

La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)¹⁷⁹ (A/CN.4/666, cap. II, secc. G, A/CN.4/L.844)¹⁸⁰

[Tema 3 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO

21. El Sr. KITTICHAISAREE (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)) recuerda que en el período de sesiones en curso la Comisión volvió a constituir el Grupo de Trabajo, que se reunió los días 6 de mayo y 4 de junio de 2014. En su informe publicado con la signatura A/CN.4/L.844, el Grupo de Trabajo hace una síntesis de sus conclusiones y recomendaciones sobre el tema que se examina y se ocupa de diversas cuestiones, suscitadas por las delegaciones ante la Sexta Comisión, que no se abordaron en su informe de 2013. Estas cuestiones son: *a*) el estatus de derecho internacional consuetudinario de la obligación de extraditar o juzgar; *b*) las lagunas del régimen convencional existente; *c*) la entrega de un sospechoso a un tribunal internacional o especial como posible tercera opción en vez de la extradición o el enjuiciamiento; *d*) la relación entre la obligación de extraditar o juzgar y las obligaciones *erga omnes* o las normas de *jus cogens*; y *e*) la pertinencia del marco general propuesto en 2009 para la continuación de los trabajos.

22. Así pues, se han examinado todas las cuestiones que quedaban por analizar y este informe, junto con el de 2013, concluye la labor del Grupo de Trabajo. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo recomienda que la Comisión: *a*) apruebe el informe de 2013 y el presente informe final del Grupo de Trabajo que, en opinión de la Comisión, ofrecen orientaciones útiles a los Estados; y *b*) concluya su examen del tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)».

23. El PRESIDENTE cree entender que la Comisión desea tomar nota del informe final del Grupo de Trabajo que figura en el documento A/CN.4/L.844, en el bien entendido de que este informe se refundirá con el de 2013, con vistas a su aprobación por la Comisión cuando esta examine el proyecto de informe anual en una sesión ulterior.

Así queda acordado.

¹⁷⁹ Entre 2006 y 2011, la Comisión examinó cuatro informes del Relator Especial, el Sr. Zdzislaw Galicki (informe preliminar: *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571; segundo informe: *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/585; tercer informe: *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/603; y cuarto informe: *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/648). En el 61^{er} período de sesiones (2009), la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta presidido por el Sr. Alain Pellet, que propuso un marco general para el examen del tema (*Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), págs. 155 y 156, párr. 204). En el 62^o período de sesiones de la Comisión (2010), el Grupo de Trabajo volvió a constituirse y, en ausencia de su Presidente, estuvo presidido por el Sr. Enrique Candioti (*Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), págs. 205 y 206, párrs. 335 a 340). En los períodos de sesiones 64^o (2012) y 65^o (2013), la Comisión volvió a establecer un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el tema, bajo la presidencia del Sr. Kriangsak Kittichaisaree (*Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), págs. 77 a 79, párrs. 206 a 221, y *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 80, párrs. 148 y 149). En su 65^o período de sesiones, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Trabajo (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), anexo I, págs. 91 a 100).

¹⁸⁰ Mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión.

24. A petición de los Sres. Candioti, Park y Saboia y en nombre del conjunto de la Comisión, el Presidente agradece al Sr. Kittichaisaree su inestimable contribución en calidad de Presidente del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*).

Se levanta la sesión a las 17.35 horas.

3218ª SESIÓN

Martes 8 de julio de 2014, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Kirill GEVORGIAN

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sr. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Cooperación con otros organismos

[Tema 14 del programa]

DECLARACIÓN DEL SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA CONSULTIVA ASIÁTICO-AFRICANA

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Mohamad, Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana (AALCO), y le invita a dirigirse a la Comisión.

2. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana) dice que entre las contribuciones al derecho internacional que la AALCO tiene que hacer por mandato se encuentra el intercambio de información y puntos de vista sobre los temas que examina la Comisión. El cumplimiento del mandato durante años ha ayudado a forjar una relación más estrecha entre ambas organizaciones, cada una de las cuales también está representada en los períodos de sesiones de la otra como práctica consuetudinaria.

