



# Asamblea General

Distr. limitada  
21 de julio de 2014

Original: español

---

## Comisión de Derecho Internacional

### 66º período de sesiones

Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y  
7 de julio a 8 de agosto de 2014

## Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones

*Relator:* Sr. Dire D. Tladi

### Capítulo IX

## La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

### Adición

## Índice

*Párrafos    Página*

- C.    2.    Texto de los proyectos de conclusión con los comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66º periodo de sesiones .....



**C. 2. Texto de los proyectos de artículos con los comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66° período de sesiones**

1. El texto de los proyectos de artículos, con los comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en 66° periodo de sesiones figura más abajo.

**Proyecto de 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 las personas que se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, a saber los "funcionarios del Estado". La mayoría de la Comisión considera 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, que constituyen el elemento subjetivo de la inmunidad. Por otro lado, definir el concepto de funcionario del Estado favorece una correcta comprensión de la estructura de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, al diferenciar claramente dos de sus elementos normativos, a saber: el sujeto al que se aplica la inmunidad y los actos que pueden quedar cubiertos por la inmunidad. Sin embargo, algunos miembros de la Comisión han expresado 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, tanto si se trata de inmunidad *ratione personae* como de inmunidad *ratione materiae*. En consecuencia, no debe confundirse la naturaleza y objeto del presente proyecto de artículo 2, apartado e) con la naturaleza y objeto de los proyectos de artículos 3 y 5, dedicados a definir quienes son los beneficiarios de cada categoría de inmunidad<sup>1</sup>. 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" o "funcionario del Estado" con alcance general, aunque dichos términos aparecen en ocasiones en determinados tratados e instrumentos internacionales<sup>2</sup>. Por otro lado, el concepto de

<sup>1</sup> 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" (*Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 65° período de sesiones*, Asamblea General, *Documentos Oficiales*, Sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/68/10), párrafo 48, pág. 55). En el proyecto de artículo 5 se establece que "[l]os funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tal, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera" (A/CN.4/L.850).

<sup>2</sup> 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 y Degradantes; Convención

"funcionario del Estado" o 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" como sinónimo de persona física, para indicar que los beneficiarios de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera son siempre personas físicas, no aplicándose dicha inmunidad a las denominadas personas jurídicas o morales en cualquiera de sus formas. La Comisión considera que, en la actualidad, no existe base en la práctica para concluir que la inmunidad a que se refiere este proyecto de artículos sea aplicable a las personas jurídicas, con independencia de que en algunos sistemas jurídicos estatales puedan ser responsables penalmente.

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 individuos a los que se podría aplicar la inmunidad como la variedad de los sistemas jurídicos estatales que definen quienes 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 de los individuos a los que se puede aplicar dicha inmunidad. En ambos casos, la lista sería necesariamente incompleta ya que no podría recoger todas las denominaciones de los funcionarios del Estado contempladas 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 entre el Estado y el funcionario, a saber: representar al Estado o ejercer funciones estatales.

7) Sin embargo, a efectos meramente ejemplificativos y sin que ello pueda entenderse como una lista de los beneficiarios de la inmunidad, se incluyen a continuación algunas referencias a "funcionarios del Estado" que han sido contemplados en la práctica judicial

---

de las Naciones Unidas contra la Corrupción; Convenio Penal contra la Corrupción (Consejo de Europa); Convención Interamericana contra la Corrupción; Convención 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. 51-97).

nacional e internacional. A efectos de facilitar la claridad en la exposición, dichos ejemplos se incluyen en cuatro bloques:

- i) Un antiguo Ministro de Defensa, militares de distinto rango, un director de una Autoridad Marítima y varios miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, incluido el Director de Scotland Yard, han sido reconocidos como "funcionarios del Estado" por diversos tribunales nacionales que les han reconocido inmunidad de jurisdicción penal *ratione materiae*<sup>3</sup>.
- ii) Un Vicepresidente y Ministro de Bosques, un antiguo Ministro de Defensa, un jefe de la seguridad nacional, militares de distinto rango, un antiguo jefe de Estado, agentes fronterizos y un empleado público (militar retirado), han sido

