

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).

también un vínculo con el Estado, en el sentido de que la persona esté en posición de poder realizar actos que implican el ejercicio de atribuciones del poder público.

6. Dicho esto, el funcionario del Estado, a los efectos del proyecto de artículos, no se beneficia de la inmunidad *ratione materiae* por el mero hecho de ser funcionario y estar en posición de poder ejercer atribuciones del poder público, sino que deberán concurrir además los otros elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, como son que el acto con respecto al cual se alegue la inmunidad haya sido realizado a título oficial y no a título privado.

7. En relación con el proyecto de artículo 2, párrafo e, la definición de «funcionario del Estado» debe abarcar tanto a la «troika» como a toda otra persona que actúe en nombre del Estado. En este sentido, al orador no le parece conveniente tener dos párrafos distintos dentro de la misma definición.

8. Con relación al proyecto de artículo 5, relativo a la inmunidad *ratione materiae*, el orador reitera que la calidad de funcionario del Estado de una persona no la hace beneficiaria automáticamente de esta categoría de inmunidad, sino que dependerá en cada caso concreto de la conjunción de todos los elementos normativos. En tal virtud, no parece conveniente una redacción tan categórica como la contenida en el proyecto de artículo 5, ya que los funcionarios del Estado, facultados para ejercer atribuciones del poder público, no son beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*, sino potenciales beneficiarios de la misma.

9. El Comité de Redacción podrá muy bien resolver los diferentes puntos planteados en el curso del debate en relación con los dos proyectos de artículo, por lo cual el orador apoya que sean enviados a dicho Comité.

10. El Sr. SINGH dice que está de acuerdo con la conclusión de la Relatora Especial de que el tema debería abarcar a todas las personas que actúan en nombre del Estado, con independencia de su cargo oficial, y a todas las que puedan gozar de inmunidad *ratione materiae* en relación con determinados actos. No obstante, se pregunta si es realmente necesario, o siquiera útil, tratar de establecer una categoría o categorías de personas que pueden gozar de inmunidad *ratione materiae*. Coincide con otros miembros en que, si la Comisión tuviera que centrarse en los actos que pueden dar lugar a inmunidad —a saber, los actos no realizados a título personal, sino en nombre del Estado— en lugar de hacerlo en la persona en cuestión, sería innecesario definir la categoría o las categorías de personas que gozan de inmunidad *ratione materiae*. Las personas pueden gozar de inmunidad cuando actúan en nombre del Estado, con independencia de quiénes sean y del cargo que ocupen. No tienen por qué ser *fonctionnaires*, *officials* o funcionarios, independientemente de cómo se definan esos términos en el derecho interno. Además, como ha señalado la Relatora Especial, esos términos no están definidos en el derecho internacional general.

11. El orador discrepa de la opinión de la Relatora Especial de que la definición del concepto de funcionario es esencial para el presente tema y con su conclusión

de que las personas cubiertas por la inmunidad *ratione materiae* solo pueden determinarse mediante el uso de criterios identificativos. Bajo su punto de vista, se debe prestar atención al acto realizado y no a la condición de la persona que lo realiza. En realidad, esa posición se ve respaldada por la conclusión que formula la Relatora Especial en el párrafo 38 de su tercer informe, según la cual, con carácter general, los tribunales nacionales no describen los criterios que permitirían calificar a dichas personas como funcionarios.

12. En cuanto a la afirmación hecha por la Relatora Especial en el párrafo 54 de su tercer informe en el sentido de que algunos elementos de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas permiten identificar a los funcionarios del Estado, no está claro por qué ese régimen especial, que abarca a las personas que tienen un vínculo especial con el Estado, sería de utilidad para definir el sentido de la expresión «funcionario del Estado» a otros fines.

13. En diversos lugares del informe, la Relatora Especial hace hincapié en dos criterios independientes para identificar a las personas que pueden gozar de inmunidad, a saber, el vínculo con el Estado y el hecho de haber actuado en nombre del Estado. Sin embargo, basta con demostrar que los actos se realizaron en nombre del Estado, no es preciso probar la existencia de ningún otro vínculo, aunque esa vinculación pueda constituir un elemento fáctico que ayude a determinar si los hechos se han realizado en nombre del Estado.

14. En cuanto a la propuesta de la Relatora Especial de sustituir el término «oficial» por la palabra «órgano», está de acuerdo con otros miembros de la Comisión en que esa modificación terminológica es innecesaria.

15. En lo que respecta al proyecto de artículo 2 sobre la definición de «funcionario del Estado», el orador coincide con los miembros que han señalado que el apartado e ii) debe simplificarse en gran medida. Actualmente contiene una serie de calificadores de dudosa pertinencia y podría interpretarse que excluye los actos que no se realizan en el marco de alguna función oficial aunque se hayan realizado en nombre del Estado. También está de acuerdo en que la redacción actual es excesivamente restrictiva en lo que respecta a las personas que gozan de inmunidad *ratione materiae*.

16. En cuanto al proyecto de artículo 5, el orador dice que limitar los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae* a los funcionarios que ejercen atribuciones del poder público desdibuja la distinción entre las personas que pueden gozar de esa inmunidad y los actos respecto de los cuales se goza de inmunidad. Coincide con la opinión de que el proyecto de artículo 5 debe basarse en el proyecto de artículo 3 y decir: «Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera».

