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. Caflisch, 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. Caflisch, 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.

2. El Sr. FORTEAU dice que comparte en gran medida las opiniones expresadas por el Sr. Tladi y Sir Michael Wood. Considera prematuro posicionarse sobre la cuestión de las excepciones a las inmunidades, que la Relatora Especial abordará en su cuarto informe, y recuerda que los trabajos del período de sesiones en curso se entienden sin perjuicio de la posición que adopte la Comisión más adelante. No obstante, parece que la sentencia dictada el 14 de enero de 2014 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Jones y otros c. el Reino Unido* incita a la Comisión a reconocer excepciones a la inmunidad, y podría admitirse que determinados actos oficiales no están protegidos por la inmunidad, en especial cuando se refieren a crímenes según el derecho internacional, sin perjuicio de la existencia de garantías procesales para evitar actuaciones abusivas.

3. Si bien las premisas y el enfoque adoptados por la Relatora Especial para el examen del tema son sumamente apropiados, las conclusiones que extrae y los proyectos de artículo resultantes no cuentan con el apoyo del Sr. Forteau. En primer lugar, los proyectos de artículo no son coherentes entre sí. Al no estar suficientemente coordinados, el proyecto de artículo 5 parece excluir a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* de la inmunidad *ratione materiae*, como ha señalado el Sr. Murase. Y, lo que es más problemático aún, parece que la Relatora Especial no sigue el método que dice haber adoptado, consistente en ocuparse por separado de los beneficiarios de la inmunidad y de los actos protegidos por la inmunidad, pues en ambos proyectos de artículo los beneficiarios se definen en relación con los actos que realizan. Ahora bien, el carácter de las atribuciones ejercidas no puede constituir un criterio para definir a los beneficiarios de la inmunidad, dado que algunas personas, en función de los actos que realicen, a veces actuarán *jure gestionis* y a veces lo harán en el marco del ejercicio de atribuciones del poder público (por ejemplo, el director de un banco central, cuyas actividades pueden ser bancarias o monetarias). Para utilizar ese criterio, habría que determinar caso por caso si esas personas cumplen las condiciones enunciadas en el proyecto de artículo 2 *e*. Así pues, ese criterio solo sirve para definir los *actos* protegidos por la inmunidad, y cabe preguntarse cómo se articularía, de ser aceptado, con la noción de «actos oficiales», que cumple idéntica función, y si no se trata, en definitiva, de una misma cuestión.

4. En segundo lugar, de la jurisprudencia y la práctica citadas en el informe se desprende que la situación es más sencilla de lo que los proyectos de artículo 2 y 5 dan a entender: es beneficiaria de la inmunidad cualquier persona que actúe por cuenta y en nombre del Estado. En efecto, la inmunidad *ratione materiae* se asocia a un acto; así pues, lo que importa es el carácter de la función ejercida a través de ese acto, porque se trata en realidad de una inmunidad *del Estado* y no de la persona. De ello se desprende lógicamente que cualquier persona que actúe como agente o funcionario del Estado gozará de inmunidad *ratione materiae*, sin necesidad de aplicar criterios adicionales. Esa es la conclusión que se extrae de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, que incluye entre los beneficiarios de la inmunidad a «los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter», y de numerosos instrumentos internacionales y sentencias que definen a los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae* como los agentes o funcionarios del Estado que actúan en tal carácter, sin más precisiones, por ejemplo, en el caso del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, que además parece emplear como sinónimos los términos «agentes» y «órganos» del Estado. No obstante, esto *no* quiere decir que esos funcionarios o agentes gocen de inmunidad absoluta ni que se beneficien realmente de esa inmunidad, pues todo dependerá de una cuestión *distinta*, a saber, la determinación de si el acto llevado a cabo por dicho agente o funcionario está en sí protegido por esa inmunidad.