<sup>3</sup> En *Asociación de familiares de las víctimas del "Joola"* la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación francés reconoció inmunidad de jurisdicción penal a un antiguo Ministro de Defensa de Senegal. En su sentencia de 19 de enero de 2010 concluyó que "los Estados extranjeros y los organismos o personas que actúan bajo su dirección y por su cuenta solo se benefician de la inmunidad de jurisdicción si el acto que da lugar al litigio, por su naturaleza o finalidad, forma parte del ejercicio de la soberanía de tales Estados": véase *Asociación de familiares de las víctimas del "Joola"*, Tribunal de Casación, Sala Penal (Francia), sentencia de 19 de enero de 2010. La cita oficial en francés establece que "*les Etats étrangers et les organismes ou personnes agissant par leur ordre et pour leur compte ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces Etats*". En *Jones c. Ministerio del Interior del Reino de Arabia Saudí* se reconoció esta inmunidad funcional a un teniente coronel del ejército y a varios miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad saudíes. La Cámara de los Lores del Reino Unido consideró en su sentencia de 14 de junio de 2006 que todos estos individuos eran funcionarios del Estado y habían desarrollado las conductas que habían dado lugar a la acción penal en el ejercicio de funciones públicas. En su análisis la Cámara de los Lores comenzó reconociendo que "todos los demandados eran al tiempo de cometerse (...) los hechos empleados o agentes del Reino": véase *Jones c. Ministerio del Interior del Reino de Arabia Saudí*, Cámara de los Lores (Reino Unido), sentencia de 14 de junio de 2006 (Lord Bingham of Cornhill, párrs. 11 y 13). La cita oficial en inglés establece que "*all the individual defendants were at the material times acting (...) as servants or agents of the Kingdom*". En *Autoridad Marítima de Malta y Carmel X* la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación francés otorgó inmunidad de jurisdicción penal al Director Ejecutivo de la Autoridad Marítima de Malta. Mediante sentencia de 23 de noviembre de 2004 el Tribunal de Casación centró su examen tanto en el carácter oficial de los actos que había desarrollado el individuo como en el vínculo que le unía con el Estado y, a la luz de las anteriores consideraciones, concluyó que había realizado "actos de poder público desarrollados en el ejercicio de sus funciones en nombre y bajo el control del Estado de Malta": véase *Autoridad Marítima de Malta y Carmel X*, Tribunal de Casación, Sala Penal (Francia), sentencia de 23 de noviembre de 2004. La cita oficial en francés establece que "*d'actes de puissance publique accomplis dans le cadre de ses fonctions pour le compte et sous le contrôle de l'Etat de Malte*". En *Norburt Schmidt c. Ministerio del Interior del Reino Unido e Irlanda del Norte* la Corte Suprema de Irlanda también reconoció esta inmunidad *ratione materiae* a un policía mediante sentencia de 24 de abril de 1997. La Corte Suprema puso de relieve el carácter funcional de este tipo de inmunidad al señalar que el individuo "pretendía y tenía la intención de desempeñar y, de hecho, estaba desempeñando las labores y funciones propias de su puesto": véase *Norburt Schmidt c. Ministerio del Interior del Reino Unido e Irlanda del Norte*, Corte Suprema (Irlanda), sentencia de 24 de abril de 1997. La cita oficial en inglés establece que "*was purporting and intending to perform and in fact was performing the duties and functions of his office*". Y en *Iglesia de la Cienciología* la Corte Suprema Federal alemana se pronunció sobre la inmunidad de jurisdicción penal del director de Scotland Yard. En su decisión de 16 de septiembre de 1978 la Corte le concedió inmunidad tras admitir que estaba "actuando como un funcionario expresamente designado por el Estado británico" y que sus actos "constituían un comportamiento directo del Estado": véase *Iglesia de la Cienciología*, Corte Suprema Federal (Alemania), sentencia de 16 de septiembre de 1978 (publicada en inglés en *International Law Reports*, vol. 65, pág. 198). La cita en la traducción inglesa en *International Law Reports* establece que "*Scotland Yard –and consequently its head– was acting as the expressly appointed agent of the British State (...). The acts of such agents constitute direct State conduct*".

igualmente considerados como "funcionarios del Estado" por varios tribunales nacionales aunque no se les ha reconocido inmunidad<sup>4</sup>. Sin embargo, aunque la