3. Entre los temas del programa de la Comisión, el de la identificación del derecho internacional consuetudinario es particularmente relevante por las dificultades que suscitan la identificación de las normas vigentes del derecho internacional consuetudinario y su aplicación por los tribunales y jueces, abogados, árbitros y asesores jurídicos que ejercen sus funciones en el ámbito interno y que quizás no hayan recibido capacitación formal en derecho internacional. Entre los aspectos del tema que son de especial interés para los miembros de la AALCO destaca la cuestión de la jerarquía de las fuentes. La búsqueda de pruebas que documenten el derecho internacional consuetudinario se ha centrado tradicionalmente en las resoluciones de los tribunales internacionales. Sin

embargo, se puede llegar a tener una idea más exacta de la posición de los Estados mediante el examen de la práctica interna y las resoluciones de los tribunales regionales y subregionales. Con respecto a las resoluciones de los tribunales internacionales, habría que tomar en consideración los votos particulares discrepantes y concurrentes. Las declaraciones de los Estados en foros internacionales y las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales e intergubernamentales también pueden ayudar a obtener una imagen precisa de su posición sobre cuestiones concretas. Por último, todo conjunto de reglas para identificar el derecho internacional consuetudinario debería ser lo suficientemente flexible como para tener en cuenta la naturaleza constantemente cambiante de la costumbre y la práctica.

4. En el 52º período de sesiones anual de la AALCO, que tuvo lugar en Nueva Delhi, del 9 al 12 de septiembre de 2013, los Estados miembros formularon numerosos comentarios y sugerencias sobre el tema. Se suscitó la cuestión de si el Relator Especial consideraba que las resoluciones de las organizaciones internacionales y regionales eran parte del derecho internacional consuetudinario. Dos Estados miembros sugirieron que no se incluyera el concepto de *jus cogens* dentro del ámbito de aplicación del tema. Un Estado expresó la opinión de que el proyecto de conclusiones debería reflejar la práctica de los Estados de todos los principales sistemas jurídicos del mundo y de todas las regiones. También se sugirió someter a debate la relación del derecho internacional consuetudinario con los tratados y los principios generales del derecho.

5. En noviembre de 2013, la secretaría de la AALCO, junto con la Universidad Nacional de Malasia, organizó un taller de dos días en el que se examinaron determinados temas del programa de la Comisión. Entre los participantes había representantes de los Estados miembros, profesores y estudiantes de las universidades malasias. Tres miembros de la Comisión presentaron exposiciones sobre los temas de la protección de las personas en casos de desastre, la protección de la atmósfera y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Tras el éxito del taller, se acordó celebrarlo con carácter anual y crear un grupo de trabajo sobre la identificación del derecho consuetudinario a fin de facilitar la labor del Relator Especial al respecto. El grupo documentará las contribuciones de los Estados asiáticos y africanos al desarrollo progresivo del derecho internacional y transmitirá las recomendaciones de los Estados miembros de la AALCO sobre las cuestiones suscitadas por el Relator Especial.

6. La mayoría de Estados miembros de la AALCO son conscientes de las negociaciones políticas en curso para asumir compromisos en el marco del régimen sobre el cambio climático, pero creen que la protección de la atmósfera es un asunto cada vez más preocupante para la comunidad internacional. En relación con la definición de la atmósfera que figura en el primer informe sobre el tema del Relator Especial (A/CN.4/667), el proyecto de directriz 1 podría completarse quizás con una descripción detallada de las diversas capas de la atmósfera y de su otro contenido gaseoso. Las referencias a cuestiones como la contaminación atmosférica transfronteriza y el

cambio climático son esenciales para entender cabalmente el tema, pero esas cuestiones no deberían ser parte de un debate sustantivo. Los principios del derecho ambiental internacional, que han evolucionado con el paso del tiempo en virtud de las sentencias de los tribunales internacionales y la práctica consuetudinaria de los Estados, se basan en el principio de precaución más bien que en el de prevención. Sin embargo, es urgente prevenir todo daño a la atmósfera por las amplias repercusiones que puede tener la contaminación atmosférica. Por consiguiente, la cooperación internacional y principios fundamentales del derecho ambiental internacional como la equidad, el desarrollo sostenible y las responsabilidades comunes pero diferenciadas deben ser la base sobre la cual seguir avanzando en el tema. La secretaría de la AALCO suscribe la opinión del Relator Especial, expresada en el proyecto de directriz 3, apartado *a*, de que se reconozca a la protección de la atmósfera la condición jurídica de preocupación común de la humanidad.

7. En relación con la protección de las personas en casos de desastre, el orador dice que los Estados miembros de la AALCO acogieron con satisfacción la inclusión en el séptimo informe del Relator Especial (A/CN.4/668 y Add.1) del proyecto de artículo 14 *bis*, sobre la protección del personal, el equipo y los bienes de socorro. En cambio, algunos expresaron su preocupación por la referencia en el proyecto de artículo 12¹⁸¹ a las «organizaciones intergubernamentales» y las «organizaciones no gubernamentales» que podrían participar en operaciones de socorro en casos de desastre, en particular en lo relativo a sus credenciales y credibilidad.