5. Por consiguiente, el Sr. Forteau desea formular tres propuestas a la luz de esas observaciones. En primer lugar, en lo que respecta al término que se empleará en el título del proyecto de artículos, suscribe la opinión de que la palabra «órgano» no es la más adecuada. Dado que, en sus trabajos anteriores, en particular en los comentarios del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[190], la Comisión estableció una distinción entre los órganos y los agentes, parecería que se excluye a estos últimos si se opta por el término «órgano» en el presente proyecto de artículos. Además, como se ha señalado también, si las personas pueden ser órganos del Estado, y las actuaciones penales contra las personas jurídicas de derecho público no se excluyen, en la mayoría de los casos la inmunidad penal se aplicará a las personas físicas, de manera que el término «órgano» puede prestarse a confusión. El término *officials*, que parece apropiado en inglés, en francés se traduciría mejor por la expresión *tout représentant ou tout agent de l'État*, que abarca tanto a los funcionarios administrativos como a los titulares de cargos políticos. En segundo lugar, la definición de los beneficiarios de la inmunidad, que es necesaria, podría simplificarse tomando como modelo la definición de «agente» que figura en el artículo 2 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales[191], de manera que diga lo siguiente: «Se entiende por "funcionario o agente del Estado" toda persona a la que el Estado haya encargado cumplir una de sus funciones, o ayudar a cumplirla, y por medio del cual, en consecuencia, el Estado actúa».

6. Esta definición presenta varias ventajas: además de ser fácil de traducir, se refiere a «toda persona», sin especificar el cargo que ocupa, emplea el término neutro «funciones» en lugar de la expresión controvertida «atribuciones del poder público», se centra en el Estado, que, por medio de su agente, es el principal beneficiario de la inmunidad *ratione materiae*, y engloba a las diferentes categorías de personas interesadas.

---

[190] El texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53er período de sesiones y los comentarios correspondientes figuran en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77. Véase también la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

[191] Resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobado por la Comisión en su 63er período de sesiones y los comentarios correspondientes en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 46 y ss., párrs. 87 y 88.

7. Por último, el Sr. Forteau propone adaptar el proyecto de artículo 5 en consecuencia, retomando la propuesta de Sir Michael Wood. El proyecto quedaría redactado de la siguiente manera: «Los funcionarios y agentes del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera».

8. El Sr. PARK aprueba el enfoque adoptado por la Relatora Especial, que, partiendo de la base de que el derecho internacional no ofrece una definición general del término «funcionario», examina la práctica nacional e internacional para establecer los criterios identificativos de las personas que pueden beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Ese enfoque es, de hecho, preferible al de partir de una definición del concepto de «funcionario». De ese examen de la práctica, en el párrafo 111 *a* de su informe, la Relatora Especial llega a la conclusión de que el vínculo entre el funcionario y el Estado puede presentar diversas formas (constitucional, estatutario o contractual) y puede ser *de jure* o *de facto*. Sin embargo, las palabras «cualquiera que sea su posición en la organización del Estado», contenidas en el proyecto de artículo 2 *e* ii), parecen limitar el concepto de funcionario a los funcionarios *de jure*, por lo que convendría aclarar ese aspecto. También sería útil precisar el alcance del vínculo *de facto*: ¿pueden las personas mencionadas en el artículo 5 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, es decir, aquellas que no son un órgano del Estado en el sentido del artículo 4 del proyecto de artículos pero que están autorizadas por el derecho de ese Estado a ejercer atribuciones del poder público, considerarse funcionarios *de facto*? ¿Qué sucede con las personas a quienes va dirigido el artículo 8 de ese instrumento, a saber, las que actúan de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control del Estado?

9. En cuanto a la elección de los términos, el Sr. Park coincide con la Relatora Especial en que la palabra «representante» no es la más adecuada. El término «órgano» tampoco es el más apropiado; ya empleado en el proyecto de artículos anteriormente citado, designa tanto a las personas físicas como a las entidades que actúan en nombre del Estado. Además, como han señalado los Sres. Murphy y Forteau, ese término es fuente de confusión, dado que puede dar la falsa impresión de que los trabajos de la Comisión se refieren a la inmunidad del Estado, cuando versan sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de las personas físicas que actúan por cuenta y en nombre del Estado. Las cuestiones de terminología no se limitan a la elección de un término, pues en realidad ninguno satisface por completo las exigencias de la Comisión. Por ello, el Sr. Park propone utilizar el término *fonctionnaire de l'État* en la versión francesa, «funcionario» en la versión española y *official* en la versión inglesa, así como aclarar que, a los efectos del presente proyecto de artículos, el significado de esos términos es independiente del que puedan tener en el derecho interno.

