



Asamblea General

Distr. general
31 de mayo de 2012
Español
Original: español/inglés

Comisión de Derecho Internacional

64º período de sesiones

Ginebra, 7 de mayo a 1 de junio y 2 de julio
a 3 de agosto de 2012

Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

Preparado por la Sra. Concepción Escobar Hernández,
Relatora Especial

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción.....	2
II. El tratamiento del tema en el quinquenio 2007-2011.....	3
A. Perspectiva general de la labor del ex Relator Especial.....	4
B. El debate en la Comisión de Derecho Internacional.....	7
C. El debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General.....	10
III. El tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” en el presente quinquenio: cuestiones a considerar.....	12
A. Inmunidad <i>ratione personae</i> e inmunidad <i>ratione materiae</i>	14
B. Responsabilidad internacional del Estado y responsabilidad internacional del individuo: incidencia en la inmunidad.....	15
C. La inmunidad <i>ratione personae</i>	16
D. La inmunidad <i>ratione materiae</i>	17
E. Aspectos procesales de la inmunidad.....	18
IV. Plan de trabajo.....	18



I. Introducción

1. El tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones (2006), sobre la base de la propuesta que figura en el anexo A del informe de la Comisión sobre ese período de sesiones (véase A/61/10, párr. 257 y anexo A). En su 59º período de sesiones (2007), la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo actual y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin (A/62/10, párr. 376). En el mismo período de sesiones, se pidió a la Secretaría que preparara un estudio de antecedentes sobre el tema¹.

2. El ex Relator Especial presentó tres informes, que la Comisión examinó en su 60º período de sesiones (2008) (A/CN.4/601) y su 63º período de sesiones (2011) (A/CN.4/631 y A/CN.4/646). En el informe preliminar (A/CN.4/601), el Relator Especial proporcionó los antecedentes necesarios para que la Comisión y otras instituciones académicas examinaran la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (párrs. 6 a 26), hizo una reseña preliminar de los múltiples aspectos que presentaba el tema (párrs. 27 a 101) y determinó las cuestiones que consideraba necesario examinar para establecer el alcance general del tema (párrs. 102 a 129). En el segundo informe (A/CN.4/631), el Relator Especial, después de examinar lo ocurrido desde la publicación del primer informe (párrs. 6 a 16), proporcionó un panorama general y un análisis sustantivo de las cuestiones relativas al alcance de la inmunidad de jurisdicción penal de un funcionario del Estado (párrs. 17 a 89). En el tercer informe (A/CN.4/646), a diferencia del informe preliminar y el segundo informe, que trataban los aspectos sustantivos del tema, el Relator Especial consideró sus aspectos procesales (párrs. 11 a 57), analizando al mismo tiempo la relación entre la invocación por un Estado de la inmunidad de su funcionario y la responsabilidad de ese Estado por un acto ilícito que es el mismo acto que da lugar a la cuestión de la inmunidad (párrs. 58 a 60). En cada uno de los tres informes, el Relator Especial presentó sistemáticamente un resumen, después de un análisis detallado de las cuestiones involucradas sobre la base de un examen de la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina, proporcionando en esa forma elementos de una visión general de las cuestiones en forma de síntesis (A/CN.4/601, párrs. 102 y 130; A/CN.4/631, párrs. 90 y 91; A/CN.4/646, párr. 61).

3. La Comisión de Derecho Internacional consideró los informes del Relator Especial en sus períodos de sesiones sexagésimo y sexagésimo tercero, celebrados respectivamente en 2008 y 2011. Por su parte, la Sexta Comisión de la Asamblea General se ocupó del tema con ocasión de la consideración del informe de la Comisión de Derecho Internacional, en particular en 2008 y 2011.

4. En su 3132ª sesión, que tuvo lugar el 22 de mayo de 2012, la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en reemplazo del Sr. Kolodkin, que ya no formaba parte de la Comisión. La Relatora Especial desea manifestar su reconocimiento al Sr. Kolodkin por su dedicación al estudio del tema. La destacada y erudita contribución del Sr. Kolodkin sin duda será de ayuda a la Comisión en su labor.

¹ A/62/10, párr. 386. El estudio de la Secretaría figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1.

5. El presente informe es un “informe de transición”, de carácter preliminar, que debe tomar en consideración los informes presentados por el anterior Relator Especial, así como la evolución de los debates en los órganos competentes de las Naciones Unidas (Comisión de Derecho Internacional y Sexta Comisión de la Asamblea General), a fin de continuar los trabajos ya iniciados. Sobre dicha base, el objeto principal del presente informe es contribuir a clarificar los términos del debate que se ha venido manteniendo hasta la fecha e identificar los principales puntos de controversia que subsisten sobre los que la Comisión puede considerar oportuno seguir trabajando en el futuro. Al mismo tiempo, con este informe preliminar la Relatora Especial pretende impulsar un debate estructurado que permita responder, en un tiempo razonable, a las expectativas que el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado ha suscitado en la comunidad internacional desde su inclusión en el programa de trabajo de la Comisión en 2007. Desde esta perspectiva, el presente informe preliminar identifica los elementos básicos del programa de trabajo que la Relatora Especial considera necesario desarrollar en el futuro con la intención de finalizar el tratamiento del tema en el presente quinquenio, respondiendo así a la petición que la Asamblea General ha dirigido a la Comisión de Derecho Internacional de dar prioridad a este tema en su programa de trabajo².

6. A tal fin, se ha optado por dividir el informe preliminar en cuatro partes separadas. El objetivo de las dos primeras es ofrecer una visión de conjunto de las actividades desarrolladas por la Comisión de Derecho Internacional hasta el momento (sección I), para abordar posteriormente la situación en que se encuentra el debate sobre el tema en los órganos competentes de las Naciones Unidas (sección II). En la tercera parte se analizan las grandes líneas del tema que, a juicio de la Relatora Especial, merecen un especial tratamiento o consideración por la Comisión de Derecho Internacional en el futuro (sección III). Y, para finalizar, se incluye el programa de trabajo indicativo que la Relatora Especial se propone desarrollar durante el presente quinquenio (sección IV).

II. El tratamiento del tema en el quinquenio 2007-2011

7. Como ya se ha señalado *supra*, tras la inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional y el nombramiento del Relator Especial en 2007, el Sr. Kolodkin sometió a la consideración de la Comisión tres informes que recogen un amplio y documentado análisis de la problemática de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, así como su posición sobre los principales temas que se suscitan en este ámbito. Sobre la base de dichos informes, los miembros de la Comisión han tenido oportunidad de formular sus opiniones sobre distintas cuestiones contenidas en los informes del Relator Especial, así como consideraciones de alcance general sobre el tema. Por su parte, un cierto número de Estados han manifestado también sus opiniones sobre los informes del anterior Relator Especial y sobre el tema en general en el marco de la Sexta Comisión de la Asamblea General.

8. En estos tres planos, se ha producido un importante tratamiento del tema que, a juicio de la Relatora Especial, debe tener su reflejo en el presente informe preliminar, a fin de clarificar la situación en que se encuentran los trabajos y el

² Resolución 66/98, de 9 de diciembre de 2011, párr. 8.

debate sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Para ello, se incluyen a continuación tres apartados dedicados, respectivamente, a los informes del Relator Especial Kolodkin, a los debates celebrados en la Comisión de Derecho Internacional y a los debates que han tenido lugar en la Sexta Comisión de la Asamblea General.

