

# INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

[Tema 3 del programa]

Documento A/CN.4/686

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

[Original: español]  
[29 de mayo de 2015]

### ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	4
Obras citadas en el presente informe.....	5
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-14 5
<i>Capítulo</i>	
I. LA INMUNIDAD <i>RATIONE MATERIAE</i> : ELEMENTOS NORMATIVOS ( <i>cont.</i> ).....	15-133 7
A. Consideraciones generales.....	15-20 7
B. El concepto de «acto realizado a título oficial».....	21-127 8
1. Consideraciones generales.....	21-26 8
2. «Acto realizado a título oficial» contra «acto realizado a título privado».....	27-33 9
3. Los criterios identificativos del «acto realizado a título oficial».....	34-94 10
4. Los caracteres del «acto realizado a título oficial».....	95-126 27
5. Conclusión: la definición de «acto realizado a título oficial».....	127 35
C. El elemento temporal.....	128-131 35
D. Alcance de la inmunidad <i>ratione materiae</i> .....	132-133 36
II. PLAN DE TRABAJO FUTURO.....	134-139 36
ANEXO. Proyectos de artículos propuestos.....	38

\* La Relatora Especial desea expresar su agradecimiento a los miembros del equipo de investigación del proyecto de investigación «La protección de los valores de la comunidad internacional: inmunidad, justicia e impunidad en el derecho internacional contemporáneo» (DER2013-45790-P): Fanny Castro-Rial Garrone, Carmen Quesada Alcalá, Claribel de Castro Sánchez, Fernando Val Garijo, Teresa Marcos Martín y Nuria Pastor Palomar (Universidad Nacional de Educación a Distancia); y Rosario Ojinaga Ruiz, Yaelle Cacho Sánchez y José Antonio Valles Cavia (Universidad de Cantabria). Igualmente desea agradecer la colaboración de Marko Sjekavica, estudiante de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra.

## Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

## Fuente

Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 82, núm. 251, pág. 279.
Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945	Ibíd.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 78, núm. 1021, pág. 277.
Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, núm. 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Convenio I)	Ibíd.
Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Convenio II)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, núm. 17512, pág. 214. En español, véase CICR, <i>Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> , ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 3.
Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, núm. 17513, pág. 642. En español, véase CICR, <i>Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> , ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 91.
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., 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)	Ibíd., 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 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 Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985)	OEA, <i>Serie sobre Tratados</i> , núm. 67.
Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, 9 de junio de 1994)	OEA, <i>Documentos Oficiales</i> , OEA/Ser.A/55 (SEPF).
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>Treaty Series</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.
Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (Maputo, 11 de julio de 2003)	ILM, vol. 43 (2004), pág. 5.
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)	Naciones Unidas, <i>Treaty Series</i> , 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.
Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006)	Resolución 61/177 de la Asamblea General, anexo.

## Obras citadas en el presente informe

- BRÖHMER, Jürgen  
*State Immunity and the Violation of Human Rights*, La Haya, Martin Nijhoff, 1997.
- CARNERERO CASTILLA, Rubén  
*La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Madrid, Iustel, 2007.
- FOAKES, Joanne  
*The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- FOX, Hazel y Philippa WEBB  
*The Law of State Immunity*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013.
- KOHEN, Marcelo G.  
«The distinction between State immunity and diplomatic immunity», en Gerhard Hafner, Marcelo G. Kohen y Susan Breau (eds.),  
*State Practice regarding State Immunities*, La Haya, Consejo de Europa/Martinus Nijhoff, 2006.
- O'KEEFE, Roger  
*International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- PEDRETTI, Ramona  
*Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2015.
- VAN ALEBEEK, Rosanne  
*The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- YANG, Xiaodong  
*State Immunity in International Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012.

## Introducción

1. El tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional en su 58º 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 59º período de sesiones, en 2007, la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo 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 antiguo 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 60º y 63º, 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 CDI, en particular en 2008 y 2011.

3. En su 3132ª sesión, que tuvo lugar el 22 de mayo de 2012, la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández, en sustitución del Sr. Kolodkin, que había dejado de formar parte de la Comisión<sup>5</sup>.

4. En la misma sesión, la Relatora Especial presentó un informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado<sup>6</sup>. Ese informe 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 esa fecha e identificar los principales puntos de controversia que subsistían, sobre los que la Comisión podía considerar oportuno seguir trabajando en el futuro<sup>7</sup>. En el mismo se identificaron los temas que deberían ser abordados por la Comisión, se definían las bases metodológicas del estudio y se estableció un plan de trabajo orientativo para el tratamiento del tema.

5. La Comisión analizó el informe preliminar en su 64º período de sesiones, en 2012, avalando en líneas generales las propuestas metodológicas y el plan de trabajo propuesto por la Relatora Especial<sup>8</sup>. La Sexta Comisión examinó el informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, en ocasión del examen del informe de la CDI, acogiendo positivamente las propuestas contenidas en el informe de la Relatora Especial<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Véase *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 203, párr. 257, apdo. b 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 antiguo 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.*, párr. 5.

<sup>8</sup> En relación con el desarrollo de dicho debate, véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 86 a 139. Véase también *ibíd.*, vol. I, sesiones 3143ª a 3147ª.

<sup>9</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*, 20ª a 23ª sesiones (A/C.6/67/SR.20 a 23)). Además, en otra sesión dos Estados realizaron referencias al tema (*ibíd.*, 19ª 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), mimeografiado, párrs. 26 a 38.

6. En el 65º 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>10</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 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 3168ª y 3170ª<sup>11</sup> y decidió remitir los seis proyectos de artículos al Comité de Redacción. Sobre la base del informe del Comité de Redacción<sup>12</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>13</sup>.

8. En el sexagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General, 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 CDI. Los Estados, en general, recibieron favorablemente el segundo informe de la Relatora Especial y los avances en los trabajos de la Comisión, valorando positivamente que la Comisión hubiese remitido a la Asamblea General tres proyectos de artículos<sup>14</sup>.

9. En su informe anual, la Comisión pidió a los Estados que, antes del 31 de enero de 2014, proporcionen 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>15</sup>. Diez Estados remitieron comentarios escritos sobre dicha solicitud: Alemania, Bélgica, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Irlanda, México, Noruega, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa y Suiza.

10. En el 66º período de sesiones de la Comisión, en 2014, la Relatora Especial presentó el tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado<sup>16</sup>. En el mismo se comenzó el análisis de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, concentrándose en los aspectos relacionados con el elemento subjetivo. El informe examinó con detalle el concepto general de «funcionario del Estado» y se señalaron los criterios que han de ser tomados en consideración para identificar a las personas que se pueden incluir dentro de dicha categoría. También se analizó el ámbito subjetivo de la inmunidad *ratione materiae*, definiéndose las personas que se pueden beneficiar de dicha inmunidad. Por último, el informe abordó la cuestión de cuál sería el término más adecuado para referirse a las personas que se benefician de la inmunidad, habida cuenta de los problemas terminológicos que planteaba el uso del término «funcionario del Estado» y sus equivalentes en las demás versiones lingüísticas, proponiendo la Relatora Especial el empleo del término más general de «órgano del Estado». Sobre la base del análisis de la práctica judicial (nacional e internacional), de los tratados relevantes, así como de los trabajos previos de la Comisión que afectan al tema, el informe incluía dos proyectos de artículos dedicados, respectivamente, al concepto general de «funcionario del Estado» a los efectos del proyecto de artículos y al alcance subjetivo de la inmunidad *ratione materiae*.

11. En sus sesiones 3127ª a 3122ª, la Comisión examinó el tercer informe de la Relatora Especial<sup>17</sup> y decidió remitir los dos proyectos de artículos al Comité de Redacción. Sobre la base del informe del Comité de Redacción<sup>18</sup>, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículos dedicados al concepto general de «funcionario del Estado» (proyecto de artículo 2, apdo. e) y a los «beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*» (proyecto de artículo 5). La Comisión aprobó también los comentarios a estos dos proyectos de artículos<sup>19</sup>.

12. En el sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, la Sexta Comisión examinó el tema

<sup>10</sup> *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661.

<sup>11</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, 3164ª a 3168ª y 3170ª sesiones.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, 3174ª sesión.

<sup>13</sup> Para el tratamiento del tema por la Comisión en su 65º período de sesiones, 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, 3193ª a 3196ª sesiones.

<sup>14</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 17ª a 19ª sesiones (A/C.6/68/SR.17 a 19). Véase igualmente el Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo octavo período de sesiones (A/CN.4/666), mimeografiado, párrs. 10 a 30.

<sup>15</sup> *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 25.

<sup>16</sup> *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673.

<sup>17</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, 3217ª a 3222ª sesiones.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, vol. I, 3231ª sesión. La declaración del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en el sitio web de la Comisión.

<sup>19</sup> Para el tratamiento del tema por la Comisión en su 66º período de sesiones, véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 123 a 132. Véanse en particular los proyectos de artículos con sus comentarios que se contienen en el párrafo 132. Para los debates de la Comisión sobre los comentarios a los proyectos de artículos véase *ibíd.*, vol. I, 3240ª a 3242ª sesiones.

«Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» en ocasión del examen del informe anual de la CDI. Los Estados recibieron positivamente el tercer informe de la Relatora Especial y los dos nuevos proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión. La mayoría de las delegaciones se manifestaron a favor de incluir una definición general de «funcionario del Estado» en el proyecto de artículos y manifestaron su apoyo a la definición propuesta por la Comisión, poniendo énfasis en la necesidad de establecer la existencia de un vínculo entre el Estado y su funcionario. En relación con dicha definición, algunos Estados solicitaron a la Comisión que se aclarase el alcance de la expresión «que representa al Estado o que ejerce funciones estatales». Igualmente de forma mayoritaria, los Estados se expresaron a favor de tomar en consideración el concepto de «funcionario del Estado» en relación con la inmunidad *ratione materiae*, ya que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se aplica respecto de un individuo (el «funcionario del Estado»), subrayando igualmente la importancia del vínculo Estado-funcionario. Además, apoyaron la forma en que la Comisión había abordado dicho tema y la redacción del proyecto de artículo 5. Aunque algunos Estados señalaron la conveniencia de clarificar la expresión «cuando actúan en calidad de tal», la mayoría lo recibió favorablemente, por entender que ello reforzaba el carácter funcional de la inmunidad. Sin embargo, un número reducido de Estados manifestó dudas sobre la conveniencia de tomar en consideración al funcionario del Estado en relación con la inmunidad *ratione materiae*, por entender que en dicha categoría de inmunidad lo relevante era exclusivamente el tipo de acto realizado y no su autor. De manera general, se expresó la necesidad de abordar en próximos informes el concepto de «acto realizado a título oficial» y el elemento temporal de la inmunidad. Los Estados destacaron los notables avances que se habían producido en el tema<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 21ª a 26ª sesiones (A/C.6/69/SR.21 a SR.26). Véase también el Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones (A/CN.4/678), párrs. 37 a 51.

13. En su informe sobre el 66º período de sesiones, la Comisión pidió a los Estados

que, antes del 31 de enero de 2015, proporcionen información sobre la legislación interna y sobre su práctica, especialmente la práctica judicial, en relación con las siguientes cuestiones: a) el significado dado a las expresiones «actos oficiales» y «actos realizados a título oficial» en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; y b) las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de dichos funcionarios<sup>21</sup>.

En el momento de finalizar el presente informe se han recibido respuestas escritas de los siguientes Estados: Alemania, Austria, Cuba, España, Finlandia, Francia, Perú, Reino Unido, República Checa y Suiza. Además, durante sus declaraciones en la Sexta Comisión, varios Estados se refirieron a las cuestiones contenidas en la pregunta que la CDI les había dirigido. La Relatora Especial desea agradecer muy especialmente a dichos Estados sus comentarios, que son de gran utilidad para los trabajos de la Comisión. Igualmente, se agradecerá cualquier otro comentario que los Estados deseen remitir con posterioridad. Estos comentarios, así como los remitidos por los Estados en 2014<sup>22</sup> y las observaciones contenidas en las intervenciones orales de los Estados en la Sexta Comisión han sido debidamente tenidos en cuenta para la elaboración del presente informe.

14. Siguiendo con el plan de trabajo anunciado en el anterior período de sesiones, el cuarto informe continúa el análisis de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, abordando los elementos sustantivo y temporal. Como resultado de dicho análisis se proponen dos proyectos de artículos incluidos en la parte correspondiente del presente informe. Además, a fin de facilitar los trabajos de la Comisión, se ha incorporado al informe un anexo que contiene los proyectos de artículos propuestos. Por último, la Relatora Especial desea advertir que el presente informe ha de leerse conjuntamente con los presentados con anterioridad, con los que constituye una unidad, y con los proyectos de artículos provisionalmente aprobados por la Comisión hasta la fecha y los comentarios a los mismos.

<sup>21</sup> *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 28.

<sup>22</sup> Véase el párrafo 9 *supra*.

## CAPÍTULO I

### La inmunidad *ratione materiae*: elementos normativos (cont.)

#### A. Consideraciones generales

15. Como ya se señaló en los anteriores informes 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>23</sup>. Además, la distinción de estas dos categorías de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado fue tenida en cuenta en trabajos anteriores de la Comisión, reflejándose tanto

en el memorando de la Secretaría<sup>24</sup> como en el informe preliminar del anterior Relator Especial, Sr. Kolodkin<sup>25</sup>, si bien en ambos casos con una finalidad esencialmente descriptiva y conceptual.

16. Por lo que se refiere a los trabajos de la Comisión durante el presente quinquenio, baste con recordar ahora que ha abordado desde 2013 la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* con un enfoque normativo, a fin de establecer un régimen jurídico diferenciado respecto de cada una de ellas. Ello no

<sup>23</sup> *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 47, *in fine*, y *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 10.

<sup>24</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 2), documento A/CN.4/596, párrs. 88 y ss.

<sup>25</sup> Véase *ibíd.*, documento A/CN.4/601, párrs. 78 a 83.

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>26</sup>. Este enfoque normativo se ha manifestado ya en los proyectos de artículos provisionalmente aprobados por la Comisión, en los comentarios a los mismos, y en la propia estructura del proyecto de artículos, tal y como ha sido aprobada provisionalmente hasta la fecha<sup>27</sup>.

17. Conforme a lo indicado en anteriores informes, 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»; y

c) no está sometida a límite temporal alguno, ya que la inmunidad *ratione materiae* subsiste incluso después de que la persona que se beneficia de la inmunidad haya perdido la condición de funcionario<sup>28</sup>.

18. A partir de estas tres características han de deducirse los elementos normativos que configuran esta categoría de inmunidad, a saber:

a) alcance subjetivo de la inmunidad *ratione materiae*: ¿qué personas se benefician 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<sup>29</sup>?

<sup>26</sup> Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párrs. 48 y 53, y *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 10, *in fine*.

<sup>27</sup> En este sentido, téngase en cuenta que en la estructura del proyecto de artículos se incorporan partes separadas dedicadas a la inmunidad *ratione personae* (segunda parte) y a la inmunidad *ratione materiae* (tercera parte) (véase *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 131). Además, el proyecto de artículo 4, párr. 3, aprobado provisionalmente por la Comisión en 2013, se construye sobre la base de dicha distinción, 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*» (véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49, comentario al proyecto de artículo 4, en esp. párr. 7). Sobre este tema, véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 11.

<sup>28</sup> Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 50, y *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párrs. 12 y 13. Estos tres elementos responden a las diferentes definiciones de inmunidad *ratione materiae* que se han dado en la doctrina y en la jurisprudencia, así como a la contenida en trabajos previos de la Comisión. Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, en esp. notas 25 y 26.

<sup>29</sup> La metodología empleada es común a la inmunidad *ratione materiae* y a la inmunidad *ratione personae*, ya que en ambas categorías están presentes los tres elementos que se han definido como elementos normativos. Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párrs. 10 a 16, y *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 13.

19. Aunque los tres elementos normativos arriba señalados han de ser analizados de forma conjunta e integrada, la diversidad y complejidad de los mismos aconsejan que los informes de la Relatora Especial los aborden de forma separada. El primero de ellos (elemento subjetivo) ya fue analizado en el tercer informe<sup>30</sup>, y en este cuarto informe se analizarán sucesivamente el elemento material (concepto de «acto realizado a título oficial») y el elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae*.

20. Por último, como ya se hizo en anteriores informes<sup>31</sup>, ha de recordarse que la caracterización 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 esta categoría de inmunidad. 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 o ilimitado de la misma.

## B. El concepto de «acto realizado a título oficial»

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

21. Como ya se afirmó en el tercer informe, un individuo se puede beneficiar de la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* si en un caso concreto concurren tres condiciones: a) que pueda ser considerado como funcionario del Estado; b) que, en tal condición, haya realizado un acto a título oficial; y c) que haya realizado dicho acto durante su mandato<sup>32</sup>. Por el contrario, puede darse la circunstancia de que un individuo sea funcionario del Estado en el sentido del presente proyecto de artículos, que realice un acto durante el período en que se encuentra en ejercicio, y que, sin embargo, el acto realizado no pueda ser calificado como «acto realizado a título oficial», en cuyo caso no cabe plantear una eventual inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

22. Teniendo en cuenta lo anterior, resulta fácil de comprender la importancia que ha de atribuirse al «acto realizado a título oficial» en el marco de la inmunidad *ratione materiae*. Dicha importancia, que ha sido subrayada por todos los miembros de la Comisión y por los Estados, ha sido elevada por algunos miembros de la Comisión y por algunos Estados a un nivel de exclusividad, al considerar que solo el «acto realizado a título oficial» es relevante para determinar la aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*, siendo indiferente quién sea el autor del acto. Aunque la Comisión no ha seguido este último enfoque<sup>33</sup>, ello no minora el importante papel que corresponde al comportamiento del funcionario (el «acto realizado a título oficial») en la estructura general de la inmunidad *ratione materiae*. Un papel que se explica por la naturaleza eminentemente funcional de esta categoría

<sup>30</sup> Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, en esp. párrs. 18 a 21 y 145 a 151.

<sup>31</sup> Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párrs. 15 y 23; y *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 15.

<sup>32</sup> *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 11.

<sup>33</sup> Véase *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 132, comentario al proyecto de artículo 5, párr. 3.

de inmunidad, en la que la presencia del Estado se manifiesta a través de dos vínculos distintos pero complementarios, a saber: el vínculo que une al funcionario con el Estado, por un lado, y el vínculo que une al Estado con ciertos actos que representan expresiones de la soberanía y del ejercicio de funciones del poder público, por otro.

23. En consecuencia, ambos elementos (subjetivo y material) están indisolublemente unidos, pero son conceptualmente categorías distintas que han de ser tratadas y analizadas de forma autónoma. La autonomía de ambos elementos, que fue objeto de debate en el 66° período de sesiones de la CDI, en 2014, y que ha suscitado también algún comentario en la Sexta Comisión, ya se había señalado en el tercer informe de la Relatora Especial, en el que se afirmaba expresamente lo siguiente:

145. [L]a 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 [...] 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<sup>34</sup>.

24. La relación entre el concepto de «funcionario del Estado» y el de «acto realizado a título oficial» generó un interesante debate en el seno de la Comisión, durante su 66° período de sesiones, en 2014. En el mismo, algunos de los miembros de la Comisión entendieron que la definición de funcionario que se proponía en el proyecto de artículo 2, apdo. e, en especial en su inciso ii), contenía en sí misma tanto el elemento subjetivo como el elemento material de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*. Aunque dicha crítica podía solventarse, a juicio de la Relatora Especial, por lo dicho en el tercer informe que se ha reproducido *supra*, la Comisión evitó toda posible confusión entre los conceptos de funcionario y de acto, mediante una nueva formulación del proyecto de artículo 2, apdo. e, que elimina la referencia a los «actos» y la sustituye por una mención a la «representación del Estado» y al «ejercicio de funciones estatales» como términos neutros que definen el vínculo entre el funcionario y el Estado, sin que ello implique un pronunciamiento sobre el tipo de actos que quedan cubiertos por

la inmunidad<sup>35</sup>. En todo caso, la delimitación de cuáles fuesen dichos actos había quedado reservada, como se señalaba expresamente en el tercer informe, a un estudio que se abordaría con posterioridad<sup>36</sup>. Esta tarea se lleva a cabo en el presente informe.

25. Identificar el concepto y las características del «acto realizado a título oficial» reviste una notable importancia para el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado entendido en su conjunto, pero en realidad solo tiene efectos reales respecto de la inmunidad *ratione materiae*, ya que en el caso de la inmunidad *ratione personae*, todos los actos realizados por los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores están cubiertos por la inmunidad, con independencia de que los mismos se hayan realizado a título privado o a título oficial. Por tanto, el concepto de «acto realizado a título oficial» se convierte en un elemento característico e irrenunciable de la inmunidad *ratione materiae*, por lo que su análisis reviste una importancia crucial para el tema.

26. Partiendo de estas premisas, se analizarán a continuación las siguientes cuestiones: el empleo de la expresión «acto realizado a título oficial» frente a la expresión «acto realizado a título privado»; los criterios identificativos del «acto realizado a título oficial»; y la relación existente entre el «acto realizado a título oficial», la responsabilidad y la inmunidad. Dicho análisis tiene por objeto identificar los elementos característicos del «acto realizado a título oficial» sobre los que construir una propuesta de definición del mismo.

## 2. «ACTO REALIZADO A TÍTULO OFICIAL» CONTRA «ACTO REALIZADO A TÍTULO PRIVADO»

27. Durante su 65° período de sesiones, en 2013, en ocasión de la aprobación provisional del proyecto de artículo 4, párr. 2, la Comisión decidió emplear la expresión «acto realizado a título oficial» por oposición a los «actos realizados a título privado» por un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores<sup>37</sup>, siguiendo de esta manera el uso adoptado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*<sup>38</sup>. Con posterioridad, la Comisión ha seguido empleando la expresión «acto realizado a título oficial» para referirse a los actos cubiertos, en principio, por la inmunidad *ratione materiae* y esta será igualmente la terminología empleada en el presente informe.

28. Sin embargo, si se analiza la práctica, así como la doctrina jurídica especializada, ha de llamarse la atención sobre la diversidad de términos empleados para referirse a los actos realizados por un funcionario que podrían dar lugar a la inmunidad *ratione materiae*. Así, a título de ejemplo, cabe citar las siguientes expresiones: «acto oficial», «acto en representación del Estado», «acto en nombre del Estado», «acto de función», «acto de gobierno»

<sup>35</sup> Véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 132, comentario al proyecto de artículo 2, apdo. e, párrs. 9 a 11.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 152.

<sup>37</sup> Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49, comentario al proyecto de artículo 4, en esp. párrs. 3 y 4.

<sup>38</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), fallo, C.I.J. Recueil 2002, pág. 46.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673. Véanse también los párrafos 12 y 13.

o, incluso, «acto del Estado». La utilización de dichos términos se realiza habitualmente de forma indistinta y, por tanto, podrían considerarse como sinónimos, aunque ha de advertirse que no todos ellos se emplean siempre con idéntico significado. No obstante, no es preciso a los efectos del presente informe llevar a cabo un análisis pormenorizado de los distintos términos antes mencionados, ya que el interés que dicho análisis tendría a los fines de nuestro tema sería muy limitado. Además, la expresión «acto realizado a título oficial» parece ser la utilizada con carácter mayoritario, en especial por la doctrina.

