

ÍNDICE

1. Introducción	1
2. Diferencias entre las teorías	2
2.1. Teoría de que es consecuencia de la responsabilidad del Estado.....	3
2.2. Teoría de que es consecuencia de la inmunidad soberana del Estado	6
3. Reexaminación desde el punto de vista del concepto de “ <i>droit de s’auto-organiser</i> ”	8
4. Relación con la excepción de los crímenes internacionales	10
5. Relación con la excepción de los crímenes internacionales	11

Reexaminación de la base jurídica de la inmunidad *Ratione Materiae*

Hideki Akiyama
Universidad Complutense de Madrid

1. Introducción

El objetivo de este artículo es reexaminar la base jurídica de la inmunidad *ratione materiae* de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y a través de la reexaminación, aclarar su ámbito material, particularmente su relación con los crímenes internacionales.

Durante el siglo XX, la comunidad internacional se enfrentaba a numerosas violaciones graves de los derechos humanos, así como a la cuestión de la inmunidad de los perpetradores, reconociéndose a su vez que los Estados tenían la responsabilidad de poner fin a la impunidad y perseguir a los perpetradores de estos graves delitos¹. En este sentido, aunque algunos Estados establecieron la jurisdicción universal con el fin de castigar a los responsables con respecto a los crímenes internacionales², la inmunidad de los funcionarios del Estado desempeñaba un papel fundamental a la hora de obstaculizar el ejercicio de referida jurisdicción universal extranjera.

El problema más grave es la falta de claridad de las normas de la inmunidad de los funcionarios del Estado, en particular, con respecto a la relación con los crímenes internacionales. Por ello, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) incluyó un *Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal internacional de los funcionarios del Estado* en su programa de trabajo en 2007, aprobando la primera lectura de este Proyecto en 2022 y decidiendo remitirla a los Gobiernos para que formularan comentarios y observaciones³. Ahora bien, las opiniones sobre el artículo 7 del Proyecto, que estipula excepción a la inmunidad *ratione materiae* en caso de

¹La resolución 1265 del Consejo de Seguridad “La Protección de civiles en conflictos armados”, S/RES/1265 (17 de septiembre de 1999), párr. 6, disponible en: <https://undocs.org/S/RES/1265>.

² Chiara Marullo, María, *Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal: la experiencia española*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2017, pp. 208-259.

³Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, “Informe sobre trabajo de 73er período de sesiones”, Capítulo VI, 2022, A/77/10, pp. 205-211, disponible en: <https://undocs.org/A/77/10>.

crímenes internacionales, están divididas no sólo entre los miembros de la CDI⁴, sino también entre los Gobiernos⁵

Gran parte de esta controversia emana de la falta de comprensión compartida de la base de la norma de la inmunidad *ratione materiae*⁶, no obstante, existe la sensación de que los informes de los Relatores especiales y el debate en la CDI no se han centrado lo suficiente en las bases por las que se conceden la inmunidad *ratione materiae* a los funcionarios del Estado.

A este respecto, con el fin de definir el ámbito material de la inmunidad *ratione materiae* y sus posibles excepciones en caso de crímenes internacionales, una solución que puede contribuir a este fin puede ser examinar la base de dicha inmunidad, puesto que la base se considera vinculada al ámbito material de la inmunidad. Por ejemplo, a los agentes diplomáticos no se les concede inmunidad simplemente para “garantizar el desempeño eficaz de las funciones”, sino que, debido a su función de “representantes de los Estados”⁷, se les concede una inmunidad más amplia y sólida que a los consulados.

Por ende, el presente artículo examinará la base de la inmunidad *ratione materiae* e intentará aclarar su significado.

2. Diferencias entre las teorías

En el derecho internacional, se entiende que el ámbito material de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado se limita a sus “actos oficiales”⁸ o “actos realizados a título oficial”⁹, aunque su alcance exacto es ambiguo. Si bien a diferencia de la inmunidad *ratione personae*, que protege a determinados altos

⁴Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, “Informe sobre la labor realizado en su sexagésimo noveno período de sesiones”, Capítulo VII, *Anuario de la CDI, vol II, segunda parte*, 2017, A/CN.4/SER.A/2017/Add.1 (Part.2), pp. 125, párr. 74, disponible en: <https://undocs.org/A/CN.4/SER.A/2017/Add.1> (Part.2). La votación sobre el artículo 7 fue registrada por 21 votos afirmativos, 8 votos contra y 1 abstención. También uno de los miembros que votó contra notó que “el informe podía haber indicado con más claridad si se proponía determinar el alcance del derecho internacional existente (*lex lata*), si seguía una tendencia emergente al establecimiento de normas deseables (*lex ferenda*) o si aspiraba a crear «derecho nuevo»”. *Ibid.*, p. 128, párr. 102.