A. Perspectiva general de la labor del ex Relator Especial

9. Según el ex Relator Especial, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tiene su fundamento en el derecho internacional, incluido el derecho internacional consuetudinario. La inmunidad de los funcionarios del Estado se justifica generalmente sobre la base de las teorías funcional y representativa. Además, los principios de derecho internacional relativos a la igualdad soberana de los Estados y a la no injerencia en sus asuntos internos, así como la necesidad de garantizar la estabilidad de las relaciones internacionales y el desempeño de las actividades de los Estados en forma independiente, son factores que justifican la inmunidad.

10. Aunque inmunidad y jurisdicción son conceptos interrelacionados, como observó la Corte Internacional de Justicia en la causa *Arrest Warrant*, son diferentes. La falta de inmunidad no implica jurisdicción y la jurisdicción no implica falta de inmunidad. Las inmunidades siguen siendo oponibles ante los tribunales de un Estado extranjero, aun cuando esos tribunales ejerzan esa jurisdicción sobre la base de normas convencionales³. A juicio del Relator Especial Sr. Kolodkin, es necesario ceñirse al examen de la inmunidad y no examinar el fondo de la cuestión de la jurisdicción como tal. No obstante, merece la pena tener presente que la jurisdicción penal de un Estado, al igual que toda su jurisdicción sobre el territorio, toma varias formas. Puede ser legislativa, ejecutiva o judicial, aunque desde el punto de vista de la doctrina los aspectos ejecutivo y judicial pueden considerarse en conjunto bajo la rúbrica de jurisdicción ejecutiva. Aunque la jurisdicción penal ejecutiva (o ejecutiva y judicial) posee rasgos en común con la jurisdicción civil, se diferencia de esta en el sentido de que muchas medidas de procedimiento penal tienden a ser adoptadas en la fase de instrucción del proceso judicial. La cuestión de la inmunidad se plantea, pues, incluso en la fase de instrucción.

11. La inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado como norma de derecho internacional significa, en términos jurídicos, que el derecho legal de la persona que goza de inmunidad a no ser sometida a jurisdicción extranjera refleja la obligación legal del Estado extranjero de no ejercer su jurisdicción respecto de esa persona. De lo anterior se extrajeron dos conclusiones relacionadas entre sí. En primer lugar, la inmunidad de jurisdicción penal significa principalmente inmunidad de jurisdicción ejecutiva (o ejecutiva y judicial) únicamente. En segundo lugar, la inmunidad respecto del proceso penal o de las medidas de procedimiento penal no implica inmunidad respecto del derecho sustantivo del Estado extranjero. En otras palabras, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es de carácter procesal, no necesariamente sustantiva. Constituye un impedimento procesal a la aplicación de la

³ *Arrest Warrant de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, Fallo, I.C.J. Reports 2002, pág. 3, párr. 59.

responsabilidad penal pero en principio no la excluye. La persona en cuestión puede ser sometida a juicio sustantivo en otro foro apropiado.

12. Al proponer la delimitación del alcance del tema, el Relator Especial observó que este solo abarcaba la inmunidad de los funcionarios de un Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado. No trataba cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción civil de otro Estado ni de jurisdicción penal internacional. Tampoco se ocupaba de la cuestión de la inmunidad de un funcionario respecto de la jurisdicción del Estado de su propia nacionalidad. El Relator Especial ponía en duda además la conveniencia de seguir considerando la cuestión del reconocimiento en el contexto del tema y la cuestión de la inmunidad de los familiares de los funcionarios de alta categoría.

13. Se propuso que el tema abarcara a todos los funcionarios del Estado y que en relación con eso se intentara dar una definición del concepto de “funcionario del Estado” para el tema, o bien definir cuáles funcionarios estaban comprendidos en el término para los fines del tema.

14. El alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios en servicio activo difería según la categoría del cargo ocupado. Todos los funcionarios del Estado en servicio activo gozaban de inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial. Solo ciertos funcionarios de alta categoría en servicio activo gozaban además de inmunidad respecto de los actos realizados a título personal. El alcance de la inmunidad de los exfuncionarios era el mismo, con independencia de la categoría del cargo ocupado; gozan de inmunidad respecto de los actos realizados por ellos a título oficial durante el ejercicio de su cargo. Se señaló que la distinción doctrinaria entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* había sido de utilidad y seguía siéndolo para fines de análisis.

15. La inmunidad *ratione personae* es de carácter temporal y deja de existir una vez que una persona cesa en sus funciones. Es inherente a un limitado círculo de funcionarios del Estado de alta categoría y cabe la posibilidad de que se extienda durante el tiempo en que se goza de ella a los actos ilícitos cometidos por esos funcionarios tanto a título oficial como a título personal, incluso antes de asumir su cargo. No la afecta el hecho de que los actos con respecto a los cuales se ejerce jurisdicción se hayan realizado fuera del ámbito de las funciones del funcionario, ni el carácter de su estancia en el extranjero, incluso en el territorio del Estado que ejerce jurisdicción. Observando que los funcionarios de alta categoría que gozan de inmunidad *ratione personae* en virtud de su cargo son principalmente los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, el Relator Especial propuso que se tratara de determinar cuales otros funcionarios de alta categoría, que no fueran los incluidos en la “tríada”, gozaban de inmunidad *ratione personae*, o que se definieran criterios para determinarlos.

16. Un funcionario del Estado estaba protegido de la jurisdicción penal de un Estado extranjero por la inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados por dicho funcionario a título oficial. Esa inmunidad no se extendía a los actos realizados por un funcionario antes de asumir su cargo. No obstante, un exfuncionario del Estado estaba protegido por la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los actos que hubiera realizado en su calidad de funcionario durante el tiempo que había desempeñado su cargo. La caracterización de la conducta como conducta oficial no dependía de los motivos de la persona ni del contenido de la

conducta. La inmunidad *ratione materiae* se extendía a los actos *ultra vires* de los funcionarios y a sus actos ilegales. El factor determinante era que el funcionario actuaba en su calidad de tal. El Relator Especial consideraba que el concepto de “acto oficial” era más amplio y que abarcaba al “acto comprendido en las funciones oficiales”. Además, tampoco afectaba a la inmunidad la naturaleza de la estancia en el extranjero de un funcionario o exfuncionario, incluso en el territorio del Estado que ejercía jurisdicción. Con independencia de si esa persona se hallaba en el extranjero en visita oficial o por motivos personales, gozaba de inmunidad de jurisdicción penal extranjera con respecto a los actos realizados en su calidad de funcionario.

17. Se entendía que los actos realizados eran actos del Estado al que el funcionario prestaba servicios. A juicio del Relator Especial, ello no obstaba a que también se atribuyeran dichos actos al funcionario que los había realizado. Señaló que prácticamente no podía haber razones objetivas para afirmar que un mismo acto de un funcionario se atribuía al Estado y se consideraba realizado por este a los efectos de la responsabilidad del Estado, y no se atribuía al Estado y se consideraba que era solo el acto de un funcionario a los efectos de la inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, el alcance de la inmunidad de un Estado y el alcance de la inmunidad de un funcionario de este no era el mismo, a pesar del hecho de que en esencia la inmunidad era la misma.

18. Por necesidad lógica, la cuestión de determinar la naturaleza de la conducta de un funcionario, a saber, si es oficial o personal, y, en consecuencia, de atribuir o no atribuir dicha conducta al Estado, se debe examinar antes de considerar la cuestión de la inmunidad del funcionario en relación con su conducta.