29. Dicho lo anterior, es preciso advertir que, en determinados contextos, el empleo de alguno de los términos antes mencionados debe ser valorado con sumo cuidado, ya que con los mismos se puede estar haciendo referencia a un fenómeno distinto al que aquí nos interesa. Este es el caso, en particular, de la expresión «acto de Estado», que es empleada en algunos países pertenecientes al sistema de *common law*, en especial los Estados Unidos y el Reino Unido, en el contexto de la denominada «doctrina del acto de Estado». Como es comúnmente señalado por la doctrina, dicha institución procesal, no reconocida en otros sistemas jurídicos, no es plenamente coincidente con la institución de la inmunidad de jurisdicción y no encuentra su fundamento en el derecho internacional consuetudinario. A pesar de ello produce en ocasiones un efecto práctico similar al de la inmunidad de jurisdicción, por lo que ha dado lugar a una cierta confusión entre ambas instituciones<sup>39</sup>.

30. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que la distinción entre «acto realizado a título oficial» y «acto realizado a título privado» no es equivalente ni puede confundirse con la distinción entre acto *iure imperii* y acto *iure gestionis*, característica de la inmunidad del Estado. Por el contrario, el «acto realizado a título oficial» puede superar los límites del acto *iure imperii*, pudiendo emplearse también para referirse a algunos actos *iure gestionis* realizados por un funcionario del Estado en cumplimiento de su mandato y ejerciendo funciones estatales.

31. En tercer lugar, ha de advertirse que la distinción entre «acto realizado a título oficial» y «acto realizado a título privado» no guarda tampoco relación alguna con la distinción entre acto lícito o ilícito. Por el contrario, cuando nos referimos a las dos primeras categorías de actos en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado, ambas se presumen —por definición— ilícitas en términos penales, ya que de lo contrario no darían lugar al ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro frente a la que se pretende oponer la inmunidad.

32. En todo caso, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el empleo de la expresión «acto realizado a título oficial» cobra su sentido por oposición a la expresión «acto realizado a título privado». Pero más allá de este significado negativo o de exclusión, la expresión «acto realizado a título oficial» tiene unos contornos muy imprecisos. El derecho internacional contemporáneo no

ofrece ninguna definición de dichos actos y las legislaciones nacionales son irrelevantes a los efectos del presente tema, ya que en cada uno de ellos puede variar sensiblemente el concepto en cuestión. Por otro lado, en un proyecto de artículos cuyo objeto es identificar el régimen jurídico internacional aplicable a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la legislación nacional no puede ser tomada en consideración como criterio determinante para definir el alcance y significado de qué entendemos por «acto realizado a título oficial», debiendo quedar reducida a un instrumento interpretativo de naturaleza complementaria.

33. En resumen, aunque la oposición entre «acto realizado a título oficial» y «acto realizado a título privado» es muy sugerente para entender, en términos abstractos, cuándo un determinado acto queda cubierto o no por la inmunidad *ratione materiae*, el uso alternativo de ambos términos no es útil para determinar el alcance y contenido del elemento material de dicha categoría de inmunidad. Para alcanzar dicho objetivo se hace necesario, por tanto, abordar la cuestión de cuáles son los elementos identificativos de dicha categoría de actos.

### 3. LOS CRITERIOS IDENTIFICATIVOS DEL «ACTO REALIZADO A TÍTULO OFICIAL»

34. A la luz de lo que se acaba de señalar, la importancia de definir cuáles sean los criterios identificativos del «acto realizado a título oficial» es evidente. Y para ello es necesario proceder a un análisis de la práctica, paralelo al que se realizó en el tercer informe, respecto del concepto de «funcionario del Estado»<sup>40</sup>, siguiendo la misma estructura empleada en aquella ocasión. Así, se analizarán sucesivamente la práctica judicial (internacional y nacional), la práctica convencional y algunos trabajos previos de la Comisión especialmente relevantes para el tema que nos ocupa.

#### a) La práctica judicial internacional

35. La Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia han dictado sentencias en las que se refieren, con una u otra denominación, a los «actos realizados a título oficial» en relación con la institución de la inmunidad.

36. Comenzando por la Corte Internacional de Justicia, ha de recordarse que la misma se ha referido a la inmunidad de funcionarios del Estado en los casos *Mandat d'arrêt*<sup>41</sup> y *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*<sup>42</sup>, partiendo en ambas de diversos actos realizados por altos cargos del Estado sobre cuya naturaleza se pronuncia. A ellas ha de añadirse el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*<sup>43</sup>, que si bien se refiere exclusivamente a la inmunidad del Estado, toma igualmente en consideración el concepto de acto

<sup>40</sup> Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párrs. 29 a 110.

<sup>41</sup> Véase la nota 38 *supra*.

<sup>42</sup> *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. Francia), fallo, C.I.J. Recueil 2008.

<sup>43</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État* (Alemania c. Italia - Grecia (interviniente)), fallo, C.I.J. Recueil 2012, pág. 99.

<sup>39</sup> Fox y Webb, *The Law of State Immunity*, págs. 53 a 72; Carnerero Castilla, *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, págs. 36 a 44.

realizado a título oficial. Por último, en el caso *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*<sup>44</sup>, el supuesto de hecho que está en el origen del caso sometido a la Corte se refiere también a un supuesto de presuntos actos realizados a título oficial, si bien es cierto que la Corte no ha tenido que pronunciarse sobre los mismos.

37. En el caso *Mandat d'arrêt*, los hechos que generan la demanda se refieren a la comisión por el Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo, Abdoulaye Yerodia Ndombasi, de una serie de actos que constituyen infracciones graves de los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra y sus Protocolos Adicionales, así como crímenes de lesa humanidad. En el fallo dictado en este caso, la Corte Internacional de Justicia declara la inmunidad de jurisdicción penal del Ministro de Relaciones Exteriores, afirmando 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>45</sup>. Dichas funciones son analizadas detalladamente por la Corte, enumerándolas de la siguiente forma:

asegura la dirección de la acción diplomática de su gobierno y lo representa generalmente en las negociaciones internacionales y las reuniones intergubernamentales. Los embajadores y otros agentes diplomáticos están llamados a ejercer sus funciones bajo su autoridad. Sus actos son susceptibles de vincular al Estado que representa, y un ministro de relaciones exteriores es considerado, a título de sus funciones, como provisto de plenos poderes para actuar en nombre del Estado (ver por ejemplo el apartado a del párrafo 2 del artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados). [...] Es generalmente quien decide sobre los poderes que se otorgan a los agentes diplomáticos y quien rubrica sus cartas credenciales. En fin, los encargados de negocios son acreditados ante el ministro de relaciones exteriores<sup>46</sup>.

38. Como puede apreciarse, se trata de actividades que responden a la categoría de ejercicio de prerrogativas propias del poder público al más alto nivel y, por consiguiente, constituyen ejemplos que han de ser tomados en consideración al definir los criterios identificativos del acto realizado a título oficial. No obstante, ha de recordarse que los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en su opinión separada conjunta, pusieron en duda que

los crímenes internacionales graves [puedan] ser considerados como actos oficiales, ya que no se corresponden ni a las funciones estatales normales ni a las funciones que un Estado por sí solo (por oposición a un individuo) puede ejercer.

Añadieron que existe una

toma de conciencia creciente del hecho de que los móviles ligados al Estado no constituyen el criterio apropiado para determinar lo que constituyen actos públicos del Estado<sup>47</sup>.

39. El caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* tiene su origen en varios procedimientos penales abiertos en Francia como consecuencia de la muerte en condiciones poco claras de Bernard Borrel, juez de nacionalidad francesa destacado ante el Ministerio de Justicia de Djibouti. En el marco de dichos

procedimientos se iniciaron investigaciones que, bajo el testimonio de dos funcionarios de Djibouti, ofrecieron indicios sobre la participación en la muerte del Sr. Borrel del Presidente de Djibouti, Ismaël Omar Guelleh, en el momento en que se inician las investigaciones y que, en ese concepto, fue llamado a declarar como testigo en la causa. Otros dos altos funcionarios de Djibouti, Djama Souleiman Ali (Fiscal de la República) y Hassan Said Khaireh (Jefe de Seguridad Nacional) fueron llamados a declarar como «testigos asistidos» y los tribunales franceses dictaron contra ellos una orden de arresto europea, siendo finalmente acusados y condenados por sendos delitos de amenazas a testigos. Son estos dos últimos casos los que revisten mayor interés a los fines del presente informe. Aunque la Corte Internacional de Justicia no se pronunció sobre si estos dos altos funcionarios se beneficiaban de la inmunidad *ratione materiae*, al analizar dicha posibilidad formuló afirmaciones que son de interés para definir el concepto de «acto realizado a título oficial», refiriéndose expresamente a la condición de que, para ello, sería necesario que los actos que se les imputan «fuesen efectivamente actos realizados en el marco de [las] funciones [de dichos funcionarios] en tanto que órganos del Estado»<sup>48</sup>. Junto a ello, la Corte se refirió implícitamente a la atribución del acto al Estado como requisito para definir esta posible inmunidad, al afirmar 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 encargados de asegurar la ejecución de dichos actos<sup>49</sup>.

40. En el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*, los hechos que se encuentran en la base del caso son constitutivos de asesinatos, confinamiento y privación del estatuto de prisionero de guerra cometidos por las fuerzas armadas y otros órganos del Tercer Reich alemán durante la Segunda Guerra Mundial, tanto en Italia como en Grecia, sobre personas que ostentaban la nacionalidad de estos dos últimos países. Aunque la Corte Internacional de Justicia no se pronuncia sobre la inmunidad de los funcionarios alemanes sino sobre la inmunidad de Alemania, en la sentencia se refiere a dichos actos para concluir que han de ser considerados necesariamente como actos *iure imperii*, que implican el ejercicio de la soberanía, y que por tanto quedan cubiertos por la inmunidad de jurisdicción del Estado<sup>50</sup>. Para ello, lleva a cabo un análisis de la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, que aunque no es relevante a los efectos de nuestro tema, sin embargo, contiene argumentos de los que se pueden extraer elementos característicos de los actos realizados a título oficial. Así, afirma lo siguiente:

La Corte considera que las expresiones *iure imperii* e *iure gestionis* no implican para nada que los actos contemplados sean lícitos, por el contrario indican solamente que deben ser apreciados en relación con el derecho que rige el ejercicio del poder soberano (*iure imperii*) o del derecho que rige las actividades no soberanas del Estado, en particular aquellas de naturaleza privada o comercial (*iure gestionis*)<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Bélgica c. Senegal), fallo, C.I.J. Recueil 2012, pág. 422.

<sup>45</sup> C.I.J. Recueil 2002, párrs. 51 y 53.

<sup>46</sup> *Ibid.*, párr. 53.

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr. 85.

<sup>48</sup> *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, C.I.J. Recueil 2008, párr. 191.

<sup>49</sup> *Ibid.*, párr. 196.

<sup>50</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État*, C.I.J. Recueil 2012, párrs. 60 y 61.

<sup>51</sup> *Ibid.*, párr. 60.

41. La calificación de los actos antes mencionados como «actos soberanos» ha sido mantenida igualmente por el magistrado Koroma<sup>52</sup> y por el magistrado *ad hoc* Gaja<sup>53</sup>. Por el contrario, el magistrado Cançado-Trindade ha concluido en su opinión disidente que la soberanía no puede servir para referirse a comportamientos que constituyen crímenes internacionales, afirmando que «los crímenes internacionales no son actos del Estado ni tampoco «actos privados»; un crimen es un crimen, quien quiera que sea su autor»<sup>54</sup>.

42. Por último, el caso *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* trae su causa de los actos de exterminio, tortura, persecución y desapariciones forzadas presuntamente cometidas por Hissène Habré durante su mandato como Presidente del Chad. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia no se ha pronunciado sobre la naturaleza de estos actos y la posibilidad de que queden cubiertos por la inmunidad, limitándose a retener los argumentos formulados por las partes en los procedimientos internos seguidos en Bélgica y el Senegal<sup>55</sup>.

43. Por lo que se refiere a la contribución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al tema a que se refiere el presente informe, ha de llamarse la atención en primer lugar sobre el hecho de que las sentencias del Tribunal no se refieren, como regla, a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, sino a la inmunidad de jurisdicción del Estado frente a acciones civiles<sup>56</sup>, pronunciándose en todos los casos sobre la compatibilidad de dicha inmunidad de jurisdicción civil con el derecho al juicio justo reconocido en el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos). Sin embargo, no es menos cierto que, en sus sentencias, el Tribunal se ha ocupado de actos específicos realizados por funcionarios del Estado, de tal

<sup>52</sup> *Ibid.*, opinión separada del magistrado Koroma, párr. 4: «el despliegue de fuerzas armadas de una nación a los fines de la conducción de un conflicto armado es por esencia un acto soberano».

<sup>53</sup> *Ibid.*, opinión disidente del magistrado *ad hoc* Gaja, párr. 5. El magistrado Gaja afirma que para poder considerar una actividad como *iure imperii* es necesario que la misma «se derive del ejercicio, para [el] Estado, de un poder soberano». Ha de tenerse igualmente en cuenta que el magistrado *ad hoc* Gaja introduce un interesante matiz al afirmar que cuando se trata de daños corporales o asimilados, causados de forma intencional, la distinción entre acto *iure imperii* y acto *iure gestionis* se transforma en irrelevante (párr. 5), concluyendo que «aunque la inmunidad se aplicase como regla general a las reclamaciones relativas a los daños causados por actividades militares llevadas a cabo sobre el territorio del Estado del foro, ella no se extendería a aquellos daños que guardan relación con masacres de civiles o con actos de tortura cometidos sobre el mismo territorio» (párr. 10).

<sup>54</sup> *Ibid.*, opinión disidente del magistrado Cançado-Trindade, párr. 181. Véase, en general, párr. 178 y ss.

<sup>55</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, C.I.J. Recueil 2012, párrs. 20 y 22.

<sup>56</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido expresamente a la distinción entre los procedimientos civiles y penales en su fallo *Al-Adsani v. United Kingdom* (demanda núm. 35763/97), *Reports of Judgments and Decisions 2001-XI*, párrs. 34, 61 y 66. Dicha distinción, sin embargo, fue rechazada por los jueces que votaron en contra (véase la opinión disidente de los jueces Rozakis y Cafiisch, a la que declaran adherirse los jueces Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić). Esta distinción ha sido nuevamente señalada por el Tribunal Europeo en el asunto *Jones and others v. United Kingdom* (demandas núms. 3456/06 y 40528/06), *Reports of Judgments and Decisions 2014*, párr. 207. Dicha distinción ha sido igualmente criticada en la opinión disidente de la jueza Kalaydjieva. Sin embargo, el Gobierno del Reino Unido ha aceptado dicha distinción (véase el párrafo 179 del fallo).

forma que los pronunciamientos de dicho Tribunal pueden ser de utilidad para determinar cuáles son los criterios característicos de los «actos realizados a título oficial».

44. En el caso *McElhinney v. Ireland*, el asunto sometido a la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene su origen en hechos que se produjeron a partir de ciertos comportamientos de un ciudadano irlandés al pasar un puesto de control en la frontera entre Irlanda del Norte y la República de Irlanda, seguidos de una persecución de dicho ciudadano por un soldado británico, que se produce ya en territorio irlandés, y en la que, a juicio del demandante, fue objeto de sevicias, atentados contra su integridad física y falta de cumplimiento correcto de las funciones del soldado británico. Al margen de otros interesantes argumentos que se contienen en dicha sentencia en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, ha de destacarse en este momento que, a juicio del Tribunal Europeo «los actos de un soldado sobre el territorio de un Estado extranjero» tienen una estrecha relación con «la esfera central de la soberanía del Estado [...] que pueden, por su naturaleza» suscitar cuestiones «susceptibles de afectar a las relaciones diplomáticas del Estado y a la seguridad nacional». En consecuencia, calificó los actos atacados ante el Tribunal como actos *iure imperii*, que son actos del Estado y se benefician de la inmunidad<sup>57</sup>.

45. En el asunto *Al-Adsani*, los hechos que están en el origen de la demanda son la detención y las 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. Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se pronuncia sobre una eventual inmunidad de las personas autoras de las torturas, ya que los tribunales británicos 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>58</sup>, sí evalúa implícitamente la naturaleza de los actos en cuestión. En este sentido, concluye que dichos actos son constitutivos de torturas que están prohibidos por una norma de *ius cogens*<sup>59</sup>, a pesar de lo cual afirma que no es posible identificar en el derecho internacional aplicable en la fecha una excepción que prive a los Estados de beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción civil en relación con dichos actos<sup>60</sup>. Aunque es cierto que el Tribunal no califica expresamente los actos de tortura como actos del Estado o actos realizados a título oficial, no es menos cierto que la argumentación citada equivale al reconocimiento de la tortura como un acto imputable al Estado y que por tanto, *prima facie*, puede ser considerado como un acto realizado a título oficial por sus autores.

46. En el asunto *Jones and others v. United Kingdom*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que pronunciarse sobre la inmunidad en relación con actos de

<sup>57</sup> Véase *McElhinney* (demanda núm. 31253/96), Gran Sala, *Reports of Judgments and Decisions 2001-XI* (resumen), en esp. párr. 38.

<sup>58</sup> Véase *Al-Adsani*, párrs. 14 y 15.

<sup>59</sup> *Ibid.*, párrs. 58 y 61.

<sup>60</sup> *Ibid.*, párr. 66.

tortura cometidos por funcionarios de la Arabia Saudita contra los demandantes durante su detención en dicho país<sup>61</sup>. Como ya se señaló en el tercer informe, la sentencia recaída en este asunto presenta un gran interés desde distintas perspectivas y habrá de ser objeto de un continuado análisis en los trabajos de la Comisión<sup>62</sup>. Por lo que se refiere al concepto de «acto realizado a título oficial», han de destacarse las siguientes afirmaciones del Tribunal:

[I]a 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>63</sup>.

Añadiendo que

[I]os 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>64</sup>.

Junto a ello, el Tribunal recurre a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, para afirmar que

[I]a Convención contra la Tortura define la tortura como un acto cometido por «un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas». Esta definición aparece como apoyando el argumento de que los actos de tortura pueden ser cometidos en una «capacidad oficial» a los efectos de la inmunidad del Estado<sup>65</sup>.

En consecuencia, nos encontraríamos ante actos que, al menos *prima facie*, pueden calificarse como actos realizados a título oficial.

47. En el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es útil referirse, por último, a una reciente sentencia dictada por dicho Tribunal que, aunque se sitúa en el plano de las inmunidades regidas por el derecho interno, contiene elementos que pueden ser de interés a los fines de definir los elementos característicos del acto realizado a título oficial. Se trata de la sentencia *Urechean and Pavlicenco v. The Republic of Moldova*<sup>66</sup>, que se refiere a las declaraciones públicas formuladas en 2004 y 2007 por el Presidente de Moldova, quien acusó a los demandantes, respectivamente, de haber organizado una red mafiosa de corrupción y de haber estado vinculados con el Comité de Seguridad del Estado (KGB). Las demandas por libelo o difamación presentadas por los interesados ante los tribunales moldovos fueron desestimadas, por considerar dichos tribunales que las citadas afirmaciones se habían realizado en el marco del ejercicio de sus funciones oficiales por el Presidente, que, por tanto, se beneficiaban de la inmunidad. Por su parte, los demandantes alegaron que las declaraciones difamatorias

<sup>61</sup> Ha de tenerse en cuenta que el caso presenta la peculiaridad de que los actos judiciales atacados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se refieren, en su origen, a la inmunidad del Estado sino a la inmunidad de jurisdicción de funcionarios de la Arabia Saudita demandados de forma individualizada. A ello ha de añadirse que los tribunales británicos protagonizaron un largo proceso en el que la posición sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción civil de los citados funcionarios por la presunta comisión de actos de tortura fueron objetos de sucesivos recursos y cambios de pronunciamiento sobre el fondo.

<sup>62</sup> *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párr. 45.

<sup>63</sup> *Jones and others*, párr. 204.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, párr. 205.

<sup>65</sup> *Ibíd.*, párr. 206.

<sup>66</sup> Demandas núms. 27756/05 y 41219/07, sentencia de 2 de diciembre de 2014.

del Presidente no habían sido realizadas en tal calidad sino al margen de las mismas, en tanto que líder político. Aunque el Tribunal entendió que, en términos abstractos, las declaraciones de un Jefe de Estado pueden quedar cubiertas por la inmunidad y no concluyó si dichas declaraciones eran actos oficiales o privados en el caso en cuestión, sí llamó la atención sobre la exigencia de que los tribunales nacionales evalúen si las mismas se corresponden con una u otra categoría, en especial teniendo en cuenta que la inmunidad reconocida al Presidente de la República de Moldova para actos realizados en ejercicio de sus funciones oficiales es perpetua y no se extingue con la terminación del mandato. Desde esta perspectiva, el Tribunal abre un importante debate sobre la necesidad de identificar si un acto es oficial o privado, incluso respecto de un acto que *ab initio* presenta una clara apariencia de oficialidad. Dicho debate debe ser tenido igualmente en cuenta a los efectos del presente informe.

48. Para finalizar esta sección, ha de llamarse la atención sobre la sentencia de 29 de octubre de 1997, dictada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso *Blaškić*, a la que se hace frecuente referencia en relación con la inmunidad *ratione materiae*<sup>67</sup>. Dicha sentencia tiene su origen en el recurso interpuesto por Croacia contra la decisión de la Sala de Primera Instancia II, de 18 de julio de 1997, por la que se ordenaba a un funcionario croata comparecer ante el Tribunal y producir ante el mismo ciertos documentos oficiales (*subpoena*). La Sala de Apelaciones concluyó que el funcionario al que se llama a declarar ha actuado en ejercicio de una función oficial del Estado, y que sus actos no son atribuibles directamente al funcionario sino al Estado (actos realizados a título oficial)<sup>68</sup>, que no entran, por tanto, dentro de la categoría de actos realizados por «personas que actúan en su capacidad privada» (actos realizados a título privado)<sup>69</sup>.

#### b) *La práctica judicial nacional*

49. A los efectos de definir el concepto de «acto realizado a título oficial» reviste especial importancia la práctica de los tribunales nacionales, ya que son dichos órganos judiciales los que tienen que resolver los casos que se pueden ver afectados por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y al hacerlo se pronuncian sobre los actos que, desde la perspectiva de la inmunidad *ratione materiae*, pueden quedar cubiertos por la inmunidad. Por ello en esta sección se analiza dicha práctica siguiendo el mismo método empleado en el tercer informe, que incluye tanto las decisiones adoptadas en procesos penales como las recaídas en procesos civiles cuando en las mismas sea posible encontrar elementos relevantes para la identificación de los caracteres esenciales del «acto realizado a título oficial». El objeto de dicho análisis es doble. En primer lugar, identificar los comportamientos que, en la práctica, han sido objeto de reclamaciones de inmunidad y que, por tanto, pueden ser considerados *prima facie* como «actos realizados a título oficial» y, en segundo lugar, identificar

<sup>67</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelación, *Fiscal c. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-AR 108, 29 de octubre de 1997, ILR, vol. 110, pág. 688.

<sup>68</sup> *Ibíd.*, párr. 38.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, párr. 49.

los elementos comunes a dichos comportamientos que pueden ser considerados como criterios identificadores de esta categoría de actos.