⁵Véase siguientes comentarios y observaciones de los Gobiernos acerca de la primera lectura sobre inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Naciones Unidas, Asamblea General, “Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos”, A/CN.4/771 (7 de mayo de 2024), disponible en: <https://undocs.org/A/CN.4/771>, A/CN.4/771/Add.1 (7 de mayo de 2024), disponible en: <https://undocs.org/A/CN.4/771/Add.1>, y A/CN.4/771/Add.2 (29 de abril de 2024), disponible en: <https://undocs.org/A/CN.4/771/Add.2>.

⁶Rosanne, van Alebeek, “Functional Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of Foreign National Courts”, en *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Tom Ruys (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 496.

⁷*Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*, Viena, 18 de abril de 1961, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 500, p. 95, disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-3&chapter=3&clang=_en.

⁸Cassese, Antonio, *When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case*, en European Journal of International Law, vol. 13, núm. 4, 2002, p. 855, Universidad de Oxford, Oxford, Reino Unido.

⁹NNUU, CDI, A/77/10... op. cit., pp. 205-211.

cargos de funcionarios de la jurisdicción penal extranjera no sólo por actos realizados a título oficial sino también por actos realizados a título privado¹⁰, la inmunidad *ratione materiae* tienen un ámbito de protección limitado.

Si se entiende así, como se analizó en el Memorando redactado por la Secretaría de las Naciones Unidas, debe resolverse la calificación de si un acto fue realizado a título oficial o privado¹¹, y se presentaron dos métodos de la calificación: el primer es el criterio de que el acto puede ser atribuible al Estado en el contexto de la responsabilidad del Estado¹², y el segundo es la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*, que se ha utilizado en el contexto de la inmunidad soberana del Estado¹³.

La existencia de estos criterios distintos está vinculada a las diferentes razones de la inmunidad *ratione materiae*.

2.1. Teoría de que es consecuencia de la responsabilidad del Estado

Según Antonio Cassese, la inmunidad *ratione materiae* se basa en la idea de que un funcionario del Estado no es responsable ante otros Estados de los actos que realizó en el ejercicio de sus funciones oficiales y que, por lo tanto, estos actos deben ser atribuidos al Estado¹⁴. Él insiste en que la inmunidad *ratione materiae* es una *defensa sustantiva*, en otras palabras, los funcionarios del Estado no están exonerados de cumplir ni el derecho internacional ni el derecho sustantivo del extranjero, pero si las violan, la responsabilidad por esa violación se atribuye a su Estado, no al funcionario individual¹⁵.

Los académicos que adoptan esta teoría han citado el asunto de *McLeod*, que es relevante al asunto de *Caroline*, puesto que es un antecedente en el que apareció esa idea de que se excluyera la responsabilidad individual de un funcionario, surgiendo en su lugar la responsabilidad del Estado¹⁶. En este asunto, surgió la cuestión de la legalidad la persecución penal estadounidense contra *McLeod*, en la que el Reino Unido y Estados Unidos intercambiaron cartas. El Sr. Webster, secretario del Estado estadounidense, contestó a la reclamación inglesa con siguientes palabras:

¹⁰Cristoph Burchard, “Articule 27: Irrelevance of official capacity”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 3^a ed., Otto, Triffterer y Kai, Ambos (ed.), Verlag C.H. Beck, Munich, Alemania, 2016, p. 1039.

¹¹Naciones Unidas, Asamblea General, “Memorando de la Secretaría sobre Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, A/CN.4/596 (31 de marzo de 2008), párr. 155, disponible en: <https://undocs.org/A/CN.4/594>

¹²*Ibid.*, párr. 156.

¹³*Ibid.*, párr. 161.

¹⁴Cassese, Antonio, *When... op. cit.*, p. 862.

¹⁵Cassese, Antonio y Gaeta, Paola, *Cassese's International Criminal Law*, 3^a ed., Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2013, p. 318.

¹⁶Akande, Dapo y Shah, Sangeeta, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, en European Journal of International Law, vol. 21, núm. 4, 2011, p. 826, Oxford University, Oxford, Reino Unido.

