

Capítulo IX

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

A. Introducción

123. La Comisión, en su 59.º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin⁸⁰⁰. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema, que se facilitó a la Comisión en su 60.º período de sesiones⁸⁰¹.

124. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 60.º período de sesiones (2008) y los informes segundo y tercero en su 63.º período de sesiones (2011)⁸⁰². La Comisión no pudo examinar el tema en su 61.º período de sesiones (2009) ni en su 62.º período de sesiones (2010)⁸⁰³.

125. En su 64.º período de sesiones (2012), la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que ya no era miembro de la Comisión. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en ese mismo período de sesiones (2012) y el segundo informe en el 65.º período de sesiones (2013)⁸⁰⁴. Sobre la base de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial en su segundo informe, la Comisión aprobó provisionalmente tres proyectos de artículo con los comentarios correspondientes en ese mismo período de sesiones⁸⁰⁵.

⁸⁰⁰ En su 2940.ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (véase *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58.º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo I del informe de la Comisión (véase *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 257 y págs. 209 a 218).

⁸⁰¹ *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 386. El memorando preparado por la Secretaría sobre el tema figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60.º período de sesiones).

⁸⁰² *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601 (informe preliminar); *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631 (segundo informe); y *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer informe).

⁸⁰³ Véanse *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 207; y *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 343.

⁸⁰⁴ *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654 (informe preliminar); y *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661 (segundo informe).

⁸⁰⁵ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párrs. 48 y 49. En su 3174.ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

126. La Comisión tuvo ante sí el tercer informe de la Relatora Especial (A/CN.4/673). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3217.^a a 3222.^a, celebradas del 7 al 11 de julio de 2014.

127. En su tercer informe, la Relatora Especial comenzó el análisis de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, centrándose en los aspectos relacionados con el elemento subjetivo. En este marco, tal como anunció en el anterior período de sesiones, examinó el concepto general de «funcionario del Estado» y expuso los criterios sustantivos que podrían emplearse para identificar a dichas personas, en especial respecto de los posibles beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera. Igualmente abordó una cuestión lingüística: la elección del término más adecuado para designar a las personas que se benefician de la inmunidad, habida cuenta de los problemas terminológicos que planteaba el uso del término «funcionario» y sus equivalentes en las demás versiones lingüísticas, y propuso el empleo del término «órgano». Tras un análisis de la práctica judicial a escala nacional e internacional, de los tratados y de ciertos trabajos previos de la Comisión, la Relatora Especial presentó dos proyectos de artículo dedicados al concepto general de «funcionario» a los efectos del proyecto de artículos y al alcance subjetivo de la inmunidad *ratione materiae*. Está previsto que el alcance material y temporal de la inmunidad *ratione materiae* se examine en el siguiente informe de la Relatora Especial.

128. Tras las deliberaciones sobre el tercer informe de la Relatora Especial, la Comisión, en su 3222.^a sesión, celebrada el 11 de julio de 2014, decidió remitir los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

129. En su 3231.^a sesión, celebrada el 25 de julio de 2014, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2, apartado e, y 5 (véase la sección C.1 *infra*).

130. En sus 3240.^a a 3242.^a sesiones, celebradas los días 6 y 7 de agosto de 2014, la Comisión aprobó los comentarios de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente tres proyectos de artículo, y en sus sesiones 3193.^a y 3196.^a, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2013, aprobó sus comentarios.

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

1. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULO

131. El texto de los proyectos de artículo aprobados hasta el momento por la Comisión se reproduce más abajo⁸⁰⁶.

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

Artículo 1. *Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos*

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

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

Artículo 2. *Definiciones*

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[...]

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

SEGUNDA PARTE

INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE*

Artículo 3. *Beneficiarios de la inmunidad ratione personae*

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

Artículo 4. *Alcance de la inmunidad ratione personae*

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

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

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

TERCERA PARTE

INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE*

Artículo 5. *Beneficiarios de la inmunidad ratione materiae*

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

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULO CON LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES APROBADOS PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 66.º PERÍODO DE SESIONES

132. El texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66.º período de sesiones se reproduce más abajo.

⁸⁰⁶ Para consultar los comentarios de los proyectos de artículo 1, 3 y 4, véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49.

