

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. Caffisch, Sr. Candiotti, 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 necesidad 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<sup>192</sup> y el artículo 6, párrafo 2, del

<sup>192</sup> 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).

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda<sup>193</sup>, los líderes de un Estado, sean cuales sean, no gozan de inmunidad ante esos tribunales. La cuestión decisiva de la impunidad se debe abordar teniendo en cuenta la siguiente distinción fundamental: la falta de inmunidad ante un tribunal penal internacional no conlleva necesariamente la falta de inmunidad de jurisdicción penal extranjera y viceversa.

8. En el tercer informe no se aborda la difícil cuestión de si es posible reconocer a todos los demás funcionarios del Estado que no forman parte de la *troika* la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, lo que podría entenderse en el sentido de que la Relatora Especial considera que ello es posible. El fundamento según el derecho internacional de una norma de esta índole es discutible. Cabría señalar, para establecer una analogía con el régimen del derecho penal internacional, que la jurisdicción penal internacional de las cortes y tribunales penales internacionales se ha limitado por ahora a los líderes y otros altos funcionarios del Estado. El orador cita el artículo 46A *bis* del proyecto de protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos como ejemplo de ampliación de la inmunidad a los «altos funcionarios del Estado» (*hauts fonctionnaires*). El régimen de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que elabora la Comisión, ¿debería abarcar a todos los funcionarios del Estado o solo a algunos de ellos? Y en este último caso, ¿a cuáles? El orador sospecha que no se podrá dar cumplidamente una respuesta hasta que se resuelva la cuestión del alcance de la inmunidad *ratione materiae*.

9. En sus trabajos sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, en 1951, la Comisión decidió limitarse a los delitos que incluían un elemento político o que ponían en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y excluyó expresamente cuestiones como la piratería, el tráfico de drogas, la trata de niños y mujeres y la esclavitud<sup>194</sup>. En sus trabajos de 1996 sobre el mismo tema<sup>195</sup>, la Comisión estimó que el código debía abarcar solo los crímenes internacionales más graves. Sin embargo, las disposiciones legislativas nacionales definen varios delitos que, aun quedando fuera del ámbito de la inmunidad *ratione materiae*, pueden acarrear el enjuiciamiento de funcionarios del Estado ante los tribunales penales del Estado anfitrión.

10. Estas consideraciones llevan al orador a proponer varias mejoras con respecto al proyecto de artículo 5. En primer lugar, habría que reflejar en el texto la distinción entre los miembros de la *troika* y otros funcionarios del Estado que gozan de inmunidad *ratione materiae*. A estos efectos, el proyecto de artículo 5 debería convertirse en el proyecto del artículo 7 e incluirse después de los proyectos de artículo 4, 5 y 6 que la Comisión examinó en

2013<sup>196</sup>. En segundo lugar, debe quedar entendido que la formulación del proyecto de artículo depende de las propuestas de la Relatora Especial y la decisión de la Comisión en lo que respecta a los delitos a los que se extiende la inmunidad. Sin perjuicio de esas propuestas, el orador se inclina a remitir al Comité de Redacción el proyecto de artículo 5.

11. La Sra. JACOBSSON se felicita de que, en el párrafo 15 del informe, la Relatora Especial afirme que los tres elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae* identificados en el párrafo 13 no implican un pronunciamiento sobre las excepciones a la inmunidad ni un reconocimiento del carácter absoluto de esta.

12. Como señala acertadamente la Relatora Especial (párr. 24), no existe una definición universalmente aceptada del término «funcionario». Las definiciones nacionales reflejan las estructuras constitucionales y legales internas y, por consiguiente, no son decisivas en un contexto internacional. La búsqueda de la Relatora Especial de un término que corresponda a tres criterios —cargo, funciones que se deben desempeñar y representación— van más allá de facilitar la labor de los jueces internos. Está encaminada a lograr un uso universalmente coherente del concepto subyacente, independientemente de los términos empleados. Ahora bien, la oradora no está totalmente convencida de la bondad de la propuesta de abandonar el término «funcionario» y sustituirlo por «órgano». Teme que solo cause confusión y que sea prematura mientras no se tenga una idea más clara de lo que puede ser objeto de acuerdo en cuanto al fondo, en particular con respecto a las excepciones a la inmunidad.

13. Por lo que se refiere al proyecto de artículos, la oradora dice que existe una relación muy estrecha entre el texto del proyecto de artículo 2, apartado *e* ii), y la definición de hecho del Estado del artículo 4, párrafo 1, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>197</sup>. Como era de esperar. Cuando un Estado invoca la inmunidad a favor de un funcionario del Estado que ha cometido un acto delictivo al actuar en beneficio del Estado, y dicho hecho es atribuible al Estado, no existe la menor duda de que el Estado es responsable de ese acto. Esta norma refleja la yuxtaposición de inmunidad e impunidad. El verdadero problema es determinar la relación con el Estado, que no siempre es aparente, como lo demuestran diversos ejemplos pasados y actuales. Dada la posibilidad de que los Estados traten de eludir su responsabilidad desvinculándose de quienes actúan en su nombre o por cuenta suya, la lista de las personas que gozan de inmunidad *ratione materiae* debe restringirse y no ampliarse.