“que un individuo que forma parte de una fuerza pública, y que actúa bajo la autoridad de su Gobierno, no debe ser considerado responsable, como un intruso privado o malhechor, es un principio de derecho público reconocido por los usos de todas las naciones civilizadas, y que el Gobierno de los Estados Unidos no tiene ninguna inclinación a discutir. (...) pero tanto si el proceso es penal como civil, el hecho de haber actuado bajo autoridad pública y obedeciendo órdenes de superiores legítimos debe considerarse una defensa válida; de lo contrario, los individuos serían considerados responsables de los daños resultados de los actos del Gobiernos, e incluso de las operaciones de la guerra pública”¹⁷

Está teoría se caracteriza por haber sido explicada basándose en la sentencia representativa del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia. En el asunto de *Blaškić*, Croacia había impugnado el poder legal y la autoridad del Tribunal Penal Internacional para emitir órdenes obligatorias a los funcionarios del Estado croata para que presentaran ciertos documentos. La Sala de Apelaciones señaló que el tribunal Internacional no podía imponer estas órdenes a los funcionarios del Estado actuando a título oficial. Estos funcionarios son “instrumentos meros de su Estado y sus actos oficiales pueden solamente ser atribuidos al Estado”, es decir, “los funcionarios del Estado no pueden sufrir las consecuencias de actos ilícitos que no les sean atribuibles personalmente, sino al Estado en cuyo nombre actúan: gozan de la denominada «inmunidad funcional»”¹⁸.

Con respecto a la lógica de que la atribución de los actos de los funcionarios al Estado elimina la responsabilidad individual en el derecho sustantivo, se indica que parece estar en armonía con el régimen de atribuciones de los actos al Estado en el contexto de la responsabilidad del Estado¹⁹. El primer Relator Especial, Kolodkin, estimó en su segundo informe que “es correcto utilizar el criterio de atribución de un comportamiento de un funcionario al Estado para determinar si el funcionario goza de inmunidad *ratione materiae* y cuál es el alcance de esa inmunidad”²⁰.

La plausibilidad de utilizar el criterio de la atribución de los actos al Estado fue mostrada en el asunto de *Enrica Lexie*, en el que el Tribunal arbitral hizo

¹⁷Yewdall Jennings, Robert, *The Caroline and McLeod Cases*, en American Journal of International Law, vol. 32, núm. 1, 1938, p. 94, American Society of International Law, Washington D.C., Estados Unidos. Este principio fue parafraseado en el reportaje redactado en 20 de noviembre de 1984 por Reino Unido como siguiente: “El principio del Derecho Internacional de que un individuo que realiza un acto hostil autorizado o ratificado por el gobierno del que es miembro no puede ser considerado individualmente responsable como intruso privado o malhechor, sino que el acto se convierte en un acto del que el Estado al que pertenece es en tal caso el único responsable, es un principio demasiado bien establecido para ser discutido ahora; de hecho, es claramente admitido por el Sr. Webster.” *Ibid.*, p. 97.

¹⁸Asunto de *Blaškić*, Sentencia de 29 de octubre de 1997, Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia. párr. 38. La Sala de Apelaciones citó como pruebas no solo el caso de McLeod, sino también el de Eichmann.

¹⁹NNUU, AG, “Memorando...” A/CN.4/596, *op. cit.*, párr. 156.

²⁰Naciones Unidas, Roman Anatolyevitch, Kolodkin, “Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, *Anuario de la CDI*, vol. II, primera parte, A/CN.4/631 (10 de junio de 2010), p. 436, párr. 24, disponible en: <https://undocs.org/A/CN.4/631>

referencia a las normas de la atribución de los actos al Estado con el fin de decidir la aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* y examinó si los actos realizados por dos marineros italianos caían en el alcance de sus funciones oficiales. El Tribunal arbitral presentó el punto de vista de Kolodkin y los artículos 4.1 y 4.2 del Proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícito, dictando que “existe una presunción en derecho internacional de que el Estado tiene razón al calificar la conducta de su funcionario como de carácter oficial en su naturaleza”²¹. En este caso, los marines italianos estaban, no sólo como miembros de la fuerza armada italiana, ejerciendo una función estatal, sino también como agencia de policía judicial de destacamento de protección de buques (VPD) cuando abordaron a la *Enrica Lexie*. Aunque la *Enrica Lexie* fuera un barco mercantil y no buque de guerra, no afectaría “su estatus y el carácter de su misión como parte del VPD, realizando actos a título oficial atribuibles al Estado italiano”²².