Artículo 2. *Definiciones*

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[...]

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

Comentario

1) El apartado e del proyecto de artículo 2 está dedicado a definir a las personas a quienes se aplica el presente proyecto de artículos, a saber, los «funcionarios del Estado». La definición del concepto de funcionario del Estado favorece la comprensión de uno de los elementos normativos de la inmunidad: los beneficiarios de la inmunidad. La mayoría de los miembros de la Comisión consideraban útil contar con una definición de funcionario del Estado a los efectos del presente proyecto de artículo, ya que la inmunidad penal extranjera se aplica a los individuos. Varios miembros de la Comisión expresaron dudas sobre la necesidad de incluir esta definición.

2) La definición del concepto de «funcionario del Estado» contenida en el apartado e del proyecto de artículo 2 tiene un carácter general, aplicándose a cualquier persona que se beneficie de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en virtud del presente proyecto de artículos, tanto si se trata de inmunidad *ratione personae* como de inmunidad *ratione materiae*. En consecuencia, no debe confundirse la naturaleza y objeto del proyecto de artículo 2, apartado e, con la naturaleza y objeto de los proyectos de artículo 3 y 5, dedicados a definir quiénes son los beneficiarios de cada categoría de inmunidad⁸⁰⁷. La determinación de los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae* se realiza partiendo de la definición de «funcionario del Estado» que es común a ambas categorías.

3) El derecho internacional no ha definido el concepto de «funcionario del Estado» o «funcionario» con alcance general, aunque dichos términos aparecen en ocasiones en determinados tratados e instrumentos internacionales⁸⁰⁸. Por otro lado, el concepto de «funcionario del Estado» o

⁸⁰⁷ En el proyecto de artículo 3 se establece que «[l]os Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera» (ibíd., párr. 48). En el proyecto de artículo 5 se establece que «[l]os funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera» (A/CN.4/L.850).

⁸⁰⁸ Dichos términos son empleados en los siguientes tratados multilaterales: Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos; Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; Convenio Penal sobre la Corrupción (Consejo de Europa); Convención Interamericana contra la Corrupción; y Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción. Para el análisis de dichos instrumentos a los efectos de la definición de «funcionario del Estado», véase el tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial (A/CN.4/673), párrs. 51 a 97.

simplemente «funcionario» puede tener significados o alcances distintos en cada ordenamiento jurídico interno. Por consiguiente, la definición de «funcionario del Estado» a la que se refiere este comentario es autónoma y ha de entenderse a los fines del presente proyecto de artículos.

4) La definición de «funcionario del Estado» utiliza el término «individuo» para indicar que el presente proyecto de artículos solo se aplica a las personas físicas. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas aplicables a las personas jurídicas.

5) Como se ha señalado *supra*, el término «funcionario del Estado» ha de entenderse en el sentido de que comprende tanto a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* como a los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*. En relación con los mismos, ha de destacarse que la Comisión ha identificado a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* mediante la técnica de elaborar una lista de individuos que son citados *eo nomine* en el proyecto de artículo 3, a saber: el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores. Sin embargo, se ha optado por no mencionarlos expresamente en el apartado e del proyecto de artículo 2 por considerar que dichos individuos son *per se* funcionarios del Estado en el sentido del presente proyecto de artículos y que, por dicha razón, no deben ser diferenciados del resto de funcionarios del Estado a los efectos de la definición.

