el Estado, sino el hecho de que desempeñe «funciones públicas» y ejerza «prerrogativas del poder público»<sup>182</sup>. En lo que respecta al concepto de funcionario, el comentario de esta disposición aclara que incluso un comportamiento de un funcionario de categoría inferior, realizado en calidad oficial, puede ser atribuible al Estado. Como señala la Comisión en su comentario al artículo 7, lo determinante es examinar «si el comportamiento fue observado por ese órgano en su calidad oficial o no»<sup>183</sup>.

109. Además, ha de destacarse que al indagar sobre el alcance de la facultad para ejercer atribuciones de carácter público, la Comisión pone de relieve en el comentario al artículo 5 que el concepto de «poder público» posee un contenido indeterminado. Para definirlo «tendrá particular importancia, no solo el contenido de las atribuciones, sino la manera en que se confieren a una entidad, para qué fines se ejercen y en qué medida la entidad es responsable de su ejercicio ante el Estado»<sup>184</sup>. En el plano del derecho interno el vínculo entre el Estado y el sujeto que ejerce funciones públicas puede adoptar diversas particularidades. Sin embargo, en el plano del derecho internacional lo relevante es que se constate que el acto desarrollado por el funcionario es un acto oficial de «poder público», siendo posible incluso que dicho poder público se ejerza por órganos o agentes *de facto*, cuando estos ejercen «de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones» (art. 9).

110. En consecuencia, el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos ofrece notables elementos de interés para identificar los criterios identificativos del concepto de «funcionario» a los efectos del presente tema, a saber: a) la existencia de un vínculo entre el individuo y el Estado, que puede revestir diferentes formas; b) el hecho de que el individuo actúe por cuenta del Estado; y c) la exigencia de que el individuo ejerza funciones oficiales y prerrogativas del poder público.

## 5. CONCLUSIONES

111. Sobre la base del estudio de la práctica que se contiene en las páginas precedentes, es posible deducir una serie de conclusiones que nos permiten definir los criterios identificativos del concepto de funcionario a los efectos del presente proyecto de artículos, a saber:

a) El funcionario tiene un vínculo con el Estado. Dicho vínculo puede presentar diversas formas (constitucional, estatutario o contractual) y puede ser temporal o permanente. El vínculo puede ser *de jure* o *de facto*;

<sup>179</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76.

<sup>180</sup> *Ibíd.*, pág. 39, párr. 2 comentario introductorio al capítulo II.

<sup>181</sup> *Ibíd.*, pág. 40, párr. 5 del comentario introductorio al capítulo II.

<sup>182</sup> *Ibíd.*, párr. 6 del comentario introductorio al capítulo II.

<sup>183</sup> *Ibíd.*, pág. 48, párr. 7 del comentario al proyecto de artículo 7.

<sup>184</sup> *Ibíd.*, pág. 45, párr. 6 del comentario al proyecto de artículo 5.

b) El funcionario actúa en representación del Estado en el ámbito internacional o desempeña funciones oficiales tanto a nivel internacional como a nivel interno;

c) El funcionario ejerce atribuciones del poder público, actuando en nombre y por cuenta del Estado. Las atribuciones del poder público incluyen las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales.

112. Estos criterios identificativos son comunes a los funcionarios del Estado a los que se aplica la inmunidad *ratione personae* (jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores) y a los que se aplica la inmunidad *ratione materiae* (el resto de funcionarios). Sin embargo, los citados criterios resultan de especial interés en el caso de la inmunidad *ratione materiae* porque no es posible enumerar en forma nominativa a las categorías de personas a las que se aplica. Para identificar a una determinada persona como funcionario, por consiguiente, deberá analizarse la concurrencia de todos estos criterios caso por caso.

### C. La cuestión terminológica

113. El segundo aspecto que debe abordarse en relación con el concepto de funcionario es el relativo a los términos empleados para denominar a las personas a las que se aplicaría la inmunidad. Como ya se señaló *supra*, se trata de una cuestión que tiene un componente predominantemente terminológico, pero que va más allá de la mera preferencia lingüística por una u otra palabra. La elección del término ha de regirse básicamente por dos criterios, a saber: a) que sea suficientemente amplio en su significado para permitir encuadrar dentro del mismo a todas las personas afectadas; b) que tenga en cuenta la práctica previa de la Comisión. A estas dos consideraciones ha de añadirse una tercera: que el término elegido sea fácilmente comprensible, sin lugar a equívocos, por los responsables nacionales de aplicar las reglas relativas a la inmunidad, en particular jueces, fiscales, abogados y otras personas encargadas de aplicar la ley. Hay que tener en cuenta que la especialización de estas personas en el derecho propio les conducirá necesariamente a «pensar» conforme a categorías y términos empleados en sus respectivos derechos internos. En consecuencia, al abordar la cuestión terminológica en el presente informe se debe valorar la conveniencia de utilizar denominaciones que en ningún caso puedan inducir a error, en especial si se trata de términos que tienen significados distintos en varios países y cuya utilización podría producir el efecto no deseado de condicionar la forma en que se interprete el alcance subjetivo de la inmunidad.

114. Partiendo de estas consideraciones, el primer dato sobre el que conviene llamar la atención es que el análisis de la práctica que se ha realizado en las páginas precedentes pone de manifiesto la falta de uniformidad respecto de la utilización de uno o varios términos para referirse a las mismas personas. Si exceptuamos la mención expresa y uniforme de los términos jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores, ha de destacarse que tanto la jurisprudencia como los convenios examinados, e incluso la doctrina, emplean diferentes términos para referirse a la categoría de personas analizada en el presente informe. Y, además, no siempre es posible identificar la

razón que explique el uso de uno u otro término en cada caso concreto.

115. Así, si nos referimos únicamente a los tratados, podemos constatar que se usan los siguientes términos en español, con sus correspondientes equivalentes en inglés y francés:

a) Funcionario diplomático («*diplomatic agent*»/«*agent diplomatique*»)<sup>185</sup>;

b) Agente diplomático («*diplomatic agent*»/«*agent diplomatique*»)<sup>186</sup>;

c) Personal diplomático («*diplomatic staff*»/«*personnel diplomatique*»)<sup>187</sup>;

d) Funcionario consular («*consular officer*»/«*fonctionnaire consulaire*»)<sup>188</sup>;

e) Empleados consulares («*consular employee*»/«*employé consulaire*»)<sup>189</sup>;

f) Agente consular («*consular agent*»/«*agent consulaire*»)<sup>190</sup>;

g) Agentes del Estado que envía («*agent of the sending State*»/«*mandataire de l'État d'envoi*»)<sup>191</sup>;

h) Personal administrativo y técnico y personal de servicio («*administrative and technical staff*»; «*service staff*»/«*personnel administratif et technique*»; «*personnel de service*»)<sup>192</sup>;

i) Representantes («*representatives*»/«*représentants*»), en un sentido general<sup>193</sup>;

j) Representante («*representative*»/«*représentant*»), en el marco de una misión especial<sup>194</sup>;

k) Representante, funcionario o personalidad oficial («*representative or official*»/«*représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle*»)<sup>195</sup>;

l) Personalidades de rango elevado («*persons of high rank*»/«*personnalités de rang élevé*»)<sup>196</sup>;

<sup>185</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> Convención sobre las Misiones Especiales y Convención de Viena de 1975.