En cuanto a dicho fallo, debe destacarse que el Tribunal arbitral no dijo nada de que el marinero italiano no tendría la responsabilidad individual, si bien, su conclusión podría derivarse de la idea recogida en el asunto de *Blaškić*²³.

Aunque esta teoría está basada en la opinión de ciertos académicos y varias sentencias como las mencionadas, existen ciertas críticas. En primer lugar, siempre y cuando algunos autores insisten en que la naturaleza de la inmunidad no es procesal, sino sustantiva, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha tomado la postura contraria²⁴. Como señaló la CIJ en la sentencia del asunto de la *orden de detención*, la inmunidad no es el sinónimo de la impunidad, es decir, “la inmunidad jurisdiccional es de naturaleza procesal, pudiendo impedir el enjuiciamiento durante un determinado período o por determinados delitos, pero no puede exonerar a la persona a la que se aplica de toda responsabilidad penal”²⁵. Además, la segunda Relatora Especial, Escobar Hernández, presentó el concepto de “un acto, dos responsabilidades”²⁶, que el “mismo comportamiento puede dar lugar a dos

²¹Asunto de la *Enrica Lexie* (*República Italiana/República de India*), Fallo de 21 de mayo de 2020, Tribunal arbitral formado bajo el Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, (Caso No. 2015-28), p. 244, párr. 858.

²²*Ibid.*, pp. 244-245, párr. 859.

²³Kentaro Wani, *The “Enrica Lexie” Incident (the Italian Republic v. the Republic of India)*, *An Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, Award*, 21 May 2020, en *Osaka Law Review*, vol. 71, núm. 1, 2021, p. 257, Osaka University, Osaka, Japón.

²⁴Por ejemplo, Ramona, Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, 1^a ed., Brill Nijhoff, Boston, 2015, pp. 19-20.

²⁵Asunto de la *orden de detención de 11 de abril de 2000* (*República Democrática del Congo/Bélgica*), CIJ Recueil 2002, p. 26, párr. 60, en adelante *Orden de Detención*. La CIJ reiteró la naturaleza procesal de la inmunidad en el contexto de la inmunidad soberana del Estado. Asunto de la *inmunidad jurisdiccional del Estado* (*Alemania/Italia; Grecia interviniente*), CIJ Recueil 2012, p. 26, párr. 58.

²⁶Naciones Unidas, Concepción, Escobar Hernández, “Cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, A/CN.4/686 (29 de mayo de 2015), p. 28, párr. 99, disponible en: <https://undocs.org/A/CN.4/686>

responsabilidades distintas”²⁷. Es decir, adoptar esta lógica sería incoherente con la posible persecución contra los funcionarios cuando su inmunidad sea retirada por el Estado al que pertenecen²⁸, puesto que los funcionarios del Estado tendrán la responsabilidad individual por los actos realizados bajo el color de autoridad dentro del sistema legal nacional²⁹.

En segundo término, el desarrollo histórico y estructura jurídica de la inmunidad de la jurisdicción no corresponde con la responsabilidad del Estado, siendo la condición necesaria en el contexto de la inmunidad *ratione materiae* y en el contexto de la responsabilidad del Estado distinta³⁰. Como señaló la Segunda Relatora Especial, Escobar Hernández, las normas de la atribución del acto al Estado fueron definidas por la CDI en el contexto de la responsabilidad del Estado, no de la inmunidad *ratione materiae*³¹.

Así pues, quedan ciertas cosas que requieren un análisis más profundo.

2.2. Teoría de que es consecuencia de la inmunidad soberana del Estado

Orakhelashvili entiende que “la preservación de la integridad del poder soberano y funciones del Estado” es un objeto compartido entre la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado y la inmunidad soberana del Estado³². Según las prácticas estatales, la inmunidad soberana del Estado protege a sus funcionarios siempre que ellos actúen dentro del alcance de sus mandatos oficiales, en otras palabras, es posible clasificar los actos en un acto soberano y un acto no soberano. En suma, dado que la inmunidad soberana del Estado no se concede meramente por el hecho de que un acto sea realizado por un Estado como tal, es lógico que un funcionario del Estado no goce de inmunidad meramente por el hecho de haber actuado como parte de un aparato estatal, a menos que un acto se realice en ejercicio de los poderes soberanos del Estado³³.