8. Los Estados miembros de la AALCO celebran que en el informe se analicen los tratados recientemente adoptados en la región: el Acuerdo de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre Gestión en Casos de Desastre e Intervención en Situaciones de Emergencia, de 2005, y el Acuerdo de la Asociación de Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC) sobre la Respuesta Rápida ante Desastres Naturales, de 2011. Son pertinentes para el proyecto de artículo 17, en virtud del cual las normas especiales de derecho internacional aplicables en situaciones de desastre prevalecen en caso de incompatibilidad con otras normas, y para el proyecto de artículo 18, que presupone que las normas de derecho internacional siguen rigiendo las cuestiones relativas a las situaciones de desastre (véase A/CN.4/668 y Add.1). Por ello, debe atribuirse primacía a los principios generales del derecho internacional que exigen respeto para la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de los Estados afectados. Se trata de algo en lo que los Estados miembros de la AALCO creen firmemente, incluso cuando un Estado afectado solicite asistencia externa, cosa que, sostienen, no tiene obligación de hacer.

9. En relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, los Estados miembros de la AALCO manifestaron que había que abordar el tema desde una doble perspectiva: la *lex lata* y la *lex ferenda* (la ley como es y la ley como debería ser). El tema debería centrarse en las inmunidades conferidas

¹⁸¹ *Anuario...* 2013, vol. II (segunda parte), pág. 60.

con arreglo al derecho internacional, en particular el derecho internacional consuetudinario, y no al derecho interno. En relación con el proyecto de artículo 2, un delegado declaró que las inmunidades penales reconocidas en el marco de las relaciones diplomáticas o consulares, acuerdos de sede o acuerdos similares deberían quedar excluidas del ámbito de aplicación del tema, ya que se trataba de esferas del derecho estables. En relación con el proyecto de artículo 3, se estimó que todos los funcionarios del Estado debían gozar de inmunidad y que debía eliminarse la palabra «ciertos». Se adujo que la situación de funcionarios como el Presidente o el Primer Ministro que ejerciera a la vez de Jefes de Estado y de Gobierno debía tratarse en el proyecto de artículo 4¹⁸².

10. Se ha citado la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* para argumentar que la inmunidad *ratione personae*, debería hacerse extensiva, no solo a la troika formada por el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, sino también a otros altos funcionarios, como los ministros de defensa y de comercio. Pero también hay que proceder con cautela: el derecho internacional no ha avanzado hasta el punto de que pueda interpretarse que el alcance de la inmunidad *ratione personae* incluye a los altos funcionarios que acaba de mencionar. La AALCO reconoce que son otros tiempos y que en la actualidad las relaciones internacionales están a cargo de diversos funcionarios del Estado. Por lo tanto, hay que estudiar detenidamente la posibilidad de ampliar la inmunidad más allá de la troika. A tal efecto, la Comisión habrá de tener en cuenta varios factores, como la práctica actual de los Estados en diversas partes del mundo, las resoluciones judiciales dictadas en los órganos jurisdiccionales internos y la opinión de los tratadistas.

11. Para concluir, asegura a la Comisión que su organización seguirá cooperando en su labor.

12. El Sr. KITTICHAISAREE menciona dos temas que quizás merezcan la atención de la AALCO: uno, las cuestiones relativas a la conservación y al uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional; y dos, en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, cómo encontrar el justo equilibrio entre las preocupaciones de los Estados relativas a la reconciliación nacional y la paz regional y la necesidad de garantizar que no gocen de impunidad las personas responsables de graves delitos, en particular los Jefes de Estado y Jefes de Gobierno.

13. El Sr. HASSOUNA alaba a la AALCO por su contribución y apoyo a la labor de la Comisión. A este respecto, sería útil que la AALCO sugiriese nuevos temas para su inclusión en el programa de trabajo de la Comisión y animase a sus Estados miembros a responder a los cuestionarios de la Comisión en los que se recaba su opinión sobre los temas objeto de examen. En vista de que el taller organizado por la AALCO junto con la Universidad Nacional de Malasia fue tan beneficioso para todos los participantes, insta a la organización a llevar a cabo iniciativas similares con otras instituciones académicas.

14. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana), en respuesta a los comentarios del Sr. Kittichaisaree, dice que la AALCO ya ha empezado a tratar el tema de la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional, por ejemplo durante un taller anual sobre el derecho del mar, y que seguirá analizando el asunto, con el apoyo de diversos expertos. En relación con la impunidad por delitos graves, afirma que se debe garantizar el respeto por el derecho internacional en estos casos y que se abordará la cuestión con los Estados miembros.