14. La descripción del funcionario del Estado que figura en el proyecto de artículo 2, apartado *e* ii), es un buen punto de partida, pero su aplicación a través de

<sup>193</sup> Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994, anexo.

<sup>194</sup> *Yearbook of the International Law Commission 1951*, vol. II, documento A/1858, pág. 134, párr. 58 *a*.

<sup>195</sup> El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión y los comentarios correspondientes aparecen reproducidos en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párr. 50.

<sup>196</sup> *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 43, notas 234, 235 y 236.

<sup>197</sup> 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 53<sup>er</sup> período de sesiones y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

estructuras constitucionales y legales diferentes puede dar lugar a contradicciones, cosa que debe evitarse. Otra solución podría ser abstenerse totalmente de definir la expresión «funcionario del Estado», en vista de la falta de una definición en el ámbito internacional; sin embargo, sería difícil, cuando no imposible, identificar las excepciones a la inmunidad si tener una idea clara de las clases de personas a que se refiere la expresión «funcionario del Estado».

15. El enunciado del proyecto de artículo 5 es algo confuso, ya que parece dar a entender que solo los funcionarios del Estado que ejercen atribuciones del poder público gozan de inmunidad *ratione materiae*. La propuesta del Sr. Murase de abstenerse por completo de utilizar la expresión *ratione materiae* es interesante y debería ser debatida en el Comité de Redacción. La oradora es partidaria de que se remitan al Comité de Redacción los proyectos de artículo.

16. El Sr. WISNUMURTI dice que no está claro cómo hay que responder a las preguntas de quiénes gozan de inmunidad *ratione materiae*, a qué tipos de actos se refiere esa inmunidad y durante qué período de tiempo puede invocarse y aplicarse tal inmunidad, debido a la falta de una práctica uniforme en esos campos. En consecuencia, el orador está de acuerdo con la propuesta de la Relatora Especial de determinar a qué personas se extiende la inmunidad *ratione materiae* únicamente mediante la aplicación de «criterios identificativos» caso por caso. En el párrafo 111 de su informe, la Relatora Especial propone tres criterios para identificar quién es funcionario. En el primer criterio, el elemento de conexión con el Estado es importante para determinar si existe un vínculo válido entre el funcionario y el acto realizado, por una parte, y el Estado, por otra. No obstante, la idea de que el vínculo puede ser *de jure* o *de facto* tendría por efecto ampliar el concepto de «vínculo con el Estado». En el segundo criterio, está de más indicar que el funcionario actúa «en el ámbito internacional», ya que es bastante evidente que actúa como representante del Estado, con independencia de dónde o en qué contexto realiza el acto. La idea de desempeñar funciones oficiales es diferente de la de actuar como representante del Estado y, por consiguiente, debe constituir un criterio distinto. En el tercer criterio, las palabras «ejerce atribuciones del poder público» y la última frase son superfluas.

17. El orador conviene con la Relatora Especial en que los criterios para determinar lo que se entiende por «funcionario» se deben aplicar tanto a los funcionarios del Estado que gozan de inmunidad *ratione personae* como a los que gozan de inmunidad *ratione materiae*. También está de acuerdo en que, a fin de identificar a una persona como funcionario, se debe determinar caso por caso si concurren todos los criterios. A juicio del orador, el empleo del término «órgano» para designar a las personas que gozan de inmunidad causaría problemas de interpretación y malentendidos y sería incompatible con la práctica de los Estados, en la que el término «funcionario» es comúnmente aceptado. Pese a ciertas deficiencias lingüísticas inherentes al término «funcionario», el orador cree firmemente que la Comisión debería mantenerlo en el título del tema y en el contenido del proyecto de artículos.

18. Con respecto al proyecto de artículo 2, apartado e, el orador está de acuerdo con la Relatora Especial en que la definición de funcionario del Estado debería incluir a los miembros de la troika y a cualquier otra persona que goce de inmunidad *ratione materiae*. Conviene asimismo con Sir Michael Wood en que es necesario simplificar el apartado e ii). En su forma actual, es una amalgama de elementos superpuestos que induce a confusión y puede plantear dificultades a las autoridades encargadas de interpretar la definición.

19. En cuanto al artículo 5, el orador está de acuerdo con la observación del Sr. Park de que, tal como ahora está redactado, excluye a los miembros de la troika, que también gozan de inmunidad *ratione materiae*. Opina que las palabras «los funcionarios del Estado que ejercen atribuciones del poder público» excluyen a las demás atribuciones de los criterios para identificar a un funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae*. Así pues, convendría redactar el texto de nuevo.