²⁷Naciones Unidas, Asamblea General, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional”, A/77/10 (18 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 5 de agosto de 2022), pp. 199-200, disponible en: <https://undocs.org/A/77/10>

²⁸Asunto de *orden de detención*, *op. cit.*, p. 26, párr. 61.

²⁹Rosanne, van Alebeek, “Functional Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of Foreign National Courts”, en *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Tom Ruys (ed.), Cambridge University Press, Reino Unido, 2019, p. 500.

³⁰Ishii, Yurika, *Immunity Ratione Materiae of the Marines as Vessel Protection Detachments: A Case Note on the M/V Enrica Lexie Case*, en *Asian Journal of International Law*, vol. 13, núm 1, 2022, p. 6, Asian Society of International Law, Singapur.

³¹Naciones Unidas, Concepción, Escobar Hernández, “Cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, *Anuario de la CDI, vol. II, primera parte*, A/CN.4/686 (29 de mayo de 2015), p. 31, párr. 111, disponible en: <https://undocs.org/A/CN.4/686>. La norma de la atribución fue definida por la CDI cuya finalidad era “evitar que mediante formas indirectas de actuación, recurriendo a personas que no son sus órganos ni tienen atribuido de forma expresa el ejercicio de prerrogativas del poder público, el Estado pueda liberarse fraudulentamente de una responsabilidad internacional que se deriva de actos realizados en su nombre, bajo sus instrucciones, control o dirección, o en circunstancias tales que deban ser considerados como actos del Estado por haber sido realizados en su beneficio o interés”.

³²Alexander, Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University, Oxford, 2006, p. 328.

³³ *Ibid.*

Además, van Alebeek insiste en que la inmunidad *ratione materiae* ha sido entendida como el corolario o consecuencia lógica del principio de la inmunidad soberana del Estado³⁴, en el entendimiento de que la inmunidad *ratione materiae* de la jurisdicción penal no es esencialmente distinta de la inmunidad de la jurisdicción civil y o administrativa³⁵.

En realidad, en la opinión disidente en el asunto de *Enrica Lexie*, citado anteriormente, Patrick Robinson, uno de los árbitros, rechazó la lógica adoptada por la opinión mayoritaria y adhirió su opinión a la postura de que la inmunidad *ratione materiae* es un reflejo de la inmunidad soberana del Estado con referencia a la idea de van Alebeek³⁶.

El árbitro Robinson hizo referencia a la sentencia del asunto de las *certas cuestiones sobre la asistencia mutua en materia penal de 2008*, en la que la CIJ señaló que, en el contexto de que Yibuti, en un inicio, insistió en la inmunidad *ratione personae* del jefe de seguridad nacional, pero luego cambió hacia su inmunidad *ratione materiae*, “tal alegación es, en esencia, una alegación de inmunidad del Estado yibutiano, de la que se diría que se benefician el *Procureur de la République* y el jefe de la Seguridad Nacional”³⁷.

Consecuentemente, el árbitro Robinson caracterizó la inmunidad *ratione materiae* como un *manto* que lleva el Estado, es decir, “el funcionario del Estado extranjero se beneficia de la protección que ofrece el manto de inmunidad de su Estado. Por lo tanto, si por alguna razón el Estado no tiene inmunidad, entonces no tiene ningún manto de inmunidad que proporcione protección a su funcionario”³⁸. Es decir, si no tiene el Estado la inmunidad, sus funcionarios tampoco tienen la inmunidad *ratione materiae*. En este sentido, él examinó si el acto de los marineros italianos son actos *jure imperii*. El VPD italiano es una relación contractual entre el Gobierno italiano y el armador, ya que sólo se presta si el armador lo solicita. Y el pago por el armador de 467 euros por VPD por la prestación del servicio de VPD es una transacción comercial en su naturaleza. Por lo tanto, concluyó que la inmunidad *ratione materiae* no es aplicable a esta circunstancia del caso³⁹.

Esta teoría también ha sido adoptada por la doctrina y varias sentencias, aunque también ha sido igualmente criticada. En primer lugar, encontramos la de la diferencia del ámbito material entre la inmunidad soberana y la inmunidad *ratione materiae*. Akande y Shah consideran que “una consecuencia de esta función de la inmunidad *ratione materiae* es que la inmunidad de los funcionarios del Estado no es co-extensiva, sino más amplia

³⁴Rosanne, van Alebeek, *The immunity of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University, Oxford, 2008, pp. 103-105.