6) Por lo que se refiere a los «funcionarios del Estado» a los que se aplica la inmunidad *ratione materiae*, la Comisión no considera posible utilizar la técnica de identificación *eo nomine*. Teniendo en cuenta tanto la diversidad de cargos de los individuos a los que se podría aplicar la inmunidad como la variedad de los sistemas jurídicos estatales que definen quiénes son sus funcionarios, la Comisión considera que no es posible elaborar una lista exhaustiva que incluya a todos los individuos cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*. Por los mismos motivos, la Comisión tampoco ha considerado posible ni adecuado el elaborar una lista orientativa en un proyecto de artículo de los cargos de los individuos a los que se puede aplicar dicha inmunidad. En ambos casos, la lista sería necesariamente incompleta ya que no podría recoger todos los cargos de los funcionarios del Estado contemplados en los derechos internos, debería ser actualizada permanentemente y, por todo ello, podría generar confusión entre los órganos estatales encargados de aplicar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En consecuencia, la identificación de los individuos a los que se puede calificar como «funcionarios del Estado» a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* deberá realizarse caso por caso, aplicando los criterios que se incluyen en la definición, que permiten concluir la existencia de un vínculo específico entre el Estado y el funcionario, a saber: representar al Estado o ejercer funciones estatales.

7) Sin embargo, a efectos meramente de ejemplo, se enumeran a continuación algunos «funcionarios del Estado» mencionados en la jurisprudencia nacional e internacional en relación con la inmunidad de jurisdicción: un antiguo Jefe de Estado; un Ministro de Defensa y un antiguo Ministro de Defensa; un Vicepresidente y Ministro de Bosques, un Ministro del Interior; un Fiscal General del Estado y un Fiscal de la República; un Jefe

de Seguridad Nacional y un antiguo jefe de un servicio de inteligencia; un director de una Autoridad Marítima; un Fiscal General y varios funcionarios de menor rango de un Estado federado (un fiscal, sus asistentes legales, un detective vinculado a la Fiscalía y un jurista de una agencia del Gobierno); militares de distintos rangos y varios miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, incluido el Director de Scotland Yard; agentes fronterizos; el Subdirector de un centro penitenciario; y un responsable de archivos estatales⁸⁰⁹.

8) En todo caso, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y

⁸⁰⁹ Véase: *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs «FENVAC SOS Catastrophe»; Association des familles des victimes du Joola et al.*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 19 de enero de 2010 (09-84.818) (véase *Bulletin des Arrêts, Chambre criminelle*, n.º 1 (enero de 2010), págs. 41 y ss.); *Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores (Reino Unido), 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26 (véase ILR, vol. 129, págs. 744 y ss.); *Agent judiciaire du trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 23 de noviembre de 2004 (véase *Bulletin criminel 2004*, n.º 292, pág. 1096); *Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom*, Corte Suprema (Irlanda), sentencia de 24 de abril de 1997, [1997] 2IR 121; *Iglesia de la Cienciología*, Corte Suprema Federal (Alemania), sentencia de 26 de septiembre de 1978 (véase ILR, vol. 65, págs. 193 y ss.); *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013; *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza) (BB.2011.140), sentencia de 25 de julio de 2012; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others - Ex Parte Pinochet*, Cámara de los Lores (Reino Unido), fallo de 24 de marzo de 1999 (véase ILM, vol. 38 (1999), págs. 581 y ss.); *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Administrativo, Corte Superior de Justicia (Reino Unido), sentencia de 29 de julio de 2011 ([2011] EWHC 2029 (Admin)), véase ILR, vol. 147, págs. 633 y ss.; *Fiscal c. Adler y otros*, Tribunal de Milán, Sección Penal Cuarta (Italia), sentencia de 1 de febrero de 2010 (disponible en: <http://opil.ouplaw.com>, International Law in Domestic Courts [ILDC 1492 (IT 2010)]); *United States of America v. Noriega*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito (Estados Unidos de América), sentencia de 7 de julio de 1997 (véase ILR, vol. 121, págs. 591 y ss.); *Enjuiciamiento de guardias fronterizos*, Corte Suprema Federal (Alemania), sentencia de 3 de noviembre de 1992 (Case n.º 5 StR 370/92), véase ILR, vol. 100, págs. 364 y ss.; *In re Mr and Mrs Doe*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito (Estados Unidos de América), sentencia de 19 de octubre de 1988, 860 F.2d 40 (1988), véase ILR, vol. 121, págs. 567 y ss.; *R. c. Lambeth Justices*, ex-parte *Yusufu*, Tribunal Divisional (Reino Unido), sentencia de 8 de febrero de 1985 (véase ILR, vol. 88, págs. 323 y ss.); *Estate of the late Zahra (Ziba) Kazemi and Stephan (Salman) Hashemi v. the Islamic Republic of Iran, Ayatollah Ali Khamenei, Saeed Mortazavi and Mohammad Bakhshi*, Tribunal Superior, Sección Mercantil (Canadá), sentencia de 25 de enero de 2011; *Ali Saadallah Belhas et al. v. Moshe Ya'alon*, Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia (Estados Unidos de América), sentencia de 15 de febrero de 2008 (véase ILM, vol. 47 (2008), págs. 144 y ss.); *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar et al. v. Avraham Dichter*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York (Estados Unidos de América), sentencia de 2 de mayo de 2007; *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10)*, Tribunal de Apelaciones, 7th Cir (Estados Unidos de América), sentencia de 8 de septiembre de 2004, 383 F.3d 620; *Jaffe v. Miller and Others*, Tribunal de Apelaciones de Ontario (Canadá), sentencia de 17 de junio de 1993 (véase ILR, vol. 95, págs. 446 y ss.); *Rukmini S. Kline et al. v. Yasuyuki Kaneko et al.*, Tribunal Supremo del Estado de Nueva York (Estados Unidos de América), sentencia de 31 de octubre de 1988; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, págs. 177 y ss.; *Jones and Others v. the United Kingdom*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 14 de enero de 2014, demandas n.ºs 34356/06 y 40528/06, ECHR 2014; y *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, fallo de 29 de octubre de 1997, causa n.º IT-95-14-AR 108 bis, [1997] 1 ICTY JR, págs. 1099 y ss.