20. Sin perjuicio de estos comentarios y propuestas, el orador apoya que los dos proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción.

21. El Sr. HASSOUNA felicita a la Relatora Especial por el excelente análisis que figura en su bien documentado informe.

22. La Relatora Especial se ha basado en gran medida en el contenido de los tratados para definir la expresión «funcionario del Estado». De ese modo, las inmunidades previstas en los tratados se han utilizado, cuidadosa y acertadamente, para definir las inmunidades que no derivan de tratados. En cambio, no está claro el vínculo entre la atribución del comportamiento de funcionarios públicos a un Estado en el contexto de la responsabilidad del Estado ni la definición de «funcionarios del Estado» en relación con la inmunidad. La Relatora Especial podría especificar los supuestos en que se puede recurrir a las reglas de atribución enunciadas en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos para delimitar el alcance de la definición de los funcionarios del Estado que gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Una disposición en ese sentido podría ser la siguiente: «Cuando un Estado hace valer la inmunidad respecto de un funcionario del Estado que tiene derecho a la inmunidad *ratione materiae* por actos que son *ultra vires*, o privados por cualquier otro concepto, ese comportamiento es asumido por el Estado y el Estado es responsable según el derecho internacional por el hecho ilícito». Esa terminología es conforme a la empleada por la Corte Internacional de Justicia en su fallo dictado en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*.

23. También sería útil aclarar hasta qué punto los funcionarios de entidades federales que representan al gobierno de su entidad en el extranjero deben tener derecho a la inmunidad de jurisdicción penal por los actos realizados en el desempeño de sus funciones. Hay que dejar bien sentado que la definición de «funcionarios del Estado» no se circunscribe a los funcionarios de la Administración central cuando agentes de entidades federales ejercen atribuciones del poder público.

24. La distinción que se hace en el proyecto de artículo 2, apartado e i) y ii), no es recomendable, ya que parece indicar que los miembros de la troika constituyen una clase separada de funcionario del Estado, mientras que son meramente ejemplos de funcionarios comprendidos en la definición general enunciada en el inciso ii). Si, por el contrario, la Relatora Especial estima necesario referirse a la troika en una cláusula distinta, habrá que mencionar entonces también en una cláusula distinta a los agentes diplomáticos, otra categoría de funcionario del Estado. El proyecto de artículos debe diferenciar entre los agentes diplomáticos, que están protegidos explícitamente en virtud del derecho internacional consuetudinario con objeto de que un Estado pueda enviar representantes al extranjero para llevar las relaciones internacionales, y otros empleados públicos.

25. La definición propuesta en el inciso ii) parece ajustarse a los criterios identificativos enumerados en el párrafo 111 del tercer informe, pero conviene fijarse más en la terminología. Debe aclararse la relación entre actuar «por cuenta» de un Estado y actuar «en nombre» de un Estado, al objeto de asegurarse de que las personas que actúen «por cuenta», aunque tal vez no «en nombre», del Estado no queden excluidas del ámbito de la definición. Igualmente, la alternativa de o bien representar al Estado, o bien ejercer atribuciones del poder público da a entender que el ejercicio de atribuciones del poder público no incluye un elemento de representación. Como el concepto de poder público no se define en el informe, a pesar de su importancia, sería sensato incluir en el comentario algunos ejemplos de personas que ejercen ese poder, o al menos una definición del término, y explicar que no se refiere a un representante del poder ejecutivo del Estado. Sería más exacto decir «poder estatal». El orador es partidario de simplificar el inciso ii) de modo que diga «cualquier otra persona que actúe por cuenta del Estado goza de inmunidad *ratione materiae*».

26. La afirmación del proyecto de artículo 5 según la cual «[l]os funcionarios del Estado que ejercen atribuciones del poder público se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera» es discutible, puesto que puede entenderse en el sentido de que los funcionarios del Estado que ejercen el poder público constituyen una categoría distinta o separada, cuando no es así. Por ello, debería suprimirse.

27. El orador felicita a la Relatora Especial por su profundo análisis de las complejas cuestiones terminológicas que plantea el tema. No obstante, la propuesta de sustituir el término «funcionario» por el de «órgano» presenta dificultades porque este último término puede designar también a grupos de personas, servicios o instituciones que actúan por cuenta del Estado, mientras que el tema concierne a la responsabilidad penal individual de personas que actúan por cuenta del Estado. Además, no es seguro que el término «órgano» se pueda utilizar en ese contexto en árabe, chino y ruso. Es posible dar una definición de funcionario del Estado basada en términos fácilmente comprensibles si se deja claro que el título de una persona y la posición que ocupa en la organización del Estado no son decisivos al determinar si esa persona está comprendida o no en la definición de «funcionario

del Estado». Por último, la expresión «funcionario del Estado» tiene la ventaja de referirse a personas físicas y es apto para ser utilizado en sentido amplio, lo que permite aplicarlo a todas las categorías de personas amparadas por la inmunidad de jurisdicción penal.