<sup>4</sup> En *Teodoro Nguema Obiang Mangue y otros* el Tribunal de Apelaciones de París denegó la solicitud de inmunidad de jurisdicción penal a un Vicepresidente y Ministro de Bosques mediante sentencia de 13 de junio de 2013, señalando que la concesión de este tipo de inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* en los asuntos penales "encuentra sus límites en el ejercicio de funciones públicas". Sin embargo, no puso en cuestión que se tratase de un funcionario del Estado: véase *Teodoro Nguema Obiang Mangue y otros*, Tribunal de Apelaciones de París, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013. La cita oficial en francés establece que "*trouve ses limites dans l'exercice de fonctions étatiques*". En *Italia c. India y Massimilano Latorre y otros c. India* el Tribunal Supremo de India reconoció mediante sentencia de 18 de enero de 2013 la competencia de las autoridades de la India para investigar y enjuiciar el comportamiento de unos marines italianos, quienes habían realizado varios disparos contra una embarcación en la zona contigua de India mientras realizaban tareas de vigilancia y protección contra la piratería, invocando los compromisos convenidos por India en el contexto del Derecho del Mar y, en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Tampoco en esta ocasión cuestionó que fueran funcionarios del Estado: véase *Italia c. India y Massimilano Latorre y otros c. India*, Tribunal Supremo (India), sentencia de 18 de enero de 2013 (Altamas Kabir, párr. 101). En *A. c. Ministerio Público de la Federación, B. y C.* el Tribunal Penal Federal de Suiza no concedió la inmunidad de jurisdicción penal *ratione materiae* a un antiguo Ministro de Defensa con relación a los actos realizados antes y tras haber cesado de ejercer funciones públicas. Aunque no cuestionó que el acusado hubiese sido un funcionario del Estado, en su sentencia de 25 de julio de 2012 el tribunal suizo tomó en consideración la posición que respecto a este tipo de inmunidad funcional había mantenido la Cámara de los Lores en *Regina c. Bartle y el Comisionado de la Policía y otros ex parte Pinochet*, en su sentencia de 24 de marzo de 1999 relativa a un antiguo jefe del Estado, y sostuvo que sería contradictorio que, por una parte, "se afirmara querer luchar contra las violaciones graves de los valores fundamentales de la humanidad y, por otra, se admitiera una interpretación amplia de las reglas de la inmunidad funcional (*ratione materiae*)": véase *A. c. Ministerio Público de la Federación, B. y C.*, Tribunal Penal Federal (Suiza), sentencia de 25 de julio de 2012, párr. 5.4.3. La cita oficial en francés establece que "*on affirmait vouloir lutter contre ces violations graves aux valeurs fondamentales de l'humanité, et, d'un autre côté, l'on admettait une interprétation large des règles de l'immunité fonctionnelle (ratione materiae)*". En *Khurts Bat c. Juez instructor del Tribunal Federal de Alemania* un tribunal del Reino Unido no concedió inmunidad de jurisdicción penal a un jefe de la seguridad nacional, aunque en su sentencia de 19 de julio de 2011 no cuestionó que pudiera ser un funcionario del Estado: véase *Khurts Bat c. Juez instructor del Tribunal Federal de Alemania*, Tribunal Administrativo, Corte Superior de Justicia (Reino Unido), sentencia de 29 de julio de 2011, párrs. 99-101. En *Fiscal c. Adler y otros* la Sección Penal de un Tribunal de Milán no reconoció la inmunidad de jurisdicción penal al coronel estadounidense responsable de una base militar situada en territorio italiano, indicando mediante sentencia de 1 de febrero de 2010 que los hechos acaecidos no podrían subsumirse bajo el ámbito de aplicación del artículo VII.2 del Tratado celebrado entre las partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas (de 19 de junio de 1951), tratado cuya invocación había solicitado el demandado: véase *Fiscal c. Adler y otros*, Tribunal de Milán, Sección Penal Cuarta (Italia), sentencia de 1 de febrero de 2010. En *Estados Unidos c. Noriega* el Tribunal de Apelaciones del undécimo circuito denegó inmunidad de jurisdicción a un antiguo comandante de las fuerzas armadas. Resulta de interés señalar que en la sentencia de 7 de julio de 1997 sólo se analizó si el individuo disfrutaba de inmunidad de jurisdicción penal *ratione personae*, descartando el tribunal estadounidense la posibilidad de valorar esta inmunidad desde la perspectiva *ratione materiae*, aunque reconociera su condición como funcionario del Estado: véase *Estados Unidos c. Noriega*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito (Estados Unidos de América), sentencia de 7 de julio de 1997. En *Enjuiciamiento de guardias fronterizos* la Corte Federal Suprema de Alemania rechazó los argumentos presentados por los demandados a favor del reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción mediante sentencia de 3 de noviembre de 1992, afirmando que no podían considerarse representantes de un Estado extranjero en tanto que la República Democrática de Alemania ya no existía: véase *Enjuiciamiento de guardias fronterizos*, Corte Suprema Federal (Alemania), sentencia de 3 de noviembre de 1992. En *In re Doe* el Tribunal de Apelaciones del segundo circuito de los Estados Unidos de América no concedió inmunidad de jurisdicción penal ni a un antiguo jefe de Estado ni a su esposa. A la luz de la opinión jurídica que le

pretensión de inmunidad no haya prosperado en estos casos concretos, ello no significa que los tribunales nacionales hayan considerado que no se trata de "funcionarios del Estado" en el sentido en que este término se emplea en el presente proyecto de artículos. Por el contrario, la denegación de la inmunidad se ha basado en razones distintas a la calidad de funcionario del Estado y al exponer las razones por las que denegaba la inmunidad, estos tribunales se han ocupado de examinar si las personas enjuiciadas reunían la condición de funcionario.