<sup>188</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> *Ibid.*

<sup>191</sup> *Ibid.*

<sup>192</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, Convención sobre las Misiones Especiales y Convención de Viena de 1975.

<sup>193</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes.

<sup>194</sup> Convención sobre las Misiones Especiales.

<sup>195</sup> Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos.

<sup>196</sup> Convención sobre las Misiones Especiales y Convención de Viena de 1975.

m) Órganos de gobierno («*organs of government*»/«*organes de gouvernement*»), incluyendo en esta categoría a los jefes de Estado y jefes de gobierno<sup>197</sup>;

n) Gobernantes y funcionarios («*constitutionally responsible rulers*»; «*public officials*»/«*gouvernants*»; «*fonctionnaires*») <sup>198</sup>;

o) Funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas («*public official or other person acting in an official capacity*»/«*agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel*») <sup>199</sup>;

p) Funcionario superior o autoridad pública («*superior officer or a public authority*»/«*supérieur ou autorité publique*») <sup>200</sup>;

q) Funcionario público («*public official*»/«*agent public*») y funcionario público extranjero («*foreign public official*»/«*agent public étranger*») <sup>201</sup>;

r) Empleados públicos («*civil servants*»/«*fonctionnaires*») <sup>202</sup>;

s) Funcionario público, oficial gubernamental o servidor público («*public official, government official or public servant*»/«*fonctionnaire, officiel gouvernemental ou serviteur public*») <sup>203</sup>;

t) Agente público («*public official*»/«*agent public*») <sup>204</sup>;

u) Cargo oficial («*official capacity*»/«*qualité officielle*») <sup>205</sup>.

116. Como puede comprobarse, no solo los términos empleados son muy variados sino que, además, su correspondencia con los términos empleados en los otros dos idiomas (inglés y francés) no es siempre la misma.

117. En segundo lugar, si analizamos los trabajos de la Comisión que no se han reflejado en tratados, puede identificarse el empleo de los siguientes términos:

a) Autoridad del Estado («*responsible government official*»/«*chef d'État ou de gouvernement*») <sup>206</sup>;

b) Carácter oficial («*official position*»/«*qualité officielle*») <sup>207</sup>;

c) Agente del Estado («*agent of the State*»/«*agent de l'État*») <sup>208</sup>;

d) Funcionarios públicos o mandos militares de alto nivel («*high level government officials or military commanders*»/«*hauts fonctionnaires de l'administration ou chefs militaires*») y funcionarios y jefes militares («*senior government officials and military commanders*»/«*hauts fonctionnaires de l'administration et chefs militaires*») <sup>209</sup>;

e) Órgano del Estado («*State organ*»/«*organe de l'État*») <sup>210</sup>;

f) Persona que ejerce atribuciones del poder público («*person exercising governmental authority*»/«*personne qui exerce des prérogatives de puissance publique*») <sup>211</sup>.

118. Al igual que sucede en el caso de los tratados, hay que destacar igualmente la variedad de términos empleados y el hecho de que la correspondencia con los términos que se utilizan en los otros dos idiomas no es siempre coincidente.

119. En consecuencia, cabe concluir que no existe un término usado de forma uniforme y continuada para referirse a la categoría de personas que venimos analizando en este informe. Por otro lado, los términos empleados no siempre se refieren a todas las personas que podrían quedar incluidas en esta categoría y cuyos criterios identificativos se han descrito *supra*. Por el contrario, con una cierta frecuencia algunos de los términos enumerados en los dos párrafos anteriores se utilizan para referirse tan solo a una categoría de personas, dejando fuera a aquellas que se corresponderían con los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*. Teniendo en cuenta lo anterior, los debates previos de la Comisión y el uso que la misma ha hecho de estos términos en anteriores trabajos, la Relatora Especial considera que es preciso examinar con más detalle los términos empleados en el título actual del tema, a saber: «funcionario» en español, «*official*» en inglés y «*représentant*» en francés. Junto a ellos deberían considerarse los términos «*órgano*» («*organ*» en inglés y «*organe*» en francés) y «*agente*» («*agent*» en inglés y francés). A fin de evaluar la idoneidad de cada uno de ellos, en las siguientes páginas se realiza un breve análisis

<sup>197</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes.

<sup>198</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

<sup>199</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

<sup>200</sup> *Ibid.*

<sup>201</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

<sup>202</sup> *Ibid.*

<sup>203</sup> Convención Interamericana contra la Corrupción.

<sup>204</sup> Convenio Penal sobre la Corrupción.

<sup>205</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Bajo esta denominación se incluye al jefe de Estado («*Head of State*»/«*chef d'État*»), jefe de gobierno («*head of Government*»/«*chef de gouvernement*»), miembro de un gobierno («*member of a Government*»/«*membre d'un gouvernement*»), parlamentario («*member of a parliament*»/«*membre d'un parlement*»), representante elegido («*elected representative*»/«*représentant élu*») o funcionario de gobierno («*government official*»/«*agent d'un État*»).

<sup>206</sup> Formulación de los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg y Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1954.

<sup>207</sup> Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996.

<sup>208</sup> Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996 (comentarios).

<sup>209</sup> *Ibid.*

<sup>210</sup> Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>211</sup> *Ibid.*

del significado de dichos términos recogido tanto en diccionarios generales como en diccionarios jurídicos.

### 1. «FUNCIONARIO»

120. Según el *Diccionario de la lengua española* (Real Academia Española), el término «funcionario» significa con carácter general «[p]ersona que desempeña un empleo público» y puede significar también «[e]mpleado jerárquico, particularmente el estatal», siendo utilizado con este significado en la Argentina, el Ecuador y el Uruguay<sup>212</sup>. Dichos significados no son distintos en esencia. Por otro lado, diferentes diccionarios jurídicos se refieren al funcionario como «la persona que realiza funciones de la Administración y que está al servicio del Estado por haberse incorporado voluntariamente a la estructura orgánica del mismo, haciendo de la función asumida su medio habitual de vida»<sup>213</sup>, «aquellas personas incorporadas a la [administración pública] por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo»<sup>214</sup>, «la persona que realiza funciones públicas y está al servicio del Estado por haberse incorporado voluntariamente en la estructura orgánica del mismo»<sup>215</sup>, y «aquel que ha sido investido con la autoridad de un cargo» o «que ejerce funciones públicas, faena de Gobierno, ya sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente»<sup>216</sup>. En todo caso, ha de destacarse que el término «funcionario» no es utilizado de forma generalizada en los países de lengua española para referirse al jefe de Estado, al jefe de gobierno, al ministro de relaciones exteriores, a otros ministros del gobierno o, incluso en algunos casos, a otros altos responsables políticos. En relación con los primeros es frecuente el uso del término «mandatario» o «dignatario» y para los restantes es frecuente el uso de expresiones como «alto cargo» o «alto funcionario». Por otro lado, debe advertirse igualmente de que tampoco es uniforme el uso de ese término para referirse a los parlamentarios, a los que también se hace referencia como «representantes». Y por último, aunque en menor medida, tampoco es uniforme el uso de la palabra «funcionario» para referirse a las personas que ejercen funciones judiciales, aunque sean habitualmente funcionarios en el sentido administrativo de esta palabra.