19. Cuando una jurisdicción extranjera ha presentado cargos contra un funcionario del Estado (acusándolo de ser un presunto delincuente, sospechoso, etc.), solo aquellas medidas de procedimiento penal que son de carácter restrictivo y que impedirían a esa persona cumplir sus funciones al imponerle una obligación legal, no se pueden adoptar si la persona goza de a) inmunidad *ratione personae* o b) inmunidad *ratione materiae*, si las medidas de que se trata se relacionan con un delito cometido por esa persona en el desempeño de actos oficiales. Tales medidas no se pueden adoptar con respecto a un funcionario del Estado que comparece en un proceso penal extranjero como testigo si esa persona goza de a) inmunidad *ratione personae* o b) inmunidad *ratione materiae*, si el caso se refiere a la citación de esa persona a prestar testimonio respecto de actos oficiales realizados por la propia persona, o respecto de actos de los que el funcionario tomó conciencia como resultado del desempeño de sus funciones oficiales.

20. Las medidas de procedimiento penal dictadas por una jurisdicción extranjera que imponen una obligación a un funcionario del Estado violan la inmunidad de que goza ese funcionario, con independencia de si se encuentra en el extranjero o en el territorio de su propio Estado. Se produce una violación de la obligación de no tomar tales medidas contra ese funcionario del Estado desde el momento en que una jurisdicción extranjera adopta una medida así y no simplemente una vez que la persona contra la que se ha adoptado se encuentra en el extranjero.

21. El Relator Especial examinó también las distintas razones relacionadas entre sí para establecer posibles excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, presentadas principalmente con respecto a la inmunidad *ratione materiae*, a saber: a) con arreglo al derecho internacional, los actos delictivos graves

cometidos por un funcionario no pueden considerarse actos oficiales; b) habida cuenta de que los delitos internacionales cometidos por un funcionario en el desempeño de sus funciones oficiales se atribuyen no solo al Estado sino también al funcionario que los ha cometido, en tal caso se considera que este último no está protegido por la inmunidad *ratione materiae* en las actuaciones penales; c) las normas imperativas de derecho internacional que prohíben y tipifican como delitos ciertos actos prevalecen sobre la norma relativa a la inmunidad e invalidan la inmunidad respecto de delitos de esa índole; d) se establece un vínculo entre la existencia de la jurisdicción universal con respecto a los delitos graves y la invalidez de la inmunidad en cuanto se aplica a esos delitos; e) se establece un vínculo análogo entre la obligación *aut dedere aut judicare* y la invalidez de la inmunidad en relación con delitos respecto de los cuales existe tal obligación; f) ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario, que prevé una excepción a la inmunidad *ratione materiae* en el caso de funcionarios que hayan cometido delitos graves tipificados en el derecho internacional. El Relator Especial consideró que ninguna de esas razones era suficientemente convincente. Junto con señalar que era posible establecer exenciones o excepciones a la inmunidad mediante la concertación de tratados internacionales, concluyó que era difícil hablar de las excepciones a la inmunidad como de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario. Del mismo modo, tampoco se podía afirmar de manera definitiva que existiera una tendencia al establecimiento de esa norma.

22. La única situación en que a su juicio podía hablarse de ausencia de inmunidad era la situación en que el Estado en cuyo territorio se había cometido un presunto delito ejercía jurisdicción penal, y no había dado su consentimiento para que se realizara en su territorio la actividad que había dado lugar a la comisión del delito, o para la presencia en su territorio del funcionario extranjero que había cometido el presunto delito.

23. El Relator Especial también se refirió a los aspectos procesales de la invocación de inmunidad. Habida cuenta de que los debates de la Comisión se han centrado en las cuestiones sustantivas, por el momento tal vez solo valga la pena tomar nota de su observación de que la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario del Estado en principio debe ser considerada o bien al comienzo de las actuaciones judiciales o aun antes, en la fase de instrucción, cuando el Estado que ejerce jurisdicción decide la cuestión de adoptar, respecto del funcionario, medidas de procedimiento penal que están excluidas debido a la inmunidad. El hecho de no examinar la cuestión de la inmunidad *in limine litis* puede ser considerado una violación por parte del Estado del foro de sus obligaciones con arreglo a las normas que gobiernan la inmunidad.

B. El debate en la Comisión de Derecho Internacional

24. La Comisión de Derecho Internacional ha considerado el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en términos sustantivos en 2008 (sexagésimo período de sesiones)⁴ y 2011 (sexagésimo tercer

⁴ A/63/10, párrs. 278 a 299. La Comisión se ocupó del tema en las sesiones 2982^a a 2987^a. Véase A/CN.4/SR.2982 a SR.2987.

período de sesiones)⁵. Dado que el anterior Relator Especial no incluyó en sus informes ningún proyecto de artículo, el debate entre los miembros de la Comisión se desarrolló siempre en plenario, conforme a un formato abierto y general. Sin embargo, ello no impidió a los miembros de la Comisión pronunciarse sobre diversas cuestiones específicas a las que se hacía referencia en los informes del Relator Especial, incluidas importantes valoraciones referidas a aspectos metodológicos y conceptuales, así como ciertas valoraciones relacionadas con la inserción de la inmunidad en el sistema jurídico internacional globalmente considerado y sus relaciones con otras instituciones, principios y valores del sistema.

25. Los miembros de la Comisión apoyaron, en general, el ámbito de aplicación del informe propuesto por el Relator Especial, que excluye la inmunidad frente a la jurisdicción del Estado de la nacionalidad del funcionario, la problemática de la inmunidad frente a los tribunales penales internacionales, y la inmunidad de funcionarios y agentes del Estado que, como los agentes diplomáticos y consulares, los agentes en misión especial u otros, se rigen por normas convencionales *ad hoc*. Igualmente, se manifestó consenso a favor de circunscribir el tema a la inmunidad de jurisdicción penal, excluyendo la inmunidad de jurisdicción civil de los funcionarios del Estado.

26. Los miembros de la Comisión apoyaron, en general, la configuración de la inmunidad como una institución con base en el derecho internacional consuetudinario, tal y como había propuesto el Relator Especial en su informe preliminar.

27. Por lo que se refiere al fundamento de la inmunidad, se produjo un interesante debate en el que algunos miembros de la Comisión destacaron que la inmunidad se justifica por la función desempeñada, mientras que otros, por el contrario, pusieron un especial énfasis en el carácter representativo de los funcionarios del Estado y, en último instancia, en la “personificación” del Estado en tales funcionarios para justificar la inmunidad. Algunos miembros de la Comisión que defendieron el carácter esencialmente funcional de la inmunidad, insistieron en la necesidad consiguiente de proceder a una interpretación en sentido estricto y restrictivo de la inmunidad. Debe tenerse en cuenta que en las intervenciones de los miembros de la Comisión que se pronunciaron sobre este tema no se distinguió suficientemente entre la aplicación de ambos fundamentos (funcional y representativo) a la inmunidad *ratione personae* y a la inmunidad *ratione materiae*.

28. Algunos miembros de la Comisión, apoyaron la posición del Relator Especial referida a considerar que la inmunidad encuentra su fundamento en la igualdad soberana del Estado y en la estabilidad de las relaciones internacionales. No obstante, algunos miembros de la Comisión llamaron igualmente la atención sobre el hecho de que la inmunidad representa también una limitación a la soberanía del Estado del foro, en la medida en que le impide el ejercicio de su jurisdicción.