10. En cuanto a los proyectos de artículo propuestos, el Sr. Park señala que hay que reformular el proyecto de artículo 2 *e* ii), que parece retomar a grandes rasgos el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, ya que la distinción que se hace en el proyecto de artículo entre representar al Estado y ejercer atribuciones del poder público plantea problemas. Se considera que las personas que ocupan cargos de alto rango, y que ostentan la condición de funcionarios al igual que sus subordinados, representan al Estado, aun cuando el desempeño de esos cargos no es independiente del ejercicio de atribuciones del poder público, sino que depende de él. En cuanto a la frase «cualquiera que sea su posición en la organización del Estado», esa expresión presupone que todos los representantes del Estado son funcionarios, lo que también es un problema. Por último, tal vez deba procederse como en el artículo 4 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos e indicar que el concepto de funcionario se refiere a los funcionarios que pertenecen tanto al gobierno central como a una división territorial del Estado. También deberá zanjarse la cuestión de si la persona que actúa temporalmente por cuenta de un Estado goza de inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

11. En lo que respecta al proyecto de artículo 5, el Sr. Park toma nota de las explicaciones ofrecidas por la Relatora Especial en el párrafo 150 de su tercer informe, pero considera que no deben reflejarse en el comentario, sino en el texto del proyecto de artículo, que podría reformularse de la manera siguiente: «Los antiguos jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de relaciones exteriores, así como las personas a que se refiere el proyecto de artículo 2 *e* ii) que ejercen atribuciones del poder público, se benefician de la inmunidad *ratione materiae*». Una vez finalizado el examen de la cuestión de los actos realizados a título oficial, también se podría reformular el proyecto de artículo 5 a fin de indicar que los representantes que no pertenecen a la «troika» gozarán de inmunidad *ratione materiae* en relación con los actos que realicen a título oficial. Por último, el Sr. Park considera que habría que añadir un proyecto de artículo sobre el elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae*. Al igual que los Sres. Tladi y Forteau, el orador cree que es prematuro examinar la propuesta del Sr. Murase, que plantea cuestiones complejas. Para concluir, se muestra a favor de remitir los proyectos de artículo 2 y 5 al Comité de Redacción.

12. El Sr. SABOIA señala que la Relatora Especial, para analizar los criterios que permiten identificar a los beneficiarios de la inmunidad, se basa, entre otras cosas, en la práctica convencional, y en particular en los «tratados internacionales que definen comportamientos penalmente perseguibles con independencia de su vinculación con las relaciones internacionales». El estudio que hace al respecto es magistral y sin duda útil, pero hay que tener en cuenta que esos instrumentos tienen propósitos y fines diferentes y se inscriben en un contexto particular, ya que definen y castigan crímenes graves según el derecho internacional o delitos transnacionales, cuya represión exige una estrecha cooperación entre los Estados. Ciertamente, esos crímenes pueden ser cometidos por funcionarios o agentes del Estado, pero a menudo son perpetrados por personas que no tienen ningún vínculo oficial con el Estado, con la complicidad o por instigación de este, en general precisamente para evitar incurrir en responsabilidad. Por tanto, los criterios que se utilicen para definir a los agentes o los órganos del Estado deben ser lo suficientemente amplios como para incluir las categorías de

personas que, sin ser funcionarios ni agentes del Estado, actúen no obstante con la complicidad o la aprobación de este o instigadas por él.

13. Como han recordado varios miembros, la inmunidad sigue siendo una excepción, lo que exige una aplicación restrictiva. La definición de funcionario del Estado a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera debe basarse en criterios distintos y más restrictivos que los de los instrumentos relativos a crímenes según el derecho internacional como el genocidio, la tortura o la corrupción. Esos instrumentos serán más pertinentes para determinar qué es un «acto oficial» y cuáles son los actos que pueden justificar excepciones a la regla de la inmunidad. En su análisis de los tratados sobre las relaciones diplomáticas y consulares, la Relatora Especial también recoge ejemplos útiles del trato que se ha dado a la inmunidad en el derecho internacional. Al determinar qué altas autoridades gozan de inmunidad *ratione personae*, la Comisión optó por una lista restringida. En lo que respecta a la inmunidad *ratione materiae*, debe decantarse por criterios estrictos.

14. Por consiguiente, parece difícil incluir a las personas que actúan *de facto* como agentes del Estado, al igual que el Comité contra la Tortura, o a las personas que trabajan para una empresa o un organismo del sector público en un país extranjero, como se indica en el párrafo 93 del informe. Si, por las razones expuestas y en interés mutuo, dos países quieren conceder privilegios o inmunidades a esas personas, pueden hacerlo mediante un acuerdo bilateral. Del mismo modo, si bien es cierto que para determinar la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se puede considerar que incluso los órganos o agentes que actúan *de facto* pueden ejercer esa autoridad cuando ejercen «de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones», como se indica en el párrafo 109 del informe, no sucede lo mismo con la inmunidad *ratione materiae* de la jurisdicción penal extranjera, a menos que exista un acuerdo *ad hoc*, por ejemplo, en el caso de un Estado que acoja negociaciones de paz entre otro Estado y un grupo insurgente. Por esa razón, el Sr. Saboia está de acuerdo en general con los criterios propuestos en el párrafo 111 del informe de establecer una definición de «funcionario» a los efectos del presente tema, a excepción de la precisión hecha al final del apartado *a*, según la cual el vínculo entre el funcionario y el Estado puede ser «*de jure* o *de facto*».

