



Asamblea General

Distr. limitada
29 de julio de 2015
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

67º período de sesiones

Ginebra, 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2015

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones

Relator: Sr. Marcelo Vázquez Bermúdez

Capítulo IX Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
A. Introducción	1–3	
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	4–45	
1. Presentación por la Relatora Especial de su cuarto informe	7–18	
2. Resumen del debate	19–55	
a) Observaciones generales	19–24	
b) Metodología	25–27	
c) Proyecto de artículo 2 f): Definición de “acto realizado a título oficial”	28–51	
i) “Acto realizado a título oficial” <i>versus</i> “acto realizado a título privado”	29–30	
ii) La naturaleza penal del acto	31–38	
iii) La atribución del acto al Estado	39–46	
iv) Soberanía y ejercicio de atribuciones del poder público	47–51	
d) Proyecto de artículo 6: Alcance de la inmunidad <i>ratione materiae</i>	52–53	
e) Plan de trabajo futuro	54–55	



Capítulo IX

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

A. Introducción

1. La Comisión, en su 59º 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. Kolodkin¹. 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 60º período de sesiones².

2. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 60º período de sesiones (2008) y los informes segundo y tercero en su 63º período de sesiones (2011)³. La Comisión no pudo examinar el tema en su 61º período de sesiones (2009) ni en su 62º período de sesiones (2010)⁴.

3. En su 64º 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), el segundo informe en el 65º período de sesiones (2013)⁵ y el tercer informe en el 66º período de sesiones (2014). Sobre la base de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial en sus informes segundo y tercero, la Comisión ha aprobado provisionalmente hasta el momento cinco proyectos de artículo con los comentarios correspondientes. El proyecto de artículo 2, relativo a las definiciones, es un texto en proceso de redacción⁶.

¹ En su 2940ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/62/10), 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 58º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo A del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/61/10), párr. 257).

² *Ibid.*, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/62/10), párr. 386. El memorando de la Secretaría figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1.

³ A/CN.4/601 (informe preliminar); A/CN.4/631 (segundo informe); y A/CN.4/646 (tercer informe).

⁴ Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/64/10), párr. 207; e *ibid.*, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/65/10), párr. 343.

⁵ A/CN.4/654 (informe preliminar) y A/CN.4/661 (segundo informe).

⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/68/10), párrs. 48 y 49. En su 3174ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4, y en sus sesiones 3193ª a 3196ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2013, aprobó sus comentarios. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/69/10), párrs. 131 y 132. En su 3231ª 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 e) y 5, y en sus sesiones 3240ª a 3242ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2014, aprobó sus comentarios.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

4. La Comisión tuvo ante sí el cuarto informe de la Relatora Especial (A/CN.4/686). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3271^a a 3278^a, celebradas el 16 y del 21 al 24 de julio de 2015.

5. En su 3278^a sesión, celebrada el 24 de julio de 2015, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 2 f) y 6 propuestos por la Relatora Especial.

6. En su ...^a sesión, celebrada el ... de julio de 2015, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe provisional de este Comité sobre la “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, que contenía los proyectos de artículo ... aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 67º período de sesiones. El informe, con los proyectos de artículo, se presentó únicamente a título informativo en esta etapa, y puede consultarse en el sitio web de la Comisión en Internet⁷.

1. Presentación por la Relatora Especial de su cuarto informe

7. El cuarto informe representaba la continuación del análisis de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, iniciado en el tercer informe (A/CN.4/646). Dado que el alcance subjetivo de esa inmunidad (quiénes son sus beneficiarios) ya se abordó en el tercer informe, el cuarto informe se centraba en el examen pendiente de los aspectos materiales (un “acto realizado a título oficial”) y temporales. Como resultado del análisis, en el informe también figuraba el proyecto de artículo 2 f), en el que se ofrecía una definición, a los efectos generales de la inmunidad, de un “acto realizado a título oficial”⁸, y el proyecto de artículo 6, relativo al alcance material y temporal de la inmunidad *ratione materiae*⁹, que contenía una referencia explícita a la aplicación de esa inmunidad a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores.

8. En la presentación del informe, la Relatora Especial señaló que este había de leerse juntamente con los presentados con anterioridad, ya que constituían una unidad. También hizo observar que dicho informe, al igual que el análisis previo de la

⁷ En <http://www.un.org/law/ilc>.

⁸ El texto propuesto por la Relatora Especial establecía lo siguiente:

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 atribuciones del poder público que, por su contenido, constituye un crimen respecto del que el Estado del foro podría ejercer su jurisdicción penal.

⁹ El texto propuesto por la Relatora Especial establecía lo siguiente:

Proyecto de artículo 6

Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, 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.

inmunidad *ratione personae*, no abordaba directamente la cuestión de las limitaciones y excepciones a la inmunidad, un aspecto que se trataría en el quinto informe, previsto para 2016. La Relatora Especial se refirió a algunos problemas de traducción del informe original en español detectados en otras versiones lingüísticas, en relación con los cuales introdujo los cambios oportunos mediante una corrección que se distribuyó entre los miembros de la Comisión. La Relatora Especial solicitó a la Secretaría que preparase una corrección con miras a su distribución como documento oficial del período de sesiones en curso.