³⁵Rosanne, van Alebeek, “Functional... op. cit., p. 497. Acerca de la inmunidad *ratione materiae* de la jurisdicción civil. Véase Chimène I. Keiner, “*Immunities of Foreign Officials from Civil Jurisdiction*”, en *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Tom Ruys (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2019, pp. 525-541.

³⁶Asunto de la *Enrica Lexie*, opinión disidente del árbitro Patrick Robinson, p. 26, párr. 60.

³⁷Asunto de *Ciertas cuestiones sobre la asistencia mutua en materia penal (Yibuti/Francia)*, CIJ *Recueil* 2008, p. 69, párr. 188.

³⁸Asunto de la *Enrica Lexie*, opinión disidente del árbitro Patrick Robinson, pp. 28-31, párr. 63.

³⁹*Ibid.*, pp. 28-31, párr. 63.

que la inmunidad del propio Estado”⁴⁰, en particular, el ámbito material de la inmunidad soberana del Estado ya no cubre los actos *jure gestionis*, sino los actos *jure imperii*, y los actos clasificados en el segundo podría ser realizados por los funcionarios a título oficial⁴¹.

En segundo lugar, Fox y Webb mencionan que las prácticas estatales no consideran necesariamente que la inmunidad *ratione materiae* coincida con la inmunidad soberana⁴². Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos indicó que, en el asunto de *Samantar c. Yousuf*, con respecto a la Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras de 1976 (FSIA), “no hay nada que sugiera que “Estado extranjero” deba interpretarse de forma que incluya a un funcionario que actúe en nombre del Estado”⁴³.

Además de estas críticas, se ha mencionado que la inmunidad soberana, la regla de la inmunidad aplicable a la jurisdicción civil sobre asuntos civiles, no puede aplicarse a los perseguidos penales⁴⁴.

3. Reexaminación desde el punto de vista del concepto de “*droit de s’auto-organiser*”

Como hemos visto, se han argumentado dos teorías como base que justifica la inmunidad *ratione materiae*; una como consecuencia de la responsabilidad del Estado y otra como consecuencia de la inmunidad soberana del Estado. Sin embargo, ambas teorías presentan deficiencias que no explican adecuadamente la norma de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios.

En este sentido, hay una necesidad de examinar la base de la inmunidad de los funcionarios desde diferente punto de vista. Con el fin de hacerlo, merece la pena hacer referencia al concepto de “*droit de s’auto-organiser*”. Según Condrelli, en principio, el derecho internacional no regula el método de organizarse del Estado mismo, y esta cuestión es “núcleo duro del dominio reservado a los Estados” (*noyau dur du domaine réservé des Estados*)⁴⁵. Por lo tanto, los Estados son libres de determinar su método de organización sin que este quede sometido al derecho internacional, y que obtengan “la organización que consideraron más adecuada a sus

⁴⁰Dapo, Akande y Sangeeta, Shah, *Immunities...* *op. cit.*, p. 827.

⁴¹*Ibid.*, p. 827. Si bien, la CIJ indicó que algunas leyes nacionales y tratados internacionales han adoptado la idea de la inmunidad restringida, pero no mencionó si esta norma se había convertido en el derecho internacional consuetudinario. *Asunto de la Inmunidad Jurisdiccional del Estado...* *op. cit.*, pp. 29-30.

⁴²Hazel, Fox y Philippa, Webb, *The Law of State Immunity*, 3^a ed., Universidad de Oxford, Oxford, 2013, p. 565.

⁴³Asunto de *Samantar c. Yousuf*, Sentencia de 1 de junio de 2010, Corte Suprema de los Estados Unidos, 560 U.S. 305, p. 13.

⁴⁴Asunto de *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, Sentencia de 24 de marzo de 1999, House of Lords (United Kingdom), reproducida en International Legal Materials, vol. 38, 1999, p. 653, en adelante Asunto de *Pinochet*.

⁴⁵Luigi, Condrelli, *L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: Solutions classiques et Nouvelles tendances*, en *Recueil des cours*, vol. 189, 1984, p. 28, Académie de droit international, la Haya, Bajos.

necesidades”⁴⁶. Condrelli denominó ese concepto como “*droit de s’auto-organiser*”⁴⁷.