iii) Un Fiscal General de un Estado, un antiguo jefe de un servicio de inteligencia, un antiguo jefe del servicio de seguridad nacional, un antiguo Jefe del Estado, un Fiscal general de un Estado federado (Florida) y varios funcionarios de menor rango de ese mismo Estado (un fiscal, sus asistentes legales, un detective vinculado a la Fiscalía y un jurista de una agencia del gobierno del Estado de Florida) y un miembro de un Gobierno han sido considerados como funcionarios del Estado en el marco de procesos civiles en los que se ha planteado la inmunidad de jurisdicción<sup>5</sup>. Aunque estos ejemplos no se refieren específicamente a la inmunidad de jurisdicción penal, son igualmente relevantes desde una perspectiva instrumental, ya que en todas estas decisiones los tribunales nacionales se han pronunciado sobre la condición de "funcionario del Estado" de las personas respecto de las que se solicitaba o se concedía la inmunidad de jurisdicción civil.

iv) Un Fiscal de la República, un Jefe de Seguridad Nacional, un Ministro del Interior, un teniente coronel, el subdirector de un centro penitenciario, dos policías, un Ministro de Defensa y un responsable de archivos estatales han sido considerados como funcionarios del Estado, en el sentido del presente proyecto de artículo, por la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia<sup>6</sup>.

---

transmitió el ejecutivo estadounidense, el tribunal concluyó en su sentencia de 19 de octubre de 1988 que la retirada de la inmunidad de jurisdicción penal a ambos individuos resultaba un argumento suficiente como para no concederles ningún tipo de inmunidad. En este sentido, importa señalar que en su opinión jurídica el ejecutivo no negó categóricamente que un antiguo jefe de Estado y su esposa no pudieran beneficiarse de algún tipo de inmunidad residual: véase *In re Doe*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito (Estados Unidos de América), sentencia de 19 de octubre de 1988. Y en *R. c. Lambeth Justices, ex-parte Yusufu*, mediante sentencia de 8 de febrero de 1985 un Tribunal del Reino Unido denegó la inmunidad de jurisdicción penal a un funcionario alegando que, a la luz de las pruebas practicadas en la causa, no procedía otorgarle inmunidad como diplomático, en tanto que su condición como tal no había quedado suficientemente acreditada: véase *R. c. Lambeth Justices, ex-parte Yusufu*, Tribunal Divisional (Reino Unido), sentencia de 8 de febrero de 1985.

<sup>5</sup> *Herencia de Zahra Kazemi y Stephan Hashemi c. República Islámica de Irán, Ayatolá Ali Khamenei, Saeed Mortazari y Mohammad Bakhshi*, Tribunal Superior, Sección Mercantil (Canadá), Sentencia de 25 de enero de 2011, párr. 153; *Ali Saadallah Belhas y otros c. Moshe Ya'aalon*, Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia (Estados Unidos de América), sentencia de 15 de febrero de 2008; *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar y otros c. Avraham Dichter*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York (Estados Unidos de América), sentencia de 2 de mayo de 2007; *A, B, C, D, E, F y otros en idéntica situación, Wei Ye y Hao Wang c. Jiang Zemin y Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10)*, Tribunal del Distrito de Illinois, Sección Este (Estados Unidos de América), sentencia de 8 de septiembre de 2004; *Jaffe c. Miller y otros*, Tribunal de Apelaciones de Ontario (Canadá), sentencia de 17 de junio de 1993; y *Rukmini S. Kline y otros c. Yasuyuki Kaneko y otros*, Tribunal Supremo del Estado de Nueva York (Estados Unidos de América), sentencia de 31 de octubre de 1988.

<sup>6</sup> Corte Internacional de Justicia: *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008. Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Jones y otros c. Reino Unido* (demandas núms. 34356/06 y 40528/06), sentencia de 14 de enero de 2014. Tribunal Penal Internacional para la ex - Yugoslavia, Sala de Apelaciones: *Fiscal c. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-AR 108, decisión de 29 de octubre de 1997.