28. El orador está de acuerdo en que los dos proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción.

29. El Sr. FORTEAU se refiere a la afirmación que han hecho el Sr. Kamto y el Sr. Hassouna de que las personas jurídicas no pueden incurrir en responsabilidad penal y dice que no es totalmente cierta. En Francia, por ejemplo, los tribunales han reconocido la inmunidad *ratione materiae* de personas jurídicas en procesos penales. En el asunto *Erika*, la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación falló, en una resolución dictada el 23 de noviembre de 2004, que la Autoridad Marítima de Malta, que es una entidad de derecho público, gozaba de inmunidad *ratione materiae*. No se puede, por consiguiente, excluir a las personas jurídicas del ámbito del tema. Una expresión como «representantes y agentes del Estado» (*représentants et agents de l'État*) abarcaría a ese tipo de entidades. El comentario podría aportar luego las aclaraciones necesarias.

30. El Sr. KAMTO dice que no se ve muy bien cómo se podría imponer una pena a una empresa como no sea condenando a sus altos directivos. La responsabilidad penal de una persona jurídica descansa en la atribución, porque los administradores asumen la responsabilidad por un delito cometido por la empresa. La ejecución de la pena impuesta a una persona jurídica adopta una forma pecuniaria, porque una persona jurídica no puede ser encarcelada.

31. El Sr. FORTEAU dice que, en virtud del artículo 121-2 del Código Penal francés<sup>198</sup>, las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad penal, independientemente de la responsabilidad de sus administradores. Se puede imponer a las empresas indemnizaciones punitivas y sanciones administrativas.

32. El Sr. SABOIA coincide con el Sr. Forteau. En el Brasil se ha impuesto a diversas empresas el pago de multas elevadas por delitos contra el medio ambiente. El orador no excluye la posibilidad de que, en el futuro, las personas jurídicas e incluso el Estado puedan incurrir en responsabilidad penal por crímenes internacionales graves.

33. El Sr. PETRIČ felicita a la Relatora Especial por su informe ampliamente documentado. Dicho informe trata exclusivamente de la cuestión de quién goza de inmunidad *ratione materiae*, puesto que la Comisión decidió el pasado año que solo la troika tenía derecho a la inmunidad *ratione personae*<sup>199</sup>. Por su parte, el orador sigue sosteniendo que, de acuerdo con la realidad y las necesidades de las relaciones internacionales modernas, la inmunidad *ratione personae* debería hacerse extensiva a

<sup>198</sup> Disponible en el sitio web Légifrance ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)), *Les codes en vigueur*.

<sup>199</sup> Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 43 y ss., párrs. 48 y 49, proyectos de artículo 3 y 4 y los comentarios correspondientes.

otros funcionarios del Estado de alto rango que representan al Estado en las relaciones internacionales y no limitarse a la troika.

34. El orador, como muchos otros miembros que le han precedido en el uso de la palabra, preferiría mantener la expresión *State official* («funcionario del Estado») en la versión inglesa del proyecto de artículos. «Órgano» y «agente» son términos menos idóneos, ya que la inmunidad se reconoce a una persona física, mientras que el término «órgano» abarca a los órganos estatales de naturaleza colectiva y a las personas jurídicas.

35. Como el tema está circunscrito a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y como los estándares difieren mucho en el proceso civil por contraposición al proceso penal, no sería apropiado que la Comisión estudiara casos relativos a la inmunidad en litigios civiles ante los tribunales internos. A este respecto, el orador está de acuerdo con las observaciones del Sr. Murphy.

36. El hecho de que la inmunidad suponga una relación entre Estados, y no entre un Estado y una persona física, plantea varias cuestiones. Un Estado puede invocar la inmunidad en otro Estado respecto de una persona que no figure entre sus funcionarios o respecto de una persona que no se ajuste a los parámetros de la definición que finalmente adopte la Comisión, siempre que esa persona haya actuado conforme a las órdenes o instrucciones de dicho Estado. Corresponde al otro Estado aceptar o rechazar esa pretensión de inmunidad, aun cuando la persona en cuestión sea considerada por el primero como funcionario del Estado. En el mundo de hoy, el hecho de que muchas funciones antes desempeñadas por los Estados hayan sido asumidas por asociaciones público-privadas hace que sea aún más difícil elaborar una lista de funcionarios del Estado o una definición general. La cuestión esencial en el contexto de la inmunidad *ratione materiae* es si un acto de una persona física es un acto de un Estado, es decir, si la persona física ha actuado por cuenta del Estado. La inmunidad *ratione materiae* no se basa en el estatus de la persona implicada; el Estado tiene que probar que esa persona ha actuado por cuenta del Estado en calidad de funcionario, agente o persona especialmente autorizada.

37. Conviene remitir los dos proyectos de artículo propuestos en el informe al Comité de Redacción, que debería simplificarlos.