Esta idea fue mencionada en la sentencia del caso de *Blaškić* dado por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Dicha sentencia fue denominada como una prueba que apoya a la teoría de la consecuencia en la responsabilidad del Estado, y ha sido citada en numerosos artículos académicos. Sin embargo, incluso si el Estado al que pertenece el funcionario tiene responsabilidad de los actos como consecuencia de la atribución, ello no explica claramente por qué el funcionario queda exonerado de la responsabilidad individual, es que es claro que los funcionarios del Estado pueden tener la responsabilidad individual por los actos realizados bajo la autorización dentro del sistema legal nacional⁴⁸. Sobre este punto, en el contexto de la cuestión si el Tribunal Internacional puede dar la orden vinculante a los funcionarios del Estado, en primer lugar, el Tribunal negó “la analogía doméstica”, que es el sistema legal nacional adoptado en muchos países donde tribunales son parte de los aparatos estatal que tienen capacidad de ordenar a otros órganos administrativos y políticas⁴⁹, y en segundo lugar, puesto que no existe la separación de poderes en la comunidad internacional y explica como siguiente sobre las normas consuetudinarias:

“Es bien sabido que el Derecho internacional consuetudinario protege la organización interna de cada Estado soberano: deja a cada Estado soberano la determinación de su estructura interna y, en particular, la designación de las personas que actúan como agentes u órganos del Estado. Cada Estado soberano tiene derecho a dar instrucciones a sus órganos, tanto a los que actúan a nivel interno como a los que actúan en el ámbito de las relaciones internacionales, y también a prever sanciones u otros recursos en caso de incumplimiento de dichas instrucciones. El corolario de este poder exclusivo es que cada Estado tiene derecho a reclamar que se le atribuyan los actos o transacciones realizados por uno de sus órganos a título oficial”⁵⁰

En la sentencia, el Tribunal Internacional afirmó que los Estados son libres de organizar sus cuerpos de órganos estatales y determinar los mandatos de sus funcionarios, en otras palabras, los Estados tienen “*droit de s’auto-organiser*”. Y este derecho incluye la capacidad del Estado para tomar sanciones a sus funcionarios en caso de incumplimiento de las instrucciones. Por ende, esto implica que, si un Estado ejerce su jurisdicción contra funcionarios extranjeros que actúen en el ejercicio del mandato de su Estado, el ejercicio de esa jurisdicción constituye una violación del “*droit de s’auto-organiser*” del Estado, una injerencia en asuntos internos. Es decir, la inmunidad *ratione materiae* se reconoce como reflejo de esta capacidad⁵¹ y la base sería el principio de no interferencia en el que la intervención está prohibida cuando afecta a asuntos internos sobre los que cada Estado puede decidir libremente en virtud del principio de soberanía estatal⁵². De hecho, es posible

⁴⁶Ibid., p. 40.

⁴⁷Ibid., p. 28.

⁴⁸Rosanne Van Alebeek, Functional... *op. cit.*, p. 500.

⁴⁹Asunto de *Blaškić*... *op. cit.*, parr. 40.

⁵⁰Ibid., parr. 41.

⁵¹Cristoph Burchard, “Articule 27... *op. cit.*”, p. 1039.

⁵²Malcolm N. Shaw, *International Law*, 9^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p.1008.

entender las palabras del Tribunal Supremo israelí en el asunto de *Eichmann* a que otro Estado no tiene derecho a castigar a funcionarios que actuaron como órganos del Estado en un acto oficial y que dicho castigo constituye una injerencia en los asuntos internos del Estado, a la luz de referido derecho del Estado y este entendimiento⁵³.

En este sentido, en el asunto de *Enrica Lexie*, el hecho de que le Tribunal arbitral se refiriera al artículo 4 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, pero no mencionara la exclusión de la responsabilidad individual puede entenderse como la adopción del entendimiento emanada precisamente en la referida base.

Tal interpretación es compatible con el entendimiento de anteriores sentencias de la CIJ de que la inmunidad no es de naturaleza sustantiva sino procesal, puesto que la injerencia en los asuntos internos se produce en la fase de ejercicio de la jurisdicción, cuya consecuencia es que los funcionarios están protegidos, es decir, se les conceden la inmunidad *ratione materiae*.

4. Relación con la excepción de los crímenes internacionales

Como se ha analizado, si la inmunidad *ratione materiae* se basa en el principio de no inferencia, ¿cómo se delimita la relación con los crímenes internacionales? En este sentido, en primer lugar, hay que comprobar el concepto de los asuntos internos.

Según Kelsen, un asunto es un asunto externo, porque está regulado por el derecho internacional, y es un asunto interno, porque y mientras esté regulado positivamente sólo por el derecho nacional⁵⁴. Como señaló la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de *Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*, “la pregunta de si un cierto asunto es o no dentro de la jurisdicción de un Estado es, esencialmente, una pregunta relativa; esa depende del desarrollo de las relaciones internacionales”⁵⁵. Por ende, el alcance de los asuntos internos estará limitado por la regulación del derecho internacional.