15. En la mayoría de países asiáticos y africanos, la labor de la Comisión de Derecho Internacional es apenas conocida, especialmente entre los estudiantes de derecho. Por este motivo, la secretaría de la AALCO celebraría que universitarios y profesionales tuvieran la oportunidad de reunirse con miembros de la Comisión en Estados miembros de la AALCO; lamentablemente, no cuenta con recursos para financiar las visitas de los miembros de la Comisión. El sitio web de la AALCO tiene una página dedicada a la Comisión¹⁸³, y la secretaría seguirá recordando a los Estados miembros que envíen a la Comisión comentarios sobre cuestiones de interés para sus trabajos.

16. En relación con la asistencia a la Comisión para definir posibles temas que puedan incluirse en el futuro en su programa de trabajo, el orador declara que la AALCO prevé elaborar un estudio sobre la ciberseguridad, cuestión que no se ha abordado a nivel multilateral, y que remitirá los resultados a la Comisión. Otro tema que la AALCO considera merecedor de la atención de la Comisión es el derecho internacional en materia de inversiones.

17. El Sr. MURPHY agradece las medidas adoptadas por la AALCO para participar en los trabajos de la Comisión y se ofrece para ayudar a encontrar los medios para que los miembros de la Comisión puedan asistir a las reuniones de la AALCO. En cuanto a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, el Secretario General parece sugerir que la Comisión vuelva a estudiar la cuestión de si las personas que gozan de inmunidad *ratione personae* deben limitarse a la troika o si debe ampliarse ese grupo con otros altos funcionarios del Estado. La Cumbre de la Unión Africana acaba de aprobar un Protocolo que dice: «ningún jefe de Estado o de gobierno de la Unión Africana en ejercicio de su cargo [...] ni otros altos funcionarios del Estado» pueden ser acusados ante la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos¹⁸⁴. Al referirse a «otros altos funcionarios del Estado», la Unión Africana apoyaba implícitamente la idea de que la inmunidad *ratione personae* debería aplicarse a un conjunto de funcionarios más amplio que la troika. Por ejemplo, el proyecto de protocolo no parece prever ninguna excepción a la inmunidad, en relación con determinados tipos de delito, sino más bien abogar por una amplia inmunidad, al menos en relación con la Corte Africana. El orador pregunta si el Secretario General desea hacer algún comentario al respecto.

¹⁸³ www.aalco.int/ilcmatters.

¹⁸⁴ Véase el artículo 46A *bis* del proyecto de protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos.

¹⁸² Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661.

18. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana) dice que la AALCO no sugiere que la Comisión revise su postura sobre las personas que deben gozar de inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Los Estados miembros mantienen opiniones enfrentadas sobre si se debe conferir dicha inmunidad únicamente a la troika, y la secretaría se esforzará por mantener informada a la Comisión de la postura que se adopte finalmente. También estudiará la cuestión planteada por el proyecto de protocolo en lo concerniente a la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y mantendrá a la Comisión al día de toda novedad al respecto.

19. El Sr. TLADI declara que personalmente interpreta que el proyecto de protocolo crea dos regímenes específicos: uno que establece la inmunidad *ratione personae* para los Jefes de Estado y Jefes de Gobierno, pero no para los Ministros de Relaciones Exteriores, y otro que se aplica a los demás funcionarios del Estado y les confiere inmunidad únicamente en el ejercicio de sus funciones, en otras palabras, inmunidad *ratione materiae*. No respalda la interpretación expansiva que al parecer han hecho suya algunos miembros de la AALCO.

20. La Sra. JACOBSSON pregunta si en el programa del siguiente período de sesiones anual de la AALCO se incluirán los nuevos temas del programa de trabajo de la Comisión. Como Relatora Especial sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, le sería de utilidad contar con las observaciones de los Estados miembros de la AALCO sobre este nuevo tema. Si bien ciertamente se debería alentar a los Estados miembros de la AALCO a responder a los cuestionarios de la Comisión relativos a sus informes, convendría también que esos Estados estudiaran la posibilidad de abordar la lista más reducida de cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión, que figuraba en los informes anuales de esta. Estas cuestiones también podrían incluirse en el sitio web de la AALCO para facilitar que los Estados miembros de la AALCO hicieran observaciones.