50. Por lo que se refiere a los procedimientos penales, ha de llamarse la atención en primer lugar sobre el reducido número de comportamientos delictivos respecto de los cuales se ha alegado la inmunidad. Dichos comportamientos se reconducen, en un buen número de casos, a crímenes de derecho internacional, entre los que cabe citar los siguientes: tortura, asesinatos en masa, genocidio, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, embarzo forzoso, deportación, privación del estatuto de prisionero de guerra, esclavitud y trabajos forzados, así como actos de terrorismo<sup>70</sup>. Estos delitos se mencionan en ocasiones *eo nomine*, mientras que en otros asuntos el procedimiento se refiere de forma genérica a crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos<sup>71</sup>. En segundo lugar, se han alegado ante los tribunales otros actos cometidos por miembros de las fuerzas armadas o servicios de seguridad que no se pueden encuadrar en la categoría antes mencionadas, tales como malos tratos, sevicias, detención ilegal, secuestro, delitos contra la administración de justicia y otros actos relacionados con el mantenimiento del orden público y la aplicación de la ley<sup>72</sup>. Por último, se

<sup>70</sup> Países Bajos, *In re Rauter*, Tribunal Especial de Casación, sentencia de 12 de enero de 1949, ILR, vol. 16, pág. 553 (crímenes cometidos por fuerzas de ocupación alemana en Dinamarca); Israel, *Fiscal General de Israel c. Eichmann*, Tribunal de Distrito de Jerusalén (caso 40/61), sentencia de 11 de diciembre de 1961, y Tribunal de Apelaciones, sentencia de 29 de mayo de 1962, ILR, vol. 36, págs. 18 y 277 (crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, incluidos crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio); Italia, *Yasser Arafat (Carnevale re. Valente – Imp. Arafat e Salah)*, Tribunal de Casación, sentencia de 28 de junio de 1985, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 69 (1986) (venta de armas y colaboración con las Brigadas Rojas en relación con actos de terrorismo); Nueva Zelanda, *R. v. Mafart and Prieur (Rainbow Warrior)*, Tribunal Superior, Registro de Auckland, 22 de noviembre de 1985, ILR, vol. 74, pág. 241 (actos realizados por miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos de seguridad franceses, consistentes en el minado del barco Rainbow Warrior, que provocaron el hundimiento del barco y la muerte de varias personas y que fueron calificados como actos terroristas); Alemania, *Antiguo Embajador de Siria en la República Democrática Alemana*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia de 10 de junio de 1997 (en el asunto se sustanció la acción contra un antiguo embajador que supuestamente almacenó en los locales diplomáticos armas que fueron utilizadas posteriormente para actos terroristas); Países Bajos, *Bouterse*, R/97/163/12 Sv y R/97/176/12 Sv, Tribunal de Apelación de Amsterdam, 2000, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), pág. 682 (tortura, crímenes contra la humanidad); Francia, *Gaddafi*, Corte de Apelaciones de París, sentencia de 20 de octubre de 2000 y Corte de Casación, sentencia de 13 de marzo de 2001, ILR, vol. 125, págs. 490 y 508 (ordenar el derribo de un avión mediante explosivos que causó la muerte a 170 personas, considerado como terrorismo); Senegal, *Fiscal c. Hissène Habré*, Tribunal de Apelaciones de Dakar, sentencia de 4 de julio de 2000, y Tribunal de Casación, sentencia de 20 de marzo de 2001, ILR, vol. 125, págs. 571 y 577 (actos de torturas y crímenes contra la humanidad); Bélgica, *Sharon and Yaron*, Tribunal de Apelaciones de Bruselas, sentencia de 26 de junio de 2002, ILR, vol. 127, pág. 110 (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio); Suiza, *A. c. Ministerio Público de la Confederación (asunto Nezzar)*, Tribunal Penal Federal de Suiza (asunto BB.2011.140), sentencia de 25 de julio de 2012 (tortura y otros crímenes de lesa humanidad).

<sup>71</sup> Estados Unidos, *In re Doe*, 860 *Federal Reporter* 2d 40 (segundo circuito 1988) (violación de derechos humanos de miembros de Falun Gong).

<sup>72</sup> República Federal de Alemania, *Guardias de Fronteras*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, sentencia de 3 de noviembre de 1992 (caso 5 StR 370/92), ILR, vol. 100, pág. 364 (muerte de un joven alemán como consecuencia de los disparos realizados por los guardias de

han producido igualmente alegaciones de inmunidad en relación con la desviación y apropiación ilegal de fondos públicos, el blanqueo de capitales y otros actos vinculados con la corrupción, así como el narcotráfico<sup>73</sup>. Por lo que se refiere a los procesos civiles, ha de llamarse la atención sobre el hecho que en la mayoría de los supuestos la alegación de inmunidad se ha producido en relación con la reclamación de indemnizaciones derivadas de la comisión de alguno de los crímenes antes referidos<sup>74</sup>, si

fronteras de la República Democrática Alemana cuando quería atravesar el denominado muro de Berlín); Irlanda, *Norburt Schmidt v. Home Secretary of the United Kingdom*, Tribunal Supremo, sentencia de 24 de abril de 1997, *Irish Reports*, 1997, vol. 2, pág. 121 (circunstancias irregulares de la detención del demandante por funcionarios del Estado); Reino Unido, *Khurts Bat c. Juez de Instrucción de Tribunal Federal de Alemania*, [2011] Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, 2009 (Admin.) (secuestro y detención ilegal).

<sup>73</sup> Estados Unidos, *Estados Unidos c. Noriega*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, decimoprimer circuito, sentencia de 7 de julio de 1997 (tráfico internacional de drogas hacia los Estados Unidos cuando Noriega era comandante de las Fuerzas Armadas de Panamá); Francia, Tribunal de Apelaciones de París, sentencias de 13 de junio de 2013 y de 16 de abril de 2015.

<sup>74</sup> Estados Unidos, *República de Filipinas c. Marcos y otros*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, sentencia de 26 de noviembre de 1986, 806 *Federal Reporter* 2d 344 (uso del poder para apropiarse de grandes sumas pertenecientes al Gobierno y al pueblo de Filipinas); *Saltany v. Reagan et al.*, Tribunal de Distrito de Columbia, sentencia de 23 de diciembre de 1988, 702 *Federal Supp.* 319 (bombardeo por la fuerza aérea estadounidense de objetivos en Libia que causó muerte, daños personales y daños en la propiedad; para dicho bombardeo las autoridades británicas permitieron el uso de bases en su territorio, por lo que también fueron demandadas); *Herbage v. Meese*, 747 *Federal Supp.* 60 (Tribunal de Distrito, Distrito de Columbia, 1990), véase también ILR, vol. 98, pág. 101 (extradición de un ciudadano británico a los Estados Unidos respecto de la que el demandante consideró que se habían producido actos ilegales por parte de los agentes del Estado que procedieron a la extradición); *Hilao y otros c. Marcos*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno distrito, sentencia de 16 de junio de 1994, 25 *Federal Reporter* 3d 1467 (tortura, ejecuciones sumarias y desapariciones a manos del personal de inteligencia en cumplimiento de la ley marcial declarada por el Presidente Marcos en 1971); *Lafontant c. Aristide*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Nueva York, sentencia de 27 de enero de 1994, 844 *Federal Supp.* 128 (acusación de asesinato extrajudicial de un nacional haitiano por fuerzas de seguridad que actuaban bajo las órdenes del Presidente Aristide); Irlanda, *McElhinney v. Williams*, Tribunal Supremo, 1995, ILR, vol. 104, pág. 691 (persecución, detención y malos tratos contra un ciudadano irlandés por parte de un soldado británico con ocasión del paso de la frontera entre Irlanda del Norte y la República de Irlanda); Estados Unidos, *Kadic c. Karadžić*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, sentencia de 13 de octubre de 1995, 70 *Federal Reporter* 3d 232 (secuestro, prostitución forzada, embarazos forzados, torturas y ejecuciones sumarias llevada a cabo durante la guerra civil en Bosnia como parte de una campaña genocida y siguiendo un patrón de violaciones sistemáticas de derechos humanos); Grecia, *Prefectura de Voioitia c. República Federal de Alemania*, Tribunal de Primera Instancia de Livadia, sentencia de 30 de octubre de 1997 (crímenes cometidos por las fuerzas de ocupación alemanas contra civiles y sus propiedades en Distomo, Voioitia, durante la Segunda Guerra Mundial); Canadá, *Jaffe c. Miller y otros*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, sentencia de 17 de junio de 1993, ILR, vol. 95, pág. 446 (secuestro en Canadá y traslado a Florida, por funcionarios de dicho estado, tras el fracaso en lograr la extradición del demandante); Estados Unidos, *A, B, C, D, E, F v. Jiang Zemin*, Tribunal de Distrito Norte de Illinois, 21 de octubre de 2002 (tortura, genocidio y violaciones de los derechos a la vida, libertad, seguridad de las personas y libertad de pensamiento, conciencia y religión cometidos contra seguidores de Falun Gong. Los tribunales de los Estados Unidos no se pronunciaron, ya que aceptaron la inmunidad sugerida por el Departamento de Estado); Italia, *Ferrini c. Alemania*, Corte de Casación, sentencia de 11 de marzo de 2004, ILR, vol. 128, pág. 658 (deportación a Alemania de un ciudadano italiano obligado a realizar trabajos forzados y al que se denegó la condición de prisionero de guerra); Canadá, *Bouzari y otros c. República Islámica del Irán, Fiscal General del Canadá y otros, intervinientes*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, sentencia de 30 de junio de 2004, CanLII 871, 71 *Ontario Reports* 675,

bien en algunos casos la alegación de inmunidad ante la jurisdicción civil se extiende igualmente a otro tipo de comportamientos que no tienen naturaleza penal, tales como el impago de deudas, incumplimientos de obligaciones personales o lesiones producidas como consecuencia de accidentes<sup>75</sup>. En todos los casos, la problemática de la inmunidad ha estado vinculada a la condición, real o pretendida, de funcionario del Estado de la persona procesada o demandada<sup>76</sup>.

51. La respuesta dada por los tribunales nacionales a la cuestión de la inmunidad ha sido variada, sin que pueda concluirse que exista un patrón seguido de forma homogénea en las decisiones judiciales analizadas. Por el contrario, dichas decisiones se basan en técnicas jurídicas y razonamientos distintos, en las que los tribunales nacionales han tenido en cuenta la condición de funcionario del Estado, la naturaleza de los actos respecto de los que se alega la inmunidad, así como —en ocasiones— la posición adoptada por las autoridades gubernativas del Estado del foro o del Estado del funcionario.

52. Por lo que se refiere a los casos en que los tribunales nacionales han admitido la inmunidad *ratione materiae*, la mayoría de las decisiones judiciales lo hacen sobre la base de la condición del funcionario y la atribución del acto realizado por el mismo al Estado. A este respecto, resulta útil reproducir aquí lo ya dicho por la Relatora Especial en su tercer informe<sup>77</sup>:

34. [E]n 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>78</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>79</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>80</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>81</sup>. Los tribunales franceses, al tratar de 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>82</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>83</sup> y «como un agente o un instrumento del Estado»<sup>84</sup>. En esta misma línea de principio, *a sensu contrario*, 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 las preocupaciones de política exterior inherentes a la presentación de una demanda contra otro gobierno en los tribunales de los Estados Unidos»<sup>85</sup>.

3rd Series (secuestro, detención ilegal, torturas y amenaza de muerte); Estados Unidos, *Ali Saadallah Belhas y otros c. Moshe Yalón*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito del Distrito de Columbia, sentencia de 15 de febrero de 2008, 515 *Federal Reporter* 3d 1279 (muertes y lesiones a personas que se encontraban en el emplazamiento de las Naciones Unidas en el momento del bombardeo de Qana, en 1996).

<sup>75</sup> Francia, *Melleiro c. Isabel de Borbón, ex Reina de España*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 3 de junio de 1872, *Recueil général des lois et des arrêts: 1872*, parte II, pág. 293 (impago de joyas adquiridas por la demandada); *Seyyid Ali Ben Hamond, Prince Rashid c. Wiercinski*, Tribunal Civil del Sena, sentencia de 25 de julio de 1916, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 15, 1919, pág. 505 (impago de deudas contraídas con un masajista); *Ex Rey Farouk de Egipto c. s.a.r.l. Chistian Dior*, Corte de Apelaciones de París, sentencia de 11 de abril de 1957, *Journal du droit international* 84, núm. 1 (1957), págs. 716 a 718 (impago de trajes adquiridos por el ex Rey Farouk); *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Corte de Apelaciones de París, sentencia de 28 de abril de 1961, ILR, vol. 47, págs. 275 a 277 (alquiler a título particular de una vivienda); Estados Unidos, *Chuidian v. Philippine National Bank*, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, noveno circuito, sentencia de 29 de agosto de 1990, 912 *Federal Reporter* 2d 1095 (el acto impugnado es el impago de una deuda contraída con el demandante y que no fue hecha efectiva como consecuencia de la orden dada por la Comisión sobre Buen Gobierno creada por el Gobierno de Filipinas tras la terminación del mandato del Presidente Marcos); *Jungquist v. Sheik Sultan Bin Khalifa Al Nahyan*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, sentencia de 20 de septiembre de 1996, 940 *Federal Supp.* 312 (1996) (lesiones cerebrales permanentes padecidas por la hija de los demandantes durante una excursión privada a la que había sido invitada por el demandado, e impago de los gastos médicos a los que el demandado se había comprometido).

<sup>76</sup> Las distintas categorías de funcionarios del Estado que han sido demandados ante tribunales extranjeros, civiles o penales, fueron analizadas en el tercer informe de la Relatora Especial. Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párrs. 31 a 33.

<sup>77</sup> Véase *ibíd.*, párrs. 34 y 35. Las notas del texto citado se han mantenido, renumerándolas y adaptándolas al presente informe.

<sup>78</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 No. 2), 2006, 26 (Lord Bingham of Cornhill, párrs. 11 y 13).

<sup>79</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>80</sup> Irlanda, *Schmidt v. Home Secretary of the United Kingdom*, Tribunal Supremo, sentencia de 24 de abril de 1997, *Irish Reports*, 1997, vol. 2, pág. 121.

<sup>81</sup> Francia, *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X*, Corte de Casación, Sala Penal, sentencia de 23 de noviembre de 2004, *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*, núm. 292 (2004), pág. 1096.

<sup>82</sup> Francia, *Association des familles des victimes du Joola*, Corte de Casación, Sala Penal, sentencia de 19 de enero de 2010, *Bulletin des Arrêts de la Chambre criminelle*, núm. I, 2010, pág. 41, caso núm. 9.

<sup>83</sup> Estados Unidos, *Ra'ed Mohamad Ibrahim Matar et al. v. Avraham Dichter*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York, sentencia de 2 de mayo de 2007 (500 *Federal* 2d 284).

<sup>84</sup> Estados Unidos, Yalón (nota 74 *supra*).

<sup>85</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); *Chuidian v. Philippine National Bank* (nota 75 *supra*); *Maximo Hilao et al., Vicente Clemente et al., Jaime Piopongco et al. v. Estate of Ferdinand Marcos*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno circuito, sentencia de 16 de junio de 1994 (25 *Federal Reporter* 3d 1467); *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, Juan Doe, Elizabet Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Méndez, Juan Ruiz Gómez, Miguel Ruiz Gómez and José Alfredo Callejas v. Héctor Gramajo y Diana Ortiz v. Héctor Gramajo*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Massachusetts, sentencia de 12 de abril de 1995 (886 *Federal Supp.* 1467); y *Bawol Cabiri v. Baffour Assasie-Gyimah*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Nueva York, sentencia de 18 de abril de 1996 (921 *Federal Supp.* 1189).

53. En algunos casos, los tribunales no solo han basado su decisión en la actuación por cuenta del Estado, sino que a ello han añadido un pronunciamiento sobre la naturaleza del acto, poniendo énfasis en que se trata de actos realizados en ejercicio del poder público o de actos soberanos, destacando que se trata del desempeño de funciones públicas<sup>86</sup>. En este sentido en un asunto ante los tribunales de los Estados Unidos, el tribunal concluyó que los funcionarios civiles o militares involucrados en planificar o ejecutar un bombardeo en Libia actuaron en ejercicio de sus funciones oficiales y bajo las órdenes del Comandante en Jefe (el Presidente Reagan) y que por ello gozaban de inmunidad<sup>87</sup>. En otro asunto ante los tribunales suizos se concluyó que la inmunidad *ratione materiae* se reconoce únicamente en relación con los «actos realizados en ejercicio de funciones oficiales»<sup>88</sup>.

54. En un reducido número de casos, los tribunales nacionales se han pronunciado sobre el significado de la «actividad soberana del Estado», e incluso la han puesto en contacto con el concepto de actos *iure imperii*. Así, en un caso en Alemania, el Tribunal Supremo Federal concluyó que «[c]onforme al derecho público alemán, el ejercicio del poder de policía forma parte de forma incuestionable de la actividad soberana del Estado, es intrínsecamente una parte de la autoridad del Estado que debe calificarse como un acto *iure imperii* y no puede, por consiguiente, ser excluida de la inmunidad»<sup>89</sup>. En otro asunto, el Tribunal Constitucional alemán identificó como actos que entran en la «esfera de la autoridad del Estado» las transacciones relativas a las relaciones exteriores y a la autoridad militar, los actos del legislativo, el ejercicio de la autoridad de policía y la administración de justicia<sup>90</sup>. En un sentido similar, en los Estados Unidos, un

tribunal ha incluido entre los «actos estrictamente políticos o públicos» los actos administrativos internos, tales como la expulsión de extranjeros, los actos legislativos, tales como las nacionalizaciones; los actos relativos a las fuerzas armadas, los actos relativos a la actividad diplomática y los préstamos públicos<sup>91</sup>. Por su parte, en Francia los tribunales han calificado como actos inequívocos de soberanía los propios de la administración de justicia<sup>92</sup>, así como ciertos actos administrativos vinculados con el abanderamiento de un buque<sup>93</sup>. Otros tribunales han calificado como actos que implican el ejercicio de soberanía los relacionados con las políticas de asentamientos israelíes en los territorios ocupados<sup>94</sup>, la expulsión de extranjeros<sup>95</sup>, el decomiso de bienes por las fuerzas de policía<sup>96</sup>, la emisión de informes sobre la actividad del personal que presta servicios en una base militar en el extranjero<sup>97</sup>, e incluso la contratación de matones para atemorizar a los miembros de un determinado grupo religioso<sup>98</sup>.

55. *A sensu contrario* en un cierto número de casos los tribunales nacionales han concluido que el acto en cuestión excede los límites de las funciones oficiales o de las funciones del Estado y, por consiguiente, no puede quedar cubierto por la inmunidad. Así, los tribunales han concluido que no constituye un acto oficial el asesinato de un opositor político<sup>99</sup> o actos vinculados con el narcotráfico<sup>100</sup>. De una manera más general, un tribunal de los Estados Unidos concluyó que «[c]uando los poderes de los funcionarios están limitados por ley, sus acciones más allá de dichos límites han de ser consideradas como acciones individuales y no soberanas. El funcionario no está haciendo las tareas para las que el soberano le ha otorgado poder». Para el citado tribunal «la Ley de inmunidad de soberanía extranjera no «inmuniza» las conductas ilegales de los «funcionarios del Gobierno» y, por tanto, «un funcionario que actúa bajo la apariencia de autoridad, pero no

<sup>86</sup> En este sentido se expresó la Corte de Apelaciones de París en el caso *Gaddafi* (nota 70 *supra*), que en su sentencia de 20 de octubre de 2000, que se remite a los «actos de poder público o de la administración pública» y concluye que los actos denunciados son crímenes internacionales y, por tanto, no pueden quedar englobados dentro de la categoría de las «funciones de un Jefe de Estado». Sobre la base de dicho argumento concluyó que dichos actos formaban parte de una excepción a la inmunidad. Con posterioridad, la Corte de Casación, en su sentencia de 13 de marzo de 2001, concedió la inmunidad por entender que la excepción alegada no existía. Sin embargo, no se pronuncia sobre la calificación de los actos que había realizado previamente la Corte de Apelaciones. El asunto *Malta Maritime Authority* sobre la nave *Erika* (nota 81 *supra*) emplea igualmente el término «acto del poder público» y «actos que dependen de la soberanía del Estado» presentando este como contrapuesto a un mero «acto de gestión» (incluye como ejemplo de ejercicio de la función pública la atribución de pabellón a un buque, la emisión y mantenimiento del permiso de navegación —todos como actos administrativos propios del poder público—, así como la obligación de supervisar los buques que portan bandera nacional).

<sup>87</sup> Estados Unidos, *Saltany v. Reagan et al.* (nota 74 *supra*).

<sup>88</sup> El Tribunal Penal Federal suizo emplea la terminología «actos realizados en el ejercicio de funciones oficiales» en el asunto *Nezzar* (nota 70 *supra*).

<sup>89</sup> República Federal de Alemania, *Iglesia de la Cienciología* (nota 79 *supra*). En un sentido similar se manifestó un tribunal en el Reino Unido, en *Propend Finance Pty Ltd. c. Sing* (Inglaterra, Tribunal de Apelaciones, 1997, ILR, vol. 111, pág. 611) que afirmó que el ejercicio de funciones de policía es esencialmente una forma de ejercicio de la actividad gubernamental. También un la Corte Suprema de los Estados Unidos concluyó que los actos de la policía son actos oficiales aunque puedan ser monstruosos (*Saudi Arabia v. Nelson*, 23 de marzo de 1993, ILR, vol. 100, pág. 544).

<sup>90</sup> República Federal de Alemania, *Empire of Iran*, Corte Constitucional Federal, 30 de abril de 1963, ILR, vol. 45, pág. 57. En Italia, los actos de un miembro de las fuerzas armadas han sido calificados también como acto oficial en el asunto *Lozano c. Italia* (caso

núm. 31171/2008), sentencia de 24 de junio de 2008, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, vol. 1085 (IT 2008)).

<sup>91</sup> Estados Unidos *Victory v. Comisaria*, 336 *Federal Reporter* 2d 354 (segundo circuito), 1964; véase también ILR, vol. 35, pág. 110.

<sup>92</sup> Francia, *Ms Lydienne X*, asunto núm. 12-81.676, Corte de Casación, Sala Penal, sentencia de 19 de marzo de 2013, *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*, núm. 3 (2013) y *Mr. Michel X*, asunto núm. 13.80.158, mismo tribunal, sentencia de 17 de junio de 2014. En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Federal suizo en *A v. B* (ATF 130 III 136), sobre una orden internacional de detención emitida por un juez español.

<sup>93</sup> Francia, *Malta Maritime Authority* (nota 81 *supra*).

<sup>94</sup> Estados Unidos, *Doe I v. Israel*, 400 *Federal Reporter Supp.* 2d 86, 106 (Tribunal de Distrito, Distrito de Columbia, 2005).

<sup>95</sup> Estados Unidos, *Rukmini S. Kline v. Yasuyuki Kaneko*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York, 3 de mayo de 1988, 685 *Federal Reporter Supp.* 386 (1988); véase también ILR, vol. 101, pág. 497.

<sup>96</sup> Estados Unidos, *First Merchants v. Argentina*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Florida, 31 de enero de 2002, 190 *Federal Reporter Supp.* 2d 1336 (2002).

<sup>97</sup> Reino Unido, *Holland v. Lampen-Wolfe* (Cámara de los Lores, 20 de julio de 2000) [2000], ILR, vol. 119, pág. 367.

<sup>98</sup> Estados Unidos, *Youming*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, 557 *Federal Reporter Supp.* 2d 131 (DDC 2008).

<sup>99</sup> Estados Unidos, *Letelier v. Chile*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito, 20 de noviembre de 1984, 748 *Federal Reporter* 2d 790 (segundo circuito), 1984; ILR, vol. 79, pág. 561.

<sup>100</sup> Estados Unidos, *Jimenez v. Aristeguieta*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, quinto circuito, 311 *Federal Reporter* 2d 547 (quinto circuito), 1962; *United States v. Noriega* (nota 73 *supra*).

dentro de un mandato oficial, puede violar el derecho internacional y no tener derecho a la inmunidad en virtud de esa Ley »<sup>101</sup>. De una manera aún más clara un tribunal de los Estados Unidos ha concluido que los actos *ultra vires* no pueden beneficiarse de inmunidad soberana ya que sus autores han actuado más allá de su autoridad al violar los derechos humanos de los demandantes: si los funcionarios realizan actos que no tienen cobertura oficial del Estado, es decir si no se trata de «funcionarios actuando a título oficial mediante actos dentro del ámbito de su autoridad» no podrán beneficiarse de la inmunidad<sup>102</sup>. En todo caso, estos actos *ultra vires* deben diferenciarse de los actos ilícitos, respecto de los que varios tribunales han concluido que no pierden la cobertura de la inmunidad por el mero hecho de ser ilícitos<sup>103</sup>, ni siquiera en el caso de que el acto sea contrario al derecho Internacional<sup>104</sup>.