121. Dicho término es habitualmente traducido por «*fonctionnaire*», en francés, y por «*officer*», «*official*», «*civil servant*», «*public servant*», en inglés<sup>217</sup>.

122. Por lo que se refiere al término «*fonctionnaire*», los diccionarios generales lo definen como «agente público que, nombrado en un empleo permanente, es titular de un grado de la jerarquía administrativa» o es «titular de una función pública»<sup>218</sup>, y como «persona que desempeña

una función pública; persona que ocupa, como titular, un empleo permanente en los cuadros de una administración pública»<sup>219</sup>. Por su parte, el término «*fonctionnaire*» en los diccionarios jurídicos significa «agente de una colectividad pública cuya situación en la función pública se caracteriza por la permanencia en el empleo para el que ha sido nombrado y por ser titular de un grado en la jerarquía»<sup>220</sup>, así como «persona nombrada en un empleo permanente y que es titular de un grado en la jerarquía», a la que esta definición sitúa en el marco del derecho administrativo<sup>221</sup>. Por su parte, en el *Dictionnaire de droit international public*, el concepto de funcionario se entiende como sinónimo de agente del Estado («*agent de l'État*») y se define como una «persona nombrada para ocupar normalmente un empleo permanente en la administración del Estado y que actúa en nombre de este, habiendo sido habilitada para el ejercicio de prerrogativas del poder público en el marco de las competencias reconocidas por la legislación nacional y bajo la autoridad del gobierno»<sup>222</sup>.

123. Por su parte, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el término «*official*», que será examinado más adelante, tiene un significado más amplio que «funcionario» y «*fonctionnaire*», aunque en ocasiones pueda tener un significado equivalente a ellos. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta, además, que el término «funcionario» en español puede corresponderse también con el de «*civil servant*», que tiene un alcance más limitado. Y, así, se entiende a dicha categoría como las personas integradas en el «*civil service*», al que se define en la siguiente forma: «la función pública es el cuerpo de funcionarios [...] encargados de administrar el gobierno [...] bajo el control y la dirección de los ministros. [...] Los empleados públicos no deben su trabajo a lealtades políticas; tienen restricciones respecto a las actividades políticas a las que pueden dedicarse y permanecen en su cargo pese a los cambios en el gobierno»<sup>223</sup>.

*permanent, a été titularisé dans un grade de la hiérarchie des administrations de l'État* y «*titulaire d'une fonction publique*».

<sup>219</sup> *Le Grand Robert* (<http://gr.bvdep.com>). La definición en francés es la siguiente: «*personne qui remplit une fonction publique; personne qui occupe, en qualité de titulaire, un emploi permanent dans les cadres d'une administration publique*».

<sup>220</sup> *Vocabulaire juridique* (Gérard Cornu, ed.), París, Presses Universitaires de France, 1987. La definición en francés es la siguiente: «*agent d'une collectivité publique dont la situation dans la fonction publique est caractérisée par la permanence de l'emploi dans lequel il a été nommé et par sa titularisation dans un grade de la hiérarchie*».

<sup>221</sup> *Lexique des termes juridiques*, 20.<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 2013. La definición en francés es la siguiente: «*personne nommé dans un emploi permanent et titularisée dans un grade de la hiérarchie*».

<sup>222</sup> *Dictionnaire de droit international public* (Jean Salmon, ed.), Bruselas, Bruylant, 2001. La definición en francés es la siguiente: «*personne nommé pour occuper normalement un emploi permanent dans l'administration de l'État et qui agit au nom de celui-ci, ayant été habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique dans le cadre des compétences reconnues par la législation nationale et sous l'autorité du gouvernement*».

<sup>223</sup> *The New Oxford Companion to Law* (Peter Cane y Joanne Conaghan, eds.), Oxford, Oxford University Press, 2008. La definición en inglés es la siguiente: «*the civil service is the body of officials [...] whose task it is to administer the government [...] under the control and direction of Ministers. [...] Civil servants do not owe their employment to political allegiance; they are restricted as to the political activities in which they may engage, and remain in post notwithstanding changes of government*». Resulta igualmente interesante la siguiente aclaración: «Esta división fundamental entre el personal del gobierno central, a menudo reconocida en las constituciones extranjeras en la

(Continuación en la página siguiente.)

<sup>212</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22.<sup>a</sup> ed., Madrid, Espasa, 2001.

<sup>213</sup> *Gran diccionario jurídico DVE*, Barcelona, De Vecchi, 1991.

<sup>214</sup> *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.

<sup>215</sup> *Diccionario de Derecho* (Luís Ribó Durán), 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosch, 1995.

<sup>216</sup> *Diccionario de términos jurídicos* (Ignacio Rivera García), 2.<sup>a</sup> ed., Orford, Equity, 1985.

<sup>217</sup> *Diccionario jurídico en cuatro idiomas* (Edgard Le Docte), Amberes, Maklu Uitgevers, 1987.

<sup>218</sup> *Le Larousse* ([www.larousse.fr/dictionnaire/francais](http://www.larousse.fr/dictionnaire/francais)). La definición en francés es la siguiente: «*agent public qui, nommé dans un emploi*

## 2. «REPRÉSENTANT»

124. El término francés «*représentant*» es definido en los diccionarios generales como «persona que ha recibido el poder de actuar en nombre de alguien, que realiza un acto en nombre y por cuenta de alguien»<sup>224</sup> y como «persona que representa, que ha recibido el poder de actuar en nombre de alguien», «persona a la que un grupo social confía el poder político, para ejercerlo en su nombre», «persona que ha sido elegida, que ha recibido por elección la delegación de un poder (sobre todo del poder legislativo) o «persona designada para representar a un Estado, un Gobierno, ante otro»<sup>225</sup>. Por otro lado, en el diccionario jurídico *Vocabulaire juridique* el término «*représentant*» se define como «órgano de una autoridad que actúa en interés público o a veces incluso delegatario de ese órgano»<sup>226</sup>, e indica que en el ámbito de las relaciones internacionales se utiliza para designar más específicamente a los representantes diplomáticos y los representantes ante una organización internacional. En un sentido cercano, el mismo diccionario, al definir el término gobernante («*gouvernant*»), menciona a los representantes en la siguiente forma: «término doctrinal que designa, por oposición a los simples agentes y a los gobernados, al conjunto de representantes, depositarios o titulares del poder público»<sup>227</sup>. Por su parte, el *Dictionnaire de droit international* define al representante como una «persona física debidamente investida del poder de hablar, actuar, transmitir y recibir comunicaciones en nombre de un sujeto de derecho internacional (Estado, organización internacional u otra entidad), que es susceptible, al hacerlo, de comprometer jurídicamente a ese sujeto». A dicha definición añade que «este término se aplica especialmente a los agentes diplomáticos [...] así como a los delegados en una conferencia internacional o en un órgano de una organización internacional» y que el mismo es «utilizado a propósito para tener en cuenta situaciones particulares, permitiendo evitar el empleo de la terminología tradicional utilizada

para referirse a los jefes de misión»<sup>228</sup>. Igualmente interesante es la definición que en este mismo diccionario se da al término «representatividad (o carácter representativo)» [«*représentativité (ou caractère représentatif)*»], como el «carácter de un órgano o de una persona que aparece como la imagen o el símbolo de la Nación que encarna. Este es uno de los caracteres que se atribuyen aún hoy a los jefes de Estado»<sup>229</sup>.