38. El Sr. SABOIA, con respecto a la observación del Sr. Petrič de que la cuestión de la inmunidad *ratione materiae* entraña una relación entre Estados y de que es suficiente que un Estado alegue que una persona actúa por cuenta del Estado para que esa persona goce de inmunidad, quisiera saber si, en caso de que un Estado alegue que un terrorista o un espía ha actuado por cuenta del Estado, el otro Estado tiene que aceptar esa pretensión y reconocer la inmunidad.

39. Sir Michael WOOD señala el asunto *Khurts Bat*, en el que un tribunal inglés aceptó el argumento del abogado del Ministerio de Relaciones Exteriores y Asuntos del *Commonwealth* de que el acusado, que tenía que ser extraditado a Alemania para ser encausado por delitos

similares a la tortura, por cuenta del Estado de Mongolia, no gozaría de inmunidad en el Estado territorial, Alemania.

40. El Sr. PETRIČ dice que su intención era poner de manifiesto que es dudoso que la Comisión pueda elaborar una definición satisfactoria de «funcionario del Estado» y que, si lo consigue, quizás descubra después que ha establecido algunas limitaciones discutibles. Sería mejor responder a la pregunta de quién debe tener derecho a la inmunidad *ratione materiae* mediante la determinación de los actos que se pueden atribuir al Estado.

41. El Sr. NOLTE felicita a la Relatora Especial por la investigación minuciosa en que se basa su tercer informe. Conviene en que toda consideración de los actos oficiales que activarían la inmunidad *ratione materiae* debe aplazarse hasta una fase ulterior de los debates de la Comisión. Las dificultades terminológicas de la versión francesa se pueden solucionar aceptando la propuesta de traducir al francés el término «funcionario» por *représentants et agents*. El orador pone en duda que sea adecuado transponer a la esfera de los Estados la definición de «agente» que figura en el artículo 2 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales<sup>200</sup>, que se elaboró teniendo presentes las necesidades específicas de las organizaciones internacionales. Si bien está de acuerdo también en que la Comisión no debería sustituir el término «funcionario» por el de «órgano», conviene no excluir explícitamente este término, puesto que figura en el artículo 2 antes mencionado. Las palabras «otra persona o entidad», que asimismo aparecen en el artículo 2, son problemáticas, ya que nadie que no sea funcionario debe ser definido como funcionario. La Comisión no debería tratar de examinar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de las personas jurídicas, puesto que ello no haría sino aumentar las complicaciones de un tema ya difícil de por sí.

42. El orador coincide con el Sr. Forteau y el Sr. Tladi en que habría que definir «funcionario» (*official*, en inglés) de tal forma que dé cabida a que el concepto de «acto oficial» (*official act*) tenga su propia utilidad. Ahora bien, es discutible que definir «funcionario» en términos más amplios de lo que queda englobado en «actos oficiales» tenga alguna utilidad práctica. El término *agent* en el texto francés tiene la ventaja de poner de manifiesto que la persona concernida no ha de tener necesariamente la condición formal de funcionario del Estado. El orador se hace eco de las dudas expresadas en lo que respecta a la distinción que se ha hecho entre las personas físicas que tienen una «relación» con el Estado y las que actúan por cuenta de este, pues esto último supone necesariamente lo primero. Pone en tela de juicio también la inclusión en el proyecto de artículo 2 del requisito de que los funcionarios del Estado no solo actúen «por cuenta» sino también «en nombre» del Estado. ¿Significa esto que todas esas personas deben anunciar siempre que actúan para el Estado? ¿Tienen las palabras «representándolo [al Estado] o ejerciendo atribuciones del poder público» el

<sup>200</sup> 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 63º período de sesiones y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 46 y ss., párrs. 87 y 88.

objeto de ceñir la definición a quienes ejerzan una forma específica de poder público? ¿Excluye a quienes trabajan para una entidad de derecho público jurídicamente distinta o, de lo contrario, no pueden pretender representar al Estado como tal? A juicio del orador, las referencias a la naturaleza de la función ejercida y la posición ocupada en la organización del Estado son adecuadas en el comentario, pero no deberían figurar en la definición misma, ya que la oscurecen.

43. En el párrafo 147 de su tercer informe, la Relatora Especial menciona los profesores como ejemplo de personas que tienen un vínculo formal con el Estado y que, sin embargo, no tienen asignadas funciones que impliquen el ejercicio de atribuciones del poder público. En Alemania se considera que los profesores actúan por cuenta del Estado, y hasta ejercen atribuciones del poder público, cuando realizan tareas como la calificación de los ejercicios de examen final, que suponen realizar actos administrativos que pueden ser recurridos ante un tribunal. Ahora bien, es dudoso que los profesores tengan derecho a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Este ejemplo sirve para demostrar que la Comisión debería estudiar si conviene fijar un umbral más bajo para las personas que actúan por cuenta del Estado. No se trata de establecer una distinción entre funcionarios de alto rango y funcionarios de rango inferior: los funcionarios de policía, por ejemplo, son funcionarios de rango inferior pero gozan indudablemente de inmunidad *ratione materiae*. Se trata más bien de identificar a los funcionarios que, al actuar por cuenta del Estado, no desempeñan funciones que son típicas del Estado.