29. Por último, algunos miembros de la Comisión manifestaron su preocupación por el hecho de que, al definir el fundamento y la naturaleza de la inmunidad, el Relator Especial no había tenido debidamente en cuenta nuevos elementos del

⁵ A/66/10, párrs. 116 a 140 y 159 a 185. La Comisión se ocupó del tema en las sesiones 3086^a a 3088^a, 3111^a y 3113^a a 3115^a. Véase A/CN.4/SR.3086 a SR.3088, SR.3111 y SR.3113 a SR.3115.

derecho internacional contemporáneo, vinculados a la lucha contra la impunidad, que reflejan una tendencia hacia la limitación de las inmunidades y su alcance.

30. Se produjo un apoyo amplio a la configuración de la inmunidad como una categoría de naturaleza procesal y no sustantiva, tal y como había sido mantenido por el Relator Especial en sus informes. Sin embargo, algunos miembros de la Comisión se pronunciaron en el sentido de favorecer el tratamiento de la inmunidad también desde una perspectiva sustantiva.

31. De modo general, los miembros de la Comisión de Derecho Internacional se mostraron favorables a la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*, aunque no se formularon opiniones explícitas sobre las consecuencias que debería tener esta distinción.

32. Respecto de las personas a las que se aplicaría la inmunidad, se produjo un breve debate sobre la utilización de los términos “funcionario”, “agente” y “representante”. Sin embargo, el debate no fue conclusivo sobre la conveniencia de utilizar un término u otro. En todo caso, algunos miembros de la Comisión compartieron la opinión del Relator Especial en el sentido de que todos los funcionarios del Estado, en razón de tal condición, quedan bajo la cobertura de la inmunidad. Por el contrario, algunos miembros de la Comisión llamaron la atención sobre la conveniencia de definir el término funcionario y circunscribirlo a aquellas personas que participan del ejercicio del poder público o del servicio público.

33. En relación con las personas afectadas por la inmunidad *ratione personae* un número amplio de miembros de la Comisión se manifestaron a favor de la inclusión en esta categoría de las personas integradas en la denominada “troika”: jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores. Sin embargo, algunos miembros de la Comisión cuestionaron la conveniencia de extender este tipo de inmunidad al ministro de relaciones exteriores. Por su parte, algunos miembros de la Comisión manifestaron también su opinión favorable a incluir bajo esta categoría de inmunidad a otros altos funcionarios del Estado (ministro de defensa, ministro de comercio, etc.) que con una cierta frecuencia participan en las relaciones internacionales. Igualmente se apuntó la posibilidad de fijar criterios que permitan determinar qué altos funcionarios del Estados distintos de la “tríada” pueden verse afectados por esta inmunidad. Por el contrario, otros miembros de la Comisión manifestaron su opinión de que la inmunidad se aplique exclusivamente a la “tríada”.

34. Por lo que se refiere al alcance de la inmunidad y la posibilidad de identificar la existencia de excepciones, algunos miembros de la Comisión manifestaron una opinión favorable al carácter absoluto de la inmunidad, compartiendo la opinión del Relator Especial de que no es adecuada ninguna de las razones habitualmente alegadas para justificar alguna forma de excepción a la inmunidad. Otros miembros de la Comisión, por el contrario, consideraron que era preciso tomar en cuenta algunas circunstancias en las que no sería aplicable la inmunidad, tales como la imputación derivada de actos no oficiales, la concurrencia de normas de *ius cogens* relacionadas con crímenes internacionales o la comisión de crímenes internacionales condenados por la comunidad internacional en su conjunto. Por su parte, otros miembros de la Comisión afirmaron que la concurrencia de normas de *ius cogens* o la presencia de crímenes internacionales era irrelevante a los efectos de la inmunidad. En este marco, algunos miembros de la Comisión recordaron que debería haber un espacio para los crímenes internacionales en la definición del

alcance de la inmunidad en razón de dos elementos: los trabajos previos de la Comisión en relación con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y la exclusión de la inmunidad en el marco de las jurisdicciones penales internacionales.

35. Los miembros de la Comisión se pronunciaron también sobre el concepto de “acto oficial” tanto desde la perspectiva de su alcance como desde la perspectiva de su relación con la responsabilidad internacional del Estado. Para algunos miembros de la Comisión todo acto realizado en tanto que “funcionario” o con la apariencia de tal ha de calificarse como acto oficial y se beneficia de la inmunidad. Otros miembros de la Comisión, por el contrario, manifestaron su opinión favorable a definir con perfiles restrictivos el concepto de acto oficial, excluyendo del mismo aquellos comportamientos que puedan constituir, por ejemplo, crímenes internacionales. Algunos miembros de la Comisión se manifestaron a favor de establecer un tratamiento diferenciado del concepto de “acto oficial” respecto de la imputación del acto al Estado en términos de responsabilidad y la imputación del acto al individuo en términos de responsabilidad penal/inmunidad.

36. Las cuestiones procesales incluidas en el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/646) dieron lugar a un debate más limitado. La mayoría de los miembros de la Comisión manifestaron su conformidad con el enfoque general adoptado por el Relator Especial en este ámbito (alegación de la inmunidad, momento y forma en que debe operar, renuncia a la inmunidad, etc.), aunque se manifestaron reservas de un cierto número de miembros de la Comisión en el sentido de que era necesario alcanzar previamente un acuerdo sobre las cuestiones sustantivas contenidas en el segundo informe del Relator Especial antes de abordar la dimensión procesal de la inmunidad.

37. Por último, por lo que se refiere al enfoque que se considera adecuado para el tratamiento del tema por la Comisión, los miembros de la misma manifestaron en los debates distintas opiniones sobre la conveniencia o no de abordar el tema en términos exclusivos de *lege data* o de incorporar igualmente un análisis de *lege ferenda*. Igualmente se expresaron opiniones divergentes sobre la configuración del tema como un tema de “codificación” o un tema que incorpore la dimensión “desarrollo progresivo”. Algunos miembros de la Comisión llamaron la atención sobre la conveniencia de comenzar el análisis partiendo de la *lege data* dada la alta sensibilidad del tema, siendo preferible optar por una aproximación cautelosa. Otros miembros de la Comisión insistieron en la necesidad de que, en cualquier caso, la aproximación de la Comisión al tema se realizase de forma equilibrada, a fin de preservar el necesario contrapeso entre el principio de inmunidad y la lucha contra la impunidad.

C. El debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General

38. La Sexta Comisión de la Asamblea General se ha ocupado en términos sustantivos del tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en sus períodos de sesiones sexagésimo tercero (2008)⁶ y

⁶ Véase A/CN.4/606, párrs. 89 a 110. Véanse igualmente las siguientes actas resumidas de la Sexta Comisión de la Asamblea General: A/C.6/63/SR. 22 a SR. 25.

sexagésimo sexto (2011)⁷. Las intervenciones de los delegados ofrecen igualmente elementos de interés que nos permiten conocer las opiniones de los Estados en relación con los informes del anterior Relator Especial y sobre la inmunidad en su conjunto.

39. El alcance del tema propuesto por el Relator Especial no suscitó especiales comentarios por parte de los Estados, aunque algunos delegados manifestaron la utilidad de tomar en consideración ciertos aspectos relacionados con el principio de jurisdicción universal o con la creación de tribunales internacionales. Otros sugirieron la conveniencia de incluir igualmente la problemática de la inviolabilidad de los funcionarios del Estado, que guarda una estrecha relación con la inmunidad.