125. El término «*représentant*» es traducido habitualmente por los términos «representante» en español y «*representative*» en inglés<sup>230</sup>, y en ocasiones por «*agent*» también en inglés<sup>231</sup>.

126. En español, la palabra «representante» se define en términos generales en el *Diccionario de la lengua española* como aquel «que representa» y como la «persona que representa a [...] [una] comunidad». Los diccionarios jurídicos no son más explícitos, ya que normalmente no incluyen el término y solo incorporan la definición de «representación», que es entendida como conjunto «de personas que representan a una entidad, colectividad, corporación o Gobierno»<sup>232</sup>; o como «la institución jurídica que posibilita la actuación de una persona, llamada representado, por medio de otra, llamada representante, que manifiesta una voluntad en nombre de la primera con eficacia jurídica»<sup>233</sup>. Por último, en alguno de ellos tan solo se define específicamente el término «representación política», con una acepción propia del derecho constitucional, conforme a la cual se trata de la «[r]elación existente entre el pueblo y las personas que actúan en su nombre formando la voluntad del cuerpo político»<sup>234</sup>.

127. Por su parte, el término inglés «*representative*» es entendido en los diccionarios generales como «persona elegida o nombrada para actuar o tomar la palabra en nombre de otro u otros, en particular [...] una persona elegida o nombrada para tomar la palabra y actuar en nombre de otros en una asamblea legislativa o en un órgano deliberante» o «un delegado que asiste a una conferencia, negociaciones, audiencia pública, etc., con el propósito de representar los intereses de otra persona o grupo»<sup>235</sup>. Y en el *Black's Law Dictionary* se define simplemente como

(Continuación de la nota 223.)

distinción entre “gobierno” y “administración”, en el Reino Unido es fundamentalmente un asunto político, no jurídico. En derecho tanto los ministros como los empleados públicos son “empleados de la Corona”. La definición en inglés señala: «*This fundamental division among the personnel of central government, often recognized in foreign constitutions in a distinction between “government” and “administration”, is in the United Kingdom essentially a matter of politics, not law. In law both Ministers and civil servants are “servant of the Crown”*».

<sup>224</sup> *Le Larousse*. El diccionario ofrece como sinónimos los términos «*agent*» y «*mandataire*». La definición en francés es la siguiente: «*personne qui a reçu pouvoir d’agir au nom de quelqu’un, qui accomplit un acte au nom et pour le compte de quelqu’un*».

<sup>225</sup> *Le Grand Robert*. Las definiciones en francés son las siguientes: «*personne qui représente, qui a reçu pouvoir d’agir au nom de quelqu’un*», «*personne à laquelle un groupe social confie le pouvoir politique, pour l’exercer en son nom*», «*personne qui a été élue, a reçu par élection la délégation d’un pouvoir (surtout du pouvoir législatif)*» o «*personne désignée pour représenter un État, un gouvernement, auprès d’un autre*».

<sup>226</sup> *Vocabulaire juridique*. La definición en francés es la siguiente: «*organe d’une autorité agissant dans un intérêt public ou parfois même délégataire de cet organe*».

<sup>227</sup> *Ibid.* La definición en francés es la siguiente: «*terme doctrinal désignant, par opposition aux simples agents et aux gouvernés, l’ensemble des représentants, dépositaire ou titulaires du pouvoir public*».

<sup>228</sup> *Dictionnaire de droit international public*. Las definiciones en francés son las siguientes: «*personne physique dûment investie du pouvoir de parler, d’agir, de transmettre et de recevoir des communications au nom d’un sujet de droit international (État, organisation internationale ou autre entité) et susceptible, ce faisant, d’engager ce sujet de droit*»; «*ce terme s’applique notamment aux agents diplomatiques [...] ainsi qu’aux délégués à une conférence internationale ou dans un organe d’une organisation internationale*»; y «*utilisé à dessein pour prendre en compte des situations particulières et permettant d’éviter l’emploi de la terminologie traditionnelle utilisée pour se référer aux chefs de mission*».

<sup>229</sup> *Ibid.* La definición en francés es la siguiente: «*caractère d’un organe ou d’une personne qui apparaît comme l’image ou le symbole de la Nation qu’il incarne. Tel est un des caractères attribué encore aujourd’hui aux chefs d’États*».

<sup>230</sup> *Diccionario jurídico en cuatro idiomas*.

<sup>231</sup> *Dictionnaire de l’anglais juridique*, París, BMS, 2004.

<sup>232</sup> *Diccionario de términos jurídicos*.

<sup>233</sup> *Gran diccionario jurídico DVE*.

<sup>234</sup> *Diccionario Jurídico Espasa*.

<sup>235</sup> Véase [www.oxforddictionaries.com](http://www.oxforddictionaries.com). La definición en inglés es la siguiente: «*a person chosen or appointed to act or speak for another or others, in particular [...] a person chosen or elected to speak and act on behalf of others in a legislative assembly or deliberative body*», o «*a*

«aquel que representa o actúa en nombre de otro», remitiendo también al concepto de agente («agent»)<sup>236</sup>.

### 3. «OFFICIAL»

128. El término «official» se define como «[una] persona que ejerce un cargo público o que desempeña funciones públicas, especialmente como representante de una organización o de un departamento gubernamental»<sup>237</sup>. Por su parte, en el *Black's Law Dictionary* se entiende por «official» «[aquel] que ejerce o es investido con un cargo público; la persona elegida o designada para desarrollar alguna parte de los poderes soberanos de un gobierno. También calificado como funcionario público»<sup>238</sup>. Estas definiciones no son equivalentes a las de «civil service» y «civil servant», que se describen como «[l]as divisiones administrativas de un gobierno» y «[el] grupo de personas al servicio de estas divisiones-empleado público»<sup>239</sup> o como «[un] miembro de la función pública»<sup>240</sup>, y se corresponderían mejor con el concepto de funcionario antes examinado.