21. El Sr. HUANG afirma que la AALCO se merece que la Comisión le preste más atención, dado el elevado número de Estados miembros y el alto porcentaje de la población mundial que representa. La región de Asia y el Pacífico ha avanzado considerablemente en desarrollo político, económico y social y su papel en los asuntos jurídicos internacionales es cada vez más importante. Los comentarios y las recomendaciones de los Estados miembros de la AALCO sobre los temas del programa de la Comisión son una valiosa referencia. La Comisión debería intensificar la cooperación y los intercambios con las organizaciones internacionales y regionales de asuntos jurídicos, incluida la AALCO, para promover juntos el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

22. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana) invita a los miembros de la Comisión a asistir al 53^{er} período de sesiones anual de la AALCO, que tendrá lugar en Teherán. En el programa de esa reunión figuran los cuatro temas de la Comisión a los que ha aludido en su

intervención. Se podría reservar fácilmente más tiempo para la reunión si algún relator especial de la Comisión quisiera participar en ella. Además, se podrían organizar reuniones para miembros de la Comisión con el fin de hacer tomar conciencia a los estudiantes de derecho e incluso a los funcionarios públicos de diversas partes de Asia y África de los trabajos de la Comisión.

23. El Sr. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER afirma que la AALCO desempeña un importante papel en los asuntos jurídicos de un amplio grupo de países de Asia y África y que, por ello, su aportación a la labor de la Comisión es muy valiosa.

24. El Sr. WAKO considera muy útiles los informes de la AALCO sobre sus períodos de sesiones anuales y espera que la AALCO estudie la posibilidad de ponerlos a disposición de la Comisión oportunamente, de modo que esta pueda tener en cuenta las aportaciones de la organización en mayor medida.

25. Dado que la identificación del derecho internacional consuetudinario requiere una evaluación de la práctica general y la aceptación de esa práctica como derecho, es importante que los Estados miembros de la AALCO respondan al cuestionario correspondiente. La cuestión de la inmunidad, tan estrechamente vinculada con la de la impunidad, es una cuestión de actualidad y dinámica respecto de la cual la Comisión desearía conocer la opinión de los Estados miembros de la AALCO. Espera con interés estrechar la cooperación con esta organización.

26. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana) dice que el tema de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados no se eliminará del programa de trabajo de la AALCO. La secretaría transmitirá a la Comisión el resultado de las deliberaciones de los Estados miembros de la AALCO sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

27. El PRESIDENTE agradece al Secretario General de la AALCO la valiosa información que ha proporcionado sobre la labor de su organización.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (continuación) (A/CN.4/666, cap. II, secc. B, A/CN.4/673, A/CN.4/L.850)

[Tema 5 del programa]

TERCER INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (continuación)

28. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar su examen del tercer informe de la Relatora Especial sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/673).

29. El Sr. TLADI afirma que el tercer informe hace un repaso exhaustivo de la jurisprudencia interna, la práctica convencional y la práctica de la Comisión respecto del tema y da una idea general acerca de la dirección que la Relatora Especial desea seguir en futuros informes. De los dos proyectos de artículo que propone la Relatora

Especial, se muestra de acuerdo en gran medida con el proyecto de artículo 2, apartado e, pero no comparte la sustancia del proyecto de artículo 5.

30. De los tres elementos importantes que caracterizan a la inmunidad *ratione materiae* enumerados por la Relatora Especial en el párrafo 12 de su informe, los dos primeros constituyen el fundamento para identificar esa forma de inmunidad. Dichos elementos son: que es reconocida con carácter general a los funcionarios del Estado y que los actos a los que se extiende la inmunidad son únicamente aquellos que puedan calificarse como «actos realizados a título oficial». Estos dos requisitos, aunque relacionados entre sí, son distintos e independientes; el primero tiene que ver con el actor (el «quién»), mientras que el segundo guarda relación directa con la naturaleza del acto (el «qué»). En diversas ocasiones a lo largo del informe, la Relatora Especial parece combinar ambos elementos; sin embargo, es importante aclarar la distinción conceptual entre ellos.

31. En el párrafo 34 del informe, la Relatora Especial cita pasajes de varias causas, supuestamente con la intención de desentrañar los requisitos para emplear el término «funcionario». En varias ocasiones, parece hacerse hincapié, no tanto en el «quién», sino en el «qué», es decir, en el hecho de que los actos examinados son atribuibles al Estado. Al presentar los hechos como «desarrollados en el ejercicio de sus funciones» o como hechos «bajo el control del Estado», no se describe al funcionario, sino la naturaleza del acto. En palabras del párrafo 18 del informe, no se trata de «criterios identificativos» que permitan concluir que estamos ante un «funcionario» a los efectos del proyecto de artículos. A la inversa, parecen referirse al segundo requisito, puesto que parecen abordar directamente la cuestión de si la actuación de una determinada persona puede calificarse de «acto realizado a título oficial».