17. El orador apoya la remisión de los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

18. El Sr. KAMTO está de acuerdo con el Sr. Vázquez-Bermúdez en que las personas jurídicas no deberían

incluirse entre las que gozan de inmunidad *ratione materiae*, pues ello suscitaría inevitablemente problemas de difícil solución y en la actualidad no hay suficiente base en derecho internacional para sustentar tal posición. Sin embargo, lamentablemente no todos los miembros son de la misma opinión. El orador coincide con el Sr. Singh en que se debe tener en cuenta el acto que puede ser objeto de inmunidad, si bien debe haber, no obstante, algún elemento que demuestre que la persona realizó el acto en nombre o por cuenta del Estado en cuestión.

19. El Sr. CANDIOTI comparte las inquietudes del Sr. Kamto y considera que debe dejarse claro en la definición de los términos que «funcionario del Estado» se refiere a un individuo o persona física. La cuestión de la inmunidad de las personas jurídicas podría abordarse en el marco del tema de la inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales, que figura actualmente en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión<sup>203</sup>. Del mismo modo, el tema actual tampoco abarca la inmunidad de las personas empleadas por empresas privadas contratadas por un Estado para realizar determinadas funciones, como operaciones de seguridad.

20. El Sr. FORTEAU señala que podría ser útil tener en cuenta el artículo 58 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que establece que esos artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado.

21. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, dice que apoya el enfoque de la Relatora Especial de abordar la inmunidad *ratione materiae* mediante el examen de tres cuestiones clave, a saber: qué personas son beneficiarias de la inmunidad, qué categoría de actos quedan cubiertos y durante qué período de tiempo puede ser alegada la inmunidad.

22. El párrafo 14 del tercer informe da respuesta a la última de esas cuestiones al afirmar que hay un amplísimo consenso respecto del carácter ilimitado del elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae*. No obstante, ese importante elemento no se refleja en los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial. Podría interpretarse que la no referencia a esa cuestión quiere decir que la inmunidad es de duración ilimitada. En todo caso, el orador preferiría que se incluyera una referencia expresa al respecto en un futuro proyecto de artículo.

23. En cuanto a la definición de las personas que gozan de inmunidad, el orador se hace eco de la conclusión general de la Relatora Especial de que la inmunidad debe abarcar a todas las personas que sean, en palabras de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Blaškić*, «meros instrumentos del Estado» (párrafo 38 de la sentencia). No obstante, la cuestión a la que se enfrenta la Comisión es cómo convertir esa importante conclusión en una definición concreta que pueda incluirse, llegado el caso, en el proyecto

de artículos. La Relatora Especial ha llevado a cabo un estudio amplio del material sobre esta cuestión y ha analizado también la terminología conexas. No obstante, en opinión del orador, ese material es más pertinente para definir un acto oficial que a las personas beneficiarias de la inmunidad. Si, como se ha propuesto en el tercer informe, la definición de funcionario se basa en la definición de acto oficial, sería redundante e innecesaria. Por ello, algunos miembros han propuesto que no se defina el concepto de funcionario. Aunque entiende ese punto de vista, el orador considera que, en la etapa actual, sería conveniente que la Comisión estableciera una definición que sea de utilidad para los trabajos futuros en la materia y, lo que es más importante, para la aplicación posterior de cualquier norma que se elabore.

24. Como se señala en el párrafo 24 del informe, el concepto de funcionario no se ha definido en derecho internacional porque el ordenamiento jurídico de cada país tiene su propia definición. El fallo dictado en la causa *Blaškić* es importante en ese contexto, ya que se refiere a la libertad que confiere el derecho internacional consuetudinario al Estado para determinar su estructura interna y designar a las personas que actúan como agentes u órganos suyos. Cualquier definición que se formule a escala internacional deberá respetar esa libertad.

25. El fallo también hace referencia al derecho de cada Estado a reivindicar que los actos u operaciones realizados por uno de sus órganos a título oficial deben atribuirse al Estado, por lo que el órgano en concreto no podría ser considerado responsable de esos actos u operaciones. Dicho de otro modo, hace hincapié en que el beneficiario de la inmunidad es el Estado. En opinión del orador, esos dos elementos tienen una influencia directa en la definición de funcionario. Por ejemplo, se podría decir que un funcionario es una persona designada para actuar como agente u órgano del Estado de conformidad con el derecho interno y reconocida como tal por el Estado. Lo importante de esa definición es la distinción que se hace entre las personas cubiertas por la inmunidad y los actos o situaciones que permiten beneficiarse de la inmunidad.

26. En el contexto de la aplicación de los privilegios e inmunidades, las notificaciones sobre la condición de la persona son de especial importancia. Por ejemplo, en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, la cuestión de la definición de funcionario se resuelve de una manera bastante sencilla. La sección 17 del artículo V de la Convención establece lo siguiente: «El Secretario General determinará las categorías de los funcionarios a quienes se aplican las disposiciones de este artículo y las del artículo VII [...]. Los nombres de los funcionarios incluidos en estas categorías serán comunicados periódicamente a los Gobiernos de los Miembros». Aunque ese procedimiento no puede aplicarse al presente contexto, sería útil incluir en la definición de funcionario un elemento procesal que entrañe la confirmación por el Estado de la condición de una determinada persona al respecto.