129. Habitualmente el término «official» se traduce al español por «funcionario»<sup>241</sup> y «responsable»<sup>242</sup>, y al francés por «fonctionnaire»<sup>243</sup>, pero, como se deduce de los párrafos anteriores, sus significados a los efectos que ahora nos interesan no son equivalentes ni intercambiables.

### 4. «AGENTE»

130. El término «agente» se define en el *Diccionario de la lengua española* como una «persona que obra con poder de otro». Por su parte, en los diccionarios jurídicos se define como agente a una «persona que actúa, opera y ejecuta a nombre y con poder de otra» y se emplea el término «agencia del Gobierno» en el sentido de «una criatura subordinada al soberano creada para llevar a cabo

*delegate who attends a conference, negotiations, etc., so as to represent the interests of another person or group».*

<sup>236</sup> *Black's Law Dictionary* (B.A. Garner, ed.), 9.<sup>a</sup> ed., St. Paul, West, 2009. La definición en inglés es la siguiente: «one who stand for or acts on behalf of another».

<sup>237</sup> Véase [www.oxforddictionaries.com](http://www.oxforddictionaries.com). La definición en inglés es la siguiente: «a person holding public office or having official duties, especially as a representative of an organization or government department».

<sup>238</sup> *Black's Law Dictionary*. La definición en inglés es la siguiente: «one who holds or is invested with a public office; a person elected or appointed to carry out some portion of a government's sovereign powers. Also termed public official». El mismo diccionario jurídico define el término *officer* como: «una persona que ejerce un cargo de confianza, autoridad o mando. En los asuntos públicos, el concepto se refiere especialmente a la persona que ejerce un cargo público al servicio de un gobierno nacional, estatal o local, y que está autorizado por ese gobierno para ejercer alguna función concreta». La definición en inglés es la siguiente: «a person who holds an office of trust, authority, or command. In public affairs, the term refers especially to a person holding public office under a national, State, or local government, and authorized by that government to exercise some specific function».

<sup>239</sup> *Ibid.* La definición en inglés es la siguiente: «the administrative branches of a government» y «the group of people employed by these branches- civil servant».

<sup>240</sup> Véase [www.oxforddictionaries.com](http://www.oxforddictionaries.com). La definición en inglés es la siguiente: «a member of the civil service».

<sup>241</sup> *English/Spanish and Spanish/English Legal Dictionary* (S.M. Kaplan), 4.<sup>a</sup> ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2013.

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> *Dictionnaire de l'anglais juridique*.

una función gubernamental»<sup>244</sup>. En otros diccionarios jurídicos se la define como «la persona que obra o interviene en nombre de otro, con facultades para conseguir un fin determinado»<sup>245</sup>, o simplemente se remite, como equivalente, al concepto de órganos administrativos<sup>246</sup>. Por último, en un diccionario jurídico la única referencia a este término se refiere al agente diplomático<sup>247</sup>.

131. En francés el término «agent» se entiende en los diccionarios generales como una «persona que cumple ciertas misiones por cuenta de un particular o de una colectividad (sociedad, gobierno, Estado)» y como «empleado de los sectores público y privado que ejerce una función de ejecución bajo el control de una autoridad, o titular de ciertos cargos que juegan un papel de intermediario»<sup>248</sup>. También se define como «persona encargada de los asuntos e intereses de un individuo, de un grupo o de un país, por cuya cuenta actúa», presentándolo como sinónimo de funcionario («fonctionnaire») <sup>249</sup>. Por su parte, los diccionarios jurídicos definen al agente como «toda persona al servicio de una administración pública, en ese sentido se oponen a los gobernantes, que son los únicos que tienen la condición de representantes»<sup>250</sup>, como «todo colaborador de un servicio público, habitualmente administrativo, asociado con una cierta duración a la ejecución directa de la actividad específica de este y sometido por esa razón al derecho administrativo»<sup>251</sup> o como «persona reclutada por el Estado, a título estatutario o contractual, a fin de cumplir ciertas funciones» y «encargada de funciones públicas, a título permanente o temporal, tanto por cuenta del Estado como de las colectividades locales o de los establecimientos públicos autónomos»<sup>252</sup>. En todo caso, las definiciones precedentes se refieren esencialmente al «agente» desde la perspectiva del derecho administrativo del Estado. Sin embargo, los diccionarios jurídicos se refieren también al agente en el ámbito del derecho internacional. Desde esta perspectiva, resulta especialmente interesante las acepciones que el *Dictionnaire de droit international public* da del término agente: «persona que

<sup>244</sup> *Diccionario de términos jurídicos*.

<sup>245</sup> *Gran diccionario jurídico DVE*.

<sup>246</sup> *Diccionario de derecho*.

<sup>247</sup> *Diccionario Jurídico Espasa*.

<sup>248</sup> *Le Larousse*. Las definiciones en francés son las siguientes: «personne qui accomplit certaines missions pour le compte d'un particulier ou d'une collectivité (société, gouvernement, État)»; «employé des secteurs public et privé exerçant une fonction d'exécution sous le contrôle d'une autorité, ou titulaire de certaines charges jouant un rôle d'intermédiaire». Emplea como sinónimos «émissaire», «mandataire» y «représentant».

<sup>249</sup> *Le Grand Robert*. La definición en francés es la siguiente: «personne chargée des affaires et des intérêts d'un individu, d'un groupe ou d'un pays, pour le compte desquels elle agit».

<sup>250</sup> *Vocabulaire juridique*. La definición en francés es la siguiente: «toute personne au service d'une administration publique, en ce sens les agents s'opposent aux gouvernants, qui ont seuls la qualité de représentants».

<sup>251</sup> *Lexique des termes juridiques*. La definición en francés es la siguiente: «tout collaborateur d'un service public, le plus souvent administratif, associé pour une certaine durée à l'exécution directe de l'activité spécifique de celui-ci et relevant à ce titre du droit administratif».

<sup>252</sup> *Dictionnaire de droit international public*. Las definiciones en francés son las siguientes: «personne recrutée par l'État, sous statut ou sous contrat, afin d'accomplir certaines fonctions» y «chargée de fonctions publiques, à titre permanent ou temporaire, aussi bien pour le compte de l'administration de l'État que pour celui des collectivités locales ou des établissements publics autonomes».

actúa por cuenta de una persona jurídica internacional, que le encarga funciones o misiones, ya sean públicas o privadas; persona encargada de funciones diplomáticas o consulares; persona encargada de funciones de representación política sin carácter diplomático», y «en materia de responsabilidad internacional: órganos del Estado o de la organización internacional»<sup>253</sup>.

132. Por su parte, en inglés el término «agent» es definido en sentido genérico como «una persona que actúa en nombre de otra»<sup>254</sup>. En términos jurídicos se define como «un empleado o representante de un órgano gubernamental»<sup>255</sup> («government agent») y como «una persona nombrada para actuar públicamente en cuestiones que pertenecen a la administración de gobierno o en un asunto público»<sup>256</sup> («public agent»). Además, al definir el concepto de «public power», el *Black's Law Dictionary* lo define como «un poder otorgado a una persona en calidad de “agente” o instrumento de las funciones del Estado», entendiendo que los poderes públicos «se componen de diferentes formas de autoridad legislativa, judicial y ejecutiva»<sup>257</sup>.