32. Las dos fases de la determinación de la aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* están implícitas en la resolución dictada por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*. De la redacción de los párrafos 35 y 194 del fallo se desprende claramente que la Corte aceptó de hecho que el Fiscal de la República y el Jefe de Seguridad Nacional eran funcionarios y que fijó su atención sobre todo en el segundo elemento, es decir, en el «qué» o «el acto». Estimó que no se había vulnerado la inmunidad, porque Djibouti no reclamó la «autoría» de los actos de esas personas. Sin embargo, ese fallo vinculó los dos elementos, el «quién» y el «qué», de una forma que los hace difícilmente separables. Aunque los términos «órganos», «organismos» y «establecimientos» parecen referirse al «quién», en el contexto del párrafo 196 del fallo, dichos términos aluden al acto. Por ello, el orador discrepa de la conclusión a la que llega la Relatora Especial en el párrafo 41 de su tercer informe según la cual, en la resolución de la Corte, el término «órgano» hace referencia al «actor».

33. Por otra parte, una lectura detenida de los párrafos 38 y 44 del fallo de 29 de octubre de 1997 dictado por la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en el asunto *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*

(véanse los párrafos 48 y 49 del tercer informe) revela que las expresiones «meros instrumentos del Estado», «instrumento del aparato estatal» o «agentes del Estado» no están conectadas con el «quién», en contra de lo que sugiere la Relatora Especial, sino con el «qué». Así se pone de manifiesto claramente en el párrafo 51 del fallo, en el que el Tribunal consideraba el supuesto en que el funcionario del Estado (el primer elemento) no actuara como instrumento de su Estado (el segundo elemento).

34. En varias partes del informe, la Relatora Especial da mucha importancia a la distinción, tanto en el derecho convencional como en la práctica judicial, entre la troika y los demás funcionarios. El orador mantiene sus reservas sobre el tratamiento que se daba a la troika en el informe anterior^{185, 186}. Aun cuando el planteamiento de la Comisión en lo que se refiere a la inmunidad *ratione personae* exige distinguir entre las diferentes normas aplicables a la inmunidad *ratione personae* y a la inmunidad *ratione materiae*, no está claro que sea necesario distinguir entre la troika y los demás funcionarios a los efectos de definir «funcionario». Puede que las diversas convenciones estudiadas por la Relatora Especial sean pertinentes, pero tienen sus limitaciones, puesto que conciernen a determinadas categorías de funcionarios, por lo que probablemente reflejen subcategorías del «quién» que la Comisión pretende abarcar. Puede resultar útil estudiar la definición de «funcionario público» que figura en la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, más concisa que la que figura en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, mencionada en el párrafo 86.

35. En cuanto a la propuesta de sustituir el título del tema por el de «la inmunidad de los órganos del Estado», parece desprenderse del informe que el principal problema radica en la falta de una traducción exacta en francés y en español del término inglés *official*. No obstante, la Corte Internacional de Justicia parece no tener dificultades para usar *fonctionnaires* como equivalente de *officials* en el contexto de la inmunidad de los funcionarios del Estado. Además, con independencia del término elegido que en definitiva se elija, el objeto mismo de una disposición sobre los términos empleados es resolver el tipo de contradicciones señaladas por la Relatora Especial en sus observaciones introductorias. Aunque el término «órgano» establecería un vínculo más estrecho entre el tipo de inmunidad examinada y la inmunidad del Estado, al orador le preocupa que se interprete el concepto en el sentido de que se refiere principalmente a una entidad y, solo accesoriamente, a una persona. Por ese motivo, la propuesta que hace la Relatora Especial en el párrafo 141 de su informe de emplear el término «órgano» para referirse exclusivamente a las personas físicas no concordaría con su significado y probablemente daría lugar a confusión.

36. El orador respalda en buena parte la definición del término «funcionario» propuesta en el proyecto de artículo 2, apartado e, pero pone en tela de juicio la necesidad de una referencia explícita a la troika, cuyos miembros, como funcionarios, tienen derecho sin duda a

¹⁸⁵ *Anuario...* 2013, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, vol. I, 3164ª sesión, págs. 22 y 23, párrs. 20 a 27.

la inmunidad *ratione materiae* por los actos oficiales que realizan. Teniendo en cuenta los tres elementos enumerados en el inciso ii), a saber, que «actúe por cuenta [...] del Estado», «representándolo [al Estado]» o «ejerciendo atribuciones del poder público», es difícil ver cómo la troika podría quedar fuera del ámbito de la definición. Sin embargo, teme que las palabras «actúe por» puedan llevar a la combinación entre ambos elementos a que ha aludido anteriormente. La Relatora Especial debería proponer otro enunciado para dejar meridianamente claro que la definición de «funcionario» se centra en la persona que realiza el acto y no en el acto mismo.