40. Alguna delegación declaró expresamente que la inmunidad encuentra su base jurídica en el derecho internacional consuetudinario.

41. Respecto del fundamento de la inmunidad, un cierto número de delegaciones se manifestó a favor de la dimensión funcional, mientras que otro grupo de delegaciones consideraron que se respondía a una dimensión tanto funcional como representativa. Algunas delegaciones se refirieron a la soberanía como fundamento de la inmunidad y una delegación afirmó que el fundamento último de la inmunidad es la protección de la dignidad del Estado. Algunas delegaciones se refirieron también a la necesidad de preservar la estabilidad de las relaciones entre los Estados y a la protección de la capacidad del Estado para desempeñar sus funciones, señalando que debería establecerse un cuidadoso equilibrio entre estos intereses y la prevención de la impunidad.

42. Se manifestaron opiniones a favor de la naturaleza esencialmente procedimental de la inmunidad. Algunos delegados señalaron que la inmunidad no libera al funcionario de la obligación general de respetar la legislación del Estado extranjero ni le libera tampoco de responder por sus actos ante otras jurisdicciones.

43. Se expresaron igualmente opiniones a favor de la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* a fin de determinar el alcance de la inmunidad de los funcionarios del Estado. Con carácter general no se produjeron manifestaciones contrarias al mantenimiento de esta distinción.

44. Por lo que se refiere a las personas que se verían cubiertas por la inmunidad, tampoco en la Sexta Comisión puede apreciarse la existencia de un consenso. Aunque como regla general se aceptó la inmunidad *ratione personae* de la “troika”, también se pidió a la Comisión por alguna delegación que examine la posibilidad de aplicar este tipo de inmunidad a otras personas por razón del cargo de alto nivel que ocupan. En este sentido, alguna delegación afirmó que la inmunidad *ratione personae* solo debería aplicarse a aquellas personas que ocupan cargos representativos. Respecto de la aplicabilidad de la inmunidad con carácter general a todos los funcionarios del Estado, se manifestaron muy distintas posiciones y se pidió a la Comisión que defina el concepto de funcionario.

45. Respecto del alcance de la inmunidad, se manifestaron posiciones contrapuestas. Así, mientras que algunos abogaron por el carácter absoluto de la inmunidad en cualquier caso y la imposibilidad de encontrar excepciones en el derecho consuetudinario, otros afirmaron que la inmunidad es una regla general que

⁷ Véase A/CN.4/650, párrs. 4 a 13. Véanse igualmente las siguientes actas resumidas de la Sexta Comisión de la Asamblea General: A/C.6/66/SR.18 a SR.20, SR.24 y SR.26 a SR.28.

admite excepciones. En este sentido, se manifestaron opiniones favorables a tomar en consideración los crímenes internacionales graves como un criterio para definir excepciones a la inmunidad, incluida la inmunidad *ratione personae* y se pidió a la Comisión que estudiara este tema desde una perspectiva de *lege ferenda*. En el mismo sentido, se hizo también referencia a las normas de derecho imperativo como criterio para definir una posible excepción, así como a los crímenes competencia de tribunales internacionales y a los crímenes incorporados en las legislaciones internas en aplicación del Estatuto de Roma. Por el contrario, alguna delegación señaló que las excepciones a la inmunidad pueden socavar el fundamento de las relaciones internacionales, favorecer falsas acusaciones por razones políticas y provocar, incluso, dudas sobre el respeto de las garantías procesales. En todo caso, algunas delegaciones advirtieron sobre la necesidad de actuar con cautela en relación con el tema de las excepciones a la inmunidad.

46. Algunas delegaciones señalaron igualmente la necesidad de que la Comisión proceda a una definición clara del concepto de “acto oficial”, diferenciando claramente entre el “acto de un funcionario” y el “acto comprendido en las funciones oficiales”.

47. Se suscitó igualmente el tema de la relación entre inmunidad y responsabilidad del Estado, destacando alguna delegación que para abordar correctamente dicho vínculo sería necesario determinar el concepto de “control” en el supuesto de la inmunidad *ratione materiae*.

48. Por último, por lo que se refiere a la aproximación al tema que debería seguir la Comisión de Derecho Internacional, se produjo una importante disparidad en las intervenciones en la Sexta Comisión referidas al papel que le corresponde al análisis *lege lata/lege ferenda*. Se abogó por algunas delegaciones a favor de seguir una aproximación por pasos, que se tradujese en una primera consideración de la *lege lata* para posteriormente ocuparse de cuestiones de *lege ferenda*. Desde otra perspectiva, se apuntó también que la Comisión debería desarrollar su trabajo desde nuevas aproximaciones, ya que el derecho internacional evoluciona y es preciso considerar los cambios que se están produciendo, en particular, en relación con los crímenes internacionales. En este sentido se manifestó la petición de que la Comisión de Derecho Internacional promueva una mayor coherencia en el derecho internacional, logrando un equilibrio entre la necesidad de preservar la estabilidad de las relaciones internacionales y la necesidad de evitar la impunidad de los delitos más graves de derecho internacional.

III. El tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” en el presente quinquenio: cuestiones a considerar

49. El tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado continúa revistiendo un gran interés para los Estados y la comunidad internacional en su conjunto, que se corresponde con una práctica constante pero dubitativa. El debate sobre este tipo de inmunidad está abierto desde hace varias décadas tanto en los ámbitos políticos como jurídicos de los Estados, y al mismo han contribuido y siguen contribuyendo de manera decisiva instituciones académicas y científicas, así como en centros de reflexión en distintos lugares del

mundo, debiéndose citar de modo especial al Instituto de Derecho Internacional⁸. Dicho debate se ha visto enriquecido, además, por la incorporación al mismo de ciertas categorías que constituyen elementos irrenunciables del derecho internacional contemporáneo, tales como la definición de la responsabilidad penal internacional del individuo, la creación de tribunales penales internacionales y, en general, la puesta en marcha de mecanismos adecuados para la lucha contra la impunidad respecto de los más graves crímenes internacionales. Por último, no puede olvidarse que la Corte Internacional de Justicia ha aportado importantes elementos al debate a través de diversos casos suficientemente conocidos y ya analizados por el anterior Relator Especial, a los que ha venido a sumarse recientemente la sentencia de la Corte, de 3 de febrero de 2012, en el asunto *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; intervención de Grecia)*⁹. Esta sentencia merece ser objeto de una consideración especial por cuanto contiene elementos metodológicos de interés para el tratamiento de la inmunidad del Estado, cuya eventual incidencia sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado deberá ser analizada por la Comisión.

50. Por otro lado, tal y como se desprende de la visión de conjunto que se ha presentado en la sección II del presente informe preliminar, el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado está lejos de ser un tema pacífico. Por el contrario, los distintos elementos aportados por el Relator Especial Kolodkin en sus tres informes han dado lugar a un amplio e interesante debate en el que se pueden identificar posiciones diferentes y, muchas veces, opuestas en torno a ciertos conceptos y categorías básicas propuestas en los citados informes.