9. El cuarto informe presentado por la Relatora Especial, al abordar los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, comenzaba destacando las características básicas de ese tipo de inmunidad, a saber, que se concedía a todos los funcionarios del Estado, que solo se otorgaba respecto de “actos realizados a título oficial” y que era de duración ilimitada. En cuanto a los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, dado que el alcance subjetivo ya se había examinado en el tercer informe, el cuarto informe se giraba en torno de los aspectos materiales y temporales, como había indicado antes. El concepto de “acto realizado a título oficial” era objeto primero de algunas consideraciones generales, en las que se hacía hincapié en la importancia que debía atribuirse a dicho concepto en el marco de la inmunidad *ratione materiae*. Esa importancia se derivaba de la naturaleza funcional de esa categoría de inmunidad. El informe abordaba después la distinción entre un “acto realizado a título oficial” y un “acto realizado a título privado”. El análisis de esa distinción llevaba, entre otras cosas, a la conclusión de que no era equivalente a la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, ni a la distinción entre actos lícitos e ilícitos. A continuación, el informe se centraba en la definición de los criterios identificativos del “acto realizado a título oficial”, para lo cual se analizaban sucesivamente la práctica judicial (internacional y nacional), la práctica convencional y algunos trabajos previos de la Comisión. En el análisis de la práctica judicial internacional se destacaba la importancia de varios fallos dictados por la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. El estudio de la práctica de los tribunales nacionales se basaba en numerosos procesos judiciales sustanciados ante dichos tribunales en los que se hacía referencia a diversos aspectos de la inmunidad *ratione materiae* y se tomaban en consideración los procesos tanto penales como civiles en cuanto formas de comportamiento que podían considerarse “actos realizados a título oficial” manifestados en ambos tipos de procedimiento de los que se podían inferir elementos comunes a tales actos. En el análisis de la práctica convencional se examinaban diversas convenciones de las Naciones Unidas que, de modo directo o indirecto, se referían a las inmunidades, y tratados de derecho internacional penal (universales y regionales) que incluían referencias al carácter oficial de actos tipificados como comportamientos prohibidos por el derecho internacional penal. En cuanto al análisis de los trabajos realizados anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional, se hizo hincapié en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, los Principios de Nuremberg, el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1954, el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1996, y los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011. Tras llevar a cabo el análisis antes mencionado, la Relatora Especial había pasado a examinar las características resultantes del “acto realizado a título oficial” a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, a saber, la naturaleza penal del acto, la atribución del acto al Estado y el ejercicio de la soberanía y las atribuciones del poder público al realizar el acto. La referencia a la naturaleza penal del acto cumplía el objetivo de poner de relieve el vínculo existente entre la jurisdicción penal y los supuestos en que podía alegarse la inmunidad *ratione materiae*. Ello daba lugar a un modelo de relación entre la responsabilidad individual

y la responsabilidad del Estado, denominado por la Relatora Especial “un acto, dos responsabilidades” y cuyas alternativas se detallaban en el informe. Era preciso examinar la atribución del acto al Estado, ya que la inmunidad *ratione materiae* solo se justificaba cuando existía un vínculo entre el Estado y el acto realizado por un funcionario del Estado. A este respecto, resultaba de particular interés la conclusión de que algunos criterios de atribución contenidos en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos no eran útiles a los efectos de la inmunidad. Por último, el informe señalaba un tercer criterio de naturaleza teleológica cuya aplicación permitía calificar un acto como “acto realizado a título oficial”, a saber, que tales actos eran una manifestación de la soberanía y constituían una forma de ejercicio de atribuciones del poder público. En el informe se citaban ejemplos de algunas atribuciones. Esa sección concluía con un examen de la relación entre los crímenes y los actos internacionales realizados a título oficial. Como conclusión de la parte B del informe, se definía el concepto de “acto realizado a título oficial”. En la parte C del informe se analizaba brevemente el elemento temporal, reflejando el consenso en torno al carácter indefinido de la inmunidad *ratione materiae* y la necesidad de diferenciar el momento en que se producía el acto y el momento en que se alegaba la inmunidad. La parte D del informe se centraba en el alcance de la inmunidad *ratione materiae* y culminaba con la propuesta de un proyecto de artículo 6 a ese respecto. El cuarto informe concluía con una referencia al plan de trabajo futuro sobre este tema, donde la Relatora Especial anunciaba la preparación de un quinto informe sobre los límites y las excepciones a la inmunidad.

10. La Relatora Especial señaló que el cuarto informe seguía el modelo del tercer informe en cuanto al enfoque metodológico adoptado, basando esencialmente el análisis de las cuestiones en la práctica judicial (internacional y nacional) y convencional, así como en los trabajos previos de la Comisión. También se habían tenido en cuenta los comentarios recibidos de los gobiernos en 2014 y 2015, que ya se habían tomado en consideración, en su caso, en el momento de la presentación, así como las observaciones contenidas en las exposiciones orales hechas por los delegados en la Sexta Comisión de la Asamblea General. La Relatora Especial también señaló a la atención de la Comisión las declaraciones formuladas por los Países Bajos y Polonia, que se recibieron después de haberse ultimado el cuarto informe.