el Ministro de Relaciones Exteriores pueden beneficiarse tanto de la inmunidad *ratione personae* como de la inmunidad *ratione materiae*, en virtud del presente proyecto de artículos. El primero de los supuestos se contempla expresamente en el proyecto de artículo 3, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 65.º período de sesiones. El segundo se refleja en el apartado 3 del proyecto de artículo 4, también aprobado provisionalmente por la Comisión en el mismo período de sesiones, conforme al cual «[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*»⁸¹⁰. Las condiciones en que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores se beneficien de la inmunidad *ratione personae* o de la inmunidad *ratione materiae* dependerán de las reglas aplicables a cada una de estas categorías de inmunidad que se contienen en otras disposiciones del presente proyecto de artículos⁸¹¹.

9) Ha de destacarse que la definición de «funcionario del Estado» se refiere únicamente al beneficiario de la inmunidad, sin que ello prejuzgue ni implique pronunciamiento alguno sobre la cuestión de cuáles sean los actos que pueden quedar cubiertos por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Desde esta perspectiva, el elemento esencial que debe tenerse en cuenta para identificar a un individuo como funcionario del Estado a los fines del presente proyecto de artículos es la existencia de un vínculo entre dicha persona y el Estado. Dicho vínculo se refleja en el apartado e del proyecto de artículo 2 mediante la referencia a que el individuo en cuestión «representa al Estado o [...] ejerce funciones estatales». Se trata de una fórmula clara y sencilla sobre los criterios identificativos del concepto de funcionario⁸¹², y que reitera el planteamiento ya aceptado por la Comisión en 2013 al declarar que el presente proyecto de artículos se refiere a «la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de la que pueden gozar aquellas personas que representan o actúan en nombre del Estado»⁸¹³. Por último, ha de destacarse que un funcionario del Estado puede cumplir los dos requisitos o solo uno de ellos.

10) La expresión «que representa» ha de entenderse en un sentido amplio, incluyendo bajo la misma a cualquier «funcionario del Estado» que ejerza funciones representativas. La referencia a la representación reviste un especial significado respecto del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, ya

⁸¹⁰ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 52.