51. En este marco, la Comisión de Derecho Internacional debe continuar sus trabajos sobre este tema. Y debe hacerlo de forma sistemática y estructurada, a fin de conseguir un tratamiento eficaz y eficiente del tema. Ello exige un esfuerzo suplementario de clarificación metodológica, así como un esfuerzo de clarificación conceptual. Y ello con una doble finalidad. En primer lugar, minorar al máximo la presencia de zonas grises que favorecerían eventuales confusiones en un tema que está necesitado de una rápida y suficiente clarificación. Y, en segundo lugar, definir una hoja de ruta que permita, con la mayor fiabilidad posible, responder a la petición de la Asamblea General de que el tema sea tratado con carácter prioritario por la Comisión de Derecho Internacional.

52. En el presente estadio de los trabajos, dicho esfuerzo de clarificación conceptual y metodológica se ha de concretar en la identificación de los principales puntos de controversia que subsisten en la actualidad, sobre los que deberá proyectarse el trabajo futuro de la Relatora Especial y de la Comisión.

53. Atendiendo a estos criterios, en las próximas páginas se abordarán por separado los siguientes temas: la distinción y relación entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*, así como el fundamento de ambas categorías a fin de determinar si cada una de ellas debe ser objeto de un régimen

⁸ Véase el interesante análisis de los trabajos del Instituto realizado por el Relator Especial Kolodkin en su informe preliminar (A/CN.4/601, sección III.B), así como las referencias que él mismo hace a las más recientes resoluciones del Instituto en sus informes.

⁹ Debe llamarse igualmente la atención sobre las opiniones individuales de los jueces Koroma, Keith y Bennouna, así como sobre las opiniones disidentes de los jueces Cançado Trindade y Yusuf y del entonces juez *ad hoc* Gaja.

jurídico diferenciado (sección A); la distinción y relación entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional del individuo y su incidencia en la inmunidad (sección B); la inmunidad *ratione personae* (sección C); la inmunidad *ratione materiae* (sección D); y, finalmente, una referencia a los aspectos de dimensión procesal vinculados a la inmunidad (sección E).

A. Inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*

54. El Relator Especial Kolodkin recogió en su informe preliminar la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*. De esta manera se hizo eco de una clásica distinción que tiene su reflejo en la práctica y en la doctrina. La citada distinción entre ambas categorías de inmunidad ha tenido igualmente su reflejo en los debates de la Comisión de Derecho Internacional, así como en los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General. Es, indudablemente, una distinción existente en la práctica y cuyo mantenimiento parece constituir uno de los escasos puntos de consenso que se han consolidado hasta la fecha.

55. Sin embargo, el consenso sobre la citada distinción parece limitarse únicamente a la existencia de la misma, sin que sea posible encontrar una posición uniforme o tendencialmente uniforme sobre dos cuestiones que son esenciales para definir el trabajo futuro de la Comisión en este ámbito, a saber: a) si la distinción conceptual entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* se traduce o debe traducirse en la configuración de dos regímenes jurídicos diferenciados; y b) si a pesar de la citada distinción conceptual existen elementos básicos que permitan predicar una cierta unidad respecto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

56. En relación con el primero de los aspectos, puede considerarse que la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* es la aproximación metodológica más adecuada al tema, ya que permite tomar en consideración de forma separada las circunstancias propias y especialísimas en que opera cada una de estas categorías. En segundo lugar, contribuye a evitar situaciones de confusión y zonas grises que, sin embargo, se dan con más frecuencia de la que sería deseable en la práctica e, incluso, en la jurisprudencia y la doctrina. Y, en tercer lugar, permite abrir una vía de tratamiento diferenciado de los regímenes jurídicos que deban aplicarse en uno u otro caso. La Comisión puede considerar de interés el seguir este planteamiento metodológico de separación nítida entre dos categorías de inmunidad y definir, paralelamente, dos regímenes jurídicos diferenciados aplicables a cada una de ellas. Esta aproximación metodológica resulta tanto más necesaria cuanto los trabajos precedentes no permiten proceder claramente a esta diferenciación.

57. En relación con el segundo de los elementos antes mencionados, ha de destacarse que la diferenciación entre dos categorías de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*ratione personae* y *ratione materiae*) se ha de producir sin perjuicio de la constatación de un elemento que no está sometido a controversia alguna. A saber, que ambas categorías de inmunidad obedecen a un mismo y único fin, que no es otro que preservar principios, valores e intereses de la comunidad internacional considerada en su conjunto y que no se otorgan al beneficiario en términos abstractos al margen de su relación con el Estado, del desempeño por el mismo de funciones representativas u otras del Estado

y, por último, para preservar el desarrollo de tales funciones y la estabilidad de las relaciones internacionales. Por consiguiente, al margen de otros fundamentos específicos de cada una de estas categorías de inmunidad, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, entendida en su conjunto, presenta un inequívoco carácter funcional vinculado a la preservación de principios y valores de la comunidad internacional. Carácter funcional de alcance general que no puede reducirse exclusivamente a la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae*, a pesar de que el uso venga reservando el término de inmunidad funcional para este tipo de inmunidad.

58. Este carácter funcional de la inmunidad entendido en sentido amplio constituye la clave de bóveda de la inmunidad y, por tanto, a juicio de la Relatora Especial, debe constituir un elemento central en los trabajos de la Comisión sobre este tema. Solo tomando en consideración este elemento es posible entender y contribuir a construir sólidamente un sistema de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado que se inserte sin distorsiones en el Derecho internacional contemporáneo, garantizando que la citada inmunidad no entrará en colisión innecesaria con otros principios y valores de la comunidad internacional igualmente incorporados en la actualidad al derecho internacional. Ello permitirá una aproximación equilibrada a la institución de la inmunidad objeto del presente informe, facilitando la definición de uno o varios regímenes jurídicos que aporte seguridad a la práctica y a las relaciones internacionales.

B. Responsabilidad internacional del Estado y responsabilidad internacional del individuo: incidencia en la inmunidad

59. Un segundo elemento que ha sido objeto de debate en los trabajos previos es el relativo a la relación entre responsabilidad internacional del Estado y responsabilidad internacional del individuo y su eventual incidencia en el plano de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. El debate se ha suscitado, esencialmente, en el marco de la definición del concepto de “acto oficial” y la imputación del mismo al Estado. Por consiguiente, es un debate que se ha desarrollado especialmente en el marco de la inmunidad *ratione materiae*, pero que se proyecta también sobre la inmunidad *ratione personae* en la medida en que la misma cubre también la inmunidad respecto de los actos oficiales.

60. La clarificación de esta relación es esencial para definir la aproximación metodológica a la inmunidad y, además, está llamada a tener importantes consecuencias igualmente en el plano del régimen o regímenes jurídicos aplicables a ambas categorías de inmunidad. Por consiguiente, la Comisión puede tener interés en abordar este tema en los primeros momentos de su trabajo en el presente quinquenio. Para ello, deberán tenerse en cuenta las normas y principios de derecho internacional especialmente aplicables a la inmunidad y a la responsabilidad del Estado, así como las restantes normas y principios del derecho internacional contemporáneo aplicables a la responsabilidad penal internacional del individuo que configuran un conjunto de normas, principios y valores de la comunidad internacional dirigidos a la lucha contra la impunidad.

C. La inmunidad *ratione personae*

61. Como ya se ha señalado más arriba, el concepto de inmunidad *ratione personae* no es objeto de controversia, siendo generalmente aceptado que se trata de aquella inmunidad de que gozan ciertas personas individualmente identificadas por razón del cargo especialmente destacado que ocupan en el Estado, tanto respecto de sus actos privados como de los actos oficiales que realicen por razón del cargo que desempeñan. Dicho cargo, así como las funciones inherentes al mismo, explicarían el reconocimiento de una inmunidad frente a las jurisdicciones penales del Estado extranjero. Sin embargo, si bien el concepto de inmunidad *ratione personae* no es en sí mismo controvertido, la definición de sus perfiles está sometida a debate, sin que sea posible encontrar hasta la fecha una posición generalmente aceptada. Ello se refleja en los informes del anterior Relator Especial y, muy especialmente, en los debates de la Comisión de Derecho Internacional y de la Asamblea General.

