3273ª SESIÓN

Martes 21 de julio de 2015, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, 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.4/678, cap. II, secc. D, A/CN.4/686, A/CN.4/L.865)

[Tema 3 del programa]

Cuarto informe de la Relatora Especial (*continuación*)

1. El Sr. PARK dice que el retraso en la traducción de los informes del presente período de sesiones ha creado problemas. Los miembros de la Comisión recibieron la versión española del cuarto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/686) el 18 de junio de 2015, pero el orador no entiende el español y tuvo que esperar hasta julio a que se distribuyera la versión francesa o inglesa. El próximo año quisiera disponer de tiempo suficiente para leer el informe de la Relatora Especial y reflexionar sobre él, especialmente dado que en el quinto informe se analizará la cuestión políticamente muy sensitiva de los límites y excepciones a la inmunidad.

2. Pasando a considerar el fondo del informe de la Relatora Especial, el orador dice que el enfoque metodológico adoptado es en general apropiado en vista de la finalidad del informe; no obstante, sería útil que la Relatora Especial aclarase su posición con respecto al valor de la legislación nacional para identificar un «acto realizado a título oficial». Cuando indica, en el párrafo 32 de su cuarto informe, que la legislación nacional no puede ser tomada en consideración como criterio determinante para definir el alcance y significado de dicha expresión, tal vez subestime la importancia de esa legislación, si se tiene presente que, como ella misma señala en el párrafo 49, los tribunales nacionales son los que, basándose en el derecho interno, tienen que resolver los casos relativos a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

3. En el párrafo 21 de su cuarto informe, la Relatora Especial enumera tres condiciones para que un individuo se pueda beneficiar de la inmunidad *ratione materiae*: que ese individuo pueda ser considerado como funcionario del Estado; que, en condición de tal, haya realizado un acto a título oficial; y que haya realizado dicho acto durante su mandato. A continuación, dedica mucho esfuerzo a determinar los criterios identificativos de un «acto realizado a título oficial». Probablemente, el aspecto más dificultoso de un estudio de este género sean el examen y la categorización de la práctica de los Estados. Además, no es abundante la práctica judicial internacional que se refiere directamente a la inmunidad *ratione materiae*, en especial con respecto al significado de un «acto realizado a título oficial», aunque algunos elementos de la jurisprudencia internacional guardan relación con esta cuestión. Es más, como se indica en los párrafos 50 a 58 del informe, la práctica judicial nacional no es uniforme. Es probable que estas dificultades entorpezcan la identificación de un «acto realizado a título oficial».

4. El orador comparte los temores expresados por otros miembros de la Comisión con respecto a la conclusión a que llega la Relatora Especial, en el párrafo 95 de su informe, de que a los efectos del tema examinado uno de los caracteres de un «acto realizado a título oficial» es la naturaleza penal de ese acto. Parece así dar a entender que el «acto realizado a título oficial» en cuestión es necesariamente un acto ilícito, lo cual es contrario al principio de la presunción de inocencia.

5. Con respecto a la cuestión de la atribución del acto al Estado, el quid de la cuestión es determinar si existe un vínculo entre el Estado y el acto de su funcionario que haga posible calificar el acto como un acto realizado a título oficial. El orador está de acuerdo con el enfoque adoptado por la Relatora Especial, basado en las normas de atribución de un comportamiento al Estado enunciadas en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[275]. Sin embargo, tiene varias preguntas acerca de la afirmación que hace en el párrafo 112 de que los criterios contenidos en los artículos 7 a 11 de los artículos sobre la responsabilidad no son idóneos a los efectos de la inmunidad de los funcionarios del Estado.