44. La Relatora Especial se ha fijado un programa muy ambicioso para su próximo informe. La cuestión de qué es un «acto oficial» y el problema de las posibles excepciones a la inmunidad requerirán una y otro más estudio y debate que la definición de «funcionario del Estado».

45. El Sr. ŠTURMA elogia a la Relatora Especial por su tercer informe y celebra que, en el párrafo 13 del mismo, se identifiquen tres características del alcance de la inmunidad: subjetivo, material y temporal. Por importante que sea definir cuáles son las personas que gozan de inmunidad *ratione materiae*, el elemento decisivo es la definición de los actos oficiales, porque la inmunidad *ratione materiae* es de naturaleza funcional, relativa al ejercicio del poder público y no a las personas que lo ejercen. La Relatora Especial se referirá sin duda, a su debido tiempo, a los tipos de actos oficiales a los que se extiende tal inmunidad, que se diferencian de los actos privados y los crímenes de derecho internacional, que ni los unos ni los otros deben beneficiarse de la inmunidad.

46. Por lo que respecta a la terminología, el orador coincide con quienes prefieren el término inglés *official* («funcionario») a *organ* («órgano»), ya que son personas físicas y no entidades quienes gozan de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. El problema no es puramente lingüístico: términos aparentemente semejantes pueden tener connotaciones diferentes en distintos idiomas, que reflejan las diferencias entre los sistemas de la administración pública de los Estados. Un «funcionario» de un Estado quizá no tenga el mismo estatus en otro Estado. Además, como ha señalado la Relatora Especial,

la definición debe ser lo bastante amplia para abarcar no solo a los funcionarios de la administración estatal, sino también a las personas que desempeñan funciones legislativas o judiciales. Las diversas connotaciones resultantes del derecho interno, sin embargo, no deberían suponer ningún obstáculo, ya que la definición se adoptará en el contexto del derecho internacional.

47. En cuanto a lo amplia que debe ser la definición de «funcionario», el orador está de acuerdo con las tres conclusiones del párrafo 111 del informe. Ahora bien, no cree que todos los criterios enumerados en ese párrafo tengan que figurar en la definición de funcionario del Estado del artículo 2, apartado *e*, puesto que los actos oficiales se definirán por separado. La propuesta del Sr. Forteau, inspirada en el artículo 2, apartado *d*, de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, tiene cierto interés. Sería lo bastante amplia para abarcar los supuestos a que se refieren los artículos 4 y 5 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y quizás englobe los previstos en el artículo 9. Sin embargo, la definición de funcionario no debe incluir el comportamiento de particulares reconocido y adoptado por el Estado como propio (art. 11) ni el comportamiento de un grupo de personas, por ejemplo de paramilitares, bajo la dirección o el control del Estado (art. 8), ya que ello podría entenderse como una invitación al abuso de la inmunidad. La definición misma debe ser breve y sencilla, dejando otras consideraciones para el comentario.

48. Por lo que hace al artículo 5, el orador comparte las propuestas de suprimir las palabras «que ejercen atribuciones del poder público», que parecen referirse a la naturaleza de los actos y no a las personas que gozan de inmunidad. Otra solución sería hacer referencia al ejercicio de actos oficiales, aunque eso supondría introducir el alcance material y temporal de la inmunidad. La Relatora Especial ha declarado su intención de tratar esos aspectos en su tercer informe y el orador apoya sin reserva ese planteamiento.

49. Para terminar, el orador recomienda que todos los proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción.

50. El Sr. KITTICHAISAREE felicita a la Relatora Especial por su bien documentado tercer informe. Apoya sin reservas su conclusión de que es imposible enumerar a todas las personas que pueden clasificarse como funcionarios a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* y que, por consiguiente, son necesarios unos criterios identificativos que tienen que aplicarse caso por caso. Coincide con aquellos miembros que han sugerido que *official* («funcionario»), en vez de *organ* («órgano»), es el término inglés más apropiado.

51. El orador apoya las características de la inmunidad *ratione materiae* enunciadas en el párrafo 12 del tercer informe de la Relatora Especial y dice que atribuir a un Estado el comportamiento de una persona para imputar a ese Estado la responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito es algo muy diferente de identificar a las personas que gozan de inmunidad. Lo primero está firmemente basado en el derecho de la responsabilidad por actos lesivos o ilícitos, que abarca a muchos tipos

de personas y entidades, mientras que el alcance de la inmunidad *ratione materiae* es más limitado. No todas las personas mencionadas en el capítulo II de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos son «funcionarios» que gozan de esa inmunidad.