⁸¹¹ En este sentido, debe recordarse que en el párrafo 7 del comentario del proyecto de artículo 4, se dice lo siguiente: «La Comisión entiende que la cláusula “sin perjuicio” se limita a dejar a salvo la eventual aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial y durante su mandato por un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores, cuando ello sea posible en virtud de las reglas que rigen dicha categoría de inmunidad. El párrafo 3 no prejuzga el contenido del régimen propio de la inmunidad *ratione materiae*, que será objeto de desarrollo en la parte III del presente proyecto de artículos» (ibíd., pág. 55).

⁸¹² Véase el tercer informe de la Relatora Especial (A/CN.4/673), párr. 111, así como el proyecto de artículo inicialmente propuesto por la Relatora Especial (ibíd., párr. 143).

⁸¹³ Véase el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 1, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 65.º período de sesiones (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 44).

que —como se señala en el comentario al proyecto de artículo 3— «las personas que ocupan esos tres cargos, por el solo hecho del ejercicio de sus funciones, representan al Estado en el ámbito de las relaciones internacionales de forma directa y sin necesidad de una atribución específica de poderes por parte del Estado»⁸¹⁴. Sin embargo, la referencia a la representación del Estado puede resultar igualmente de aplicación a otros funcionarios del Estado distintos de la denominada «troika», en virtud de reglas o actos propios de los sistemas estatales. En consecuencia, la determinación de si un funcionario representa o no al Estado deberá realizarse caso por caso. Por último, ha de destacarse que la referencia autónoma a la «representación del Estado» como uno de los criterios para definir la existencia de un vínculo con el Estado permite dar cobertura a algunas personas, por ejemplo los Jefes de Estado, que no suelen ejercer funciones estatales en sentido estricto pero representan al Estado de forma inequívoca.

11) Por «funciones estatales» han de entenderse, en un sentido amplio, las actividades propias del Estado. Bajo esta denominación se incluyen las funciones legislativas, judiciales, ejecutivas o de otra índole que son propias del Estado. En consecuencia, el «funcionario del Estado» es el individuo que está en situación de realizar estas funciones estatales. Con la referencia al ejercicio de funciones estatales se define con mayor precisión el vínculo que debe existir entre el funcionario y el Estado, permitiendo que se tome suficientemente en consideración que la inmunidad se otorga al individuo en beneficio del Estado. Aunque se han considerado diversos términos para reflejar esta idea, tales como «prerrogativas del poder público», «funciones públicas», «autoridad soberana», «autoridad gubernativa» o «funciones inherentes del Estado», la Comisión ha mantenido el término «funciones estatales» como más adecuado en el actual estadio de los trabajos. Dicha elección obedece a dos razones: en primer lugar, refleja suficientemente la existencia de un vínculo entre el Estado y el funcionario, que se relaciona con las tareas propias de aquel; y, en segundo lugar, al emplear el término «funciones» y no «actos realizados en nombre del Estado» se evita la posible confusión entre los elementos subjetivo (funcionario) y sustantivo (acto) de la inmunidad. En todo caso, en el actual estadio de los trabajos de la Comisión, estos términos deben entenderse en el sentido más amplio posible, teniendo en cuenta que el contenido preciso de qué son «funciones estatales» depende, en buena medida, de las leyes y del propio poder de autoorganización del Estado. No obstante, algunos miembros de la Comisión dijeron que la expresión elegida no era afortunada.

12) Ha de advertirse que el empleo de los términos «representa» y «ejerce» en presente no debe interpretarse como un pronunciamiento respecto del alcance temporal de la inmunidad. El empleo de este tiempo verbal obedece a la intención de identificar de modo genérico el vínculo que une al Estado con el funcionario y no se refiere a si el funcionario del Estado debe continuar siéndolo en el momento en que se alega la inmunidad. El alcance temporal de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae* es objeto de tratamiento en otros proyectos de artículo.

⁸¹⁴ Véase el párrafo 2 del comentario al proyecto de artículo 3, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 65.º período de sesiones (ibíd., pág. 47).