62. Así, tan solo puede concluirse que hay una posición común en torno a tres aspectos básicos: la vinculación de la inmunidad *ratione personae* al desempeño de cargos de especial relevancia en el Estado (sin consenso suficiente sobre cuales sean dichos cargos); su aplicabilidad a todos los actos realizados por el beneficiario (privados y oficiales); y el carácter temporal de la inmunidad *ratione personae*, que finaliza en el mismo momento en que la persona afectada deja de desempeñar el cargo que le hace beneficiaria de la inmunidad. Por el contrario, subsisten posiciones distintas, en especial, respecto de dos cuestiones esenciales, a saber: la lista de personas que podrían beneficiarse de la inmunidad *ratione personae*, de un lado, y el carácter absoluto o restringido de la inmunidad. Ambos elementos deberán constituir, por tanto, el núcleo central del tratamiento del tema por la Comisión de Derecho Internacional en el futuro.

63. En relación con el primero, la práctica estatal, la doctrina y la jurisprudencia parecen conducir hacia la identificación de un consenso emergente en torno a la “troika” (jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores) cuyos componentes se beneficiarían siempre de la inmunidad. Sin embargo, en ocasiones se han elevado voces a favor de la identificación de otras personas y/o cargos que podrían beneficiarse igualmente de la inmunidad, sin que sea posible identificar consenso alguno en torno a cuales sean dichas personas y/o cargos. Por tanto, la Comisión podría considerar útil el análisis de la práctica, así como de los principios de derecho internacional aplicables, a fin de responder a tres cuestiones distintas pero complementarias, a saber: ¿es posible que la inmunidad de responsabilidad penal extranjera se aplique a personas distintas de aquellas que integran la troika? En caso de respuesta positiva: ¿cuáles son las personas/cargos distintos de la troika que serían beneficiarias de la inmunidad; o, al menos, cuales son los criterios que podrían servir para identificarlas? Y, finalmente, la lista de beneficiarios de la inmunidad ¿es o debe ser una lista cerrada o una lista abierta?

64. Respecto del carácter absoluto o restringido de la inmunidad *ratione personae*, hasta la fecha se han expresado dos posiciones opuestas. Para una cierta posición este tipo de inmunidad no admite excepción alguna y, por consiguiente, es oponible a cualquier acto realizado por las personas beneficiadas por la inmunidad. Para otros, por el contrario, ciertos actos realizados por un jefe de Estado, jefe de gobierno, ministro de relaciones exteriores o, en su caso, otra persona potencialmente beneficiaria de la inmunidad, no estarían cubiertos por esta si se trata de un acto contrario a normas de *ius cogens* o que puedan ser calificados como

crímenes internacionales. La Comisión podría considerar útil abordar esta cuestión teniendo en cuenta, entre otros y de modo particular, los siguientes elementos: la particularísima posición de los beneficiarios de la inmunidad en el sistema estatal y en el sistema propio de las relaciones internacionales; los intereses, valores y principios del derecho internacional en presencia; el carácter funcional de toda inmunidad y su especial configuración respecto de esta categoría, y, por último, la aplicabilidad o no de un eventual principio de interpretación restrictiva respecto de la institución de la inmunidad.

D. La inmunidad *ratione materiae*

65. El concepto de inmunidad *ratione materiae* tampoco es, en términos abstractos, objeto de controversia. Con dicha denominación se hace referencia en los trabajos previos de la Comisión de Derecho Internacional, en la práctica, en la jurisprudencia y en la doctrina, a la inmunidad de que se beneficiarían ciertas personas que actúan como funcionarios o agentes del Estado, respecto de aquellos actos oficiales que hayan realizado en tal calidad o condición. Sin embargo, alguno de los elementos integrantes de este concepto han sido objeto de interpretaciones distintas y contrapuestas que minoran el eventual consenso existente sobre la propia definición de inmunidad *ratione materiae*. Junto a ello, en los debates celebrados en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión de la Asamblea General se han suscitado igualmente otros puntos de controversia que es necesario abordar a fin de definir un eventual régimen jurídico aplicable a esta categoría de inmunidad. La citada controversia se refiere, en lo esencial, a las siguientes cuestiones: a) la definición del alcance subjetivo de la inmunidad *ratione personae*, que fue vinculado por el Relator Especial Kolodkin al concepto genérico de funcionario; b) la definición de “acto oficial” y su relación con la responsabilidad del Estado; y c) el carácter absoluto o restringido de la inmunidad.

66. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, no puede dejar de subrayarse que la terminología empleada por el Relator Especial Kolodkin para referirse a las personas beneficiarias de la inmunidad introduce un componente de indefinición que conviene aclarar. En especial porque el término “funcionario” (“official” en inglés, “fonctionnaire” en francés) no se corresponde necesariamente con una sola categoría general de personas al servicio del Estado, existiendo una gran variedad de situaciones en función de los regímenes jurídicos nacionales. En consecuencia, la Comisión podría considerar útil reflexionar nuevamente sobre la conveniencia de utilizar un término que sea más acorde con la realidad subjetiva que constituye la base de la inmunidad *ratione materiae*.

67. En segundo lugar, el concepto de acto oficial ha sido igualmente objeto de fuertes controversias, tanto por lo que se refiere al concepto en sí mismo considerado como por lo que se refiere a las consecuencias que dicho concepto debe tener respecto de la inmunidad. En particular, la Comisión puede considerar útil proceder a una diferenciación entre acto oficial y acto ilegal, de un lado; entre acto oficial y atribución del acto al Estado, por otro; y, por último, entre responsabilidad del Estado y responsabilidad penal del individuo potencialmente derivadas ambas del mismo acto oficial. Esta caracterización del acto oficial deberá hacerse a la luz de la práctica, de los principios de derecho internacional aplicables, así como de los valores de la comunidad internacional en presencia. Por último, deberán tomarse en

consideración igualmente la aplicabilidad o no de criterios de interpretación restrictiva a este tipo de inmunidad.

68. Por último, no existe tampoco un consenso suficiente sobre la posibilidad de introducir o no excepciones a esta categoría de inmunidad, en particular vinculadas con la violación de normas de *ius cogens* o con la comisión de crímenes internacionales. El debate se plantea en términos similares a los antes señalados en relación con la inmunidad *ratione personae*, aunque debe destacarse que la posibilidad de introducir una excepción para la inmunidad *ratione materiae* parece haber recibido mayor apoyo que en el caso de la inmunidad *ratione personae*. En cualquier caso, el análisis de esta cuestión por parte de la Comisión debe realizarse sobre la base de los mismos parámetros antes mencionados en relación con la inmunidad *ratione personae*, debiéndose tomar igualmente en consideración si las diferencias entre cada una de estas categorías de inmunidad debe jugar o no algún papel.