56. Sin embargo, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que los argumentos a los que se ha hecho referencia en los párrafos precedentes, no siempre han sido aplicados de forma uniforme en relación con la misma categoría de actos delictivos. Por el contrario, un mismo delito ha dado lugar en ocasiones al reconocimiento de la inmunidad *ratione materiae*, mientras que en otros casos los tribunales han concluido que no reunían los requisitos necesarios para quedar cubiertos por la inmunidad. Y ello se ha producido, además, en alguna ocasión en las decisiones dictadas por tribunales de un mismo Estado. El ejemplo paradigmático de esta divergencia jurisprudencial es la respuesta dada por los tribunales del Reino Unido en relación con la tortura. Así, la Cámara de los Lores, en el asunto *Pinochet No. 3*, consideró que el expresidente de Chile no podía beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae* por entender que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes impone a los Estados partes la obligación de juzgar los actos de tortura y, por consiguiente, no era posible aplicar a los mismos ningún tipo de inmunidad<sup>105</sup>. Ello no implicó, sin embargo, un pronunciamiento final del tribunal sobre la naturaleza de la tortura como «acto realizado a título oficial», ya que de los siete Lores en Derecho, tan solo dos concluyeron que no se trataba de un acto oficial, mientras que los restantes entendieron que los actos imputados al general Pinochet revestían alguna forma de oficialidad, aunque cuatro de ellos concluyeron que —a

pesar de ello— eran actos criminales<sup>106</sup>. Frente a ello, la misma Cámara de los Lores, en el asunto *Jones v. Saudi Arabia*, reconoció la inmunidad *ratione materiae* de varios ciudadanos sauditas por considerar que todos los demandados habían actuado o pretendían actuar como empleados y agentes de la Arabia Saudita y, por tanto, todos los actos realizados por ellos —incluida la tortura— eran atribuibles a dicho Estado y quedaban cubiertos por la inmunidad<sup>107</sup>. Por último, en la reciente decisión recaída en el asunto *FF v. Director of Public Prosecutions* (caso *Prince Nasser*), un tribunal británico, aplicando la misma doctrina que en el caso *Pinochet No. 3*, ha concluido que el Príncipe Nasser bin Hamad Al Khalifa, hijo del Rey de Bahrein y Comandante de la Guardia Real, no se beneficia de la inmunidad *ratione materiae* respecto del delito de tortura<sup>108</sup>. Los tribunales británicos parecen haber resuelto los casos en cuestión en forma diferente en atención a la naturaleza penal del procedimiento en los casos *Pinochet* y *Prince Nasser* y la naturaleza civil del procedimiento en el caso *Jones*.

57. Los casos que se acaban de mencionar ponen el acento en la especial problemática que suscita la tortura, que se ha planteado también ante otros tribunales. Así, en un caso planteado ante los tribunales de Bélgica, la tortura ha sido calificada como un acto que no puede ser considerado como formando parte del ejercicio normal de las funciones de un Jefe de Estado, una de cuyas misiones consiste precisamente en asegurar la protección de los ciudadanos de su país<sup>109</sup>. En el mismo sentido se ha manifestado un tribunal de los Países Bajos<sup>110</sup>. La divergencia referida a la calificación de ciertos comportamientos como actos realizados a título oficial se ha producido de forma general respecto de los crímenes internacionales. En un cierto número de casos, los tribunales han considerado que los crímenes de derecho internacional no forman parte de las funciones del Estado y, por tanto, no se ha reconocido la inmunidad. En otros, por el contrario, el tribunal ha considerado que se trata de actos ejercidos inequívocamente con carácter oficial, aunque sean ilícitos y abusivos, y ha concedido la inmunidad. Por su parte, un tribunal de Grecia ha considerado que los crímenes cometidos por las fuerzas armadas son actos atribuibles al Estado a los efectos de su responsabilidad internacional, pero no pueden ser considerados como actos soberanos a los efectos de la inmunidad del Estado<sup>111</sup>. Por último, debe señalarse que,

<sup>101</sup> Estados Unidos, *Hilao et al. v. Marcos* (nota 74 *supra*). A juicio del tribunal, los actos de tortura, ejecución y desapariciones constituyen actos realizados por Marcos que no caen bajo ningún mandato oficial y que tampoco pueden ser considerados como actos de una agencia u órgano de un Estado extranjero.

<sup>102</sup> Estados Unidos, *Jane Doe et al. v. Liu Qi et al., Plaintiff A. et al. v. Xia Deren et al.*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Norte de California (C 02-0672 CW, C 02-0695 CW), 1349 *Federal Reporter Supp.* 2d 1258.

<sup>103</sup> Canadá, *Jaffe c. Müller y otros* (nota 74 *supra*); Estados Unidos, *República Argentina c. Amerada Hess*, Corte Suprema de los Estados Unidos, 23 de enero de 1989, 488 U.S. 248 (1989), ILR, vol. 81, pág. 658; Irlanda, *McElhinney v. Williams* (nota 74 *supra*).

<sup>104</sup> Reino Unido, *I Congreso del Partido*, Inglaterra, 1981 [1983] 1 AC 244; véase también ILR, vol. 64, pág. 307. En el asunto *Jones v. Saudi Arabia* (nota 78 *supra*), Lord Hoffman rechazó el argumento de que un acto contrario al *ius cogens* no puede ser un acto oficial.

<sup>105</sup> Reino Unido, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, *United Kingdom Judicial Business* 17, [2000] 1 A.C. 147. La decisión fue adoptada por seis votos contra uno; solo Lord Goff consideró que se trataba de actos oficiales que quedaban cubiertos por la inmunidad.

<sup>106</sup> Solo para Lord Browne-Wilkinson y Lord Hutton la tortura no puede ser «una función pública» o «una función gubernamental». Por el contrario, Lord Goff, que votó en contra de la sentencia, concluyó que era una «función gubernamental». Pero también se expresaron en un sentido similar Lord Hope («acto criminal pero gubernamental»), Lord Saville (que se refirió a «la tortura oficial»), Lord Millet («actos públicos y oficiales») y Lord Phillips («acto criminal y oficial»).

<sup>107</sup> Reino Unido, *Jones c. Saudi Arabia* (nota 78 *supra*).

<sup>108</sup> Reino Unido, *FF v. Director of Public Prosecutions* (caso *Prince Nasser*), Corte Suprema de Justicia, Queen's Bench Division Divisional Court, sentencia de 7 de octubre de 2014, [2004] Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales 3419 (Admin.). El interés de esta sentencia radica en el hecho de que ha sido dictada como una «*consent order*», es decir sobre la base de un acuerdo alcanzado entre los demandantes y el director de la Fiscalía Pública en el que este último admite que los actos de tortura imputados a Nasser no están cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*.

<sup>109</sup> Bélgica, *Pinochet*, Juez de Instrucción de Bruselas, sentencia de 6 de noviembre de 1998, *Journal des Tribunaux*, núm. 118 (1999), pág. 308.

<sup>110</sup> Países Bajos, *Bouterse* (nota 70 *supra*).

<sup>111</sup> Grecia, *Prefectura de Voiotia* (nota 74 *supra*).

en algunos casos, el tribunal se ha referido a los crímenes de derecho internacional como excepciones a la inmunidad, empleando para ello diversos argumentos<sup>112</sup>.

58. Por el contrario, ha de destacarse que, con carácter general, los tribunales nacionales han denegado la inmunidad en los casos vinculados a la corrupción, bien sea bajo la forma de la desviación y apropiación ilícita de fondos públicos y el blanqueo de capitales, bien bajo alguna otra forma de expresión de la corrupción. En este sentido, cabe destacar el asunto *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, en el que los tribunales de Francia han tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones en relación con la inmunidad, afirmando que los actos de apropiación indebida de fondos públicos y blanqueo de capitales «se alejan del ejercicio de las funciones estatales protegidas por la costumbre internacional en nombre de los principios de soberanía y de inmunidad diplomática»<sup>113</sup> y que «los actos imputados [a Teodoro Nguema Obiang Mangue], por su naturaleza, no participan del ejercicio de la soberanía, ni de los poderes públicos, ni tienen relación con el interés general»<sup>114</sup>. Siguiendo la misma lógica, los tribunales no han admitido que puedan beneficiarse de la inmunidad actos realizados por funcionarios del Estado que guardan una estrecha relación con una actividad privada y cuyo objetivo es el enriquecimiento personal del funcionario y no el beneficio del soberano<sup>115</sup>.

59. En algunos casos, el tema ha sido presentado ante los tribunales nacionales bajo la cobertura de la denominada «doctrina del acto de Estado», que —como ya se ha señalado anteriormente— en ocasiones se confunde en la práctica con la inmunidad en sentido estricto. Así, en

<sup>112</sup> El Tribunal de Apelación de Ontario en el caso *Bouzari* (nota 74 *supra*), ha analizado la tortura desde la perspectiva de una excepción a la inmunidad, pero ha concluido que no es posible identificar dicha excepción. El Tribunal de Apelación de Florencia, en el asunto *Ferrini* (nota 74 *supra*), consideró que la «inmunidad funcional» no puede ser alegada cuando se trata de actos constitutivos de crímenes internacionales. En el asunto *Nezzar* (nota 70 *supra*), el Tribunal Penal Federal de Suiza llamó la atención sobre el hecho de que sería «difícil admitir que una conducta que lesiona los valores fundamentales del orden jurídico internacional pueda ser protegida por normas de ese mismo ordenamiento jurídico».

<sup>113</sup> Francia, Corte de Apelaciones de París, *Pôle 7*, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013.

<sup>114</sup> *Ibid.*, demanda de anulación, sentencia de 16 de abril de 2015. La afirmación citada se realiza por el tribunal tras retomar los argumentos y afirmaciones de la sentencia de 13 de junio de 2013.

<sup>115</sup> Estados Unidos, *Noriega* (nota 73 *supra*); *Jungquist* (nota 75 *supra*); Francia, *Melleiro* (nota 75 *supra*); *Seyyid Ali Ben Hamon*, *Prince Rashid* (nota 75 *supra*); *Ex Rey Favouk de Egipto* (nota 75 *supra*); *Ali Ali Reza* (nota 75 *supra*); *Estados Unidos, Trajano v. Marcos*, 978 *Federal Reporter* 2d 493 (noveno circuito), 1992, véase también ILR, vol. 103, pág. 521; Estados Unidos, *Doe c. Zedillo Ponce de León*, *Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, segundo circuito*, núm. 13-3122, 16 de agosto de 2013; *Jimenez c. Aristeguieta* (nota 100 *supra*), véase también ILR, vol. 32, pág. 353; *Jean-Juste c. Duvalier* (1988), núm. 86-0459 Civ (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos), SD Fla., AJIL, vol. 82, pág. 594; Suiza, *Adamov v. Oficina Federal de Justicia*, sentencia de 22 de diciembre de 2005, 2005 *Schweizerisches Bundesgericht*, 132 II 81; Estados Unidos, *República de Filipinas c. Marcos y otros* (nota 74 *supra*); *República de Filipinas c. Marcos y otros* (núm. 2) (1987, 1988), ILR, vol. 81, pág. 609; Reino Unido, *República de Haití c. Duvalier* [1990] 1 QB 2002, ILR, vol. 107, pág. 490; Estados Unidos, *República Islámica de Irán c. Pahlavi* (1984), ILR, vol. 81, pág. 557: en este caso fue el Gobierno de los Estados Unidos el que comunicó al Tribunal que la reclamación no era susceptible de ser bloqueada ni por aplicación del principio de inmunidad soberana ni por la doctrina del acto de Estado.

un asunto en Alemania los acusados alegaron la doctrina del acto de Estado ante el Tribunal Supremo Federal, afirmando que la misma no permitía su procesamiento en la medida en que habían actuado bajo órdenes y atendiendo a los intereses de un Estado extranjero<sup>116</sup>. Otro tribunal admitió que conforme a la doctrina del acto de Estado los «tribunales generalmente se abstienen de juzgar los actos de un Estado extranjero [realizados] en su propio territorio», lo que no les impidió concluir, sin embargo, que de esta doctrina no puede derivarse en ningún caso que «incluso los actos de un funcionario del Estado, adoptados en violación de la norma fundamental del país y ampliamente rechazados por su gobierno puedan ser caracterizados con propiedad como un acto de Estado»<sup>117</sup>. Además, en algún caso, el tribunal ha considerado que la doctrina del acto de Estado entendida como causa para exonerar al funcionario de responsabilidad no puede aplicarse en ningún caso en relación con los crímenes internacionales<sup>118</sup>.

60. Por último, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que en un cierto número de casos sustanciados ante tribunales de los Estados Unidos, la inmunidad ha sido concedida o denegada sin entrar en la valoración de los actos realizados por el funcionario del Estado, únicamente sobre la base de la «sugerencia» de inmunidad realizada por las autoridades norteamericanas en aplicación de normas de *common law*<sup>119</sup>. En otras ocasiones, los tribunales no se han pronunciado sobre la inmunidad por razones distintas, tales como la desaparición del Estado en el que los funcionarios prestaban sus servicios o la no consideración del país en cuestión como un Estado<sup>120</sup>. Dichos casos no son, por tanto, relevantes a los efectos de definir los criterios identificativos del «acto realizado a título oficial».

<sup>116</sup> República Federal de Alemania, *Guardias de fronteras* (nota 72 *supra*). El Estado extranjero al que se refieren los acusados era la República Democrática Alemana (RDA), que ya había desaparecido en el momento en que se inicia el procedimiento penal. Por su parte el Tribunal Supremo Federal consideró que no era aplicable dicha doctrina y la petición no fue atendida por una sencilla razón: «[I]a RDA ya no existe» (págs. 272 y 273).

<sup>117</sup> Estados Unidos, *Kadic c. Karadžić* (nota 74 *supra*). El demandado había alegado tanto la «doctrina de acto del Estado» como la «cuestión política» como excepciones para obtener la no actuación del tribunal.

<sup>118</sup> Israel, *Eichmann* (nota 70 *supra*). Dicha afirmación está, además, estrechamente relacionada con los juicios de Núremberg, las sentencias dictadas por dicho Tribunal y los Principios de Núremberg.

<sup>119</sup> Estados Unidos, *Lafontant v. Aristide* (nota 74 *supra*); *A, B, C, D, E, F v. Jiang Zemin* (nota 74 *supra*): este caso presenta el interés de que tras la terminación del mandato de Jian Zemin como Presidente en 2003, un grupo de congresistas del Partido Demócrata intentaron reabrir el caso sin éxito, puesto que el Departamento de Estado mantuvo su sugerencia de inmunidad. En un sentido similar, en el asunto *República de Filipinas c. Marcos y otros* (nota 74 *supra*), el tribunal no entró a calificar los hechos, limitándose a afirmar que la inmunidad se pierde cuando el demandado ya no es Jefe de Estado y es el propio Gobierno de dicho Estado el que le demanda. En el asunto *Yalón* (nota 74 *supra*), el tribunal tomó en consideración una carta que le fue dirigida por el Embajador de Israel en Washington, en la que confirmaba que los actos realizados por el funcionario habían sido realizados en el ejercicio de sus funciones.

<sup>120</sup> La desaparición del Estado fue tomada en consideración en el asunto *Guardias de fronteras* (nota 71 *supra*). Por su parte, la consideración de que la Organización de Liberación de Palestina (OLP) no podía ser considerada como un Estado llevó al Tribunal de Casación de Italia a no pronunciarse sobre la inmunidad en el asunto *Yasser Arafat (Carnevale re. Valente) – Imp. Arafat y Salah* (nota 70 *supra*).

c) *La práctica convencional*

61. Varios tratados multilaterales incluyen en su articulado referencias, con distintas denominaciones y desde distintas perspectivas, a los «actos realizados a título oficial». En un primer grupo de instrumentos se incluyen diversas convenciones de las Naciones Unidas que, de modo directo o indirecto, se refieren a las inmunidades. En un segundo grupo se inscriben tratados adoptados tanto a nivel universal como regional, dentro de la categoría de normas de derecho penal internacional, que describen comportamientos prohibidos por el derecho internacional y que, en algunas ocasiones, incorporan un componente oficial en la definición misma del acto.

62. En el primero de los grupos mencionados se inserta la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que parte de la concepción de la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos como una inmunidad *ratione personae*, que se aplica durante todo el período de mandato de los mismos, a los actos que hayan realizado tanto a título oficial como a título privado y que, por tanto, no contiene ninguna definición del acto realizado a título oficial<sup>121</sup>. Por otro lado, la propia Convención establece igualmente reglas relativas a las inmunidades del personal administrativo, técnico y de servicio de la misión en las que se produce una combinación de los elementos característicos de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*<sup>122</sup>. Por último, contiene ciertas disposiciones referentes a la inmunidad *ratione materiae* entendida en sentido estricto. Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso llamar la atención sobre varias disposiciones de la Convención que son útiles para delimitar el concepto de «acto realizado a título oficial» a los efectos del presente informe:

a) aunque la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos se concibe como una inmunidad *ratione personae* y por tanto plena, la Convención establece ciertas excepciones a la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa, que no se aplicará en los siguientes supuestos:

[acciones reales] sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;

[...] una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario;

[...] una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales<sup>123</sup>.

Dichos actos se configuran, por tanto, como excepciones a la inmunidad *ratione personae*, que se justifican por referirse a actos realizados por el agente diplomático a título privado y en su propio beneficio. Aplicando la misma lógica, dichos actos no podrán ser considerados como «actos realizados a título oficial» a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* de los agentes diplomáticos a la que se refiere igualmente la Convención. Esta

disposición debe leerse, además, en conexión con la prohibición contenida en el artículo 42, conforme al cual no está permitido a los agentes diplomáticos el ejercicio «en el Estado receptor [de] ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio»;

b) el personal administrativo y técnico ve limitado el alcance de su inmunidad, que en el caso de la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa «no se extenderá a los actos realizados fuera del desempeño de sus funciones»<sup>124</sup>;

c) el personal de servicio tan solo «gozar[á] de inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones»<sup>125</sup>;

d) en el caso de un agente diplomático que sea nacional del Estado receptor o que tuviese su residencia permanente en el mismo, solo se beneficiará de la inmunidad respecto de «los actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones»<sup>126</sup>, con la finalidad señalada en su día por la propia Comisión de que dichos agentes diplomáticos «disfrut[en] al menos de un mínimo de inmunidad para permitirle[s] el eficaz desempeño de [dichas] funciones»<sup>127</sup>. Es evidente que dicha inmunidad responde a la categoría de inmunidad *ratione materiae* y los actos cubiertos por la misma serán «actos realizados a título oficial»;

e) Tras la terminación del mandato del agente diplomático, de los miembros del personal administrativo y técnico y del personal de servicio la inmunidad se extingue, si bien la Convención establece que «no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal[es] persona[s] en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión»<sup>128</sup>. Dicha inmunidad es una inmunidad *ratione materiae* que únicamente se aplica a los actos propios del ejercicio de las funciones del personal de la misión que, por consiguiente, deben ser considerados como «actos realizados a título oficial» a los efectos del presente informe.

63. En consecuencia, cabe concluir que de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, un «acto realizado a título oficial» será aquel que se produce en «ejercicio de las funciones» propias de los miembros de la misión. Sin embargo, la Convención no identifica actos concretos que hayan de ser considerados como «actos realizados a título oficial», con la única excepción *a sensu contrario* de los actos a que se refieren los artículos 31, párr. 1, y 42 que deberán ser considerados como actos privados. En el resto de los casos, el «acto realizado a título oficial» se define por la remisión a las

<sup>124</sup> Artículo 37, párr. 2. Téngase en cuenta que la inmunidad únicamente se aplicará al personal administrativo y técnico que no sea nacional del Estado receptor o que no tenga su residencia permanente en el mismo.

<sup>125</sup> Artículo 37, párr. 3. Téngase en cuenta que la inmunidad únicamente se aplicará al personal administrativo y técnico que no sea nacional del Estado receptor o que no tenga su residencia permanente en el mismo.

<sup>126</sup> Artículo 38, párr. 1.

<sup>127</sup> *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 110, párr. 3 del comentario al artículo 37.

<sup>128</sup> Artículo 39, párr. 2.

<sup>121</sup> Véase el artículo 31.

<sup>122</sup> Véase, en general, el artículo 37.

<sup>123</sup> Artículo 31, párr. 1.

funciones propias de la misión y del funcionario dentro de la misma, de tal forma que la pertenencia a dicha categoría de un determinado acto deberá ser determinada caso por caso. Para ello, la Convención no establece reglas precisas, a excepción de las referencias que el artículo 3, párr. 1, realiza a las funciones propias de la misión diplomática o a las actividades de los miembros de la misión. Por lo que se refiere a las funciones específicas de los miembros de la misión ha de tenerse en cuenta que la Convención es oscura y no ofrece elementos para identificar de modo general cuáles sean dichas funciones, limitándose a mencionar de forma vaga el «servicio administrativo y técnico de la misión» y «el servicio doméstico de la misión»<sup>129</sup>. Por el contrario, la redacción de la Convención es más explícita cuando se refiere a las funciones de la misión diplomática, que enumera de la siguiente forma:

- a) representar al Estado acreditante ante el Estado receptor;
- b) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional;
- c) negociar con el gobierno del Estado receptor;
- d) enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al gobierno del Estado acreditante;
- e) fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor.

A ello se añade la posibilidad de ejercer funciones consulares<sup>130</sup>. Aunque esta enumeración deja abierta la puerta a incluir bajo la categoría de «acto realizado a título oficial» actos específicos de muy distinto contenido, no cabe ninguna duda de que los mismos deberán ser actos necesarios para el desempeño de las funciones antes mencionadas, que revisten una inequívoca naturaleza pública y oficial, y que, en el caso de los agentes diplomáticos, están estrechamente vinculadas al concepto de soberanía y al ejercicio de prerrogativas del poder público.

64. La Convención sobre las Misiones Especiales<sup>131</sup>, así como la Convención de Viena sobre la Representación

<sup>129</sup> Véase el artículo 1, adpos. *f* y *g*.

<sup>130</sup> Véase el artículo 3, párrs. 1 y 2.

<sup>131</sup> La Convención sobre las Misiones Especiales vincula la «oficialidad del acto» con el hecho de que el mismo se realice en ejercicio de las funciones que son propias de la misión y de sus miembros dentro de la misma, incluyendo igualmente las limitaciones antes mencionadas en relación con 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» (art. 48), así como la limitación de la inmunidad 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, en el caso de que los mismos tuvieran la nacionalidad o la residencia permanente del Estado receptor (art. 40, párr. 1). Sin embargo, al igual que sucede en el caso de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención sobre las Misiones Especiales tampoco contiene una enumeración de «actos oficiales», a lo que ha de añadirse que la definición de las funciones de la misión especial se formula en un sentido más genérico e impreciso que las propias de la misión diplomática, limitándose a señalar que la misión especial tiene «carácter representativo del Estado, [siendo] 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» (art. 1, apdo. *a*). Por consiguiente, también en relación con esta Convención ha de concluirse que la identificación de los «actos realizados a título oficial» deberá llevarse a cabo caso por caso, aplicando los criterios de oficialidad y

de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal<sup>132</sup>, siguen un modelo similar al que se acaba de analizar. Por su parte, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares refleja de forma aún más acusada la vinculación de la inmunidad con el ejercicio de funciones específicas por cuenta del Estado, ya que en virtud de la misma la inmunidad solo cubre a «los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares»<sup>133</sup>. Además, la inmunidad de jurisdicción 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>134</sup>. Aunque tampoco en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares se enumeran los actos que han de ser considerados como «realizados a título oficial», siendo necesario acudir de nuevo a su determinación caso por caso a la luz de las funciones consulares listadas en su artículo 5<sup>135</sup>, no

funcionalidad que, por la naturaleza misma de las misiones especiales, presentan contornos menos precisos, aunque sigue estando presente la vinculación de dichos actos con el ejercicio de funciones públicas y con la soberanía estatal.