11. El informe se centraba en el análisis del concepto de “acto realizado a título oficial”. La Relatora Especial señaló que el análisis del elemento temporal era breve porque se trataba de un asunto que no suscitaba mayores controversias; en la práctica y la doctrina existía un amplio consenso sobre el carácter “indefinido” o “permanente” de la inmunidad *ratione materiae*. No obstante, la Relatora Especial mencionó la necesidad de analizar la naturaleza de ese elemento (límite o condición), así como de determinar el momento crítico que debía tenerse en cuenta a efectos de determinar si se cumplía el elemento temporal, es decir, si era el momento en que se producía el acto o el momento en que se alegaba la inmunidad. También se refirió al proyecto de artículo propuesto.

12. La Relatora Especial destacó que el aspecto central del informe era el análisis del alcance material de la inmunidad *ratione materiae*. Por lo tanto, constituía un estudio de un “acto realizado a título oficial” que, a su vez, abordaba la distinción entre los “actos realizados a título oficial” y “los actos realizados a título privado”, establecía los criterios identificativos de un “acto realizado a título oficial” y sus caracteres, para concluir con un proyecto de artículo sobre la definición de esa categoría de actos. Por otra parte, el proyecto de artículo 6, párrafo 2, se refería a los actos realizados a título oficial como los únicos actos realizados por funcionarios del Estado a los que se aplicaba la inmunidad *ratione materiae*.

13. Había que señalar que el concepto de “acto realizado a título oficial”, que era una cuestión fundamental para el tema en su conjunto, tenía una importancia especial para la inmunidad *ratione materiae*; únicamente los actos realizados por funcionarios del Estado a título oficial estaban amparados por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Debía reconocerse que se habían empleado muchas expresiones para referirse al concepto, pero, en este caso, se utilizaba la expresión “acto realizado a título oficial” para garantizar la continuidad de la terminología en el marco de la Comisión, siguiendo los términos empleados por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención*.

14. La Relatora Especial observó que esa expresión no se había definido en el derecho internacional contemporáneo. A menudo se interpretaba por oposición a un “acto realizado a título privado”, que era, en sí, una categoría indefinida. Sin embargo, sobre la base de un análisis de la práctica en la materia, la Relatora Especial había establecido una serie de criterios distintivos para identificar los actos realizados a título oficial. En particular, hacía observar que: a) los actos estaban relacionados, entre otras cosas, con un reducido número de comportamientos delictivos, como los crímenes de derecho internacional, las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, ciertos actos cometidos por las fuerzas armadas o servicios de seguridad y los actos vinculados con la corrupción; b) algunos tratados multilaterales vinculaban la comisión de determinados actos al cargo oficial de los autores de tales actos; c) se consideraba que un acto se había realizado a título oficial cuando había sido cometido por un funcionario del Estado que actuaba por cuenta del Estado, en ejercicio de prerrogativas de poder público o de actos soberanos; d) con carácter general, los tribunales nacionales denegaban la inmunidad en los casos vinculados a la corrupción, siguiendo la lógica de que ya que no podían beneficiarse de la inmunidad actos realizados por funcionarios del Estado que guardaban una estrecha relación con una actividad privada y cuyo objetivo era el enriquecimiento personal del funcionario y no el beneficio del soberano; e) el significado de las expresiones “en ejercicio de prerrogativas del poder público” o “actos soberanos” no era fácil de definir. No obstante, los tribunales consideraban englobadas en esa categoría el ejercicio de la autoridad de policía, las actividades de las fuerzas de seguridad y las fuerzas armadas, las relaciones exteriores, los actos legislativos, la administración de justicia y actos administrativos de contenido diverso; f) el concepto de un acto realizado a título oficial no equivalía automáticamente al concepto de acto *iure imperii*. Por el contrario, un “acto realizado a título oficial” podía superar los límites del acto *iure imperii* y también podía referirse a algunos actos *iure gestionis* realizados por un funcionario del Estado en cumplimiento de su mandato y ejerciendo funciones estatales; g) el concepto tampoco guardaba relación alguna con la licitud o ilicitud del acto en cuestión; y h) a los efectos de la inmunidad, la determinación de ese tipo de actos siempre se hacía caso por caso.

15. Sobre la base de los criterios anteriores, la Relatora Especial destacó los siguientes caracteres del acto realizado a título oficial: a) era un acto de naturaleza penal; b) era un acto realizado por cuenta del Estado; y c) era un acto que implicaba el ejercicio de soberanía y atribuciones del poder público.

16. La naturaleza penal del acto realizado a título oficial tenía consecuencias en la inmunidad, ya que podía generar dos tipos de responsabilidad distintos; la primera, de naturaleza penal, atribuible al autor del acto, y la segunda, de naturaleza civil, atribuible tanto al autor como al Estado. La Relatora Especial hizo especial hincapié en que el modelo “un acto, dos responsabilidades” situaba frente a una pluralidad de escenarios alternativos pertinentes para la inmunidad, que podían describirse de la siguiente manera: a) la responsabilidad exclusiva del Estado en los casos en que no podía atribuirse al acto a su autor; b) la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal del individuo cuando el acto podía ser atribuido a ambos; c) la

responsabilidad exclusiva del individuo cuando el acto únicamente podía ser atribuido al individuo, aunque hubiera actuado como funcionario del Estado. La Relatora Especial también observó que, sobre la base de los tres escenarios posibles, la inmunidad se podía alegar amparándose en: a) la inmunidad del Estado, en los casos en que el acto solo podía atribuirse al Estado y el Estado tenía responsabilidad exclusiva; b) la inmunidad del Estado y la inmunidad *ratione materiae* de un funcionario del Estado, en los casos en que el acto era atribuible tanto al Estado como al individuo.