##### 5. «ÓRGANO»

133. Según el *Diccionario de la lengua española*, se entiende por órgano una «[p]ersona o conjunto de personas que actúan en representación de una organización o persona jurídica en un ámbito de competencia determinado». Por su parte, en los diccionarios jurídicos se define el término «órgano administrativo» como «las personas que desempeñan un oficio público»<sup>258</sup>. Bajo esta definición genérica se incluyen todas las categorías de órganos: los que actúan a título representativo y honorífico, o a título remunerado como parte de una carrera profesional dentro de la administración; los que actúan dirigiendo y tienen la potestad de mandar y gozan de prerrogativas de honor y dignidad (autoridades), así como los que actúan ejecutando las decisiones de otros; y tanto los que desempeñan sus funciones de forma permanente como temporal.

134. Los diccionarios generales franceses definen «órgano» («organe») como «el que sirve de intermediario, de portavoz» y como «institución encargada de

hacer funcionar ciertos servicios del Estado»<sup>259</sup>. En los diccionarios jurídicos, el término «organe» es definido de manera amplia como la «persona o servicio encargado de desempeñar una determinada función constitucional, administrativa o internacional»<sup>260</sup>. Por su parte, el *Dictionnaire de droit international public*, lo define como «persona, grupo o institución por la que un sujeto internacional desempeña determinadas funciones», y es «aplicado a veces de manera más restringida a los funcionarios susceptibles de representar al Estado y de expresar su voluntad en las relaciones internacionales. Por ejemplo: órganos de las relaciones exteriores: jefe de Estado, ministro de relaciones exteriores, agentes diplomáticos, etc.»; y «en el ámbito de la responsabilidad internacional, persona o grupo que se considera que actúa en nombre del Estado y cuyos actos son, por consiguiente, imputados a ese Estado»<sup>261</sup>. Es de destacar que el *Dictionnaire de droit international public* define al jefe de Estado como «órgano supremo» y al jefe de gobierno como «órgano superior» del Estado<sup>262</sup>.

135. Por último, ha de señalarse que el término inglés «organ» es definido en el *Oxford English Dictionary* como «una persona, un conjunto de personas o una cosa por medio de la cual se logra una finalidad o se desarrolla alguna función»<sup>263</sup>. Sin embargo, dicho término no se recoge como entrada autónoma en los diccionarios jurídicos consultados.

##### 6. CONCLUSIONES

136. Teniendo en cuenta el análisis de los términos que se ha realizado en las páginas precedentes ha de concluirse, en primer lugar, el diferente significado de los términos «funcionario», «official» y «représentant». Como ya se adelantó al inicio de este informe, dichos términos no tienen un significado uniforme ni equivalente y, por tanto, no pueden utilizarse como términos intercambiables en las distintas versiones lingüísticas del proyecto de artículos.

137. De estos tres términos, únicamente el de «official» parece permitir su utilización en un sentido amplio que, en líneas generales, hace posible su aplicación a todas las categorías de personas que quedan cubiertas por la inmunidad de jurisdicción penal. Sin embargo, sus equivalentes

<sup>253</sup> *Ibid.* Las definiciones en francés son las siguientes: «*personne qui agit pour le compte d'une personne juridique internationale, qui est chargé par elle de fonctions ou de missions, soit publiques soit privées; personne chargée de fonctions diplomatiques ou consulaires; personne chargée de fonctions de représentation politique sans caractère diplomatique*», y «*en matière de responsabilité internationale: organes de l'État ou de l'organisation internationale*». En un sentido similar, el *Vocabulaire juridique* lo define como: «*terme parfois utilisé dans les documents diplomatiques pour désigner une personne chargée d'une mission par un gouvernement, par exemple d'établir des relations officielles avec un autre gouvernement*».

<sup>254</sup> Véase [www.oxforddictionaries.com](http://www.oxforddictionaries.com). La definición en inglés es la siguiente: «*a person who acts on behalf of another*».

<sup>255</sup> *Black's Law Dictionary*. La definición en inglés es la siguiente: «*an employee or representative of a governmental body*».

<sup>256</sup> *Ibid.* La definición en inglés es la siguiente: «*a person appointed to act for the public in matters pertaining to governmental administration or public business*».

<sup>257</sup> *Ibid.* La definición en inglés es la siguiente: «*a power vested in a person as an agent or instrument of the functions of the state*»; los poderes públicos «*comprise the various forms of legislative, judicial, and executive authority*».

<sup>258</sup> *Diccionario de derecho y Gran diccionario jurídico DVE*.

<sup>259</sup> *Le Larousse*. Las definiciones en francés son las siguientes: «*ce qui sert d'intermédiaire, de porte-parole*» e «*institution chargée de faire fonctionner certains services de l'État*». La segunda acepción se recoge en forma similar en *Le Grand Robert*.

<sup>260</sup> *Vocabulaire juridique*. La definición en francés es la siguiente: «*personne ou service chargé de remplir une fonction constitutionnelle, administrative ou internationale déterminée*».

<sup>261</sup> *Dictionnaire de droit international public*. Las definiciones en francés son las siguientes: «*personne, groupe ou institution par laquelle un sujet de droit international remplit certaines fonctions*», «*appliqué parfois de manière plus restreinte aux fonctionnaires susceptibles de représenter l'État, exprimer sa volonté dans les relations internationales. Par exemple: organes des relations extérieures: chef d'État, ministre des affaires étrangères, agents diplomatiques, etc.*», y «*dans le domaine de la responsabilité internationale, personne ou groupe considéré comme agissant au nom de l'État et dont les actes sont par conséquent imputés à cet État*».

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> *Oxford English Dictionary*. La definición en inglés es la siguiente: «*a person, body of people, or thing by which some purpose is carried out or some function is performed*».

en español y francés («funcionario» y «*fonctionnaire*») no parecen ofrecer la misma flexibilidad.

138. En relación con los términos «funcionario» y «*fonctionnaire*» ha de advertirse, además, que están estrechamente ligados a la concepción de una estructura administrativa en la que se distingue claramente entre el gobierno y la administración, en tanto que estructura burocrática permanente al servicio del Estado, en general, y del gobierno, en particular, de tal forma que los funcionarios son, en sentido estricto, las personas permanentemente vinculadas a la administración y que sirven al Estado dentro de aquella, pero que no tienen naturaleza política y que carecen habitualmente de funciones representativas, contrariamente a lo que sucede con los miembros del gobierno, entendido este término en un sentido amplio. Teniendo esto en cuenta, no parece que los términos «funcionario» y su equivalente «*fonctionnaire*» sean los más idóneos para denominar de forma conjunta a todas las personas a que se refiere el presente informe.