52. El funcionario que goza de inmunidad *ratione materiae* debe ocupar una posición en la organización del Estado. No hay ningún fundamento jurídico sólido ni razones prácticas para hacer extensivo el alcance de esa inmunidad a personas que no son funcionarios, como los contratistas privados, quienes no están en condiciones de ejercer atribuciones inherentes al poder público. En algunas jurisdicciones, como los Estados Unidos, los contratistas privados están excluidos de las actividades que son esencialmente de naturaleza pública y, por consiguiente, no se encuadran entre las personas que actúan en nombre y por cuenta del Estado y ejercen atribuciones del poder público, tal como se definen en el proyecto de artículo 2, apartado e ii), del tercer informe.

53. El proyecto de artículo 2, apartado e ii), está bien concebido, pero tal vez necesite alguna modificación de estilo. El orador coincide con los miembros que han indicado que las palabras «o ejerciendo atribuciones del poder público» abarcaría casos poco corrientes como el del Líder Supremo de la República Islámica del Irán, que es *de jure* y *de facto* el Jefe del Estado en el Irán.

54. Es imprescindible abordar la relación entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* y examinar si esta restringe o amplía el alcance de aquella. Aunque el orador no apoya la propuesta de que la expresión *ratione materiae* no sea utilizada, alguna aclaración es ciertamente necesaria. Habría que examinar más a fondo la posibilidad de que se entienda que el proyecto de artículo 5 excluye a ciertas personas del beneficio de ambas formas de inmunidad. El orador también hace votos por que la Relatora Especial trate en su próximo informe de los actos realizados *ultra vires*.

55. La cuestión de las posibles excepciones a la inmunidad probablemente resulte controvertida y el orador hace votos por que la Comisión consiga encontrar pruebas suficientes para justificar cualesquiera excepciones que se propongan. Cualquier excepción a la inmunidad no debe poner en peligro la inmunidad de los Jefes de Estado que ejerzan funciones puramente ceremoniales y no tengan ningún poder *de facto* sobre acciones u omisiones que puedan constituir alguno de los crímenes más graves prohibidos por el derecho internacional y respecto de los cuales no cabe la inmunidad. El derecho internacional debe reconocer también la inmunidad que el derecho interno de un Estado concede a sus funcionarios públicos por actos realizados de buena fe para mantener el orden público, pero sin intención concreta de cometer violaciones de los derechos humanos.

56. El orador expresa su apoyo a la propuesta de redacción formulada por el Sr. Park a fin de hacer extensiva la inmunidad *ratione materiae* a exmiembros de la troika y, teniendo en cuenta la sugerencia del Sr. Murphy, propone que se modifique el proyecto de artículo 5 como sigue:

«Proyecto de artículo 5. Beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*

Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto de la jurisdicción penal extranjera.»

57. El Sr. HUANG observa que las discrepancias fundamentales entre los miembros de la Comisión sobre cuestiones de principio relativas a este tema parecen ir disminuyendo, pero le preocupa que el enfoque adoptado continúe excesivamente centrado en el desarrollo progresivo y no lo bastante en la codificación, pese al acuerdo alcanzado en el período de sesiones anterior. Las controversias sobre la relación entre inmunidad e impunidad están vinculadas a ese problema. La Comisión debería centrarse más bien en la codificación que en el desarrollo progresivo, a fin de lograr el consenso en una materia complicada y delicada y elaborar unos artículos que obtengan amplio reconocimiento y aplicación.

58. No existe un vínculo intrínseco entre inmunidad e impunidad. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera no tiene por objeto absolver a los funcionarios de sus responsabilidades sustantivas, sino que es más bien un procedimiento neutral de carácter procesal. Para hacer frente a la impunidad son necesarias medidas políticas, como las mencionadas en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*.

59. La inmunidad de los funcionarios del Estado está relacionada estrechamente con la inmunidad y responsabilidad de los Estados. A este respecto, hay que prestar especial atención a los debates anteriores de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Los artículos 4 y 5 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado proporcionan una base para determinar quién es funcionario a los efectos de la inmunidad *ratione materiae*, y la Relatora Especial ha formulado en el párrafo 111 de su tercer informe unos criterios lógicos en relación con esto, con los que el orador está de acuerdo. En determinados casos, hay que atribuir mayor importancia al derecho interno para determinar quién debe ser considerado funcionario, ya que la legislación y la práctica difieren grandemente entre los Estados. Dicho esto, la definición de funcionario no debe ampliarse hasta incluir, por ejemplo, a los contratistas privados.