8) En todo caso, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores pueden beneficiarse tanto de la inmunidad *ratione personae* como de la inmunidad *ratione materiae*, en los términos establecidos en el 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 65º 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*"<sup>7</sup>. Las condiciones en que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores se benefician 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 artículos<sup>8</sup>.

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, que recoge la esencia de la propuesta formulada por la Relatora Especial respecto de los criterios identificativos del concepto de funcionario<sup>9</sup>, 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"<sup>10</sup>. Por último, ha de destacarse que un funcionario del Estado puede cumplir los dos requisitos o sólo 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 que —como se señala en el comentario al proyecto de artículo 3— "las personas que ocupan estos tres cargos, por el solo hecho del ejercicio de sus funciones, representan al Estado en el ámbito de las relaciones internacionales de forma directa y sin necesidad de una atribución específica de

<sup>7</sup> *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 65º período de sesiones, A/68/10, párr. 48, pág. 55.

<sup>8</sup> En este sentido, debe recordarse que en el párrafo 7 del comentario al 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." (*Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 65º período de sesiones, A/68/10, párr. 49, pág. 75)

<sup>9</sup> Véase A/CN.4/674, párr. 111, pág. 42, así como el proyecto de artículo inicialmente propuesto por la Relatora Especial (*Ibid.*, párr. 143, pág. 56).

<sup>10</sup> Véase el párr. 4 del comentario al proyecto de artículo 1, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 65º período de sesiones (*Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, A/68/10, párr. 49, pág. 57).

poderes por parte del Estado"<sup>11</sup>. 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 ciertas categorías de individuos, en especial los Monarcas parlamentarios, respecto de los que difícilmente podría afirmarse que ejercen funciones estatales en sentido estricto, pero que —sin embargo— representan al Estado de forma inequívoca.

11) Por "funciones del Estado" 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 realiza o puede 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, evitándose una interpretación extensiva del concepto de funcionario que no tome suficientemente en consideración que la inmunidad se otorga al individuo en beneficio del Estado y para preservar la soberanía del mismo. 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 retenido 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 circunstancias y del propio poder de autoorganización del Estado. Algunos miembros de la Comisión declararon, sin embargo, 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.

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. Sin embargo, la mayoría de los miembros de la Comisión entiende que dicho vínculo no puede ser interpretado extensivamente, hasta el punto de dar cobertura a cualquier funcionario *de facto*, incluidos los contratistas. 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 particular, la mayoría de la Comisión considera que no existe práctica

<sup>11</sup> Véase el párr. 2 del comentario al proyecto de artículo 3, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 65º período de sesiones (*Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, A/68/10, párr. 49, pág. 62).



suficiente para concluir que los "contratistas" que actúan fuera del territorio del Estado con el que están vinculados puedan beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en virtud de normas generales de derecho internacional. 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 la 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 la práctica pone de manifiesto que en la mayoría de los 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, aunque puede constituir un indicio respecto de la identificación de un individuo concreto como funcionario a los efectos del presente proyecto de artículos.

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'Etat*", en francés, "...." en árabe, "..." en chino y "..." en ruso (INCLUIR LOS TÉRMINOS EN ESTOS TRES IDIOMAS). Aunque la Comisión entiende que no son términos que tengan un significado 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. Sin embargo, 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 fines 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 evitar que los órganos encargados de la aplicación de la inmunidad a nivel nacional puedan incurrir en una interpretación errónea del término "funcionario estatal" en el sentido que al mismo se le da en el presente proyecto de artículos.

#### **Proyecto de artículo 5**

##### **Beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae***

Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tal, 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. Tan solo se ha sustituido la referencia a los concretos beneficiarios de la inmunidad, que en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, se definen como "[l]os funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tal".

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*. 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 artículo<sup>12</sup>.

3) Con la expresión "cuando actúan en calidad de tal" 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 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 los individuos. En todo caso, debe destacarse que la referencia a que los "funcionarios del Estado" han de "[actuar] en calidad de tal" 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 apartado 3 del proyecto de artículo 4, aprobado provisionalmente por la Comisión en 2013<sup>13</sup>, 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 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

<sup>12</sup> Véase, *supra*, párr... pág...

<sup>13</sup> 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*". (*Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 65º período de sesiones, A/68/10, párr. 48, pág. 55). Respecto del alcance de esta cláusula "sin perjuicio", véase el párrafo 7 del comentario al proyecto de artículo 4 (*Ibid.*, párr. 49, pág. 75).

del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione materiae* en sentido estricto tan sólo 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 concreto<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Véase el párrafo 13 del comentario sobre el proyecto de artículo 3 (*Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 65º período de sesiones, A/68/10, párr. 49, pág. 70).