139. Por otro lado, el término «representante» y sus equivalentes en las otras dos lenguas ponen el énfasis en el componente representativo de las personas a las que se aplica. En consecuencia, cabe preguntarse si el citado término es el más adecuado para referirse a todas las categorías de personas a las que se podría aplicar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, desde el jefe de Estado a un juez, un responsable militar o un funcionario de policía, por citar algunos ejemplos. Esta pregunta resulta especialmente relevante en el marco del presente tema, ya que la Comisión ha concluido que las personas que se pueden beneficiar de la inmunidad son aquellas que o bien representan al Estado o bien ejercen funciones públicas. Desde esa perspectiva, ha de tenerse en cuenta la necesidad de diferenciar el carácter representativo de una persona de la posibilidad de que sus actos puedan ser considerados como «realizados a título oficial» o, incluso, atribuidos al Estado. El carácter representativo de la persona depende de normas propias del derecho internacional en el caso del jefe de Estado, del jefe de gobierno y del ministro de relaciones exteriores. Sin embargo, en el caso de las personas que se podrían beneficiar de la inmunidad *ratione materiae* no es obvio que todas ellas tengan una naturaleza representativa *per se*, ya que ello dependerá de las normas de derecho interno que les atribuyen competencias y funciones y que constituyen la base jurídica que les permiten ejercer unos actos respecto de los cuales podría pretenderse en su día una inmunidad de jurisdicción penal. Por consiguiente, tampoco parece que el término «representante» sea el más adecuado para referirse de modo general a todas las personas a las que se refiere el presente informe.

140. Es cierto que los instrumentos internacionales no siempre emplean términos idénticos para referirse a las mismas categorías de personas, siendo necesario tener en cuenta la necesaria flexibilidad que el multilingüismo impone en la redacción de textos jurídicos internacionales. Y, por otro lado, ha de tenerse igualmente en cuenta que, en ocasiones, la propia Comisión ha utilizado términos distintos en distintos proyectos de artículos para referirse a las mismas categorías de personas. Pero, si se analizan las listas de términos incluidas en los párrafos 115 y 117 *supra*, se puede apreciar la tendencia a emplear siempre

un mismo término o términos no muy distintos para referirse a las mismas categorías de personas en un instrumento concreto.

141. La Relatora Especial considera que esta misma práctica debería seguirse también en el caso del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y, a tal efecto, entiende que debe valorarse la utilización en todas las versiones lingüísticas de los términos «agente del Estado» u «órgano del Estado». Ambos términos presentan la ventaja de ser empleados habitualmente en la práctica internacional para referirse a una persona que tiene un vínculo con el Estado y que actúa en nombre y por cuenta del mismo. Además, el significado amplio que habitualmente parece darse a ambos términos permite su utilización en un sentido omnicompreensivo, para referirse tanto a personas que representan internacionalmente al Estado como a personas que ejercen funciones que implican el ejercicio del poder público. Por último, ambos términos han sido utilizados previamente en los tratados analizados, así como por la Comisión. Sin embargo, debe destacarse que la Comisión ha optado por el empleo del término «órgano» en relación con dos temas que, a pesar de sus diferencias conceptuales y metodológicas, guardan una cierta relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, a saber, las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes y la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Aunque en ambos casos el término órgano se refiere a personas y entidades, nada impide que en el presente tema dicho término se emplee para referirse exclusivamente a las personas físicas. El empleo del término órgano presenta, además, la ventaja de parecer más adecuado para referirse al jefe de Estado y al jefe de gobierno, respecto de los cuales el empleo de la expresión agente no es frecuente en la práctica jurídica ni diplomática.

142. En consecuencia, la Relatora Especial considera que el término «órgano» es el más adecuado para referirse a todas las personas que se pueden beneficiar de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, y por ello sugiere que la Comisión se pronuncie en el presente período de sesiones sobre la denominación de las personas que se benefician de esta inmunidad, modificando el título del tema así como la referencia que en los proyectos de artículos ya aprobados se hace al término «funcionario» para sustituirlo por el de «órgano». No obstante, hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto, tanto en el presente informe como en los proyectos de artículos que se incluyen en el mismo se seguirá utilizando con carácter provisional el término «funcionario» en español, «*official*» en inglés y «*représentant*» en francés.

#### **D. El concepto general de «funcionario» a los efectos del proyecto de artículos**

143. Teniendo en cuenta el análisis que en las páginas precedentes se hace de los criterios identificativos del concepto de funcionario, se propone a continuación un proyecto de artículo. Dicho proyecto de artículo toma en consideración la existencia de dos categorías de personas claramente diferenciadas, en razón de que se les aplique la inmunidad *ratione personae* o la inmunidad *ratione materiae*. Por ello, cada una de estas dos categorías de

personas se mencionan en apartados separados. Además, la definición propuesta toma en cuenta igualmente los criterios identificativos del concepto de funcionario enumerados en el párrafo 108 *supra*, que se reflejan en el segundo de los apartados.

144. Dado que la definición que se contiene en la propuesta se refiere a cualquier persona que se beneficie de la inmunidad, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, la misma debe incorporarse en el proyecto de artículo dedicado a las definiciones o uso de términos, del que constituiría el apartado *e*. En consecuencia se propone incluir el siguiente apartado en el proyecto de artículo 2 (antes 3):

«Proyecto de artículo 2 (antes 3).  
*Definiciones*

A los efectos del presente proyecto de artículos:

*e)* Se entiende por funcionario del Estado:

i) el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores;

ii) cualquier otra persona que actúe por cuenta y en nombre del Estado, representándolo o ejerciendo atribuciones del poder público, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado.»

**E. El alcance subjetivo de la inmunidad  
*ratione materiae***

145. Como se ha señalado en los párrafos 12 y 13 *supra*, la determinación de las personas a las que se aplica la inmunidad *ratione materiae* constituye uno de los elementos normativos de esta categoría de inmunidad de jurisdicción penal. El primer criterio identificativo de dichas personas se concreta en la existencia de un vínculo con el Estado, que justifica el que se les reconozca una inmunidad de jurisdicción penal en interés del Estado, a los efectos de proteger sus prerrogativas soberanas. Dicho vínculo con el Estado es, por tanto, un elemento central para definir el concepto de funcionario.

146. Este vínculo está relacionado con el concepto de «acto realizado a título oficial», que constituye el segundo de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, pero no puede identificarse ni confundirse con el mismo. Por el contrario, a los efectos de la definición del ámbito subjetivo de este tipo de inmunidad, la referencia al vínculo con el Estado ha de limitarse a la constatación de que el individuo puede actuar en nombre y por cuenta del Estado, desempeñando funciones que implican el ejercicio de atribuciones del poder público. Por tanto, para definir el concepto de funcionario a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* no se ha tomado en consideración el contenido concreto del acto realizado por la persona. Dicho contenido está relacionado con el concepto y límites del «acto realizado a título oficial» y, por tanto, será analizado en el próximo informe. En suma, la existencia de un vínculo entre el beneficiario de la inmunidad *ratione materiae* y el Estado debe entenderse en el sentido de que la persona en cuestión esté en posición de

poder realizar actos que implican el ejercicio de atribuciones del poder público. Que un acto concreto realizado por un funcionario se beneficie o no de la citada inmunidad dependerá de la concurrencia o no de sus otros dos elementos normativos, a saber, si el acto en cuestión puede ser calificado como «acto realizado a título oficial» y si dicho acto se ha realizado por su autor durante el período en que es funcionario del Estado.