6. En primer lugar, en lo que respecta a los actos *ultra vires*, a los que se refiere el artículo 7 (Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones) de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en la primera parte del párrafo 113 de su cuarto informe la Relatora Especial parece dar a entender que los actos *ultra vires* incluyen actos realizados por funcionarios en beneficio propio. En cambio, en el párrafo 55 de su informe, al referirse a actos que exceden los límites de las funciones oficiales o de las funciones del Estado, parece atenerse al mismo sentido que se da a un acto *ultra vires* en el artículo 7 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Uno puede preguntarse si todos los actos realizados a título privado pueden considerarse actos *ultra vires*. A este respecto, la Relatora Especial debería aclarar el alcance de los actos *ultra vires* en comparación con el artículo 7 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

---

[275] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

7. En segundo lugar, en lo que concierne a los funcionarios *de facto*, conviene recordar que, en el 66º período de sesiones de la Comisión, la mayoría de los miembros de la Comisión consideraron que el vínculo entre el individuo y el Estado no debía interpretarse de forma tan amplia que abarcase a todos los funcionarios *de facto*. La Relatora Especial afirma en el párrafo 112 de su cuarto informe que los criterios establecidos en los artículos 8 (Comportamiento bajo la dirección o control del Estado) y 9 (Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales) de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos no son idóneos a los efectos de la inmunidad; además, indica en el párrafo 114 que el concepto de funcionario del Estado se perfila más correctamente si se excluye a los individuos que habitualmente son considerados como funcionarios *de facto*. Sin embargo, una lectura cuidadosa del párrafo 114 deja entrever que la Relatora Especial en realidad acepta la inmunidad de algunos funcionarios *de facto*, puesto que cita la conclusión a la que llegó la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)* de que el control directo es el criterio para decidir si un acto cometido por un individuo a falta de un vínculo oficial con el Estado ha de ser atribuido a ese Estado. Basándose en la decisión de la Corte, la Relatora Especial reconoce que los actos de individuos bajo el control directo del Estado son atribuibles al Estado aunque los individuos en cuestión no sean funcionarios *de iure*.

8. En consecuencia, existe una aparente contradicción entre los párrafos 112 y 114 del cuarto informe de la Relatora Especial. Parece que el argumento expuesto en el párrafo 112 se basa en un concepto amplio de funcionarios *de facto*, que comprende tanto a los individuos que actúan bajo el control directo del Estado como a los que simplemente actúan por instigación y por instrucciones del Estado; es de suponer que esta es la razón por la cual estima que los artículos 8 y 9 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos no son idóneos a los efectos de la inmunidad. Pero, en realidad, los artículos 8 y 9 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado se basan en un concepto restrictivo de funcionarios *de facto*, puesto que los individuos que actúan por instigación o por instrucciones del Estado no siempre son considerados como funcionarios *de facto* en el contexto de esos dos artículos, como se explica en el comentario de la Comisión relativo al artículo 8. Por consiguiente, la Relatora Especial debería aclarar su posición con respecto a los funcionarios *de facto*. También sería útil conocer si tiene algún motivo en particular para preferir la expresión «control directo», que refleja la terminología del fallo, en vez de la expresión «control efectivo» empleada en el comentario del artículo 8 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

9. Con respecto al proyecto de artículo 2 *f*, propuesto por la Relatora Especial, el orador quisiera ante todo sugerir que se sustituyan las palabras «un crimen» por «un acto», a fin de evitar una presunción de incriminación, que es contraria al principio de la presunción de inocencia. En segundo lugar, propone que se sustituya la expresión «en ejercicio de atribuciones del poder público» por «en ejercicio de funciones estatales», puesto que la Comisión había optado anteriormente por la expresión «funciones estatales» en lugar de varias otras expresiones propuestas. En tercer lugar, propone que se reemplace «Estado del foro» por el plural «Estados del foro», ya que varios Estados podrían pretender ejercer su jurisdicción penal respecto de determinado funcionario del Estado, como en el caso *Pinochet*.

10. El contenido del proyecto de artículo 6, párrafo 3, que propone la Relatora Especial está comprendido en el párrafo 1 del mismo artículo y parece obvio. No tiene otro objeto que poner de relieve el hecho de que la inmunidad *ratione materiae* se aplica a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores.