17. En opinión de la Relatora Especial, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de los funcionarios del Estado era de carácter individual y distinto de la inmunidad del Estado en sentido estricto. Esa diferenciación tenía 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 en el caso del Estado era civil, mientras que en el caso del funcionario era penal. Además, la naturaleza de las jurisdicciones a las que se oponía la inmunidad era diferente. La Relatora Especial señaló que dicha distinción no se presentaba 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 que debía proteger la inmunidad. Explicó que la inmunidad *ratione materiae* se reconocía en interés del Estado, que era el titular de la soberanía, pero beneficiaba directamente al funcionario cuando actuaba como expresión de la misma. La Relatora Especial consideraba que el ejercicio de la inmunidad *ratione materiae* solo se justificaba por la existencia de un vínculo entre el Estado y el acto de su funcionario. Ese vínculo requería que el acto pudiera ser atribuido al Estado. No obstante, la Relatora Especial dijo que era preciso analizar si todos los criterios de atribución contenidos en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos eran relevantes a los fines de la inmunidad, y señaló como particularmente inadecuados los criterios establecidos en los artículos 7, 8, 9, 10 y 11.

18. La Relatora Especial hizo notar que, aunque la determinación de la existencia de una conexión entre acto y soberanía no era fácil, la práctica judicial permitía concluir que determinadas actividades que, por su naturaleza, eran consideradas como expresiones o contenidos inherentes a la soberanía del Estado (policía, administración de justicia, actividades de las fuerzas armadas y relaciones exteriores), así como determinadas actividades que se producían en aplicación de políticas y decisiones estatales que implicaban un ejercicio de la soberanía del Estado, satisfacían esos criterios de conexión. Defendió una interpretación restrictiva del “acto realizado a título oficial”, que situara a la inmunidad en la función que verdaderamente le correspondía, a saber, la protección de la soberanía del Estado. Señaló que la calificación de los actos realizados por los funcionarios del Estado a título oficial como crímenes internacionales, que se abordaría en profundidad en el quinto informe, no debía dar lugar al reconocimiento automático y mecánico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en relación con esa categoría de actos.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

19. Los miembros acogieron en general con satisfacción el cuarto informe de la Relatora Especial por la riqueza de ejemplos sistemáticos y bien documentados de la práctica convencional, así como por el análisis de la jurisprudencia internacional e interna, a la vez que conseguía establecer una conexión clara entre el análisis y los proyectos de artículo propuestos. Así, el informe ofrecía una visión de conjunto de los diversos factores que había que tener en cuenta para determinar el alcance material y

temporal de la inmunidad *ratione materiae*, paso que había contribuido a arrojar más luz sobre un elemento esencial del tema. Nadie puso reparos en reconocer que la materia objeto de estudio era jurídicamente compleja y suscitaba cuestiones políticamente sensibles e importantes para los Estados. Y lo que era más importante, la dirección de la práctica de los Estados se encontraba en un “estado de cambio” de tal índole que no resultaba fácil identificar las normas clara e inequívocamente aplicables. La Comisión no solo se enfrentaba a cuestiones teóricas y doctrinales sobre el tema en relación con otros campos del derecho en el ámbito del sistema jurídico internacional global, sino también a la dificultad de tomar decisiones en materia de codificación y desarrollo progresivo que contribuyeran a hacer avanzar el derecho internacional, salvaguardando a la vez la estabilidad de las relaciones entre Estados. En esas circunstancias, se consideraron imprescindibles la transparencia y un debate argumentado sobre cualquier decisión que hubiera que tomar y sobre la dirección que había que seguir.

20. Algunos miembros señalaron que el informe abría la posibilidad de plantear conceptualmente la materia en su integridad partiendo de la premisa de que existían limitaciones o excepciones al alcance de la inmunidad *ratione materiae*, en contraposición a la inclusión de todos los actos, comprendidos los que constituían crímenes internacionales, dentro del alcance de los actos realizados a título oficial. Otros miembros sugirieron que las circunstancias brindaban a la Comisión la oportunidad de impulsar el desarrollo progresivo, dado que en su práctica los Estados recurrían actualmente a una concepción restrictiva de la inmunidad en relación con las inmunidades jurisdiccionales de los Estados.

21. Hubo apoyo general a que se remitieran al Comité de Redacción los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial. Algunos miembros hicieron comentarios y observaciones, también sobre algunos de los razonamientos y conclusiones que figuraban en el informe.