<sup>132</sup> La Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal toma en consideración los mismos elementos antes señalados, de los que cabe concluir que el ejercicio de actos oficiales en el marco de las funciones propias de la misión o delegación constituye la condición para el reconocimiento de una inmunidad *ratione materiae* (arts. 30, 36, párr. 2, 36, párr. 3, 60, 66, párr. 2 y 66, párr. 3). Se refuerza también aquí la dimensión oficial y funcional de los actos que pueden quedar cubiertos por dicha inmunidad por el hecho de que la Convención prohíbe al Jefe de la Misión y al resto del personal diplomático el ejercicio «en el Estado huésped [de] ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio» (art. 39, párr. 1). Al mismo tiempo se establece que las personas que tengan la nacionalidad o la residencia permanente en el Estado receptor, tan solo se beneficiarán de la inmunidad respecto de los «actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones» (arts 37; véase también el artículo 36). Sin embargo, esta Convención tampoco contiene una enumeración de cuales sean los «actos realizados a título oficial», siendo preciso identificarlos caso por caso a través de la aplicación de los criterios de oficialidad y funcionalidad antes mencionados.

<sup>133</sup> Art. 43, párr. 1.

<sup>134</sup> Art. 43, párr. 2, apdo. *a*.

<sup>135</sup> El artículo 5 enumera en la siguiente forma las funciones consulares: «*a*) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; *b*) fomentar el desarrollo de las relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas entre el Estado que envía y el Estado receptor, y promover además las relaciones amistosas entre los mismos, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención; *c*) informarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor, informar al respecto al gobierno del Estado que envía y proporcionar datos a las personas interesadas; *d*) extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía, y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado; *e*) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas; *f*) actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor; *g*) velar, de acuerdo con las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas, en los casos de sucesión por causa de muerte que se produzcan en el territorio del Estado receptor; *h*) velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela; *i*) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica

es menos cierto que la enumeración más precisa de las funciones consulares contenidas en dicho artículo permite definir con mayor seguridad algunos actos que deberán ser calificados como «actos realizados a título oficial». En todo caso, no cabe duda de que dichas funciones constituyen una manifestación del poder público y están vinculadas con la soberanía del Estado. Por último, ha de destacarse que la Convención no reconoce la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios consulares<sup>136</sup>, lo que no impide que los parámetros que se acaban de señalar puedan ser utilizados como criterios orientativos para identificar el concepto de «acto realizado a título oficial».

65. Para finalizar con este primer bloque de instrumentos multilaterales, conviene señalar que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados y de sus Bienes puede ser igualmente tomada en consideración a los efectos de definir el concepto de «acto realizado a título oficial». En especial en la medida en que, como fue puesto de manifiesto en su día por la Comisión, la referencia que su artículo 2, párr. 1, apdo. b, realiza «[e]l Estado y sus diversos órganos de gobierno» (inc. i) y a «los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter» (inc. iv)), ha de entenderse formulada desde la perspectiva de la inmunidad *ratione materiae*<sup>137</sup>. Sin embargo, a los fines del presente informe las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados y de sus Bienes deben ser objeto de un análisis matizado en el que se han de tener en cuenta, en especial, dos aspectos, a saber: a) que la citada Convención no se aplica a la jurisdicción penal<sup>138</sup>; y b) que la distinción entre actos *iure imperii* y

y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente; j) comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor; k) ejercer, de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado que envía, los derechos de control o inspección de los buques que tengan la nacionalidad de dicho Estado, y de las aeronaves matriculadas en el mismo y, también, de sus tripulaciones; l) prestar ayuda a los buques y aeronaves a que se refiere el apartado k) de este artículo y, también, a sus tripulaciones; recibir declaración sobre el viaje de esos buques, encaminar y refrendar los documentos de a bordo y, sin perjuicio de las facultades de las autoridades del Estado receptor, efectuar encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el capitán, los oficiales, los marineros, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado que envía; m) ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que este no se oponga, o las que le sean atribuidas por los acuerdos internacionales en vigor entre el Estado que envía y el receptor».

<sup>136</sup> A pesar de ello, la Convención establece 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» (art. 41, párr. 3). Esta misma mención se incluye en la Convención respecto del sometimiento a la jurisdicción penal de todo «funcionario consular honorario» (art. 63).

<sup>137</sup> En este sentido, resultan de interés los comentarios de la Comisión a los artículos 2 (párrs. 6, 8 y 17) y 3 (párr. 1) del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado en segunda lectura en 1991, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 15 y ss.

<sup>138</sup> Al respecto, véase el comentario de la Comisión al proyecto de artículo 3 aprobado provisionalmente en 2013, en esp. párr. 4 y nota 267 (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49).

actos *iure gestionis*, que subyace en la misma, no es equiparable a la distinción entre «acto realizado a título oficial» y «acto realizado a título privado» que se analiza en el presente informe. En todo caso, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados y de sus Bienes contiene un elemento de interés para nuestro estudio en la medida en que, a los efectos de concluir la inmunidad del Estado, pone el énfasis en la atribución al Estado del acto de sus funcionarios e incorpora la necesidad de demostrar el vínculo del acto con el ejercicio de la soberanía por el Estado para concluir que el mismo queda cubierto por la inmunidad.

66. Desde la perspectiva del derecho penal internacional, ha de llamarse la atención en primer lugar sobre la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, que incorpora el carácter oficial de la actividad 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 precedente «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 público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales» como uno de los elementos que definen la tortura (art. 16, párr. 1)<sup>139</sup>. Interpretando dichos preceptos, el Comité contra la Tortura ha señalado en sus observaciones generales<sup>140</sup>, que los actos prohibidos son los realizados por «las personas que actúen, *de jure* o *de facto*, en nombre del Estado»<sup>141</sup>, por «sus agentes [...] y quienes actúen en su nombre»<sup>142</sup>, y por «las autoridades del Estado u otras personas que actúen a título oficial»<sup>143</sup>, afirmando que dichas personas «actúa[n] a título oficial por cuanto desempeña[n] una función pública»<sup>144</sup>. A lo que ha de añadirse que, cuando

<sup>139</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: «[e]l personal encargado de la aplicación de la ley, sea este civil o militar, [e]l 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>140</sup> La observación general núm. 1 (1997) 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» en los párrafos 3 y 8, apdo. b (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). En la observación general núm. 2 (2008) 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) (ibíd., 39º y 40º períodos 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 actúen a título oficial» (párr. 7) y a los «funcionarios públicos» (párr. 18) (ibíd., 49º y 50º períodos de sesiones, *Suplemento núm. 44 (A/68/44)*, anexo X).

<sup>141</sup> Véase la observación general núm. 2, párr. 7.

<sup>142</sup> Véase la observación general núm. 2, párrs. 15 y 19.

<sup>143</sup> Véase la observación general núm. 2, párrs. 18; y la observación general núm. 3, párr. 7.

<sup>144</sup> Véase la observación general núm. 2, párr. 17.

se refiere en su observación general núm. 3 (2012) sobre la aplicación del artículo 14 por los Estados partes a la inmunidad de ciertas personas, para negar su compatibilidad con la Convención, emplea la expresión «quienes actúan en [...] nombre» del Estado<sup>145</sup>. En consecuencia, la tortura presenta, *prima facie*, un componente de oficialidad innegable.

67. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura incorpora también el elemento de la «oficialidad» poniendo de manifiesto la conexión estatal y la naturaleza oficial de dichos actos, si bien no incluye la participación del funcionario público como un elemento del tipo penal<sup>146</sup>. No obstante, la necesaria participación de funcionarios públicos en la comisión de una tortura se refleja en la enumeración de las personas responsables de dicho delito:

a) Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan;

b) Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a) ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices<sup>147</sup>.

68. Esta conexión necesaria entre tortura y funcionario del Estado parece romperse en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, al tipificar la tortura como crimen de lesa humanidad<sup>148</sup> y como crimen de guerra<sup>149</sup>, no ha incluido una mención respecto de las personas que pueden cometer un crimen de tortura, de donde podría deducirse que la conexión estatal y la naturaleza oficial del acto habría sido abandonada<sup>150</sup>. Sin embargo, esta conclusión solo puede ser mantenida con matices. Así, en el caso de la tortura como crimen de lesa humanidad, debe recordarse que la misma ha de «[cometerse] como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil»<sup>151</sup>, y que en el caso de la tortura como crimen de guerra, es necesario que sea cometida «como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes»<sup>152</sup>. Lo que, en ambos casos, tiene implicaciones que se analizarán más adelante<sup>153</sup>.

69. En segundo lugar, resulta igualmente relevante la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas que, siguiendo el modelo anterior, define las desapariciones forzadas en los siguientes términos:

<sup>145</sup> Véase la observación general núm. 3, párr. 42.

<sup>146</sup> Véase el artículo 2.

<sup>147</sup> Véase el artículo 3.

<sup>148</sup> Véase el artículo 7, párr. 1, apdo. f.

<sup>149</sup> Véase el artículo 8, párr. 2, apdo. a, inc. ii) y apdo. c, inc. i).

<sup>150</sup> Por su parte los Elementos de los crímenes (*Documentos Oficiales de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.03.V.2), segunda parte, secc. B), (*Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010*), referidos a estos crímenes tampoco incluyen referencia alguna al carácter oficial de los autores.

<sup>151</sup> Art. 7, párr. 1. Véase también el artículo 7, párr. 2, apdo. a, así como los Elementos de los crímenes, párr. 3 de la introducción al artículo 7.

<sup>152</sup> Art. 8, párr. 1.

<sup>153</sup> Véase el párrafo 72 *infra*.

el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley<sup>154</sup>.

70. Esta «oficialidad» de la conducta delictiva se recoge igualmente en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que define dicho delito como

la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuese su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes<sup>155</sup>.

71. Por su parte, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no incorpora la «oficialidad» del autor como uno de los elementos del tipo penal. Sin embargo, en su artículo 4 establece expresamente que dicho crimen puede ser cometido por «gobernantes, funcionarios o particulares». Por consiguiente, cabe concluir que dicho delito puede ser considerado en determinadas circunstancias como un «acto realizado a título oficial». Por otro lado, no puede obviarse tampoco que, como se ha señalado en los propios trabajos de la Comisión, el genocidio implica la realización de una serie de actos que difícilmente pueden realizarse si no es con la participación, el apoyo o el consentimiento del Estado<sup>156</sup>.

72. A los efectos de la calificación de determinados delitos como «un acto realizado a título oficial», resulta igualmente útil el análisis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Como ya se ha señalado anteriormente, el Estatuto de Roma impone una condición para que determinados comportamientos sean considerados como crimen de lesa humanidad, a saber, que «se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil». Dicho ataque ha de ser entendido como «una línea de conducta que implique la comisión múltiple de [crímenes contra la humanidad] contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque»<sup>157</sup>, lo que «requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil»<sup>158</sup>. En consecuencia, la comisión de alguno de los delitos enumerados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma podrían ser considerados como «actos realizados a título oficial» en el sentido en que dicha expresión se emplea en el presente informe.

73. Sin embargo, el carácter oficial del acto se refleja sobre todo en el crimen de agresión tal y como ha sido tipificado en el Estatuto de Roma, de conformidad con el

<sup>154</sup> Art. 2.

<sup>155</sup> Art. II.

<sup>156</sup> Véanse los párrafos 91 y 93 *infra*.

<sup>157</sup> Art. 7, párr. 1; véase también el artículo 7, párr. 2, apdo. a.

<sup>158</sup> Párrafo 3 de la introducción al artículo 7 en los Elementos de los crímenes.

cual, el crimen de agresión se configura como un «crimen de líderes» que solo puede ser cometido por una persona que esté «en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado» e implica la realización por el dirigente o líder de una serie de comportamientos relacionados con un «acto de agresión»<sup>159</sup>, que según el propio Estatuto se entiende como «el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas»<sup>160</sup>. En conclusión, parece obligado concluir que el crimen de agresión, tal como se define en el Estatuto de Roma, ha de ser considerado como un «acto realizado a título oficial».

74. Por último, es útil referirse a los diferentes instrumentos contra la corrupción que han sido adoptados tanto a nivel universal como regional. Comenzando por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ha de destacarse que la misma regula distintos actos de corrupción que pueden ser realizados por funcionarios del Estado. Todos estos actos están relacionados directamente con las funciones oficiales de dichas personas, pero el acto en cuestión se realiza con la finalidad de obtener «un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad»<sup>161</sup>. Junto a ello ha de llamarse la atención sobre el hecho de que la Convención contempla la problemática de la inmunidad del funcionario del Estado (aunque sea desde la perspectiva interna), imponiendo a los Estados partes la obligación de

adopta[r] las medidas que sean necesarias para establecer o mantener, de conformidad con su ordenamiento jurídico y sus principios constitucionales, un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad, de ser preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la [...] Convención<sup>162</sup>.

75. Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción contempla igualmente actos de corrupción que son realizados por un «funcionario o persona que ejerce funciones públicas», que están relacionados con el ejercicio de las funciones que les han sido encomendadas por el Estado. También en este caso, el acto viene calificado por una finalidad precisa consistente en obtener «cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona», o simplemente «obtener ilícitamente beneficios para sí mismos o para un tercero»<sup>163</sup>.

<sup>159</sup> Art. 8 bis, párr. 1. En el mismo sentido, véase el párrafo 2 de los Elementos de los crímenes respecto del crimen de agresión.

<sup>160</sup> Art. 8 bis, párr. 2. Esta definición es reiterada en los Elementos de los crímenes, que exige que el «acto de agresión» se haya cometido (párr. 3).

<sup>161</sup> Se trata de los siguientes delitos: a) soborno de funcionarios públicos nacionales (art. 15); b) soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (art. 16); c) Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (art. 17); d) tráfico de influencias (art. 18); e) abuso de funciones (art. 19); f) enriquecimiento ilícito (art. 20); y g) enriquecimiento ilícito (art. 21).

<sup>162</sup> Art. 30, párr. 2.

<sup>163</sup> Art. VI, apdos. b y c (Actos de corrupción). El mismo requisito finalista se contempla en el conjunto de delitos que se enumeran en el artículo XI (Desarrollo progresivo). Véanse igualmente los artículos VIII (Soborno transnacional) y IX (Enriquecimiento ilícito).

Por último, ha de destacarse que la Convención Interamericana declara expresamente que ninguno de estos actos puede ser considerado «como un delito político o como un delito común conexo con un delito político»<sup>164</sup> por el mero hecho de que los bienes obtenidos sean destinados a finalidades políticas o el acto en sí mismo haya sido realizado por motivaciones o finalidades políticas.

76. El Convenio Penal sobre la Corrupción, del Consejo de Europa, define igualmente una serie de comportamientos que constituyen actos de corrupción, que han de ser tipificados penalmente por los Estados y que son cometidos por los «agentes públicos» nacionales o extranjeros, por miembros de las asambleas nacionales, extranjeras o internacionales, o por jueces o agentes de tribunales internacionales. Al igual que en las dos Convenciones antes mencionadas, el desempeño de la función pública viene acompañado del elemento finalista consistente en que el acto de corrupción se realice con el fin de obtener cualquier ventaja indebida para sí mismo o para cualquier otro<sup>165</sup>. El Convenio se refiere también a la inmunidad, aunque esta vez con proyección internacional, al establecer que

[l]o dispuesto en el [...] Convenio no afectará a las disposiciones de cualquier tratado, protocolo o estatuto, así como de sus textos de aplicación, en lo que se refiere al levantamiento de la inmunidad<sup>166</sup>.

Este oscuro precepto ha sido interpretado por el propio Consejo de Europa como el reconocimiento de la obligación de los Estados partes de respetar las normas relativas a privilegios e inmunidades que les sean oponibles (tanto convencionales como consuetudinarias) cuando pretendan ejercer su jurisdicción respecto de los delitos enuncianados en el Convenio, en particular por lo que se refiere «al personal de las organizaciones públicas internacionales y supranacionales [...], a los miembros de las asambleas parlamentarias internacionales [...], así como a los jueces y agentes de tribunales internacionales»<sup>167</sup>.

77. Por último, la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción contempla también la posibilidad de que los funcionarios públicos puedan cometer actos de corrupción vinculados al ejercicio de sus funciones, con la finalidad de obtener «beneficios para sí mismos o para una tercera persona»<sup>168</sup>.

#### d) Otros trabajos de la Comisión

78. Como ya se puso de manifiesto en el tercer informe, la Comisión se ha ocupado con anterioridad de diversos temas en los que se ha referido a cuestiones vinculadas con la inmunidad y que revisten interés a los efectos de la definición del concepto de «acto realizado a título oficial». Sin duda, el trabajo que presenta un mayor interés es el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente

<sup>164</sup> Art. XVII.

<sup>165</sup> Véanse los artículos 2 a 6 y 9 a 11.

<sup>166</sup> Art. 16.

<sup>167</sup> *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*, párr. 77. Disponible en [www.coe.int/en/web/conventions](http://www.coe.int/en/web/conventions) bajo «Full list».

<sup>168</sup> Art. 4, párr. 1, apdo c.

ilícitos (en adelante, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado). Pero también son de interés los trabajos que concluyeron con la adopción de los Principios de Núremberg<sup>169</sup> y los proyectos de códigos de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954<sup>170</sup> y 1996<sup>171</sup>. Además, puede ser útil analizar los trabajos de la Comisión referidos al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales<sup>172</sup>.

79. Sin duda, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado<sup>173</sup> ocupa un lugar destacado a los efectos del presente informe. En efecto, si se parte de la base de que un «acto realizado a título oficial» requiere que se pueda identificar un vínculo entre el acto y el ejercicio de funciones o actividades propias del Estado, resulta evidente que las disposiciones relativas a la atribución de un acto al Estado que se contienen en los artículos 4 a 11 del citado proyecto de artículos han de ser debidamente tenidas en cuenta. Los citados preceptos contienen elementos que se refieren tanto al concepto de funcionario del Estado como al concepto de «acto realizado a título oficial». Los primeros ya fueron objeto de análisis en el tercer informe<sup>174</sup>, por lo que el presente informe se centrará exclusivamente en los elementos que pueden ser utilizados para definir los caracteres propios del acto, que se concretan en la actuación en nombre del Estado y en el ejercicio de «atribuciones del poder público<sup>175</sup> o de «funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole»<sup>176</sup>.

80. Por otro lado, a los efectos de definir cómo se produce la atribución de un acto al Estado y la forma en que se puede concluir que una persona actúa por cuenta del mismo, son interesantes los comentarios sobre dichos artículos adoptados por la Comisión. 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>177</sup>.

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 de poder público»<sup>178</sup>. 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>179</sup>. Lo que, a juicio de la Comisión, incluye también los supuestos en que el acto se haya realizado «aparentemente en calidad oficial, o bajo las apariencias de autoridad»<sup>180</sup>.

81. En segundo lugar, ha de destacarse que la Comisión consideró que el elemento esencial para realizar la atribución del comportamiento al Estado es que el funcionario actúe como órgano o agente del Estado, más allá de las motivaciones particulares que pueda tener. A ello ha de añadirse que, conforme a lo previsto en el artículo 7:

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.

Se trata de las actuaciones *ultra vires* de personas u órganos facultados para ejercer atribuciones de poder público, que no por ello dejan de ser actos atribuibles al Estado a los efectos de la responsabilidad. No obstante, como señaló la Comisión,

[e]s preciso distinguir, [...] los casos en que los funcionarios han actuado en su capacidad como tales, aunque ilegalmente o contraviniendo instrucciones, y [...] los casos en que su comportamiento está tan alejado del ámbito de sus funciones oficiales que debería ser asimilado al de particulares, no atribuible al Estado<sup>181</sup>.

82. En tercer lugar, ha de recordarse que el proyecto de artículos recoge también una serie de comportamientos de personas que no son órganos o agentes del Estado y que, *a priori*, no puede afirmarse o resulta difícil concluir que hayan ejercido prerrogativas de poder público. Esencialmente se contemplan las siguientes situaciones: *a*) comportamientos realizados bajo la dirección o control del Estado (art. 8); *b*) comportamientos realizados en caso de ausencia o defecto de autoridades nacionales (art. 9); y *c*) comportamientos que el Estado reconoce y adopta como propios (art. 11). A estas tres categorías de comportamientos deberían añadirse los actos realizados por movimientos insurreccionales que, en determinadas circunstancias, son atribuidos al Estado con carácter retroactivo. Se trata, en definitiva de definir de la forma más amplia posible los actos que, directa o indirectamente, pueden ser atribuidos al Estado a los efectos de la responsabilidad, a fin de evitar que mediante técnicas fraudulentas el Estado pueda liberarse de la responsabilidad por actos que, de forma inequívoca, fueron realizados en su beneficio y, en ocasiones, incluso bajo su control o consentimiento implícito.

83. En todo caso, ha de destacarse que, aunque la Comisión ha señalado que 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», no ha definido dicho concepto. Por el contrario,

<sup>169</sup> Principios de derecho internacional reconocidos por el Estado 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). Texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 12 y 13, párr. 45. Véase también la resolución de la Asamblea General 488 (V), de 12 de diciembre de 1950, Formulación de los principios de Núremberg.

<sup>170</sup> *Yearbook... 1954*, vol. II, párr. 54.

<sup>171</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 50.

<sup>172</sup> *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 87 y 88.

<sup>173</sup> *Anuario... 2001*, párrs. 76 y 77.

<sup>174</sup> Véase *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, párrs. 106 a 110.

<sup>175</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76, art. 5.

<sup>176</sup> *Ibíd.*, art. 4, párr. 1.

<sup>177</sup> *Ibíd.*, pág. 39, párr. 2 del comentario introductorio al capítulo II.

<sup>178</sup> *Ibíd.*, pág. 40, párr. 6.

<sup>179</sup> *Ibíd.*, pág. 48, párr. 7 del comentario al artículo 7.

<sup>180</sup> *Ibíd.*, pág. 44, párr. 13 del comentario al artículo 4.

<sup>181</sup> *Ibíd.*, pág. 48, párr. 7 del comentario al artículo 7. La Comisión añade que, en palabras del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, se trata de saber si el comportamiento ha sido «realizado por particulares envueltos en el manto del poder público» (*Petrolane, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., vol. 27, pág. 92 (1991)).

al indagar sobre el alcance de la facultad para ejercer atribuciones de carácter público, la Comisión pone de relieve en el comentario que el concepto de «poder público» posee un contenido indeterminado. A pesar de ello, 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>182</sup>, la detención y la imposición de sanciones y disciplina tras una condena judicial o en cumplimiento de la reglamentación penitenciaria<sup>183</sup>, o el control de la inmigración y la cuarentena<sup>184</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>185</sup>. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que el concepto de «atribuciones del poder público» ha de entenderse en un sentido amplio que incluye el ejercicio de prerrogativas legislativas, judiciales y ejecutivas.