15. En cuanto a la terminología, el Sr. Saboia es partidario de mantener el término *official* en inglés, aunque se pierda la homogeneidad con otros idiomas. Es cierto que ese término, como su equivalente en español «funcionario», no es apropiado para designar a un miembro electo del poder legislativo o judicial, pero los matices podrán aclararse en el comentario. El Sr. Saboia también cree que debe tenerse en cuenta la creciente tendencia a suavizar el régimen de excepciones a la inmunidad en favor de la lucha contra la impunidad, si bien considera que hay que respetar en ese sentido el enfoque prudente de la Relatora Especial y que esa cuestión, incluida la cláusula «sin perjuicio» propuesta por el Sr. Murase, se examinará a su debido tiempo. Para concluir, el Sr. Saboia dice que aprueba la remisión al Comité de Redacción de los dos proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial.

16. El Sr. CAFLISCH dice que, para responder a la cuestión de qué actos y personas quedan excluidos de la jurisdicción de los tribunales penales extranjeros, hay que establecer una definición que abarque todos los comportamientos considerados penalmente perseguibles realizados por una persona física o jurídica en nombre o por cuenta de un Estado. Por tanto, se trata de recoger todos los tipos de actos realizados en nombre y por cuenta del Estado, a excepción de los actos que no se cometan en ese contexto, aunque sean atribuibles a un funcionario, y de los crímenes según el derecho internacional, que se examinarán en el futuro previsible. Forman parte de esa categoría todos los comportamientos atribuibles a un solo empleado (y no «funcionario»), así como los comportamientos atribuibles a una persona o una entidad privada, por ejemplo, una empresa privada con domicilio en Suiza que, sobre una base contractual, ejerce funciones públicas en otro Estado. Ni que decir tiene que sería inútil redactar la lista de los agentes y los actos protegidos por la inmunidad, ya que cualquier lista es, por definición, incompleta. Por tanto, debemos —y ese es sin duda el objetivo que persigue la Relatora Especial— establecer una definición abstracta que pueda abarcar todos los comportamientos que no están cubiertos por la jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* y, en ese sentido, la redacción del proyecto de artículo 2 *e* ii) puede parecer a primera vista apropiada. En cuanto a la elección de los términos, el Sr. Caflisch considera que *fonctionnaire* no es adecuado porque solo se refiere a los agentes vinculados al Estado por un estatuto especial. En cuanto al término *employé*, que goza de mayor aceptación, es fuente de confusión, pues no incluye a los agentes que, sin estar vinculados al Estado por un contrato de trabajo, actúan por cuenta de él. La palabra *organe* tampoco es apropiada porque entre los agentes que actúan por cuenta del Estado hay personas o entidades que no son órganos del Estado en el sentido que suele atribuirse a ese término. No obstante, cabe señalar que todas las personas o entidades incluidas en el ámbito de aplicación del tema actúan para el Estado y, por tanto, algunas de ellas al menos lo «representan» en el sentido habitual del término. Por ese motivo, aunque apoya la propuesta del Sr. Forteau de emplear la expresión *agents et/ou représentants de l'État*, el Sr. Caflisch, que no se opone a la utilización del término *officials* en la versión inglesa, no podría aceptar en ningún caso que el término se traduzca en francés por *fonctionnaires*. Hay, efectivamente, muchas personas que actúan por cuenta del Estado y no tienen esa condición, por ejemplo, los miembros de la judicatura. También cabe señalar a la atención de los miembros que habrá que velar por que al actuar en nombre y por cuenta del Estado, el *représentant ou agent* de que se trate respete escrupulosamente su mandato, pues solo así podrá beneficiarse de la inmunidad. Para concluir, el Sr. Caflisch señala que no se opone a remitir los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

17. El Sr. KITTICHAISAREE recuerda que las delegaciones presentes en la Sexta Comisión insistieron mucho en que, en lo que respecta a la inmunidad, la Comisión debía aclarar si tenía la intención de codificar el derecho internacional consuetudinario o favorecer el desarrollo progresivo del derecho.