13) A los efectos de la definición de «funcionario del Estado» lo relevante es la existencia de un vínculo entre el individuo y el Estado, siendo irrelevante la forma que el mismo revista. En ese sentido, la Comisión considera que dicho vínculo puede revestir múltiples formas, dependiendo de la legislación nacional y de la práctica seguida por cada Estado. No obstante, la mayoría de los miembros de la Comisión entiende que dicho vínculo no puede ser interpretado extensivamente, hasta el punto de dar cobertura a todos los funcionarios *de facto*. El término funcionario *de facto* se emplea para referirse a múltiples supuestos y dependerá de cada caso concreto que pueda o no considerarse como funcionario del Estado a los efectos del presente proyecto de artículos. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que las cuestiones relacionadas con los funcionarios *de facto* pueden ser abordadas más adecuadamente en el marco de una definición de «acto realizado a título oficial».

14) Dado que el concepto de «funcionario del Estado» depende únicamente de que el individuo en cuestión represente al Estado o ejerza funciones estatales, el rango jerárquico que el mismo ocupe resulta irrelevante a los meros efectos de la definición. Así, aunque en muchos casos las personas que han sido reconocidas como funcionarios del Estado a los efectos de la inmunidad se encuadran en un nivel jerárquico alto o medio, también es posible encontrar algunos ejemplos de personas que se sitúan en un nivel jerárquico bajo. El nivel jerárquico no es, por tanto, un elemento integrante de la definición de funcionario del Estado.

15) Por último, ha de tenerse en cuenta que la definición de «funcionario del Estado» no se refiere al tipo de actos cubiertos por la inmunidad. En consecuencia, los términos «representar» y «ejercer funciones estatales» no pueden interpretarse como definiendo en forma alguna el alcance sustantivo de la inmunidad. De la misma manera, la definición de «funcionario del Estado» tampoco puede interpretarse en el sentido de contener un pronunciamiento sobre las excepciones a la inmunidad. Estas dos cuestiones serán objeto de un tratamiento ulterior.

16) Por lo que se refiere a la cuestión terminológica, en el presente estadio de sus trabajos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la Comisión no ha considerado necesario proceder a un cambio de la terminología empleada para referirse a los beneficiarios de la inmunidad. Por consiguiente, se siguen empleando los términos «funcionario del Estado» en español, «*State official*» en inglés, «*représentant de l'État*», en francés, «ممسؤول الدولة» en árabe, «*国家官员*» en chino y «*должностное лицо государства*» en ruso. Aunque la Comisión entiende que no son términos que tengan un significado necesariamente idéntico ni sean intercambiables entre sí, ha considerado preferible continuar con el empleo de dichos términos, en especial teniendo en cuenta que el término en inglés «*State official*», que se emplea profusamente en la práctica, es adecuado para referirse a todas las categorías de personas a las que se refiere el presente proyecto de artículos. No obstante, debe advertirse de que el empleo de diferentes términos en cada una de las versiones lingüísticas no tiene valor semántico alguno. Por el contrario, los distintos términos empleados en cada una de las versiones lingüísticas tienen idéntico significado a los

finés del presente proyecto de artículos y no guardan relación alguna con el significado que cada uno de estos términos pueda tener en los sistemas jurídicos nacionales. La Comisión valorará en su momento si es preciso introducir alguna modificación o incluir una cláusula de salvaguardia respecto del empleo de estos términos en los derechos estatales o en instrumentos internacionales, a fin de velar por que los órganos encargados de la aplicación de la inmunidad a nivel nacional interpreten correctamente el término «funcionario estatal» en el sentido del presente proyecto de artículos.

Artículo 5. Beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 5 es el primero de los proyectos de artículo sobre la inmunidad *ratione materiae* y está dedicado a definir el alcance subjetivo de esta categoría de inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En consecuencia, este proyecto de artículo es paralelo al proyecto de artículo 3, dedicado a las personas que se benefician de la inmunidad *ratione personae*, sigue su misma estructura y emplea, *mutatis mutandi*, la misma redacción y la terminología ya acordada por la Comisión respecto de dicho proyecto de artículo. No contiene una lista de los beneficiarios concretos de la inmunidad, sino que, en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, se alude a ellos como «[l]os funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales».