27. Aun cuando el orador considera que todas las personas por medio de las cuales actúa el Estado deben gozar de inmunidad *ratione materiae*, a los efectos del

<sup>203</sup> Véanse *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 203, párr. 257; y *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 192, párr. 369.

presente proyecto de artículos, sería asimismo útil distinguir entre los funcionarios en el sentido estricto del término, es decir, las personas que forman parte de la estructura del Estado, y las personas que son agentes del Estado en el sentido amplio del término. Ello podría lograrse definiendo por separado los términos «funcionario» y «agente» en el proyecto de artículos. La definición de agente podría ser similar a la que figura en los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales<sup>204</sup>, en la que el aspecto clave sería que se trata de alguien a quien el Estado «haya encargado cumplir una de sus funciones [...] y por medio del cual, en consecuencia», el Estado actúa. La ventaja de definir «agente» y «funcionario» por separado es que se pondría de relieve el vínculo existente entre el funcionario y su cargo. También permitiría la posterior inclusión en la definición de la diferencia procesal entre la aplicación de la inmunidad a los funcionarios de un Estado en sentido estricto y a los agentes de un Estado. Evidentemente, la confirmación del carácter oficial de una persona que ocupa un cargo en la estructura de un Estado es relativamente sencilla, lo que crea automáticamente la presunción de que esa persona tiene inmunidad o goza de ella. En lo que se refiere a los agentes del Estado, el procedimiento sería un tanto diferente, ya que el establecimiento de su vínculo con el Estado es un poco más complicado.

28. En cuanto al proyecto de artículo 5, el orador dice que está de acuerdo con la idea principal, si bien considera que es necesario perfeccionar su redacción, ya que las palabras «atribuciones del poder público» y «se benefician» no son apropiadas en este contexto.

29. Por último, el orador se muestra partidario de que se remitan los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

*Se levanta la sesión a las 15.55 horas.*

## 3222ª SESIÓN

*Viernes 11 de julio de 2014, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Kirill GEVORGIAN

*Miembros presentes:* Sr. Cafilich, Sr. Candiotti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kitchaisaree, 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.

<sup>204</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 63<sup>er</sup> período de sesiones y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 46 y ss., párrs. 87 y 88.

## 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 (*conclusión*)

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

2. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) recuerda que, en su informe anterior, había analizado por separado los tres elementos normativos (¿quién, qué, cuándo?) de la inmunidad *ratione personae*<sup>205</sup>, así que ha procedido de la misma manera con respecto a la inmunidad *ratione materiae*. Este planteamiento ha sido bien acogido por los miembros, la mayoría de los cuales están de acuerdo en reconocer la necesidad de definir a los beneficiarios de la inmunidad, no solo en general, sino también en relación con la inmunidad *ratione materiae*. En cambio, algunos miembros han afirmado no ver la utilidad de hacerlo con respecto a ese tipo de inmunidad, puesto que esta depende del acto y no de la persona. Eso es cierto, e incluso los partidarios de un tratamiento autónomo del alcance subjetivo admiten la pertinencia del acto, que a los efectos de este supuesto es más importante que a los efectos de la inmunidad *ratione personae*. No obstante, no se puede concluir que el acto sustituya o anule a la persona física que lo realiza, tanto más que, como se ha señalado en reiteradas ocasiones, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se aplica precisamente a las personas. La única dificultad que podría plantearse es la de determinar qué elemento normativo, del acto o de la persona, tiene mayor peso, si bien la misma dificultad también se plantearía en el caso de la inmunidad *ratione personae*. Así pues, parece muy necesario definir el concepto de «funcionario del Estado», incluido en relación con la inmunidad *ratione materiae*. Este mismo concepto suscitó numerosas preguntas, en particular en lo que a la inmunidad *ratione materiae* se refiere. Se preguntó, por ejemplo, si la inmunidad era aplicable a una persona que representaba al Estado *de facto*, si estaba reservada a los funcionarios del Estado o si se extendía también a los funcionarios de entidades federales o locales, así como a los empleados de los organismos públicos o privados al servicio del Estado, e incluso si podía concernir a las personas jurídicas; otras tantas preguntas que confirman, si es que hacía falta, la necesidad de caracterizar al «funcionario del Estado» según el tipo de inmunidad.

3. Los miembros han aprobado, en su mayoría, el método propuesto por la Relatora Especial para determinar unos criterios comunes a todos los posibles beneficiarios de la inmunidad, ya sea *ratione personae* o *ratione materiae*. No obstante, algunos no están persuadidos de la pertinencia a este respecto de la jurisprudencia en materia de inmunidad de la jurisdicción civil. Aparte de que ya se haya hecho referencia a ella, tanto en los informes del anterior Relator Especial, el Sr. Kolodkin, y en el estudio

<sup>205</sup> Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, cap. V.