60. La distinción entre inmunidad *ratione materiae* e inmunidad *ratione personae* debe aplicarse a determinados aspectos del tema, como el alcance subjetivo, material y temporal de la inmunidad. La inmunidad *ratione materiae* emana del principio de la igualdad soberana de los Estados y, por consiguiente, puede considerarse una extensión de la inmunidad estatal. Negar la posibilidad de la inmunidad *ratione materiae* supondría negar la inmunidad del Estado, lo cual es inaceptable. Los altos funcionarios necesitan gozar de inmunidad a fin de desempeñar sus funciones eficazmente. Eliminar esa inmunidad constituiría una injerencia grave en los asuntos internos de un país, que socavaría las relaciones de amistad entre los Estados y pondría en peligro la democracia y la estabilidad. Es preciso salvaguardar el carácter fundamental de la inmunidad, con solo unas pocas excepciones en aquellas situaciones en que estén realmente justificadas.

61. La atención prestada a la terminología en el tercer informe de la Relatora Especial refleja la especial importancia de definir el término «funcionario» a los efectos del tema desde la doble perspectiva de la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*. En el primer caso, la definición tendrá que centrarse en las funciones desempeñadas, mientras que, en el segundo, el término tendrá que designar a determinados titulares de un cargo público que representan al Estado. Al elegir los términos más idóneos, se debe conocer el cargo desempeñado por el beneficiario de la inmunidad y se deben tener en cuenta los usos de la práctica judicial interna e internacional. En inglés, la expresión *State official* («funcionario del Estado») parece apropiada. El término «órgano», sugerido por la Relatora Especial, por lo común designa a entidades. Además del español, el francés y el inglés, habría que tomar en consideración la terminología en los otros tres idiomas de trabajo al objeto de garantizar la coherencia. El empleo del término «órgano» para referirse a personas físicas causaría problemas de traducción, por ejemplo, en chino.

62. Dada la importancia del tema, la Comisión debería esforzarse por concluir sus trabajos dentro del presente quinquenio. El orador apoya la propuesta de remitir al Comité de Redacción el proyecto de artículo 5, en la forma propuesta por la Relatora Especial.

*Se levanta la sesión a las 12.55 horas.*

## 3221ª SESIÓN

*Jueves 10 de julio de 2014, a las 15.00 horas*

*Presidente:* Sr. Kirill GEVORGIAN

*Miembros presentes:* Sr. Caffisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Huang, 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. 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 reanudar el examen del tercer informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/673).

2. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dice que, como ha señalado la Relatora Especial, los tres elementos normativos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera

*ratione materiae* de los funcionarios del Estado, a saber, el alcance subjetivo, el material y el temporal, deben ser tomados en cuenta conjuntamente para definir el régimen jurídico de esta categoría de inmunidad.

3. En lo que respecta a la terminología, en particular la búsqueda de un término omnicomprendible aplicable a todas las personas que se pueden beneficiar de los dos tipos de inmunidad y que sea intercambiable en las diferentes versiones lingüísticas, el orador señala que la propuesta de la Relatora Especial de utilizar el término «órgano» en lugar de «funcionario» plantea problemas. De conformidad con el artículo 4 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>201</sup>, el término «órgano del Estado» incluye tanto a personas como a entidades. Sin embargo, el presente tema se refiere únicamente a las personas físicas y no a las personas jurídicas o entidades. Adicionalmente, en el derecho interno de varios Estados, el término «órgano» se refiere siempre a entidades del Estado y no a las personas físicas que tienen un vínculo con el Estado. Un ejemplo de ello es la Constitución de la República del Ecuador.

4. El orador está de acuerdo con otros miembros de la Comisión en que el término inglés *official* parece ser adecuado para abarcar a todas las categorías de personas que pueden llegar a beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, mientras que el sentido corriente del término español «funcionario» puede tener un alcance más limitado. La sugerencia hecha en el curso del debate de utilizar una doble terminología de «representante» y «agente» para equipararla al término inglés *official* no le parece la solución más adecuada, porque el término «agente» tiene un alcance muy limitado en el derecho interno de varios Estados y su utilización en los artículos sobre la responsabilidad del Estado abarca tanto a personas físicas como a entidades. Asimismo, el término «representante del Estado» puede también tener un alcance limitado y se puede interpretar que se refiere fundamentalmente a la denominada «troika», esto es, el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores.

5. En cuanto a los elementos que identifican al funcionario del Estado, la Relatora Especial ha precisado que el primero de esos criterios identificativos es el referido al vínculo de la persona con el Estado. En el caso de la inmunidad *ratione personae*, esta vinculación es clara en relación con la «troika», con respecto a la cual la Comisión ha considerado que, en virtud del derecho internacional, estas personas por el solo hecho de ocupar estos cargos se benefician de esta clase de inmunidad, sin necesidad de una atribución específica de poderes por parte del Estado<sup>202</sup>. Con relación al alcance subjetivo de la inmunidad *ratione materiae*, las personas a las que se puede aplicar la inmunidad en un caso concreto requieren

<sup>201</sup> 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 53<sup>er</sup> período de sesiones y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

<sup>202</sup> Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 47 y 48 (párrafo 2 del comentario del proyecto de artículo 3).