E. Aspectos procesales de la inmunidad

69. Como consecuencia de su propia naturaleza, el ejercicio efectivo de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se produce necesariamente en el marco de un proceso judicial, pudiendo incluso plantearse la cuestión de su aplicabilidad en una fase previa, en cierta medida tendencialmente preparatoria, de dicho proceso judicial. Por consiguiente, los aspectos procesales de la inmunidad constituyen un elemento necesario e irrenunciable del tratamiento del tema. El Relator Especial Kolodkin dedicó su tercer informe (A/CN.4/646) a dichas cuestiones. Aunque el citado informe no fue objeto de un amplio debate en la Comisión, puede concluirse que las cuestiones relativas a la forma de alegación de la inmunidad, el momento de alegación, o la eventual renuncia a la inmunidad, entre otras, han sido percibidas menos controvertidas que las cuestiones sustantivas antes abordadas en el presente informe.

70. Por consiguiente, la Relatora Especial considera que este último bloque de cuestiones debería ser objeto de análisis específico en último lugar, a fin de determinar —entre otros extremos— si es posible establecer un único régimen procesal común a la inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae* o si, por el contrario, la especificidad de cada una de estas categorías ha de tener igualmente como consecuencia la definición de reglas procesales distintas para cada una de ellas. Ello no significa, sin embargo, que se deban ignorar ciertos aspectos procesales en el tratamiento de las cuestiones sustantivas antes mencionadas, en la medida en que el carácter esencialmente procesal de la inmunidad así lo exija.

IV. Plan de trabajo

71. El trabajo futuro de la Comisión de Derecho Internacional no puede ni debe ignorar los trabajos previos de la Comisión. Sin embargo, partiendo de las consideraciones metodológicas antes formuladas, la Relatora Especial entiende que es preciso definir un nuevo plan de trabajo que deberá desarrollarse a lo largo del próximo quinquenio.

72. Dicho plan de trabajo debe concentrarse en los temas controvertidos a los que antes se ha hecho referencia, abordándolos de manera sistemática, ordenada y estructurada. A tal fin, la Relatora Especial considera útil agrupar dichas cuestiones en los cuatro bloques que se señalan a continuación:

1. Cuestiones generales de naturaleza metodológica y conceptual
 - 1.1 La distinción entre inmunidad *ratione materiae* e inmunidad *ratione personae* y sus consecuencias
 - 1.2 La inmunidad en el sistema de valores y principios del derecho internacional contemporáneo
 - 1.3 Las relaciones entre inmunidad, de un lado, y responsabilidad del Estado y responsabilidad penal del individuo, de otro
2. La inmunidad *ratione personae*
 - 2.1 Personas beneficiarias de la inmunidad
 - 2.2 Ámbito material de la inmunidad: actos privados y actos oficiales
 - 2.3 Carácter absoluto o restringido de la inmunidad: en particular el lugar que ocupan o deben ocupar los crímenes internacionales
3. La inmunidad *ratione materiae*
 - 3.1 Personas beneficiarias de la inmunidad: la controversia terminológica residual y el concepto de funcionario
 - 3.2 Concepto de acto oficial y relación con la responsabilidad del Estado
 - 3.3 Carácter absoluto o restringido de la inmunidad: excepciones y crímenes internacionales
4. Los aspectos procesales de la inmunidad

73. La Relatora Especial ha mantenido ya una sesión de consultas officiosas con los miembros de la Comisión el pasado 30 de mayo. Se reproduce a continuación la lista de preguntas que se sometieron a consideración de los miembros de la Comisión en dichas consultas officiosas, que deben leerse conjuntamente con los bloques de cuestiones mencionados más arriba, a algunos de los cuales se refieren y concretan:

Algunas cuestiones generales de naturaleza metodológica y conceptual

- ¿Cuál es la base jurídica y sociológica de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado?
- ¿Podría servir la inmunidad de instrumento de protección y de garante de algunos principios y valores de la comunidad internacional?
- ¿Deberían equilibrarse esos principios y valores con otros principios y valores de la comunidad internacional?
- ¿Cuál es el lugar del enfoque funcional de la inmunidad?
- ¿Es útil enfocar el tema conservando la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*?

- ¿Cuáles serían las consecuencias de ese enfoque? ¿Dos regímenes jurídicos diferentes?
- ¿Debería estar presente en el enfoque del tema el vínculo entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad individual? Si así fuera, ¿cuál debería ser ese vínculo?
- ¿Tiene razón de ser la distinción entre fondo y procedimiento al abordar el tema?

Inmunidad ratione personae

- Personas con derecho a inmunidad: ¿enfoque limitado o amplio? ¿Lista cerrada o abierta?
- Alcance de la inmunidad: ¿Tratamiento igual o diferente para los actos oficiales y los actos privados?
- ¿Podría haber cabida para los delitos internacionales en el enfoque de la inmunidad *ratione personae*?

Inmunidad ratione materiae

- Cuestión de terminología: ¿Son los términos “official”, “fonctionnaire” y “funcionario”, los más precisos para la descripción de las personas con derecho a inmunidad?
- El concepto de “acto de carácter oficial”: ¿enfoque limitado o amplio? ¿Cuál es el vínculo con la responsabilidad del Estado?
- ¿Podría haber margen para excepciones, en términos generales, con respecto a la inmunidad *ratione materiae*? Si así fuera, ¿cuáles serían?
- ¿Podría haber cabida para los delitos internacionales en el enfoque de la inmunidad *ratione materiae*?

74. Respecto de cada una de las cuestiones apuntadas, y otras que sea necesario abordar colateralmente, la Relatora Especial se propone formular proyectos de artículos que serán sometidos progresivamente a la Comisión. Por lo que se refiere a la forma final que deberá revestir el resultado de este trabajo, es prematuro en la actualidad formular propuesta alguna, aunque no cabe ignorar la dimensión normativa del tema.

75. En relación con el método de trabajo que la Relatora Especial se propone aplicar en el tratamiento de los temas pendientes, se desea llamar la atención de la Comisión sobre el hecho de que se considera como método más adecuado un tratamiento separado, y paso a paso, de los distintos bloques de cuestiones pendientes. La Relatora Especial está convencida de que este método, que permite aislar los temas necesitados de análisis, facilitará la estructuración de un debate que presenta la dificultad de referirse a un número elevado de cuestiones y que, además, afecta a temas sensibles y de gran complejidad. De esa manera, se facilitará el alcanzar resultados concretos en un período más corto de tiempo.

76. La Relatora Especial considera igualmente que será imprescindible seguir realizando un detallado seguimiento de la práctica, entendida en un sentido amplio. Y, para ello, seguirá utilizando el memorando elaborado por la Secretaría en 2009 (A/CN.4/596 y Corr.1), incorporando la nueva práctica que se ha producido con posterioridad y que no ha sido ya recogida por el anterior Relator Especial en sus tres informes.

77. Por último, en relación con el debate sobre la aproximación al tema desde una perspectiva de *lege lata* y/o de *lege ferenda*, la Relatora Especial desea señalar que, a su juicio, el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no puede abordarse únicamente desde una sola de las perspectivas señaladas. Por el contrario, considera que ambos elementos deberán ser tomados en consideración en los trabajos futuros de la Comisión, si bien es plenamente consciente de la utilidad de partir inicialmente de consideraciones de *lege lata*, para incorporar posteriormente un análisis de *lege ferenda* en los temas que lo requieran. Este enfoque permitirá abordar el tema de forma equilibrada y es plenamente coherente con el mandato de la Comisión de Derecho Internacional de atender simultáneamente a la codificación y al desarrollo progresivo de este ordenamiento jurídico.