84. En relación con lo que se acaba de señalar, ha de recordarse también que la Comisión ha afirmado que a los efectos de la atribución no hace al caso que el comportamiento del órgano del Estado pueda calificarse como «comercial» o como *acta iure gestionis*. Como afirma la Comisión,

el incumplimiento de un contrato por un Estado no entraña de por sí un quebrantamiento del derecho internacional. [...] Pero la celebración o el incumplimiento de un contrato por un órgano del Estado constituye, no obstante, un hecho del Estado a los efectos del artículo 4, y en determinadas circunstancias puede constituir un hecho internacionalmente ilícito<sup>186</sup>.

85. Para finalizar con el análisis de este instrumento, ha de destacarse que la Comisión declaró en el artículo 58 que los artículos sobre la responsabilidad del Estado «se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado». De esta manera, la Comisión acepta la existencia de dos formas distintas de responsabilidad que pueden derivarse de un mismo acto, a saber: la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo. Se volverá más adelante sobre este tema en el presente informe<sup>187</sup>.

86. Aunque el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales no se refiere de modo directo a los «actos realizados a título oficial» por un «funcionario del Estado», no es menos cierto que en el marco de los trabajos de la Comisión sobre este tema se han suscitado cuestiones que tienen interés para el presente informe. En este sentido, cabe destacar los conceptos de «control efectivo», «acto de servicio»

o «cumplimiento de funciones oficiales». La cuestión del «control efectivo» se ha suscitado, en especial, en el marco de las operaciones de mantenimiento de la paz, y a tal respecto la Comisión ha afirmado que:

La atribución de un comportamiento al Estado que aporta contingentes está claramente vinculada con el ejercicio de ciertos poderes por ese Estado sobre su contingente nacional y, por ende, depende del control que ese Estado posee al respecto. [...] [C]uando se pone un órgano o un agente a disposición de una organización internacional, la cuestión decisiva en relación con la atribución de un comportamiento determinado es, al parecer, quién ejerce efectivamente el control sobre el comportamiento<sup>188</sup>.

87. En relación con la segunda de las cuestiones, la Comisión se refiere al órgano o agente que actúa «en el ejercicio de las funciones que les han sido conferidas», ya que en este ámbito la referencia al «ejercicio de atribuciones del poder público» carece de significado<sup>189</sup>. Por ello, la Comisión se refiere en sus comentarios a «comportamiento relacionado con funciones oficiales» o «en situación de servicio», afirmando lo siguiente en sus comentarios al artículo 8 en relación con la atribución de un acto *ultra vires* a la organización:

La práctica de las organizaciones internacionales confirma que el comportamiento *ultra vires* de un órgano o un agente es atribuible a la organización cuando ese comportamiento está relacionado con las funciones oficiales del órgano o del agente. [...] Aunque los actos realizados «fuera de servicio» por un miembro de un contingente nacional no serían atribuibles a la organización, sí podría atribuírsele un acto que ese miembro hubiera realizado mientras se hallaba «en situación de servicio». En tal caso habría que examinar si el comportamiento *ultra vires* de que se trate guardaba relación con las funciones conferidas a esa persona<sup>190</sup>.

88. Por último, ha de recordarse que el proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales recoge en su artículo 66 la misma cláusula «sin perjuicio» referida a la responsabilidad individual, reconociéndose por tanto la posibilidad de que un mismo acto pueda dar lugar a dos responsabilidades distintas<sup>191</sup>.

89. En los Principios de Núremberg<sup>192</sup>, la Comisión no se pronunció ni sobre el carácter oficial de los delitos enumerados en los mismos ni sobre su atribución al Estado. Por el contrario, se concentró en la definición de los delitos de derecho internacional y en la declaración de la responsabilidad internacional de los individuos que hubiesen cometido dichos crímenes. Ello no significa, sin embargo, que la Comisión no tuviese en cuenta en dicho momento el componente estatal que subyacía en los crímenes tipificados. Por el contrario, del análisis de los trabajos llevados a cabo por la Comisión, cabe concluir que los citados Principios deben interpretarse a la luz de los hechos de los que traen causa y, en especial, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres en relación con el Procesamiento y Castigo de los Grandes Criminales de Guerra de las Potencias Europeas del Eje, y

<sup>182</sup> *Ibíd.*, párr. 6; pág. 80, párr. 5 y pág. 100, párr. 6.

<sup>183</sup> *Ibíd.*, pág. 78, párr. 2.

<sup>184</sup> *Ibíd.*

<sup>185</sup> *Ibíd.*, pág. 45, párr. 6 del comentario al artículo 5. La Comisión afirmó asimismo que «lo que se considera como «poder público» dependerá de la sociedad y de su historia y tradiciones».

<sup>186</sup> *Ibíd.*, pág. 42, párr. 6 del comentario al artículo 4.

<sup>187</sup> Véanse los párrafos 98 a 101 *infra*.

<sup>188</sup> Véase *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 88, comentario al artículo 7, párrs. 7 y 8.

<sup>189</sup> *Ibíd.*, párr. 4 del comentario al artículo 7.

<sup>190</sup> *Ibíd.*, párr. 9 del comentario al artículo 8.

<sup>191</sup> El artículo 66 está redactado en términos idénticos a los del artículo 58 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con el único añadido de la expresión «de una organización internacional».

<sup>192</sup> Véase la nota 169 *supra*.

de las sentencias dictadas por dicho Tribunal. Desde dicha perspectiva, han de ser destacados los siguientes elementos que aparecen recogidos en el instrumento elaborado por la Comisión y posteriormente aprobado por la Asamblea General:

a) los delitos enumerados en el principio VI (delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad) se definen de tal forma que resulta obvia la conexión de los actos constitutivos de los mismos con la actividad del Estado<sup>193</sup>;

b) la Comisión incluye entre los posibles autores de dichos crímenes a las personas que «haya[n] actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado», y por tanto en calidad de funcionarios del Estado en el sentido del presente tema<sup>194</sup>;

c) la Comisión toma igualmente en consideración la posibilidad de que «una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico», lo que permitiría igualmente atribuir el delito al Estado conforme a las reglas de atribución establecidas en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estados<sup>195</sup>.

En consecuencia, parece posible concluir que los delitos enunciados en los Principios de Núremberg pueden ser considerados como «actos realizados a título oficial», al menos en un cierto número de casos. Y ello con independencia de que los Principios proclamen la responsabilidad individual de los autores de dichos actos<sup>196</sup>.

<sup>193</sup> *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 13, párr. 45, nota 39. El principio VI está redactado en los siguientes términos: «Los delitos enunciados a continuación son punibles, como delitos, en derecho internacional:

a) Delitos contra la paz:

- i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales;
- ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i);

b) Delitos de guerra:

Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato o la deportación, para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares;

c) Delitos contra la Humanidad:

El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.»

<sup>194</sup> Véase el principio III ( *ibíd.*, pág. 12). Debe recordarse que la Comisión, en sus comentarios a este principio, puso el énfasis en que se estaba 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». Véase *Yearbook... 1950*, vol. II, en esp. párrs. 103 y 104.

<sup>195</sup> Véase el principio IV (*Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 12, párr. 45).

<sup>196</sup> Téngase en cuenta que el Tribunal de Núremberg había rechazado el argumento formulado por la defensa en el sentido de concluir que los

90. Para terminar con el análisis de los trabajos de la Comisión es preciso abordar la forma en que la Comisión ha tratado la cuestión de los «actos realizados a título oficial» en el proyecto de código de *crímenes* contra la paz y la seguridad de la humanidad, tanto en el texto aprobado en 1954 como en el aprobado en 1996. En relación con dicho proyecto de código ha de advertirse, en primer lugar, que —como ya había sucedido con los Principios de Núremberg— la Comisión no se ha visto obligada a calificar si un determinado crimen ha de ser considerado como un «acto realizado a título oficial». No obstante, del propio proyecto de código y de los comentarios de la Comisión de algunos de sus artículos se pueden extraer importantes conclusiones sobre esta cuestión.

91. En la redacción de 1954 del proyecto de código, el artículo 2 contenía la enumeración de los delitos contra la paz y la seguridad<sup>197</sup>. Los párrafos 1 a 9 del comentario se referían a comportamientos que exclusivamente podían ser realizados por «autoridades de un Estado», mientras que los párrafos 10 y 11 contemplaban la posibilidad de que las acciones fuesen realizadas «por las autoridades de un Estado o por particulares». Sin embargo, como afirmaría más tarde el Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, en estas categorías de delitos (las de los párrafos 10 y 11),

la participación de particulares, teóricamente imaginable, parece imposible de hecho. El genocidio implica una empresa sistemática, y a gran escala, de destrucción de un grupo étnico, nacional o religioso. En el mundo contemporáneo, los particulares difícilmente podrán realizar por sí mismos una tal empresa. Lo mismo cabría decir del resto de los crímenes contra la humanidad, que exigen una movilización de medios de destrucción que solo el ejercicio del poder puede facilitar a sus autores. Algunos de estos crímenes, por ejemplo el *apartheid*, solo pueden ser cometidos por un Estado. En resumen, parece discutible que los particulares puedan erigirse en autores principales de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>198</sup>.

92. Por su parte, el proyecto de 1996 declara la responsabilidad individual de quien comete los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad que se incluyen en la siguiente lista: agresión (art. 16), genocidio (art. 17), crímenes contra la humanidad (art. 18), crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado (art. 19) y crímenes de guerra (art. 20). Y aunque en esta ocasión no se introducen elementos de «oficialidad» en la definición de los citados crímenes, el proyecto incorpora diversas disposiciones que son de interés a los efectos del presente informe:

a) en primer lugar, en los artículos 5, 6 y 7 incorpora el carácter oficial del acto al referirse, respectivamente, a las órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico, a la responsabilidad del superior jerárquico, y a la irrelevancia del carácter oficial del autor del acto a los efectos de definir su responsabilidad;

b) en segundo lugar, en virtud del artículo 2, párr. 2, combinado con el artículo 16, queda establecido que el

actos enjuiciados eran únicamente «actos de Estado» que permitían la exclusión automática de la responsabilidad individual. Comentario al principio IV, *Yearbook ... 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 375, párrs. 105 y 106.

<sup>197</sup> El texto del proyecto de código adoptado por la Comisión en su sexto período de sesiones en 1954 se reproduce en *Yearbook ... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 8.

<sup>198</sup> *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/387, pág. 68, párr. 13.

crimen de 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 ese crimen<sup>199</sup>. Por el contrario, los restantes comportamientos delictivos podrían ser cometidos, en principio, tanto por personas privadas como por agentes estatales, entendidos en sentido amplio; y

c) los crímenes de lesa humanidad se definen en torno al requisito de que sean cometidos de forma sistemática o en gran escala «e instigad[os] o dirigid[os] por un gobierno o por una organización política o grupo» (art. 18).

93. Además, ha de destacarse que tanto el Relator Especial como la propia Comisión llamaron la atención sobre la realidad de estos crímenes, que con independencia de que puedan ser cometidos por individuos considerados a título particular, requieren en la práctica la participación de personas que se ven investidas de un carácter oficial. Así, baste con señalar que la Comisión, en su comentario al artículo 5 afirmó que

[l]os crímenes de derecho internacional, por su misma naturaleza, suelen requerir la participación directa o indirecta de varios individuos algunos de los cuales por lo menos ocupan posiciones de autoridad pública o mando militar<sup>200</sup>.

Igualmente significativa es la posición del Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, quien —en su tercer informe— afirmó que los delitos que atentan contra la independencia, la salvaguardia o la integridad territorial de un Estado

implican el uso de medios de una magnitud tal que solo las entidades estatales podrían aplicarlos. Por otra parte, es difícil concebir que la agresión, la anexión de un territorio o la dominación colonial puedan ser perpetradas por particulares. Los autores de estos delitos no pueden sino ser individuos investidos de un poder de *mando*. Se trata de las *autoridades* de un Estado, de personas que, adscritas a uno de los altos niveles de la jerarquía política, administrativa o militar, dan o reciben órdenes, y hacen ejecutar, o ejecutan por sí mismas, las decisiones gubernamentales. Se trata de *individuos-órganos*, y los delitos que cometen se analizan a menudo como abuso de soberanía o desviación de poder. Por consiguiente, los simples particulares no pueden ser autores de estos delitos<sup>201</sup>.

94. Por último, resulta de interés lo previsto en el artículo 4, que bajo la rúbrica [*r*]esponsabilidad de los Estados, establece que «[e]l hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional». De esta manera viene a reiterar el principio de doble responsabilidad derivada de un mismo acto al que se ha hecho referencia con anterioridad en otros párrafos de este informe. En efecto, como la Comisión señaló en el comentario al artículo, «es posible, y de hecho probable [...] que una persona cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad como “agente del Estado”, “por cuenta del Estado”, “en nombre del Estado”, o incluso en virtud de una relación de hecho con el Estado, sin estar investido de ningún mandato legal»<sup>202</sup>. Esta afirmación ha de leerse,

<sup>199</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr. 5 del comentario al artículo 2. Véase, además, el comentario al artículo 16 (ibíd., pág. 46).

<sup>200</sup> *Ibíd.*, pág. 26, párr. 1 del comentario al artículo 5.

<sup>201</sup> *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/387, pág. 67, párr. 12.

<sup>202</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 1 del comentario al artículo 4.

además, en conexión con lo dicho por la Comisión en el comentario al artículo 2, en el que si bien reconoce que el ámbito de aplicación del código *ratione personae* queda limitado a las personas naturales, afirma categóricamente que «es verdad que el hecho del cual es responsable una persona natural podría atribuirse también a un Estado si aquella hubiera actuado como «agente del Estado», «por cuenta del Estado», «en nombre del Estado» o en calidad de agente de hecho, sin mandato legal»<sup>203</sup>.

#### 4. LOS CARACTERES DEL «ACTO REALIZADO A TÍTULO OFICIAL»

95. Sobre la base del análisis realizado en las páginas anteriores, es posible concluir los siguientes caracteres del «acto realizado a título oficial»:

- a) es un acto de naturaleza penal;
- b) es un acto realizado por cuenta del Estado;
- c) es un acto que implica el ejercicio de soberanía y prerrogativas del poder público.

A continuación se analiza cada uno de estos caracteres.

##### a) *La naturaleza penal del acto*

96. La Comisión, al definir el ámbito de aplicación del presente tema, ya señaló que el mismo está referido a la inmunidad de jurisdicción penal. Además, en los proyectos de artículos 3 y 5, provisionalmente aprobados por la Comisión, se declara expresamente que los funcionarios del Estado «se benefician de la inmunidad frente al ejercicio de la jurisdicción penal extranjera»<sup>204</sup>. Los actos realizados a título oficial contemplados en el presente informe han de responder, por tanto, a una naturaleza penal. Ello les atribuye ciertas características que han de ser analizadas a fin de concluir si las mismas tienen alguna consecuencia a los efectos del presente informe.

97. La principal característica de un acto delictivo es su naturaleza personalísima y la existencia de un vínculo directo entre el acto y su autor. Por consiguiente, la responsabilidad que se deriva del mismo es, por definición, individual y se imputa al autor del acto, sin que sea posible extenderla a terceros que puedan sustituir al individuo en la titularidad de dicha responsabilidad. Y ello con independencia de que sobre la base del mismo acto se pueda imponer a un tercero una obligación jurídica distinta, bien sea a título autónomo o a título subsidiario. Dicha obligación se derivaría de la responsabilidad penal principal pero no puede, en ningún caso, confundirse con

<sup>203</sup> *Ibíd.* Las relaciones entre la responsabilidad individual del autor directo del hecho y la posible responsabilidad del Estado había sido destacada ya años antes. De este modo, en el Documento analítico preparado de conformidad con la solicitud contenida en el párrafo 256 del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones», de marzo de 1983 (documento A/CN.4/365, en esp. págs. 38 a 40, mimeografiado), se recoge la opinión de varios Estados que, si bien destacaron el principio de la responsabilidad individual, estimaron que no debía soslayarse la cuestión de la responsabilidad del Estado. Algunos Estados, incluso, plantearon que el futuro texto contuviera una disposición en la que expresamente se afirmara que la declaración de responsabilidad delictiva individual no afectaría a la responsabilidad internacional de los Estados.

<sup>204</sup> Para el proyecto de artículo 3, véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 48; para el proyecto de artículo 5, véase *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 131.

la misma. Por consiguiente, la atribución al Estado del acto de naturaleza penal realizado por sus funcionarios tiene límites notables y no puede entenderse sino como una ficción jurídica anclada en el modelo tradicional de atribución de un acto al Estado a los efectos de la responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos. Sin embargo, el acto delictivo que puede quedar cubierto por la inmunidad *ratione materiae* no es, en sentido estricto, un acto propio del Estado sino del individuo que realiza el acto.

98. La primera consecuencia de la naturaleza penal del acto se concreta, pues, en la posibilidad de que el mismo genere dos tipos de responsabilidad distintas. La primera, de naturaleza penal, se predicará del autor del acto. La segunda, de naturaleza civil, se puede predicar tanto del autor del acto como respecto de un tercero. En el ámbito del presente estudio ello se traducirá en la posibilidad de que un mismo acto realizado por un funcionario del Estado pueda dar lugar a una responsabilidad penal que será atribuible de forma personalísima al funcionario, y una responsabilidad civil derivada que puede ser atribuida tanto al funcionario como al Estado<sup>205</sup>. Este modelo de relación entre el acto y la responsabilidad derivada del mismo aparece en el derecho internacional en una época relativamente reciente, consolidándose a partir de la definición del principio de responsabilidad penal individual que surge tras la Segunda Guerra Mundial, y sobre todo a partir del proceso de institucionalización del derecho penal internacional que se produce en la última década del siglo pasado. Sin embargo, no se trata de un fenómeno extraño a los derechos internos. Por el contrario, la práctica judicial analizada en el presente informe pone de manifiesto cómo los mismos actos han dado lugar a distintas reclamaciones, dirigidas en ocasiones contra el Estado y en ocasiones contra el individuo, que además se han producido tanto ante la jurisdicción penal como ante la jurisdicción civil.

99. Este modelo que se puede denominar como «un acto, dos responsabilidades», ha sido expresamente reconocido por la Comisión en varios de sus trabajos, debiéndose mencionar en especial el artículo 4 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>206</sup>, el artículo 58 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado<sup>207</sup>, y el artículo 66 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales<sup>208</sup>. La forma en que opera este

modelo ha sido descrita por la Comisión en los comentarios que se reproducen a continuación:

La cláusula «que no prejuzga» contenida en el artículo 4 indica que el presente código no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de un Estado en virtud del derecho internacional por un crimen cometido por alguno de sus agentes. Como subrayó ya la Comisión en el comentario al artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, el castigo de los individuos que son órganos del Estado «no pone fin ciertamente a la persecución de la responsabilidad internacional que incumbe al Estado por los hechos internacionalmente ilícitos que, por el comportamiento de sus órganos, se le atribuyan en tales casos». El Estado puede, pues, seguir siendo responsable sin que pueda eximirse de su responsabilidad invocando el procesamiento o el castigo de los individuos autores del crimen<sup>209</sup>.

Cuando los delitos contra el derecho internacional hayan sido cometidos por funcionarios del Estado, ocurre muchas veces que el propio Estado es responsable de los hechos de que se trate por no haberlos prevenido o sancionado. En algunos casos, en particular la agresión, el Estado, por definición, se encuentra implicado. Aun en este caso, la cuestión de la responsabilidad individual es, en principio, distinta a la cuestión de la responsabilidad del Estado. El enjuiciamiento y la sanción de los funcionarios del Estado que cometieron el hecho ilícito no exime al Estado de su propia responsabilidad por el comportamiento internacionalmente ilícito. Tampoco pueden esos funcionarios escudarse en el Estado con respecto a su propia responsabilidad por un comportamiento contrario a las normas del derecho internacional que les sean aplicables. El primero de estos principios se refleja, por ejemplo, en el párrafo 4 del artículo 25 del Estatuto de Roma, en el cual se establece que: «Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional». El segundo principio se refleja, por ejemplo, en el principio bien establecido de que una posición oficial no excusa a una persona de responsabilidad penal individual con arreglo al derecho internacional<sup>210</sup>.

[E]l que el comportamiento de un individuo se atribuya a una organización internacional o un Estado no exonera a ese individuo de la responsabilidad penal internacional en que puede incurrir en virtud de su comportamiento. En cambio, cuando una organización internacional o un Estado cometen un hecho internacionalmente ilícito, no se puede dar por supuesta la responsabilidad internacional de los individuos que han servido de instrumento para la comisión del hecho ilícito. No obstante, en determinados casos es posible que algunos individuos incurran en responsabilidad penal internacional, por ejemplo cuando hayan jugado un papel decisivo en la violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa en los supuestos previstos en el artículo 41<sup>211</sup>.

100. La Corte Internacional de Justicia ha reconocido igualmente la doble responsabilidad que se puede derivar de un acto de genocidio en el caso *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro). En el mismo, la Corte concluye que un mismo comportamiento puede dar lugar a dos responsabilidades distintas, cada una de las cuales se deducirá a través de mecanismos jurídicos igualmente distintos<sup>212</sup>. Dicha dualidad de efectos se expresa en la declaración de la Corte conforme a la cual

la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, con la única excepción de la mención expresa de las organizaciones internacionales: «Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de una organización internacional o de un Estado».

<sup>209</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 2 del comentario.

<sup>210</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 152 y 153, párr. 3 del comentario al artículo 58. Véase también el párrafo 2.

<sup>211</sup> *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 2 del comentario.

<sup>212</sup> Fallo, *C.I.J. Recueil 2007*, párrs. 180 a 182.

<sup>205</sup> En este sentido, véase Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, págs. 150 y 151; Van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, págs. 103 y ss.; Yang, *State Immunity in International Law*, pág. 427.

<sup>206</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 50. El artículo 4 (Responsabilidad de los Estados) establece: «El hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional».

<sup>207</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párr. 76. El artículo 58 (Responsabilidad individual) dispone: «Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado».

<sup>208</sup> *Ibid.*, párr. 87. El artículo 66 (Responsabilidad individual) está redactado en términos idénticos a los del artículo 58 del proyecto sobre

para que la responsabilidad de un Estado se comprometa por la violación de la obligación que le incumbe de no cometer un genocidio, se ha de demostrar que un genocidio, tal como se define en la Convención, se ha cometido<sup>213</sup>.

En todo caso, debe llamarse la atención sobre el hecho de que la Corte lleva este argumento hasta sus últimas consecuencias al concluir en el fallo que Serbia y Montenegro no es responsable de la comisión o planificación del genocidio en sí mismo considerado, pero sí del incumplimiento del deber de prevención y sanción del crimen de genocidio en el caso de la matanza de Srebrenica. Además, este reconocimiento de la doble responsabilidad está vinculado en la sentencia con las técnicas de atribución del acto al Estado, tema sobre el que se volverá más adelante en este informe.

101. Los criterios antes señalados ponen de manifiesto cómo la incorporación del elemento penal impide aplicar de modo automático el principio de que todo acto cometido por un funcionario es automáticamente un acto del Estado del que se derivará únicamente la responsabilidad de este. Por el contrario, la aplicación del modelo «un acto, dos responsabilidades» nos sitúa frente a una pluralidad de escenarios alternativos que pueden describirse de la siguiente manera:

- a) responsabilidad exclusiva del Estado en los casos en que no pueda atribuirse el acto a su autor;
- b) responsabilidad del Estado y del individuo cuando el acto pueda ser atribuidos a ambos;
- c) responsabilidad exclusiva del individuo cuando el acto únicamente pueda ser atribuido al individuo, aunque haya actuado como funcionario del Estado.