22. Algunos miembros pusieron de relieve la distinción entre la inmunidad *ratione personae* basada en el estatus y la inmunidad *ratione materiae* basada en el comportamiento. En determinados aspectos, ambas compartían algunos elementos básicos; por encima de todo, la base de su fundamento jurídico era la misma, a saber, el principio de la igualdad soberana de los Estados. Del mismo modo, se señaló que, si bien era necesario tener en cuenta las diferencias entre la inmunidad de jurisdicción civil y la inmunidad de jurisdicción penal, ambas formas de inmunidad también compartían el mismo fundamento. Al mismo tiempo, se instó a mantener la prudencia ante la tendencia a recurrir en exceso al principio de igualdad soberana de los Estados para explicar las complejas cuestiones que entrañaba el tema y que el principio no explicaba por completo como, por ejemplo, la inmunidad jurisdiccional restrictiva de los Estados. Si bien algunos miembros reconocieron la asimetría existente entre las diversas normas y regímenes aplicables en el ordenamiento jurídico internacional, se alegó, a modo de advertencia ante la dirección hacia la cual parecía apuntar el tema en su conjunto, que la Comisión corría el riesgo de establecer un régimen diametralmente opuesto al régimen del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, a cuya creación había contribuido la propia Comisión. Por otra parte, se recordó que, a diferencia del presente tema, basado en una “relación horizontal” entre Estados, la jurisdicción penal internacional establecía una “relación vertical” entre ellos. Este aspecto fundamental presentaba un conjunto de factores diferentes que exigían un análisis crítico.

23. Por ejemplo, se sugirió que, al determinar el alcance de la inmunidad *ratione materiae*, había claramente determinados actos que podrían llegar a trascender el beneficio que suponía la inmunidad *ratione materiae*, puesto que no encajaban exactamente en las típicas dicotomías analíticas. Se trataba de actos que daban pie a

denuncias de crímenes internacionales graves, actos *ultra vires*, *acta jure gestionis*, actos realizados a título oficial pero exclusivamente en beneficio personal, así como actos realizados en el territorio del Estado del foro sin su consentimiento.

24. Según algunos miembros de la Comisión, para regular estos actos había dos posibilidades: o bien ser inclusivos, afirmando que un acto constitutivo de delito era un acto realizado a título oficial y haciendo frente al problema de si se trataba de un acto público o privado, o ambos, o bien tratar esas cuestiones como limitaciones o excepciones. Dado que resultaba difícil catalogar los crímenes internacionales graves, los actos *ultra vires* y los actos *jure gestionis* como actos privados, se sugirió que era mejor abordar estas cuestiones como limitaciones o excepciones y no como parte de una definición de actos oficiales o no oficiales. Este enfoque parecía presentar la ventaja de que la práctica había seguido planteamientos similares anteriormente con respecto a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados. Este enfoque también se prestaría a soluciones que combinaran la aceptación de las limitaciones y excepciones con las necesarias salvaguardias y las garantías procesales debidas.

b) Metodología

25. El enfoque metódico adoptado por la Relatora Especial consistente en analizar sistemáticamente la práctica disponible al intentar determinar el alcance de la inmunidad *ratione materiae* fue considerado en general encomiable por la riqueza de los materiales estudiados y la pertinencia del análisis llevado a cabo. No obstante, algunos miembros señalaron que, en algunos casos, el informe se limitaba a remitir a ejemplos de la jurisprudencia sin analizarlos en todo su contexto. Asimismo, en algunos supuestos, se hacían afirmaciones categóricas que iban más allá de lo que era necesario o estaba justificado, mientras que en otras partes no siempre quedaba claro qué relación guardaban los materiales aludidos en el informe con los textos concretos presentados.

26. Algunos miembros señalaron también que en muchos casos se invocaban repetidamente causas de determinados órganos jurisdiccionales o regiones o litigios relacionados con el ejercicio de la jurisdicción civil, a pesar de que el tema versaba sobre la inmunidad de jurisdicción penal. Se sugirió a la Relatora Especial que ampliara aún más el estudio para incluir la jurisprudencia de todas las tradiciones jurídicas y de las diversas regiones. Se señaló que era necesario obrar con cautela en la invocación de tales precedentes; si bien era posible que no hubiera diferencias materiales entre la jurisdicción civil y la jurisdicción penal cuando se ejercían para determinar lo que constituía un acto realizado a título oficial, en algunos supuestos podría ser esencial analizar el contexto en el que se hubiera reconocido o denegado la inmunidad; esta podría ser diferente según que la causa se hubiere entablado contra un soberano extranjero o contra un particular en un contexto civil o un contexto penal.

27. Algunos miembros también pusieron en tela de juicio la afirmación que se hacía en el informe sobre la no pertinencia del derecho interno a los efectos de determinar los actos realizados a título oficial, teniendo en cuenta que dicho derecho constituía práctica al identificar el derecho internacional consuetudinario; de hecho, en su análisis, la Relatora Especial había recurrido a la jurisprudencia que interpretaba y aplicaba dicho derecho interno. También se señaló que había que hacer un mayor hincapié en el análisis de la práctica legislativa y ejecutiva interna de los Estados, así como dar mayor importancia al análisis de la práctica judicial internacional, en particular todas las implicaciones de fallos como los dictados por órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales, por ejemplo, en la causa relativa a la *Orden de detención*¹⁰ y la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia*

¹⁰ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, I.C.J. Reports 2002, pág. 3.