37. En el proyecto de artículo 5, la expresión «ejercen atribuciones del poder público» será superflua si se mantienen el texto y la ubicación actuales del proyecto de artículo 2. Si, como se sugiere en el párrafo 148 del informe, las «atribuciones del poder público» incluyen «prerrogativas legislativas, judiciales y ejecutivas», entonces se restringirá el ámbito de aplicación del tema, puesto que los funcionarios empleados por el Estado, en otras palabras, las personas permanentemente vinculadas a la burocracia administrativa, no suelen ejercer tales prerrogativas. Por ese motivo, el orador sugiere sustituir «atribuciones del poder público» por «funciones públicas». El hecho de limitar los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae* a los funcionarios del Estado que ejercen atribuciones del poder público (una subcategoría de funcionarios del Estado) supone excluir a una gran parte de los funcionarios del Estado. Si bien eso permitiría alcanzar el objetivo deseado de limitar la inmunidad de los funcionarios del Estado en la máxima medida posible, el orador se pregunta si es conveniente proteger a los encargados de tomar decisiones pero no a las pobres almas que ejecutan las decisiones y las políticas del Estado. Coincide con el Sr. Murphy en que una lista indicativa de las personas físicas que podría abarcar el término «funcionario» ayudaría a la Comisión a formular una definición apropiada.

38. El orador es partidario de que se remitan los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

39. Sir Michael WOOD comparte la principal conclusión extraída por la Relatora Especial en su tercer informe, a saber, que el tema debería abarcar a todas las personas físicas que actúen por cuenta del Estado, con independencia de su cargo oficial (si ocupa alguno), y de que goce de inmunidad *ratione materiae* respecto de determinados actos. Aunque tal vez sea conveniente revisar el título del tema, no está de acuerdo con la sugerencia de sustituir «funcionario» por «órgano». Si se centra la atención en los actos respecto de los cuales puede surgir la inmunidad, en vez de en la persona, será superfluo definir la categoría o las categorías de personas que gozan de inmunidad. Las personas pueden gozar de inmunidad cuando actúan por cuenta del Estado, sean quienes sean y ocupen el cargo que ocupen: no hace falta que sean *fonctionnaires/officials/funcionarios* o empleados públicos, como quiere que se definan esos términos en el derecho interno.

40. Aunque en teoría sería posible limitar el alcance del tema a determinadas categorías de personas, ello no resultaría muy satisfactorio, porque entonces la Comisión trataría solo de una parte de la cuestión la inmunidad *ratione materiae* y tendría que especificar que su

planteamiento debe entenderse sin perjuicio de que otras personas gocen de inmunidad *ratione materiae*. Ese paso será innecesario si la Comisión vela por que el ámbito del tema abarque a todas las personas físicas que gocen de inmunidad *ratione materiae*, en otras palabras, a todas las personas físicas que realicen actos por cuenta del Estado.

41. En su tercer informe, la Relatora Especial examina detalladamente las posibles alternativas a la expresión «funcionario del Estado». Aunque se mantenga esta última, no está claro que sea necesario definirla o delimitarla. Tal y como se indica en el párrafo 166 del memorando de la Secretaría¹⁸⁷, hay un amplio apoyo doctrinal para la proposición de que gozan de inmunidad *ratione materiae* los funcionarios del Estado en general, independientemente de su posición en la jerarquía del Estado. La Relatora Especial afirma acertadamente, en el párrafo 17 de su tercer informe, que el término «funcionario» del título del tema se refiere a todas las personas que pueden quedar cubiertas por la inmunidad, pero a continuación concluye erróneamente (párr. 18) que la determinación de qué personas quedan cubiertas por la inmunidad *ratione materiae* no puede llevarse a cabo más que mediante la determinación de los «criterios identificativos». Tal y como se anunciaba en el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su sexagésimo cuarto período de sesiones¹⁸⁸, sería mejor concluir que, en vez de intentar establecer una lista de los funcionarios que podían acogerse a la inmunidad *ratione materiae*, se prestara atención al acto en sí: al «qué» y no al «quién».

42. De los diversos materiales examinados en el capítulo II, sección B, del tercer informe, los más interesantes a los presentes efectos son los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹⁸⁹, que explican cuidadosamente cuándo los hechos, incluidos los hechos de personas físicas, son atribuibles al Estado. Dichos artículos pueden proporcionar una útil indicación acerca de los actos que pueden ser objeto de la inmunidad *ratione materiae*, si bien tendrán que examinarse detenidamente antes de transponer los criterios de atribución en su conjunto al ámbito de la inmunidad *ratione materiae*. La conclusión extraída en el párrafo 38 del informe es compatible con el hecho de que lo que importa no es tanto la persona, sino los actos en cuestión.