147. Esta precisión es importante ya que, en la variada práctica estatal, podemos encontrar personas que tienen un vínculo formal con el Estado y que, sin embargo, no tienen asignadas funciones que impliquen el ejercicio de atribuciones del poder público. Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse como ejemplos un médico, un profesor, el conductor de medios de transporte estatales, un funcionario administrativo o cierto personal de servicio que, en algunas administraciones nacionales, tienen naturaleza funcional y de los que, sin embargo, no puede entenderse que —como regla y en virtud de este mero vínculo con el Estado— ejerzan atribuciones del poder público. En relación con ello, debe recordarse que si la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se reconoce a los funcionarios para garantizar la soberanía del Estado, solo será posible reconocer dicha inmunidad respecto de personas que estén en condiciones de poder ejercer prerrogativas propias de la misma, es decir atribuciones del poder público.

148. La Comisión ha abordado con anterioridad el concepto de atribuciones del poder público, pero no ha dado una definición del mismo. Sin embargo, con ocasión de la elaboración del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, ha empleado en varias ocasiones dicha expresión, y en los comentarios a los artículos correspondientes ofrece algunos ejemplos aislados de qué puede entenderse por poder público, a saber, las funciones de policía<sup>264</sup>, la detención y la imposición de sanciones y disciplina tras una condena judicial o en cumplimiento de la reglamentación penitenciaria o el control de la inmigración y la cuarentena<sup>265</sup>. La falta de definición del concepto de «atribuciones del poder público» puede entenderse por la variedad de supuestos que pueden producirse en la práctica y que obligan a un análisis caso por caso, para lo que tendrá «particular importancia, no solo el contenido de las atribuciones, sino la manera en que se confieren [...] para qué fines se ejercen y en qué medida (el titular de las atribuciones) es responsable de su ejercicio ante el Estado»<sup>266</sup>. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que el concepto de «poder público» ha de entenderse en un sentido amplio que incluye el ejercicio de prerrogativas legislativas, judiciales y ejecutivas.

149. En todo caso, el elemento relevante para definir a un funcionario a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* es la posibilidad de que, en virtud de las competencias que le asigna el derecho nacional, pueda ejercer

<sup>264</sup> Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 40, párr. 6 del comentario introductorio al capítulo II y pág. 45, párr. 5 del comentario al proyecto de artículo 5.

<sup>265</sup> *Ibíd.*, pág. 44, párr. 2 del comentario al proyecto de artículo 5.

<sup>266</sup> *Ibíd.*, pág. 45, párr. 6 del comentario al proyecto de artículo 5. La Comisión afirmó en esa ocasión que «lo que se considera “poder público” dependerá de la sociedad y de su historia y tradiciones».

atribuciones del poder público. Por tanto, el rango jerárquico del funcionario no es, en sí mismo, un elemento suficiente ni autónomo para concluir que una persona es funcionario del Estado a los efectos de nuestro tema. La práctica analizada *supra* pone de manifiesto que la inmunidad *ratione materiae* habitualmente se ha alegado en relación con funcionarios de rango alto o medio. Por el contrario, la alegación de esta inmunidad respecto de funcionarios de bajo nivel es extraordinaria, habiéndose producido en un número muy reducido de casos. Esta práctica viene a confirmar lo antes dicho, ya que en la mayoría de los casos son estos funcionarios de nivel alto y medio los que están habilitados para el ejercicio de funciones propias del poder público. Sin embargo, no se puede excluir *prima facie* que otros funcionarios de rango inferior puedan ejercer las mismas prerrogativas en determinadas circunstancias. En definitiva, la existencia de un vínculo con el Estado que coloca a una persona en condiciones de poder ejercer atribuciones del poder público no depende mecánicamente de criterios formales tales como el rango jerárquico o el estatuto jurídico del puesto o cargo desempeñado; por el contrario, el peso que estos elementos formales pueden tener para concluir que una persona puede ejercer atribuciones del poder público dependerá de cada supuesto concreto y exige un análisis caso por caso. En resumen, no puede concluirse que toda persona que tenga un vínculo con el Estado que permita calificarla como funcionario en sentido amplio se beneficie necesariamente de la inmunidad *ratione materiae*; sin embargo, tampoco es posible concluir que únicamente los funcionarios de rango elevado se benefician de dicha inmunidad.

150. Por último, ha de tenerse en cuenta que, tal como ya ha establecido la Comisión, un antiguo jefe de Estado, un antiguo jefe de gobierno y un antiguo ministro de relaciones exteriores podrían beneficiarse igualmente de la inmunidad *ratione materiae*<sup>267</sup>. Por tanto, dichas personas han de considerarse incluidas en el ámbito de aplicación de esta categoría de inmunidad, ya que no hay duda alguna de que todos ellos tuvieron, durante su mandato, un vínculo con el Estado que les colocaba en posición de poder ejercer atribuciones del poder público.

151. Teniendo en cuenta lo antes señalado se propone el siguiente proyecto de artículo, que sigue el mismo modelo del proyecto de artículo sobre el ámbito de aplicación subjetivo de la inmunidad *ratione personae* aprobado por la Comisión en 2013:

«TERCERA PARTE.

#### INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE*

##### *Proyecto de artículo 5. Beneficiarios de la inmunidad ratione materiae*

Los funcionarios del Estado que ejercen atribuciones del poder público se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.»

<sup>267</sup> Véase el párrafo 3 del proyecto de artículo 4, así como el comentario a dicho artículo, en esp. párr. 7 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49).

### CAPÍTULO III

#### Plan de trabajo futuro

152. En su próximo informe, la Relatora Especial se propone concluir el análisis de los otros dos elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, a saber, el concepto de «acto realizado a título oficial» y el alcance temporal de la inmunidad. Además, en el mismo informe

se propone abordar las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Con ello se finalizará el estudio de los aspectos sustantivos de la inmunidad, reservando para un informe ulterior los aspectos procesales de la misma.

## ANEXO

**Proyectos de artículos propuestos**

*Proyecto de artículo 2 (antes 3). Definiciones*

A los efectos del presente proyecto de artículos:

e) Se entiende por funcionario del Estado:

i) el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores;

ii) cualquier otra persona que actúe por cuenta y en nombre del Estado, representándolo o ejerciendo atribuciones del poder público, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales,

cualquiera que sea su posición en la organización del Estado.

## TERCERA PARTE

INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE*

*Proyecto de artículo 5. Beneficiarios de la inmunidad ratione materiae*

Los funcionarios del Estado que ejercen atribuciones del poder público se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.