*penal*¹¹, que, según se sostenía, se habían ocupado de algunas de las cuestiones con cierto grado de coherencia.

c) Proyecto de artículo 2 f): Definición de “acto realizado a título oficial”

28. Si bien el proyecto de artículo 2 f) es de carácter definitorio y está redactado sucintamente, se formularon comentarios al respecto en vista del extenso análisis que la Relatora Especial había presentado en su informe para fundamentar su enunciado.

i) “Acto realizado a título oficial” versus “acto realizado a título privado”

29. Se reconoció que la “doctrina del acto de Estado” representaba un concepto jurídico completamente diferente del de inmunidad *ratione materiae*. En general, se apoyó la afirmación de que un “acto realizado a título oficial” se definía y valoraba en contraposición a los “actos realizados a título privado”. También se estimó que un acto realizado a título privado no equivalía necesariamente a los *acta jure gestionis*, como tampoco un acto realizado a título oficial no era equiparable a los *acta jure imperii*. Además, la distinción entre un “acto realizado a título oficial” y un “acto realizado a título privado” no guardaba relación alguna con la distinción entre actos lícitos o ilícitos. No obstante, se adujo que esos conceptos de contraste aún ofrecían algunos elementos útiles que podrían ayudar a entender si un acto se realizaba a título oficial o a título privado o si de hecho el acto era lícito o ilícito. Unos comentarios bien contruidos que pusieran de manifiesto los diversos matices podrían contribuir a que se entendiera mejor qué era un acto realizado a título oficial.

30. Algunos miembros no estaban convencidos ni mucho menos de que fuera necesario definir un acto oficial o un acto realizado a título oficial a los efectos del presente tema. Se señaló que los conceptos jurídicos solían ser indeterminados y no siempre se prestaban a una definición jurídica. No se sabía con certeza si sería útil introducir una definición más allá de la dicotomía entre actos realizados a título oficial y actos realizados a título privado. Cualquier intento de ir más allá de los lugares comunes sería una tarea irrealizable. Se consideró que la distinción entre actos realizados a título oficial y actos realizados a título privado era general y suficiente como para poder tomar una decisión según los casos y en función de las circunstancias. La práctica, en la jurisprudencia internacional e interna, confirmaba esta oposición binaria. Algunos miembros pusieron en duda que la recopilación de múltiples referencias a los casos en que se empleaban términos como “acto oficial” o “acto realizado a título oficial” fuera útil, puesto que dicha recopilación forzosamente sería incompleta y requeriría un análisis más a fondo para entender el contexto. Se sugirió que la Relatora Especial debería haber estudiado con más detalle la cuestión de cómo podía un Estado determinar la serie de actividades que consideraba que constituían actos realizados a título oficial. En cambio, otros miembros mantuvieron que una definición, debidamente redactada, podría ser necesaria o útil. Se sugirió además que el comentario citara ejemplos de actos realizados a título oficial.

ii) La naturaleza penal del acto

31. Algunos miembros reconocieron que existía cierta práctica que trataba el acto de un funcionario como parte de la definición de un delito, mientras que en otros casos la condición del funcionario no era un elemento expreso del delito en cuestión, pero que ello no excluía necesariamente la posibilidad de que un funcionario participara en calidad de tal en la comisión de ese delito. No obstante, la naturaleza prescriptiva o descriptiva de una determinada calificación de un delito no influía necesariamente en la cuestión de si la persona había actuado a título oficial.

¹¹ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, I.C.J. Reports 2008, pág. 177.

32. La cuestión esencial que determinaba si un acto había sido realizado a título oficial a los efectos de la inmunidad no era la naturaleza del acto, sino la capacidad en que se actuaba. Dicho de otro modo, se trataba de una determinación fáctica: si, en contraposición con su calificación jurídica, el supuesto acto se realizaba a título oficial.

33. Se señaló que la tipificación como delito de un acto realizado a título oficial, que parecía estar incorporada en la definición propuesta, produciría un resultado sorprendente, puesto que consideraba como delito cualquier acto realizado a título oficial. Ello equivalía a sugerir que todo “acto realizado a título oficial”, por definición, constituía un delito, y necesariamente que los funcionarios del Estado siempre incurrían en un delito cuando actuaban a título oficial. Un acto era un delito, no por su naturaleza, sino más bien por su tipificación como tal delito en el derecho penal interno o internacional.

34. Se recordó también que el propósito fundamental del derecho internacional de la inmunidad era que un tribunal del Estado del foro determinara, como cuestión de procedimiento, si un determinado acto realizado por un funcionario estaba sujeto a su jurisdicción. Estas cuestiones se examinaban *in limine litis*. Si la licitud del acto, como tal, fuera un criterio pertinente para determinar la existencia de jurisdicción, el derecho de la inmunidad *ratione materiae* resultaría en tal medida superfluo. Ese planteamiento también afectaría a la presunción de inocencia.

35. Para algunos miembros, la referencia a la “naturaleza penal” del acto simplemente trataba de reflejar un concepto descriptivo a los efectos del presente proyecto de artículos. No pretendía dar a entender que todos los actos oficiales fueran “delictivos”. Varios miembros indicaron que no entendían la lógica de que la inmunidad se aplicaba porque el acto había sido realizado a título oficial y no porque tuviera un elemento delictivo. A este respecto, se recordó que en el pasado se habían hecho sugerencias para establecer una definición de comportamiento delictivo. También se quiso saber qué sentido tendría detener a un funcionario por algo que no fuera la presunta comisión de un acto delictivo y, de hecho, a este respecto se cuestionó que se aplicara la presunción de inocencia.

36. A ello se respondió que el proyecto de artículo 1 aprobado provisionalmente por la Comisión en 2013, relativo al ámbito de aplicación, ya disponía que los proyectos de artículo se centraban en la jurisdicción penal.