43. La única resolución de un tribunal internacional que puede llegar a ser pertinente para la identificación de las personas que gozan de inmunidad es la dictada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso *Blaškić*. Sin embargo, no versa sobre la inmunidad de jurisdicción penal, sino sobre la inmunidad de ejecución de un requerimiento de presentación de documentos del Estado. La causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* versó sobre

¹⁸⁷ A/CN.4/596 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones, 2008). El texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte).

¹⁸⁸ Véase *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), pág. 66, párr. 119.

¹⁸⁹ Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53º período de sesiones y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

la posición de un ministro extranjero y solo hacía referencia a las personas que gozaban de inmunidad *ratione personae*. Los pasajes citados de la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* versan sobre la naturaleza de los actos realizados por personas físicas y no sobre la cuestión de si esas personas son «funcionarios» a los efectos de la inmunidad *ratione materiae*. Ninguno de los asuntos de que ha conocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se mencionan en el informe arroja luz sobre el significado de «funcionario». Tampoco está claro cómo el régimen especial creado por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas puede ayudar a determinar el significado de «funcionario del Estado» a otros efectos. Lo mismo se puede decir de todas las demás convenciones analizadas y de los «otros trabajos de la Comisión» examinados en el capítulo II, sección B, del tercer informe.

44. La Relatora Especial tiene razón cuando concluye que todos los funcionarios, todas las personas que actúan por cuenta del Estado, pueden gozar de inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de jurisdicción penal extranjera. Que gocen de ella depende de sus acciones u omisiones, no de su posición dentro del Estado o de su relación con este. Sin embargo, cuesta entender que ponga énfasis en dos criterios diferentes: una «relación con el Estado» y que «actúe por cuenta del Estado». El primero está subsumido en el segundo: basta con demostrar que los actos en cuestión se han realizado por cuenta del Estado.

45. Si bien el orador comparte hasta cierto punto el deseo de la Relatora Especial de revisar el título del tema, las alternativas que sugiere, en particular la palabra «órgano», no funcionan. «órgano del Estado» sería una forma inusual de referirse a un funcionario en concreto. Por ello, quizá sea preferible mantener «funcionario» y su equivalente en otros idiomas.

46. En cuanto a los dos proyectos de artículo propuestos en el informe, el orador dice que, si una definición como la enunciada en el proyecto de artículo 2, apartado e, es necesaria, aunque no cree que lo sea, entonces el inciso ii) tendrá que simplificarse considerablemente, puesto que contiene salvedades o restricciones de dudosa pertinencia. La inclusión de las palabras «representándolo [al Estado] o ejerciendo atribuciones del poder público, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado» puede restringir indebidamente el círculo de personas que gozan de inmunidad *ratione materiae*. Por consiguiente, el orador sugiere que el proyecto de artículo 2 e ii) diga simplemente así: «cualquier otra persona que actúe por cuenta del Estado».

47. Las palabras del proyecto de artículo 5 «que ejercen atribuciones del poder público» parecen confundir las personas que pueden llegar a gozar de inmunidad *ratione materiae* con los actos respecto de los cuales se goza de inmunidad. Al orador no le convence que el proyecto de artículo 5 se apruebe en la presente etapa de las deliberaciones, pero, incluso si se aprueba, debería inspirarse en el proyecto de artículo 3 y decir así: «Los funcionarios del Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera».

48. Por último, el orador señala algunos defectos en la traducción inglesa del informe, en la que se ha hecho caso omiso de correcciones terminológicas formuladas el año anterior.

49. El orador se declara a favor de que los dos proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación*)

[Tema 1 del programa]

50. El PRESIDENTE explica que, en ausencia del Sr. McRae, el Sr. Forteau se ofreció para presidir el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida. El Sr. McRae envió un voluminoso proyecto de informe para que el Grupo de Estudio lo examinara y ultimara. Si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea reconstituir el Grupo de Estudio.

Así queda acordado.

51. El Sr. FORTEAU dice que los otros miembros del Grupo de Estudio son el Sr. Caffisch, la Sra. Escobar Hernández, el Sr. Hmoud, el Sr. Kamto, el Sr. Murase, el Sr. Murphy, el Sr. Park, el Sr. Singh, el Sr. Šturma, el Sr. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y, *ex officio*, el Sr. Tladi.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

3219ª SESIÓN

Miércoles 9 de julio de 2014, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Kirill GEVORGIAN

Miembros presentes: Sr. Caffisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (continuación) (A/CN.4/666, cap. II, secc. B, A/CN.4/673, A/CN.4/L.850)

[Tema 5 del programa]

TERCER INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen del tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/673).

* Reanudación de los trabajos de la 3216ª sesión.