2) La expresión «funcionarios del Estado» empleada en este proyecto de artículo ha de entenderse en el sentido dado a la misma en el apartado *e* del proyecto de artículo 2, a saber: «un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales». Contrariamente a lo que sucede con las personas que se benefician de la inmunidad *ratione personae*, la Comisión no ha considerado posible elaborar una lista de los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae* en el presente proyecto de artículos. Por el contrario, los beneficiarios de esta categoría de inmunidad deberán ser identificados caso por caso mediante la aplicación de los criterios contenidos en el proyecto de artículo 2, apartado *e*, que ponen de manifiesto la existencia de un vínculo entre el funcionario y el Estado. El comentario al apartado *e* del proyecto de artículo 2 debe ser debidamente tenido en cuenta a los efectos del presente proyecto de artículo⁸¹⁵.

3) Con la expresión «cuando actúan en calidad de tales» se hace referencia al carácter oficial de la actuación de los funcionarios, poniendo así énfasis en el carácter funcional de la inmunidad *ratione materiae* y estableciendo la diferencia con la inmunidad *ratione personae*. Atendiendo al carácter funcional de la inmunidad *ratione materiae*, algunos miembros de la Comisión han

⁸¹⁵ Véase, *supra*, párrs. 1 a 16 del comentario del apartado *e* del proyecto de artículo 2.

manifestado dudas sobre la necesidad de definir a sus beneficiarios, ya que a su juicio el elemento esencial de la inmunidad *ratione materiae* es la naturaleza de los actos realizados y no el individuo que los realiza. Sin embargo, la mayoría de la Comisión ha considerado útil identificar en primer lugar a los beneficiarios de esta categoría de inmunidad, puesto que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se aplica a esos individuos. En todo caso, debe destacarse que la referencia a que los «funcionarios del Estado» han de «[actuar] en calidad de tales» para beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae* no implica pronunciamiento alguno sobre los actos que pueden quedar cubiertos por dicha inmunidad, que serán abordados en un proyecto de artículo autónomo. Por la misma razón, no se ha empleado la expresión «cuando actúan a título oficial», para evitar una posible confusión con el concepto de «acto realizado a título oficial».

4) Conforme a lo previsto en el párrafo 3 del proyecto de artículo 4, aprobado provisionalmente por la Comisión en 2013⁸¹⁶, la inmunidad *ratione materiae* se aplica también a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores, «cuando [hayan actuado] en calidad de [funcionario del Estado]». Sin embargo, la Comisión no considera necesario mencionar expresamente a dichos cargos en el presente proyecto

⁸¹⁶ Conforme al citado precepto: «[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*» (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 52). Respecto del alcance de esta cláusula «sin perjuicio», véase el párrafo 7 del comentario del proyecto de artículo 4 (*ibíd.*, párr. 49, pág. 55).

de artículo, ya que la inmunidad *ratione materiae* no se les reconoce en razón de su estatus sino en virtud de su condición de funcionarios del Estado que han actuado como tales durante su mandato. Aunque la Comisión considera que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione materiae* en sentido estricto tan solo cuando han dejado de estar en ejercicio, no se ha estimado necesario referirse a ello en el proyecto de artículo 5. Esta cuestión será abordada más adecuadamente en un futuro proyecto de artículo dedicado al alcance sustantivo y temporal de la inmunidad *ratione materiae*, siguiendo el modelo del proyecto de artículo 4.

5) El proyecto de artículo 5 no prejuzga las excepciones aplicables a la inmunidad *ratione materiae*, que serán igualmente analizadas en un momento ulterior.

6) Por último, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el proyecto de artículo 5 emplea la expresión «respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera», de la misma manera en que ya se hizo en el proyecto de artículo 3 en relación con los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*. Con esta expresión se pone de manifiesto la relación existente entre la inmunidad y la jurisdicción penal extranjera y se destaca la naturaleza esencialmente procesal de la inmunidad, que opera en relación con el ejercicio de la jurisdicción penal respecto de un comportamiento concreto⁸¹⁷.

⁸¹⁷ Véase el párrafo 13 del comentario del proyecto de artículo 3 (*ibíd.*, pág. 52).