102. La naturaleza penal del acto y la duplicidad de responsabilidades que pueden derivarse del mismo tienen también consecuencias en el plano de la inmunidad, en especial por lo que se refiere a la definición del modelo de relación existente entre la inmunidad *ratione materiae* que se reconoce al funcionario del Estado y la inmunidad del Estado entendida en sentido estricto. A este respecto, es preciso señalar que la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado ha sido contemplada tradicionalmente como una forma de la inmunidad del Estado, confundándose con la misma. En este sentido es relativamente frecuente encontrar referencias en la práctica judicial a que los funcionarios del Estado se benefician de la misma inmunidad de la que se beneficia el Estado<sup>214</sup>. Y de ello se ha deducido que la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado no es una inmunidad autónoma, debiendo reconducirse a la inmunidad del Estado, cuyo régimen jurídico se le aplica en su totalidad. Dicha conclusión es el resultado del recurso a distintos argumentos, entre los que cabe

<sup>213</sup> *Ibid.*, párr. 180. Este mismo planteamiento ha sido mantenido por la Corte en el caso *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croacia c. Serbia), fallo, fondo, C.I.J. Recueil 2015, párr. 128.

<sup>214</sup> Véanse, entre otros, Reino Unido, *Propend Finance Pty Ltd. c. Sing* (nota 89 *supra*); y *Jones c. Arabia Saudita* (nota 78 *supra*); y Estados Unidos, *Chuidian c. Philippine National Bank*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno circuito 912 *Federal Reporter 2d* 1095; véase también ILR, vol. 92, pág. 480.

destacar fundamentalmente los siguientes: a) la inmunidad de jurisdicción reconocida a los funcionarios del Estado es una consecuencia del principio de igualdad soberana de los Estados, bajo la fórmula *par in parem non habet imperium*; b) la inmunidad se reconoce con la finalidad de proteger la soberanía del Estado y de garantizar que las relaciones internacionales se puedan desarrollar de forma pacífica y sostenible; c) la inmunidad de los funcionarios del Estado no es, en realidad, una inmunidad del funcionario sino del Estado, como lo demuestra el hecho de que puede decidir libremente sobre la misma incluso mediante el levantamiento o renuncia a la inmunidad; y d) demandar al funcionario del Estado ante los tribunales extranjeros constituye una forma indirecta de demandar al Estado cuando el mismo no puede ser perseguido ante los tribunales de un tercer Estado y, por consiguiente, la inmunidad de jurisdicción reconocida al funcionario es una forma de garantizar que la inmunidad del Estado no va a ser fraudulentamente atacada y, por ello, equivale a la inmunidad del Estado<sup>215</sup>.

103. Los citados argumentos contienen, sin duda, elementos de valor que no pueden ser negados; en especial, la llamada de atención sobre el hecho de que la inmunidad de jurisdicción se reconoce al funcionario en interés del Estado y para proteger valores y principios que se predicen única y exclusivamente del Estado. Pero siendo ello cierto, dichos argumentos no toman en consideración otros elementos que son necesarios para concluir cuál sea la relación existente entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y la inmunidad del Estado. O, si se prefiere, para responder a la pregunta que ha planteado muy plásticamente una autora «¿[q]ué fue antes, el huevo o la gallina? La inmunidad del Estado como una consecuencia de la inmunidad funcional más que la inmunidad funcional como corolario de la inmunidad del Estado»<sup>216</sup>.

104. En efecto, para responder adecuadamente a la problemática que se acaba de señalar es preciso tomar en consideración de nuevo la naturaleza penal del acto, de la que se derivan dos importantes consecuencias, a saber: a) el destinatario directo de los actos de jurisdicción es el individuo; y b) las consecuencias que, en su caso, se van a deducir del proceso penal son individuales y personalísimas. Ello determina una conexión directa entre el individuo y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que ha sido tenida en cuenta por la Comisión al decidir incluir una definición expresa del concepto de funcionario del Estado en el proyecto de artículos e, incluso, al decidir emplear el término «individuo» en la definición de «funcionario del Estado», para indicar que la inmunidad se aplica a una persona física<sup>217</sup>. En segundo lugar, ha de destacarse igualmente que el Estado nunca podría ser demandado ante los tribunales penales nacionales, ya que su responsabilidad eventual por los actos delictivos cometidos por sus funcionarios será siempre de naturaleza civil y deberá deducirse, en su caso, ante una jurisdicción civil a través de una reclamación de indemnización por

<sup>215</sup> Para un análisis de estos argumentos, véase, entre otros, Foakes, *The Position of Heads of State...*, págs. 137 a 139.

<sup>216</sup> Van Alebeek, *The Immunity of States...*, pág. 105.

<sup>217</sup> Véanse los párrafos 1 y 4 del comentario al proyecto de artículo 2, apdo. e, *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 132.

los daños derivados de dichos actos<sup>218</sup>. De ello se deriva una distinción entre la inmunidad de jurisdicción civil y la inmunidad de jurisdicción penal que ha de ser debidamente tenida en cuenta.

105. Sobre la base de los dos elementos arriba mencionados es posible concluir, a juicio de la Relatora Especial, la autonomía de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado *ratione materiae* y su distinción respecto de la inmunidad del Estado en sentido estricto. Y ello a pesar de que dicha distinción no se presente siempre con perfiles suficientemente nítidos en la jurisprudencia y en la práctica, como consecuencia en buena medida del énfasis puesto tradicionalmente en el Estado (y sus derechos e intereses) como el objetivo a proteger por la inmunidad. Sin embargo, aunque el lugar central que ocupa el Estado en esta institución no se puede negar, la protección de sus intereses y derechos no es razón suficiente para concluir la existencia de una identidad absoluta entre la inmunidad del Estado y la inmunidad de sus funcionarios. De la misma manera que la identidad de la finalidad perseguida, por ejemplo, por la inmunidad del Estado y la inmunidad diplomática no se traduce tampoco en la identificación de ambas categorías de inmunidad<sup>219</sup>. Por el contrario, para comprender adecuadamente la institución de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado *ratione materiae* es preciso distinguir entre el beneficiario directo de la inmunidad (el funcionario del Estado) y su beneficiario indirecto o último (el Estado). La inmunidad *ratione materiae* se reconoce en interés del Estado, que es el titular de la soberanía, pero beneficia directamente al funcionario cuando actúa como expresión de la misma.

106. La distinción entre inmunidad del Estado e inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios no es, además, una mera construcción teórica, sino que se ha visto reflejada en varias decisiones judiciales adoptadas tanto por tribunales nacionales como internacionales. En el primero de los planos, baste con recordar el distinto tratamiento dado en el Reino Unido por la Cámara de los Lores a la inmunidad en los casos *Pinochet No. 3*), *Prince Nasser* y *Jones v. Saudi Arabia*, que se basa en la distinta naturaleza (penal y civil, respectivamente) de los procedimientos en que se ha suscitado la inmunidad y en las consecuencias que de ello se derivan en el plano de la inmunidad. Y, sobre todo, cabe mencionar el asunto *Samantar v. Yousuf*, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha declarado que un funcionario del Estado no puede considerarse incluido en el concepto de Estado contemplado en la Ley de inmunidad de soberanía extranjera, y que, por tanto, la inmunidad que se le reconoce está sometida a reglas distintas de las aplicables a la inmunidad del Estado ante los tribunales de dicho país<sup>220</sup>.

<sup>218</sup> En este sentido, véase Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, págs. 29 y 45; Foakes, *The Position of Heads of State...*, págs. 140 y 141; Fox y Webb, *The Law of State Immunity*, pág. 555; Van Alebeek, *The Immunity of States...*, págs. 103 y ss.; y Yang, *State Immunity in International Law*, pág. 427.

<sup>219</sup> En este sentido, véase, por ejemplo, Kohen, «The distinction between State immunity and diplomatic immunity», pág. 48.

<sup>220</sup> Estados Unidos, *Samantar v. Yousuf*, 560 US 305; 130 S Corte Suprema de los Estados Unidos 2278 (2010). Este caso reviste una

107. Mayor interés revisten las decisiones de tribunales internacionales que han recogido de forma explícita o implícita la distinción entre inmunidad del Estado e inmunidad del funcionario del Estado. Así, debe recordarse que la Corte Internacional de Justicia en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État* ha recogido esta distinción al afirmar que

La Corte desea subrayar que [en la sentencia] no se pronuncia más que sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado en sí mismo considerado ante los tribunales de otro Estado; la cuestión de saber si y, en su caso, en qué medida la inmunidad puede aplicarse en el caso de procedimientos penales iniciados contra un representante del Estado no se plantea en este caso<sup>221</sup>.

La distinción entre la inmunidad del Estado y la inmunidad de sus funcionarios ha sido igualmente aceptada por la Corte al referirse al tratamiento que diversos tribunales, nacionales e internacionales, han dado a la distinción entre jurisdicción civil y jurisdicción penal y sus consecuencias sobre la inmunidad<sup>222</sup>, así como al referirse a su propia jurisprudencia<sup>223</sup>.

108. Por lo que se refiere al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el asunto *Jones and others v. United Kingdom* reviste un gran interés ya que, como señaló el Tribunal, la demanda presentada se refiere a un caso de inmunidad que, a diferencia del asunto *Al-Adsani*, se había planteado ante los tribunales británicos contra individuos y no contra un Estado extranjero. A pesar de ello, el Tribunal ha aplicado la doctrina clásica, conforme a la cual la inmunidad del Estado se aplica también a los individuos<sup>224</sup>. Sin embargo, esta conclusión debe ser objeto de una valoración matizada, ya que a lo largo de los fundamentos jurídicos de la sentencia queda claramente expresado que se refiere exclusivamente a la inmunidad desde la perspectiva de la jurisdicción civil, apuntando el Tribunal a la posibilidad de que la aproximación pudiese ser distinta en el caso de que la inmunidad se hubiese planteado ante una jurisdicción penal<sup>225</sup>.

109. Esta diferenciación entre inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado e inmunidad del Estado en sentido estricto, se ve además reforzada en el caso de la inmunidad *ratione personae* en la que es posible que un funcionario beneficiario de dicha inmunidad (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y

especial importancia, ya que los tribunales de los Estados Unidos habían venido manteniendo con anterioridad la aplicabilidad de la Ley de inmunidad de soberanía extranjera a los funcionarios del Estado extranjero, identificando por tanto ambas categorías de inmunidad. En relación con la posición mantenida anteriormente por dichos tribunales, véase el asunto *Chuidian* (nota 75 *supra*).

<sup>221</sup> Fallo, *C.I.J. Recueil 2012*, párr. 91. Téngase en cuenta que dicha afirmación la realiza la Corte tras concluir que «en el estado actual del derecho internacional consuetudinario, un Estado no se ve privado de la inmunidad por el solo motivo de ser acusado de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional de los conflictos armados». Véase igualmente la opinión separada del magistrado Bennouna (párr. 35) y la opinión disidente del magistrado Yusuf (párr. 40).

<sup>222</sup> *Ibíd.*, párrs. 87 y ss.

<sup>223</sup> *Ibíd.*, párr. 100.

<sup>224</sup> Véase asunto *Jones and others v. United Kingdom* (nota 56 *supra*), párrs. 200 y 202 a 204.

<sup>225</sup> *Ibíd.*, párrs. 207 y 212 a 214. El mismo planteamiento había sido mantenido por el Tribunal en el asunto *Al-Adsani* (nota 56 *supra*) (párr. 65).

Ministro de Relaciones Exteriores) lo sea incluso respecto de los actos que realizó a título privado y que, por tanto, no pueden ser atribuidos al Estado ni dar lugar a su responsabilidad. En este caso, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de uno de los miembros de la troika por un acto delictivo cometido a título privado no encuentra paralelismo alguno en la inmunidad del Estado. Y, sin embargo, también en este caso dichos actos quedan cubiertos por una forma de inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se reconoce en interés del Estado y no del funcionario.

110. Sobre la base de las consideraciones que preceden es posible formular las siguientes conclusiones:

a) en el caso de que el acto solo se pueda atribuir al Estado y solo el Estado pueda ser responsable, nos encontramos ante el supuesto típico de la inmunidad del Estado;

b) en el caso de que el acto se pueda atribuir simultáneamente al Estado y al individuo y ambos puedan ser responsables, nacen dos supuestos de inmunidad diferenciados: la inmunidad del Estado, por un lado, y la inmunidad del funcionario, por otro;

c) la diferenciación entre inmunidad del Estado e inmunidad de los funcionarios del Estado tiene un efecto máximo en el caso de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en atención a la distinta naturaleza de la responsabilidad que se pretende deducir respecto del Estado (civil) y su funcionario (penal), y a la distinta naturaleza de las jurisdicciones a las que se opone la inmunidad.

#### b) *La atribución del acto al Estado*

111. El ejercicio de la inmunidad *ratione materiae* solo se justifica por la existencia de un vínculo entre el Estado y el acto de su funcionario, que es calificado por ello como un acto realizado por cuenta del Estado. Por consiguiente, para concluir que dicho vínculo existe es necesario, en primer lugar, que el acto pueda ser atribuido al Estado. Y dado que la atribución debe producirse conforme a normas de derecho internacional, las reglas de atribución contenidas en los artículos 4 a 11 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, que han sido analizadas *supra*, adquieren un significado especial. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que los citados criterios de atribución fueron definidos por la Comisión a los efectos de la responsabilidad internacional, y con una finalidad evidente: evitar que mediante formas indirectas de actuación, recurriendo a personas que no son sus órganos ni tienen atribuido de forma expresa el ejercicio de prerrogativas del poder público, el Estado pueda liberarse fraudulentamente de una responsabilidad internacional que se deriva de actos realizados en su nombre, bajo sus instrucciones, control o dirección, o en circunstancias tales que deban ser considerados como actos del Estado por haber sido realizados en su beneficio o interés<sup>226</sup>. Por tanto, es preciso analizar si todos los criterios contenidos

en el capítulo II del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado son relevantes para concluir que un acto atribuible al Estado es un «acto realizado a título oficial» a los fines de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

112. A tal fin ha de tenerse en cuenta la naturaleza penal de los actos a los que deben aplicarse los criterios de atribución, así como la naturaleza de la inmunidad, que constituye en sí misma una excepción a la regla general del ejercicio de su jurisdicción por el Estado del foro. Ambos elementos exigen, por tanto, proceder a una interpretación de los criterios de atribución que asegure que la institución de la inmunidad no llegará a convertirse en un mecanismo para eludir la responsabilidad, alterando así su propia naturaleza<sup>227</sup>. Teniendo en cuenta lo que se acaba de señalar, es dudoso que todos los criterios de atribución contenidos en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado sean útiles a los efectos de la inmunidad. La falta de idoneidad se plantea, en particular, respecto de los criterios contenidos en los artículos 7 a 11, que se analizan a continuación.

113. El criterio contenido en el artículo 7 nos sitúa ante la problemática general de los actos *ultra vires* y de los actos realizados por el funcionario con una motivación concreta, que fueron declarados irrelevantes por la Comisión a los efectos de concluir la responsabilidad del Estado. Sin embargo, la motivación del funcionario y el carácter *ultra vires* de sus actos sí pueden tener importancia a los efectos de la inmunidad. Así, baste con destacar

<sup>227</sup> Téngase en cuenta, además, que la propia Corte Internacional de Justicia, cuando ha aplicado estos criterios de atribución lo ha hecho siempre desde una perspectiva restrictiva. En este sentido, revisten un especial interés los casos *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro) y *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Croacia c. Serbia), puesto que en ambos la responsabilidad del Estado se pretende deducir en relación con comportamientos que tienen un inequívoco componente penal: el genocidio. En ambos casos, la Corte ha interpretado los criterios de atribución de forma estricta y restrictiva, distinguiendo entre el supuesto de la atribución al Estado de los actos de individuos que actúan sobre la base de la existencia de un vínculo formal que le une con el Estado y los actos realizados por personas que —sin tener dicho vínculo— pueden ser atribuidos a pesar de todo al Estado. Si en el primero de los casos la Corte concluye que la atribución del acto al Estado es automática y no precisa de prueba especial, en el segundo caso, considera que no es posible proceder a la atribución del acto al Estado más que si el mismo ejerció un «control directo» sobre los individuos en cuestión. Concepto que, además, interpreta igualmente en términos estrictos afirmando que esta forma de atribución constituye un supuesto extraordinario. Junto a ello, resulta interesante destacar que en el supuesto de las personas que actúan bajo instigación, órdenes o instrucciones del Estado, la Corte ha concluido que la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado por dichos actos no equivale a una eventual calificación de los mismos como actos del Estado en sentido estricto. Por el contrario, en este caso la responsabilidad del Estado se deriva de sus propios actos, que identifica con las instrucciones u órdenes contrarias al Derecho internacional que han sido dictadas por sus propios órganos o por personas legalmente facultadas para ejercer prerrogativas de poder público; pudiendo derivarse también del hecho de no haber adoptado las medidas de prevención y sanción exigidas por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Por último, ha de destacarse igualmente que la existencia de un vínculo entre el Estado y los individuos y organizaciones que cometieron los hechos de genocidio es sometido por la Corte a un escrutinio especialmente riguroso y restrictivo. Véase, en especial, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), *C.I.J. Recueil 2007*, párrs. 385 a 389, 392 a 397, 406, 412, 438 y 449.

<sup>226</sup> Véase el comentario general sobre la primera parte, capítulo II del proyecto de artículos, en esp. párrs. 4 y 9 (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párrs. 76 y 77).

en este momento que la práctica judicial analizada *supra* pone de manifiesto que los tribunales nacionales en un cierto número de casos han tomado en consideración la motivación de los autores de los actos para calificarlos como actos a título privado no cubiertos por la inmunidad. De la misma manera, en varias ocasiones los tribunales se han referido al incumplimiento o extralimitación del mandato del funcionario para concluir que ha actuado en una forma que no le permite beneficiarse de la inmunidad. En todos estos casos, resulta evidente que el funcionario actuó en beneficio propio o incumpliendo o sobrepasando el mandato que el Estado le había otorgado, por lo que no se justifica la atribución de sus actos al Estado a los efectos de la inmunidad. No obstante, ha de advertirse que si bien la motivación del interés propio ha sido percibida en todos los casos como un motivo para no calificar al acto del funcionario como un acto realizado por cuenta del Estado, la jurisprudencia es menos coherente en relación con los actos *ultra vires*.

114. Los criterios de atribución contenidos en los artículos 8 y 9 nos sitúan de modo general frente al fenómeno de los denominados funcionarios *de facto*. En el primero de los supuestos, la propia Comisión ha afirmado que

[c]asi siempre se trata de situaciones en las que los órganos del Estado complementan su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como «auxiliares», pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado<sup>228</sup>.

Dicha caracterización dificulta la aplicación de este criterio en el proceso de atribución de un acto al Estado a los efectos de la inmunidad, ya que si bien el elemento de la funcionalidad de la acción se cumple, resulta más difícil demostrar el criterio de la oficialidad del acto, en especial si tenemos en cuenta la distinción realizada por la Corte Internacional de Justicia entre los individuos que actúan bajo el «control directo» del Estado y aquellos que simplemente actúan mediante la instigación e instrucciones del Estado. La conclusión a que llega la Corte en el caso *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina *c.* Serbia y Montenegro) en relación con la responsabilidad<sup>229</sup> parece aplicable igualmente en relación con la inmunidad, de tal manera que solamente los actos realizados por un individuo que actúa bajo el control directo del Estado podrían ser considerados como actos atribuibles al Estado a los efectos de la inmunidad. De esta manera se perfila más correctamente el concepto de funcionario del Estado, excluyendo del mismo a los individuos que habitualmente son considerados como funcionarios *de facto*. Solo esta conclusión resulta coherente con la naturaleza de la inmunidad, ya que no parece razonable que el Estado pueda pretender la inmunidad para individuos a los que voluntariamente no había atribuido el carácter de órgano o de persona facultada para el ejercicio de prerrogativas del poder público o con los que no había establecido un especial vínculo de dependencia y control efectivo en el momento en que cometieron los actos que constituyen el elemento material para la inmunidad.

115. Por lo que se refiere al criterio previsto en el artículo 9, la evaluación de su aplicabilidad a los efectos de la inmunidad merece un tratamiento más matizado. En este caso, el proyecto de artículos contempla una situación de hecho en la que las autoridades oficiales han desaparecido o se están restableciendo gradualmente. Como afirma la Comisión, estaríamos en un supuesto de «representación por necesidad»<sup>230</sup>. Las condiciones cumulativas que exige la Comisión para aplicar este supuesto (el comportamiento debe estar relacionado efectivamente con el ejercicio de atribuciones del poder público, el comportamiento debe haber sido observado en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y las circunstancias deben ser tales que requieran el ejercicio de esas atribuciones) nos colocaría ante una situación que se asemeja mucho al desempeño de funciones públicas. Como dijo la Comisión, el verbo «requerir» nos sitúa en la lógica de la necesidad: las circunstancias hacían indispensable «cierto ejercicio de funciones públicas», a lo que se añade un elemento normativo en la forma de representación que implica el artículo 9, que distingue estas situaciones de la regla general conforme a la cual el comportamiento de entidades privadas, incluidas las fuerzas insurrectas, no es atribuible al Estado<sup>231</sup>. En consecuencia, con carácter excepcional cabría valorar la posible calificación de este tipo de actos como realizados a título oficial a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* que se analiza en el presente informe. Sin embargo, las especialísimas circunstancias en que tales actos se producen hacen muy difícil que dichos actos vayan a dar lugar a una alegación de inmunidad. Y, de hecho, en la práctica analizada *supra* no se encuentra ningún caso que pueda encajar en este supuesto.

116. En tercer lugar, en el caso de la atribución retroactiva al Estado de los actos realizados por movimientos insurreccionales que alcanzan el poder (art. 10), ha de señalarse que las personas que realizaron dichos actos no disfrutaban de la condición de funcionario del Estado en el momento en que llevaron a cabo dichas actividades. En consecuencia, resulta difícil concluir que un acto que en su origen no pudo ser considerado en ningún caso como un «acto realizado a título oficial» pueda adquirirlo con efectos retroactivos, y que ello pueda generar el nacimiento *a posteriori* de una inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* de la que no se beneficiaban en el momento en que los hechos se produjeron, máxime cuando los actos en cuestión se realizaron en el marco de enfrentamientos, incluso armados, con las autoridades que en aquel momento actuaban, sin duda alguna, por cuenta del Estado. Tampoco en este caso se encuentran en la práctica ejemplos en los que se haya alegado la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* en relación con los comportamientos realizados por movimientos insurreccionales. En consecuencia, cabe concluir que los actos que se puedan producir en el marco de las actividades contempladas en el artículo 10 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado tampoco pueden considerarse como «actos realizados a título oficial» en el marco de nuestro tema.

<sup>228</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 49, párr. 2 del comentario al artículo 8.

<sup>229</sup> Véase la nota 212 *supra*.

<sup>230</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 51, párr. 2 del comentario al artículo 9.

<sup>231</sup> *Ibíd.*, pág. 51.