En este sentido, con el fin de que el ejercicio de la jurisdicción penal por un Estado contra los funcionarios de otro Estado que han cometido algún crimen internacional regulado por el derecho internacional no viole la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios, es necesario que exista una norma internacional que reconozca la jurisdicción sobre crímenes internacionales.

Con respecto al crimen de lesa humanidad, en el asunto de *Eichmann*, el Tribunal Supremo israelí negó la defensa de la inmunidad *ratione materiae* por siguiente razón:

“tales actos odiosos deben decirse que en punto al derecho internacional están completamente fuera de la jurisdicción soberana del Estado que

⁵³Asunto de *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Sentencia de 29 de mayo de 1962, Corte Suprema israelí, reproducida en International Law Report, vol. 36, pp. 308 - 309, en adelante Asunto de *Eichmann*.

⁵⁴Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 2^a ed., revisado y editado por Robert W., Tucker, p. 300, Holt/Rinehart/Winston, Inc., Estados Unidos.

⁵⁵Asunto de *Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*, Opinión Consultiva, 7 de febrero de 1923, CPIJ Série B: *Recueil des avis consultatifs*, p. 24.

ordenó a ratificó su comisión, y por lo tanto quienes participaron en tales actos deben ser responsable personalmente por ellos y no pueden escudarse en el carácter oficial de su tarea o misión, (...) en otras palabras, el derecho internacional postula la imposibilidad de que un Estado sancione un acto que viole sus severas prohibiciones”⁵⁶

Después de la sentencia del asunto de Eichmann, se discutió la relación entre la inmunidad *ratione materiae* y los crímenes internacionales en el asunto de Pinochet. En este caso, con respecto al crimen de tortura cometido en Chile durante el control de Pinochet, él invocó la inmunidad *ratione materiae*, sin embargo, por ejemplo, Lord Juez Millett pensó que aunque el crimen de tortura debe ser realizado por los funcionarios con arreglo a la definición recogida en el artículo 1 de la Convención de Tortura, el artículo 5.2 de dicha Convención obliga a los miembros que ejerzan su jurisdicción basada en el principio universal⁵⁷, cuyo no es compatible con la inmunidad *ratione materiae* de la jurisdicción penal.

Por ende, es posible entender en caso de que el derecho internacional regule la jurisdicción con respecto a los crímenes internacionales, ya los funcionarios no gozan de la inmunidad *ratione materiae*. Si bien, debe destacarse que es necesario escrutar el contenido del derecho internacional consuetudinario y de cada tratado que obliga el ejercicio de la jurisdicción con el fin de determinar cuáles crímenes internacionales entran dentro de esta categoría⁵⁸.

5. Relación con la excepción de los crímenes internacionales

El presente artículo intentó examinar la base jurídica de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado. Examinó la teoría de la consecuencia de la responsabilidad del Estado y otra teoría de la consecuencia de la inmunidad soberana del Estado, y era claro que las dos teorías tenían deficiencias para explicar las reglas de la inmunidad *ratione materiae*. Por ende, este presente artículo concluyó, con arreglo al concepto de “*droit de s’auto-organiser*” que es denominado como asunto interno, el ejercicio de la jurisdicción penal extranjera constituye la interferencia a dicho asunto interno contra los funcionarios que actúan las funciones dadas por su Estado, y, por ende, la base de la inmunidad *ratione materiae* es el principio de no injerencia. Además, a través del desarrollo del concepto de la responsabilidad individual penal y establecimiento de la jurisdicción universal, ha podido limitarse el alcance del asunto interno del Estado.

A pesar de que el tema de la inmunidad *ratione materiae* requiera un estudio más sistemático, incluso en relación con la Corte Penal Internacional, este presente artículo no ha podido examinarse en profundidad debido al espacio disponible. Se trata de este tema para futuras investigaciones.

⁵⁶Asunto de *Eichmann...* *op. cit.*, p. 310.

⁵⁷Asunto de *Pinochet...* (opinión de Lord Brownlie Wilkinson), *op. cit.*, p. 595.

⁵⁸Sakamaki, Shizuka, *The Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction and Amnesty in the ILC Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity*, The Journal of International Law and Diplomacy, vol. 119, núm. 4, Tokio, 2021, p. 36.