37. Se hicieron diversas propuestas para calificar y suprimir del texto de la definición propuesta toda connotación de que un acto realizado a título oficial era un delito *per se*. En particular, se sugirió volver a redactar el proyecto de artículo 2, párrafo f), de manera que se eliminara los requisitos de criminalidad.

38. En lo que respecta a la cuestión de “un acto, dos responsabilidades”, algunos miembros consideraban que estaba bien establecida en el derecho internacional. Era evidente que todo acto realizado por un funcionario del Estado a título oficial no solo era atribuible a la persona (a los efectos de su responsabilidad penal individual), sino también al Estado (a los efectos de la responsabilidad del Estado). Otros miembros, si bien no se oponían a esa descripción, consideraban que no era del todo evidente que el modelo de “un acto, dos responsabilidades” llevara a la conclusión de que los actos realizados a título oficial debían ser de naturaleza penal. Se señaló que parecía haber cierta confusión entre la cuestión de la jurisdicción y la inmunidad, conceptos ellos mismos diferentes, aunque relacionados entre sí, y la responsabilidad, ya fuera la responsabilidad penal individual o la responsabilidad del Estado.

iii) La atribución del acto al Estado

39. Algunos miembros consideraban importante que el informe hubiera abordado la cuestión de la atribución, ya que contribuía a aclarar algunas cuestiones relativas al alcance de la inmunidad *ratione materiae*.

40. Para otros miembros, la asimilación, a los efectos de la inmunidad *ratione materiae*, de las reglas de atribución aplicables a la responsabilidad del Estado tenía toda la lógica, ya que, a su juicio, la inmunidad en cuestión correspondía exclusivamente al Estado. Por ello, expresaron dudas con respecto a la afirmación de la Relatora Especial de que “el acto delictivo que p[odía] quedar cubierto por la inmunidad *ratione materiae* no e[ra], en sentido estricto, un acto propio del Estado sino del individuo que realiza[ba] el acto”, por considerar que era confusa y complicaba la cuestión.

41. Se recordó asimismo que las normas de la inmunidad del Estado eran de naturaleza procedimental y se limitaban a determinar si un Estado del foro podía ejercer su jurisdicción sobre otro. No afectaban a la cuestión de si el comportamiento respecto del cual se iniciaba el procedimiento había sido o no lícito.

42. Varios miembros no estaban dispuestos a admitir que la inmunidad de un funcionario del Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado estuviera vinculada a la inmunidad del Estado. En su opinión, la diferenciación era útil y debía seguir estudiándose; como había demostrado la evolución del derecho penal internacional, en particular desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, la inmunidad *ratione materiae* no siempre debía vincularse a la inmunidad del Estado.

43. Algunos miembros también coincidían con la Relatora Especial en que no todos los criterios de atribución establecidos en los artículos 4 a 11 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos eran pertinentes a los efectos de la inmunidad. Por ejemplo, se señaló que los comportamientos de personas que, en determinadas circunstancias, se atribuían al Estado en virtud de los artículos 7, 8, 9, 10 y 11 del Proyecto de Artículos no constituían actos realizados a título oficial a los efectos de la inmunidad de esas personas.

44. Habida cuenta de que parecía haber escasa práctica de los Estados o jurisprudencia pertinente, varios miembros quisieron saber en qué se basaba la Relatora Especial al afirmar que el concepto de “funcionario del Estado” excluía, a los efectos de la inmunidad, a los individuos que habitualmente eran considerados como funcionarios *de facto*. Algunos miembros estimaban necesario adoptar un enfoque más amplio para abarcar los actos de una persona que actuara bajo la dirección y el control de los poderes públicos. También se indicó que los últimos acuerdos celebrados y los principios elaborados en relación con contratistas privados mostraban una tendencia a limitar o denegar la inmunidad a esos actores.

45. Según otra opinión, el derecho de la inmunidad y el derecho de la responsabilidad del Estado eran regímenes diferentes con distinta razón de ser, por lo que, en un ordenamiento jurídico internacional asimétrico, ofrecían soluciones y recursos diferentes.

46. En referencia específica al proyecto de definición propuesto, algunos miembros acogieron con agrado el hecho de que la Relatora Especial no hubiera introducido en el texto la atribución del acto al Estado, dado que no era un criterio útil para determinar qué constituía un acto realizado a título oficial.

iv) Soberanía y ejercicio de atribuciones del poder público

47. Según algunos miembros, era importante, como se señalaba en el informe, distinguir los actos realizados a título oficial en el sentido de haberse llevado a cabo en el ejercicio de un cargo público, o de la prerrogativa soberana del Estado, de los que simplemente estaban motivados por un interés privado. Consideraban que las extrapolaciones de los aspectos “representativos” y “funcionales” del funcionamiento del Estado quedaban bien reflejadas en el texto de la Relatora Especial. Se señaló con aprobación el uso de la expresión “atribuciones del poder público” en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Otros miembros consideraban que el contexto en que se utilizaba esa expresión en dicho Proyecto de Artículos era diferente. Varios miembros también se refirieron a la dificultad de definir la soberanía y el ejercicio de atribuciones del poder público.