117. Por último, el artículo 11 recoge la atribución de un acto al Estado mediante la aceptación libérrima por el mismo de un acto como propio, sin que a tal fin sea necesaria la concurrencia de ningún tipo de vínculo previo de dicho acto con el Estado. Este criterio de atribución se justifica plenamente a los efectos de la determinación de la responsabilidad del Estado, pero resulta incompatible con la naturaleza de la inmunidad *ratione materiae* que exige que los actos que queden cubiertos por la misma hayan sido realizados a título oficial en el momento en que se producen. Admitir la aplicabilidad de este criterio de atribución a los fines de la inmunidad equivaldría a otorgar al Estado el derecho a declarar, unilateralmente y sin ningún límite, que cualquier acto, realizado por cualquier persona y con independencia del momento en que se realice, puede beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, lo que es, sin duda alguna, incompatible con la propia naturaleza de la inmunidad y con el fundamento y finalidad perseguidos por esta institución. Por tanto, ha de concluirse que tampoco este criterio de atribución es relevante a los efectos de calificar un acto como realizado a título oficial a los efectos del presente tema.

c) *Soberanía y ejercicio de prerrogativas del poder público*

118. Como se acaba de señalar, la atribución de un acto al Estado constituye el requisito necesario para que el mismo pueda ser considerado como un «acto realizado a título oficial» a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*. Sin embargo, el cumplimiento de dicho requisito, incluso conforme a la interpretación restrictiva propugnada *supra*, no es suficiente para proceder a dicha calificación. Por el contrario, calificar a un acto que ha sido atribuido al Estado como «acto realizado a título oficial» precisa de la aplicación de un criterio adicional de naturaleza teleológica. Así, dado que la inmunidad *ratione materiae* tiene como finalidad garantizar el respeto del principio de igualdad soberana del Estado bajo la forma de *par in parem non habet imperium*, los actos que queden cubiertos por dicha inmunidad han de presentar también una conexión con la soberanía que, en última instancia, se pretende salvaguardar. Dicha conexión, que no puede ser meramente formal, se refleja en la exigencia de que el acto realizado a título oficial no solo sea un acto atribuible al Estado y realizado por cuenta del Estado sino que, además, pueda concluirse que el mismo es una manifestación de la soberanía, constituyendo una forma de ejercicio de atribuciones del poder público. Dicho requisito refleja, además, la distinta naturaleza a que responden la responsabilidad del Estado y la inmunidad, que impide que todos los criterios y categorías jurídicas definidas a los efectos de la primera se apliquen mecánicamente a la segunda<sup>232</sup>.

<sup>232</sup> En contra de este argumento, véase O'Keefe, *International Criminal Law*, en esp. párr. 10.60. La Relatora Especial desea agradecer al autor el envío de la versión provisional del capítulo 10 de dicho trabajo, que ha utilizado con ocasión de la preparación del presente informe. El autor sigue el planteamiento mantenido por el antiguo Relator Especial, Sr. Kolodkin (véase *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, párr. 24).

119. Es cierto, sin embargo, que el concepto de soberanía resulta difícil de definir y que describir qué se entiende por «ejercicio de atribuciones del poder público» no es tampoco tarea fácil, como lo pone de manifiesto el hecho de que ni la Comisión, ni la jurisprudencia, ni la doctrina han ofrecido una definición de dicha expresión. Sin embargo, siendo ello cierto, no lo es menos que del análisis de la práctica que se ha llevado a cabo *supra*, es posible deducir un conjunto de elementos que nos permiten aproximarnos a dicho concepto. Así, apoyándonos tanto en los trabajos previos de la Comisión<sup>233</sup> como en las decisiones judiciales adoptadas por un cierto número de tribunales nacionales<sup>234</sup>, es posible concluir que la identificación de qué se entiende por «ejercicio de atribuciones del poder público» debe realizarse sobre la base de dos elementos concurrentes, a saber: a) determinadas actividades que, por su naturaleza, son consideradas como expresiones o contenidos inherentes de la soberanía (policía, administración de justicia, actividades de las fuerzas armadas, relaciones exteriores); y b) determinadas actividades que se producen en aplicación de políticas y decisiones estatales que implican un ejercicio de la soberanía y que, por tanto, se conectan con ella en términos funcionales. Ambos criterios positivos se completan con uno negativo no menos importante, a saber: los tribunales nacionales han excluido expresamente de la cobertura de la inmunidad a aquellos actos en los que el interés y la motivación privada prima sobre el interés y la motivación del Estado, aun cuando los actos en cuestión se hayan realizado con una apariencia de oficialidad por parte del funcionario que los llevó a cabo<sup>235</sup>. Dichos criterios deberán aplicarse, lógicamente, caso por caso, a fin de permitir la toma en consideración de todos los elementos que concurren en el entorno de la producción de un determinado acto y que deberán ser valorados para concluir si por su naturaleza o su función constituye un acto en ejercicio de las atribuciones del poder público y constituye una expresión de la soberanía. Dicha aproximación casuística y contextual ha sido seguida también por los tribunales cuyas decisiones han sido analizadas en el presente informe.

120. Los criterios que se acaban de referir, basados en la práctica, ofrecen orientación a los tribunales encargados de pronunciarse sobre la inmunidad. Por otro lado, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que los tribunales nacionales se han referido en un cierto número de casos a la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis* para apoyar sus razonamientos<sup>236</sup>. A este respecto, debe recordarse que las dos categorías antes mencionadas se han construido en el marco de la inmunidad del Estado, a los fines de ofrecer elementos de análisis en relación con la teoría restrictiva de dicha inmunidad. Por tanto, el énfasis puesto en la dimensión pública y privada o comercial que caracteriza a cada una de estas categorías hace muy difícil que dicha distinción pueda ser empleada automáticamente con la finalidad de calificar los «actos realizados a título oficial» a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Sin embargo, no es menos cierto que la construcción jurídica que se ha venido produciendo en torno a los caracteres

<sup>233</sup> Véase el párrafo 83 *supra*.

<sup>234</sup> Véase el párrafo 54 *supra*.

<sup>235</sup> Véase el párrafo 58 *supra*.

<sup>236</sup> Véase el párrafo 54 *supra*.

básicos de los actos *iure imperii* pueden ofrecer elementos de utilidad para ser considerados por el operador jurídico en el proceso de calificación del acto a los efectos del presente informe.

121. La aplicación de estos criterios plantea una problemática especial en el caso de los crímenes internacionales. Como se ha puesto de manifiesto con ocasión del análisis de la práctica judicial, la posición adoptada por los tribunales no es uniforme respecto de su calificación como «actos realizados a título oficial» a los efectos de la inmunidad<sup>237</sup>. Así, en un primer grupo de decisiones se ha sostenido que los crímenes internacionales no pueden ser considerados en ningún caso como «actos realizados a título oficial» ni beneficiarse de la inmunidad. Frente a ello, se ha mantenido que los crímenes internacionales son actos realizados a título oficial que, por tanto, quedan cubiertos por la inmunidad. En una posición intermedia, los crímenes internacionales han sido considerados como actos realizados a título oficial pero sin que, por su naturaleza, puedan considerarse cubiertos por la inmunidad. Y, por último, en algunos casos se ha afirmado que los crímenes internacionales no pueden beneficiarse de la inmunidad sin que se produzca ningún pronunciamiento sobre si son o no actos realizados a título oficial. Y la misma divergencia de interpretación se encuentra en la doctrina<sup>238</sup>. Por tanto, a lo largo de los trabajos de la Comisión será necesario abordar la cuestión de la relación entre inmunidad y crímenes internacionales. En este momento, dicha relación se analizará exclusivamente desde la perspectiva de la definición de los actos realizados a título oficial.

122. Conforme a la primera de las posiciones antes mencionadas, los crímenes internacionales no pueden considerarse como una manifestación de la soberanía ni como una forma de ejercicio de atribuciones del poder público y, por tanto, quedarían excluidos del concepto de «acto realizado a título oficial» a los efectos de la inmunidad. Los argumentos formulados a favor de esta interpretación son muy variados, pero pueden resumirse en dos líneas básicas, que en ocasiones se formulan conjuntamente, a saber: a) la comisión de crímenes internacionales no constituye una función propia del Estado; y b) los crímenes internacionales son comportamientos prohibidos por el derecho internacional, que atentan contra los valores y principios esenciales de dicho ordenamiento. En ambos casos, los crímenes internacionales son contemplados desde la perspectiva de los límites a la inmunidad: se trata de comportamientos que no pueden ser considerados como realizados a título oficial y, por tanto, la inmunidad no es aplicable a los mismos porque no responden a los caracteres que definen el elemento material de la inmunidad *ratione materiae*. Dicha posición viene acompañada con una cierta frecuencia por la reflexión sobre la necesidad de consolidar y reforzar la lucha contra la impunidad como uno de los signos distintivos del derecho internacional de principios del siglo XXI.

123. Estos argumentos son, sin duda, sugerentes y tienen la *vis atractiva* propia de la defensa de los valores y

principios sobre los que se sustenta la sociedad y el derecho internacional en nuestros días. Sin embargo, la configuración de los crímenes internacionales como límite a la inmunidad *ratione materiae* se enfrenta a dos importantes problemas. El primero de ellos está relacionado con el propio concepto de acto realizado a título oficial a los efectos de la inmunidad. El segundo tiene mayor alcance y se refiere a las consecuencias que dicha aproximación puede tener sobre la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de crímenes internacionales.

124. En efecto, la conclusión de que un crimen internacional no puede ser considerado como un acto realizado a título oficial es la consecuencia de entender que dichos crímenes no pueden ser cometidos en ejercicio de atribuciones del poder público ni como expresión de la soberanía y las políticas estatales. Sin embargo, afirmar que la tortura, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, la limpieza étnica, el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra carecen de toda dimensión de oficialidad y funcionalidad estatal no es compatible con la realidad de los hechos. Por el contrario, como ha sido puesto de manifiesto en múltiples ocasiones, incluso en el marco de la propia Comisión, dichos crímenes se cometen desde el aparato del Estado, con su cobertura y para el logro de objetivos políticos que, al margen de su moralidad, son propios del Estado. Y los mismos son cometidos, en múltiples ocasiones, por funcionarios del Estado en el sentido que a dicho término se ha dado en el presente tema. A lo que ha de añadirse, por último, que algunos de los comportamientos calificados en el derecho internacional contemporáneo como crímenes internacionales, incorporan la participación de funcionarios del Estado como un elemento irrenunciable del tipo penal. Junto a ello, alegar que el crimen internacional es contrario al derecho internacional tampoco añade un elemento de interés para calificar a un acto como realizado a título oficial, ya que como se ha señalado anteriormente, la naturaleza penal del acto y, por tanto, su ilicitud, constituye uno de los caracteres de todo acto realizado a título oficial en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, con independencia de que la ilicitud se defina en virtud de normas estatales o de normas internacionales.

125. El segundo de los problemas antes mencionado no reviste menor importancia. Para una correcta comprensión del mismo, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que la calificación de un acto como realizado a título oficial a los efectos de la inmunidad parte necesariamente de la atribución del acto al Estado. Por consiguiente, afirmar que un crimen internacional no puede ser considerado como acto realizado a título oficial podría producir el efecto perverso y, sin duda no deseado, de entender que los crímenes internacionales no son actos atribuibles al Estado, sino exclusivamente a su autor. Las importantes consecuencias que esta calificación puede tener en el plano de la responsabilidad no precisan mayor explicación: no tratándose de un acto atribuible al Estado, este se vería liberado de toda responsabilidad internacional en virtud de dicho acto, siendo sustituida por la responsabilidad penal imputable al individuo. Dicho resultado es incompatible con la propia naturaleza de la inmunidad y con la más moderna evolución del derecho internacional en materia de responsabilidad, que ha incorporado el

<sup>237</sup> Véanse los párrafos 56 y 57 *supra*.

<sup>238</sup> Sobre los crímenes internacionales, véase Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*.

modelo de doble responsabilidad (estatal e individual) como uno de sus signos distintivos<sup>239</sup>. Por consiguiente, tampoco desde esta perspectiva puede concluirse que los crímenes internacionales no son actos realizados a título oficial a los efectos de la inmunidad.

126. La calificación de los crímenes internacionales como «acto realizado a título oficial» no significa, sin embargo, que el funcionario del Estado haya de beneficiarse automáticamente de la inmunidad *ratione materiae* por la comisión de dichos crímenes. Por el contrario, la naturaleza de los citados crímenes y la especial gravedad que les atribuye el derecho internacional contemporáneo obliga a tomarlos en consideración a los efectos de definir el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Pero el análisis de los efectos de los crímenes internacionales respecto de la inmunidad se puede abordar de forma más adecuada desde la perspectiva de las excepciones a la inmunidad. Dicho enfoque es el que la Relatora Especial se propone seguir en su quinto informe.

#### 5. CONCLUSIÓN: LA DEFINICIÓN DE «ACTO REALIZADO A TÍTULO OFICIAL»

127. Sobre la base del análisis contenido en las páginas precedentes, se propone el siguiente proyecto de artículo:

#### «Proyecto de artículo 2. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

f) se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de prerrogativas del poder público que, por su contenido, constituye un crimen respecto del que el Estado del foro podría ejercer su jurisdicción penal.»

### C. El elemento temporal

128. El elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* no es objeto de controversias ni en la práctica ni en la doctrina, existiendo un amplio consenso en torno al carácter indefinido de dicha categoría de inmunidad. Por carácter indefinido se entiende el hecho de que la inmunidad *ratione materiae* es aplicable en cualquier momento tras la comisión del acto, tanto si el funcionario en cuestión se encuentra todavía en el ejercicio de su mandato como si ya ha dejado de estarlo.

129. Para definir el significado real del elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* es preciso diferenciar dos momentos temporales distintos, a saber: el momento en que se produce el acto que puede generar la inmunidad y el momento en que se alega la inmunidad. Mientras que el primero tiene que estar comprendido dentro del período de mandato del funcionario del Estado, el segundo se producirá en conexión con el ejercicio de un acto de jurisdicción penal contra el autor del acto, siendo irrelevante que la alegación de la inmunidad se produzca dentro del período de mandato del funcionario o con posterioridad a la terminación del mismo. Por tanto, el elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* responde más a la

naturaleza de condición que a la de límite: cumplida la condición en un momento determinado, no existe límite temporal alguno para que la inmunidad pueda surtir efectos. Ello se justifica por la propia naturaleza de este tipo de inmunidad y por la preeminencia que en la misma tiene el concepto de «acto realizado a título oficial», cuya naturaleza no desaparece ni cambia por el hecho de que el funcionario haya dejado su puesto.

130. Esta configuración del elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* se diferencia, por tanto, de la configuración del elemento temporal de la inmunidad *ratione personae*, que responde a la naturaleza de límite. Así, como ya se puso de manifiesto en el proyecto de artículo 4, párrafo 1, aprobado provisionalmente por la Comisión, y en el comentario al mismo, la inmunidad *ratione personae* se extingue en el momento en que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores finalizan su mandato y no podrá ser alegada con posterioridad, ya que encontrarse en ejercicio del mandato constituye la condición para beneficiarse de dicha categoría de inmunidad.

131. Sin embargo, esta diferente configuración del elemento temporal de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae* no convierte a ambas categorías de inmunidad en compartimentos estancos. Por el contrario, la inmunidad *ratione materiae* se puede aplicar respecto de cualquier funcionario del Estado y, por tanto, los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores, tras el fin de su mandato, dejarán de beneficiarse de la inmunidad *ratione personae* pero podrán beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae*. En este segundo supuesto, los antiguos Jefes de Estado, Jefes de Gobierno o Ministros de Relaciones Exteriores se verán sometidos al régimen general aplicable a la inmunidad *ratione materiae* y, por tanto, el elemento temporal operará también como condición en el caso de estos antiguos mandatarios, siendo necesario demostrar, por consiguiente, que el acto realizado por los mismos, respecto del que se alega la inmunidad, responde a la categoría de acto realizado a título oficial y que el mismo se produjo durante el período en que ocupaban dichas posiciones relevantes en la estructura del Estado. Sin embargo, el hecho de que la posición que ocuparon en su día fuese la de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores no introduce modificación alguna en el régimen sustantivo de la inmunidad *ratione materiae*. Así parece confirmarlo la práctica tanto convencional como judicial, en la que no es posible encontrar ejemplos en los que un antiguo Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores se vea reconocer un régimen más ventajoso que el que corresponde a cualquier otro funcionario por aplicación de la inmunidad *ratione materiae*. Esta misma conclusión se deduce de las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional sobre la inmunidad, en especial las adoptadas en 2001 y 2009<sup>240</sup>.

<sup>240</sup> Resoluciones del Instituto de Derecho Internacional, «Immunities from jurisdiction and execution of Heads of State and of Government in international law» adoptada el 26 de Agosto de 2001, *Yearbook*, vol. 69 (2000-2001), sesión de Vancouver (2001), pág. 743; e «Immunity from jurisdiction of the State and of persons who act on behalf of the State in case of international crimes» sesión de Nápoles (2009) (disponible en [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org), «Resolutions»).

<sup>239</sup> Véanse los párrafos 96 a 110 *supra*.

#### D. Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

132. Los dos elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae* analizados en las páginas precedentes tienen autonomía conceptual y jurídica, lo que justifica su tratamiento separado en el presente informe. Sin embargo, ambos elementos están relacionados entre sí y contribuyen a definir el alcance (material y sustantivo) de esta categoría de inmunidad. Por otro lado, la Comisión, al aprobar provisionalmente el proyecto de artículo 4 (Alcance de la inmunidad *ratione personae*), expresó la preferencia por que ambos elementos fuesen tratados conjuntamente en un único proyecto de artículo. En consecuencia, sobre la base del análisis que se ha realizado en este informe respecto de los elementos material y temporal de la inmunidad *ratione materiae*, se presenta el siguiente proyecto de artículo:

«Proyecto de artículo 6. Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tal, se benefician de la inmunidad *ratione materiae*, tanto si se encuentran en ejercicio del cargo como si ha finalizado su mandato.

2. Esta inmunidad *ratione materiae* se extiende únicamente a los actos realizados a título oficial por el funcionario del Estado durante el período en que se encuentra en ejercicio del cargo.

3. La inmunidad *ratione materiae* se aplica a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores, en las condiciones establecidas en los párrafos 1 y 2 de este proyecto de artículo.»

133. El proyecto de artículo 6 sigue el mismo modelo del proyecto de artículo sobre el alcance de la inmunidad *ratione personae* (proyecto de artículo 4) aprobado por la Comisión en 2014. El proyecto de artículo propuesto debe ser leído conjuntamente con el resto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión, así como sus comentarios, y de manera muy especial en combinación con el proyecto de artículo 5. Por último, se ha de advertir que el proyecto de artículo 6 no tiene consecuencia alguna ni implica un pronunciamiento sobre el tema de los límites y las excepciones a la inmunidad.

## CAPÍTULO II

### Plan de trabajo futuro

134. En su quinto informe, que someterá a la Comisión en 2016, la Relatora Especial se propone analizar la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

135. El tema de los límites y excepciones a la inmunidad ha estado presente de modo constante en los trabajos de la Comisión desde que comenzó el tratamiento del tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, siendo objeto de tratamiento en el memorando de la Secretaría<sup>241</sup> y en el segundo informe del antiguo Relator Especial, Sr. Kolodkin<sup>242</sup>. Se trata, sin duda, uno de los temas centrales a los que la Comisión debe dar respuesta y puede afirmarse sin temor a error que se trata del tema de mayor sensibilidad política de los que se integran en este proyecto de artículos. No es de extrañar, por tanto, que la cuestión de los límites y excepciones haya sido objeto de debate continuado en la Comisión y que algunos de sus miembros consideren que, en realidad, dicha cuestión constituye el objeto mismo, incluso el único objeto, del presente tema. La importancia atribuida a dicha cuestión se refleja igualmente en las declaraciones de los Estados ante la Sexta Comisión, que han insistido de modo reiterado en la necesidad de abordar el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado de tal forma que no genere perjuicio ni entre en contradicción con las actividades desarrolladas de modo continuo por la comunidad internacional a fin de luchar contra la impunidad, si bien es cierto que para otro grupo de Estados el tema de los límites y excepciones a la inmunidad debe ser abordado con cautela y prudencia.

136. Como ya se señaló desde el informe preliminar<sup>243</sup>, la cuestión relativa a los límites y las excepciones a la inmunidad debe ser abordada una vez finalizado el análisis de los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae*. Y ello por una razón evidente: solo tras el examen de los elementos básicos que definen el régimen general aplicable en abstracto a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera será posible abordar la compleja cuestión de si dicho régimen general es susceptible de ser sometido a límites y excepciones. Además, la cuestión relativa a los límites y excepciones de la inmunidad ha de analizarse de modo global, y en paralelo, respecto de las dos categorías de inmunidad antes referidas.

137. La problemática de los límites y excepciones a la inmunidad ha sido considerada fundamentalmente desde la perspectiva de los actos que pueden quedar cubiertos por la inmunidad. Y, por tanto, se ha puesto el énfasis en la relación entre inmunidad de jurisdicción penal extranjera, crímenes internacionales, violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos, lucha contra la impunidad e *ius cogens*. La importante producción doctrinal que ha tenido lugar en los últimos años sobre la inmunidad del Estado y de sus funcionarios pone de manifiesto cómo la relación antes mencionada constituye una de las principales preocupaciones de la comunidad jurídica. Sin embargo, dicha preocupación no es exclusivamente teórica o doctrinal. Por el contrario, el debate generado en torno a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos en los casos *Al-Adsani* y *Jones v. United Kingdom*<sup>244</sup>, pone de

<sup>241</sup> Véase la nota 3 *supra*.

<sup>242</sup> Véase *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631.

<sup>243</sup> Véase *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654.

<sup>244</sup> Véase la nota 56 *supra*.

manifiesto cómo la problemática de los límites y excepciones a las inmunidades soberanas presenta una importantísima vertiente práctica. Por último, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Immunités juridictionnelles de l'État*, ha venido a situar en el primer plano del debate la estrecha relación existente entre la inmunidad y algunas categorías centrales del derecho internacional contemporáneo. Junto a ello, la reciente sentencia de la Corte Constitucional italiana relativa a la aplicación en Italia del fallo de la Corte en el caso que se acaba de citar<sup>245</sup>, ha venido a añadir más complejidad al tema. Por consiguiente, todo trabajo de la Comisión sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado quedaría incompleto sin un tratamiento adecuado de los límites y excepciones aplicables a la misma.

138. Dicho análisis no puede, sin embargo, limitarse únicamente al tema de la relación entre crímenes internacionales e inmunidad de jurisdicción penal extranjera, con

<sup>245</sup> Italia, sentencia núm. 238 (2014), Corte Constitucional, 22 de octubre de 2014, *Gazetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 1ª Serie Especial, Corte Constitucional, núm. 45 (2014).

independencia de que dicha cuestión constituya, sin duda alguna, el aspecto central y más controvertido de esta problemática. Por el contrario, el análisis debe partir, en primer lugar, de la distinción entre límite y excepción y de las distintas funciones que cada una de dichas categorías puede jugar en el régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Dicho análisis ha de realizarse, además, de forma sistémica, tomando debidamente en consideración que el derecho internacional es un ordenamiento jurídico completo cuyas normas están relacionadas e interactúan entre sí.

139. Con la presentación y debate del informe sobre los límites y las excepciones a la inmunidad, la Comisión podría terminar durante el presente quinquenio el estudio de las cuestiones de naturaleza sustantiva que definen el régimen jurídico de dicha institución. Las cuestiones de naturaleza procesal deberían ser abordadas en un sexto informe que se sometería a la Comisión durante el primer período de sesiones del próximo quinquenio. La presentación del citado informe y los trabajos futuros estarán sometidos, en todo caso, a las decisiones que sean adoptadas por la nueva Comisión que deberá ser elegida por la Asamblea General en 2016.

## ANEXO

**Proyectos de artículos propuestos***Proyecto de artículo 2. Definiciones*

A los efectos del presente proyecto de artículos:

f) se entiende por «acto realizado a título oficial» un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de prerrogativas del poder público que, por su contenido, constituye un crimen respecto del que el Estado del foro podría ejercer su jurisdicción penal.

*Proyecto de artículo 6. Alcance de la inmunidad  
ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tal, se benefician de la inmunidad *ratione materiae*,

tanto si se encuentran en ejercicio del cargo como si ha finalizado su mandato.

2. Esta inmunidad *ratione materiae* se extiende únicamente a los actos realizados a título oficial por el funcionario del Estado durante el período en que se encuentra en ejercicio del cargo.

3. La inmunidad *ratione materiae* se aplica a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores, en las condiciones establecidas en los párrafos 1 y 2 de este proyecto de artículo.