18. El Sr. CANDIOTI dice que no es conveniente entrar en ese debate porque el tema ya es suficientemente complejo. De todos modos, la práctica habitual de la Comisión no es diferenciar con claridad las dos vertientes de su mandato, pues son los dos elementos combinados de una misma función.

Se levanta la sesión a las 11.30 horas.

3220ª SESIÓN

Jueves 10 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, 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. 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 la Comisión a proseguir el 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).

2. El Sr. KAMTO apoya las observaciones formuladas por la Relatora Especial en el capítulo II, sección A, de su informe acerca del término «funcionario». En el párrafo 19, la Relatora Especial afirma que el término «funcionario» (*official*, *représentant*) no es el más adecuado para referirse a todas las categorías de personas amparadas por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. El orador, sin embargo, opina de otro modo y discrepa de la Relatora Especial en cuanto a su preferencia por el término «órgano».

3. El término «órgano» puede referirse a una persona física o una entidad, y en este último caso es difícil hablar de responsabilidad penal. Recuérdese el aforismo latino: *societas delinquere non potest*. Incluso hoy, cuando se hace referencia a la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles, lo que se invoca en realidad es la responsabilidad de los altos ejecutivos —al menos cuando la responsabilidad penal de la persona física implica la condena a una pena privativa de libertad— y no la responsabilidad de la sociedad misma. Además, la referencia a un «órgano» en el presente contexto podría difuminar la distinción entre la inmunidad de los representantes del Estado y la inmunidad del Estado mismo.

4. El orador no se decanta por ninguna de las alternativas al término «funcionario» propuestas por la Relatora Especial. Los términos *agent* o *fonctionnaire*, en francés, son totalmente inapropiados ya que, en muchos países africanos de habla francesa, se refieren a empleados de la administración pública cuyo estatus se rige por el Código del Trabajo; por lo tanto, no abarcarían a todas las personas que la Comisión pretende incluir.

5. La propuesta de utilizar la fórmula mixta *représentants et agents de l'État* plantearía más problemas de los que resuelve, ya que, en muchos países de habla francesa, es posible que un *représentant de l'État* no sea un *agent de l'État*, mientras que un *agent de l'État* es siempre un *représentant de l'État*, en el sentido amplio del término «representante» y no en su sentido restringido, que designa a los miembros de la troika y otros funcionarios de alto rango del Estado.

6. En cambio, la expresión *représentant de l'État* es lo bastante amplia para abarcar a los miembros de la troika, que ya gozan de inmunidad *ratione personae*, y a otras personas, sean estas agentes del Estado, *fonctionnaires* o hasta representantes especiales del Estado. El elemento decisivo y, en realidad, el único criterio para determinar qué personas gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera es si la persona ha actuado o no por cuenta y en nombre del Estado. Ese planteamiento evitaría la necesitad de subdividir el apartado *e* en dos incisos i) y ii) subordinados para establecer una distinción entre los miembros de la troika y las demás personas que actúan por cuenta y en nombre del Estado. Al mismo tiempo, mientras el tratamiento del tema dependa de la distinción fundamental entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*, la distinción entre quienes gozan de ambos tipos de inmunidad ha de tenerse en cuenta en la definición de «funcionario del Estado». Por consiguiente, la estructura actual del proyecto de artículo 2, apartado *e*, no plantea al orador problemas insuperables, por lo que se decanta a favor de remitir el proyecto de artículo 2 al Comité de Redacción.

7. Con respecto a la identificación de las personas que gozan de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, hay que distinguir también entre los miembros de la troika y otros funcionarios del Estado. La misma justificación que se ha aducido para reconocer a los miembros de la troika la inmunidad *ratione personae*, esto es, facilitar las relaciones entre Estados, sigue siendo válida para reconocerles la inmunidad *ratione materiae*. Al contrario, no cabe decir lo mismo de otros funcionarios del Estado, cuya inmunidad podría depender de la naturaleza del delito que hubieran cometido, y por tanto es relativa, no absoluta. Cualquier referencia a la inmunidad absoluta reconocida a los miembros de la troika, por supuesto, se entiende sin perjuicio del régimen de responsabilidad penal ante los tribunales penales internacionales. Como se indica claramente en el artículo 27, párrafo 2, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el artículo 7, párrafo 2, del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia[192] y el artículo 6, párrafo 2, del

[192] Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993 (véase el informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad (S/25704 y Corr.1 y Add.1), anexo).