48. Para algunos miembros, el argumento de que un crimen internacional era contrario al derecho internacional no aportaba ningún elemento adicional de interés para la calificación de un acto realizado a título oficial, aunque la afirmación de que un acto realizado a título oficial tenía naturaleza delictiva parecía indicar que la Relatora Especial en efecto había tomado posición sobre el asunto a pesar de que la cuestión de las limitaciones y excepciones se examinaría en el quinto informe en 2016. Otros miembros convinieron con la Relatora Especial en que, habida cuenta de la naturaleza de los crímenes internacionales y su gravedad, existía la obligación de tenerlos en cuenta para definir el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

49. Algunos miembros no estaban de acuerdo con la Relatora Especial en que la relación entre los actos realizados a título oficial y los crímenes internacionales estuviera clara. Hicieron referencia a la opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en la causa relativa a la *Orden de detención*, según la cual “[...] los crímenes internacionales graves no pueden ser considerados como actos oficiales, ya que no se corresponden ni con las funciones estatales normales ni con las funciones que solo un Estado puede ejercer...”¹². Otros miembros observaron que la Relatora Especial se había centrado en la cuestión de si los crímenes internacionales podían llegar a ser “actos realizados a título oficial” sin abordar la cuestión de las limitaciones o excepciones. Se sugirió que los comentarios que se aprobaran sobre el proyecto de disposición se elaboraran de tal forma que no prejuzgaran los debates sobre las inmunidades en relación con los crímenes internacionales.

50. No obstante, algunos miembros afirmaron, sobre la base de la causa relativa a la *Orden de detención*, que la “excepción de los crímenes internacionales” no era aplicable a la inmunidad *ratione personae*. Por otra parte, se señaló que esa causa dejaba abierta la cuestión de las posibles excepciones a la inmunidad *ratione materiae* ya que, cuando la Corte Internacional de Justicia declaró que no podía deducir de la práctica que hubiera, en virtud del derecho internacional consuetudinario, ninguna forma de excepción a la norma que concedía la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad a un ministro de relaciones exteriores en ejercicio, había limitado la conclusión a la inmunidad *ratione personae*.

51. Algunos miembros cuestionaron la necesidad de una definición y pusieron en duda la utilidad del enunciado “acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de atribuciones del poder público”, por considerar que la palabra “atribuciones” no era clara y las palabras “del poder público” constituían una petición de principio. La alternativa era utilizar la fórmula que figuraba en el proyecto de artículo 2, párrafo e), aprobado provisionalmente por la Comisión en 2014, en cuyo

¹² <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>, párr. 85.

caso se haría referencia a un “acto realizado por un funcionario del Estado cuando representa al Estado o cuando ejerce funciones estatales”. Se recordó que la Comisión, cuando aprobó esa disposición, había examinado la expresión “autoridad gubernativa” y había decidido no emplearla. No obstante, otros miembros consideraban que esa expresión era útil en el contexto de este tema.

d) Proyecto de artículo 6: Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

52. El proyecto de artículo 6 se consideró aceptable en general. No obstante, se sugirió que los párrafos 1 y 2 se redactasen de nuevo a fin de evitar la impresión de que solo hacía referencia a los funcionarios electos. Ello podría hacerse mediante el texto siguiente: “*durante el periodo en que representan al Estado o ejercen funciones estatales y posteriormente*”. También se planteó la posibilidad de invertir el orden de los párrafos 1 y 2, ya que así se establecería una clara distinción entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*. Asimismo, se señaló que, si bien el proyecto de párrafo 2 era aceptable, su aceptación no prejuzgaba la cuestión de las posibles excepciones.

53. Se observó que el párrafo 3 era superfluo, puesto que enunciaba un aspecto que ya quedaba abarcado por el párrafo 3 del proyecto de artículo 4 y el comentario correspondiente, aprobado provisionalmente por la Comisión en 2013. Debía abordarse en el comentario pero, si se mantenía, era necesario suprimir la palabra “antiguos”, ya que la inmunidad *ratione materiae* se aplicaba también a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores que se encontraban en el ejercicio del cargo.

e) Plan de trabajo futuro

54. El examen de las limitaciones y excepciones a la inmunidad se consideraba un aspecto fundamental del tema. A este respecto, algunos miembros destacaron la importancia de analizar en profundidad las observaciones recibidas de los gobiernos, no solo como prueba de la práctica de los Estados, sino también para determinar el matiz en las posiciones adoptadas, entre otras cosas, si consideraban que, en general, el derecho internacional en este campo estaba claro. Otros miembros lamentaron que el análisis de las limitaciones y excepciones a la inmunidad no se abordara hasta 2016, a pesar de que la cuestión se había mencionado a menudo en los informes anteriores sin prestarle demasiada atención.

55. Algunos miembros alentaron a la Relatora Especial a que abordara la cuestión de las limitaciones y excepciones junto con las cuestiones de procedimiento, ya que ambos aspectos no solo estaban relacionados entre sí sino que, en última instancia, podían ayudar a la Comisión a solucionar algunas de las cuestiones espinosas relacionadas con el tema en su conjunto. Se sugirió incluso abordar las cuestiones de procedimiento en primer lugar. Otros miembros señalaron que sería prematuro ocuparse de las limitaciones y excepciones el próximo año porque aún quedaban cuestiones generales por abordar.