11. En cuanto al futuro programa de trabajo, el orador recuerda que el tema se puede abordar desde una doble perspectiva. Mientras que algunos miembros de la Comisión consideran que el propósito de la inmunidad es garantizar el respeto de la soberanía estatal, otros sostienen que la protección de los valores de la comunidad internacional ha de tenerse en cuenta al aplicar el régimen de la inmunidad. Si el tema se aborda desde la primera perspectiva, huelga decir que se debe otorgar la inmunidad; en cambio, desde la segunda perspectiva, las limitaciones a la inmunidad pueden estar justificadas en caso de que determinado acto menoscabe los valores de la comunidad internacional. Esta diferencia de perspectivas será evidente cuando la Comisión examine la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad en su próximo período de sesiones; la posición que tome la Relatora Especial al preparar su quinto informe tendrá consecuencias significativas, en particular vistas la escasez y falta de coherencia de la práctica pertinente. Por consiguiente, la Comisión tiene que reflexionar sobre lo que debe hacer para conseguir un resultado satisfactorio. Será esencial que la Comisión logre preservar el equilibrio entre *lex lata* y *lex ferenda* en su labor futura.

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

13. El Sr. NOLTE conviene con la Relatora Especial en que la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* es importante, pero que tal distinción no significa que las dos categorías de inmunidad no tengan elementos en común, especialmente con relación a la dimensión funcional de la inmunidad en sentido amplio. Uno de esos elementos en común es el respeto del principio de la soberanía de los Estados, representado por la máxima *par in parem non habet imperium*, que la Relatora Especial denomina «criterio […] de naturaleza teleológica». Ese criterio no solo se aplica a la inmunidad *ratione materiae*, sino que es el fundamento en que descansan todas las formas de inmunidad relacionadas con el Estado. Esto no es una cuestión menor en cuanto a la pregunta formulada en el párrafo 103, a saber, ¿qué es antes: la inmunidad del Estado como una consecuencia de la inmunidad funcional o la inmunidad funcional como corolario de la inmunidad del Estado? Para el derecho vigente, la respuesta a esa pregunta es que el Estado puede renunciar a la inmunidad de uno de sus funcionarios, pero

no viceversa. Además, si bien hay que tener en cuenta la distinción entre inmunidad civil y penal, ambas formas de inmunidad tienen el mismo origen.

14. Una distinción completamente diferente, en la que es preciso insistir, es la que hay que hacer entre derecho internacional y derecho nacional en materia de inmunidad. Cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos falló en el asunto *Samantar c. Yousuf* que un funcionario del Estado no podía considerarse incluido en el concepto de «Estado extranjero», estaba interpretando la legislación interna, es decir, la *Foreign Sovereign Immunities Act* (Ley sobre la Inmunidad de los Estados Extranjeros) de los Estados Unidos, pero dicha Ley no emitía ni tenía por objeto emitir necesariamente ningún juicio acerca de las normas consuetudinarias de derecho internacional sobre la inmunidad.

15. En lo que se refiere a la estructura del cuarto informe, el orador, aunque impresionado por la abundancia de la información que la Relatora Especial ha asimilado, se pregunta por qué faltan en buena parte datos sobre la práctica legislativa y ejecutiva de los Estados. También cabía esperar que la práctica judicial internacional y la práctica anterior de la Comisión vinieran primero en el análisis de la información.

16. El orador no comparte la opinión de que es posible distinguir claramente entre el concepto de «funcionario del Estado», tal como se define en el artículo 2 *e*[276] mediante la expresión «que ejerce funciones estatales», y el concepto de un «acto realizado a título oficial». Sin embargo, apoya la distinción entre un «acto realizado a título oficial» y un «acto realizado a título privado» y la opinión de que la distinción entre ellos no guarda ninguna relación con la distinción entre actos lícitos e ilícitos.

17. No obstante, como otros miembros, el orador no comprende el razonamiento en el que la Relatora Especial basa su afirmación de que tanto los actos oficiales como los privados se presumen —por definición— ilícitos en términos penales, por diversas razones. En primer lugar, esa afirmación equivaldría a decir que los funcionarios del Estado siempre cometen delitos cuando actúan en ejercicio de sus funciones oficiales. En segundo lugar, cuando una persona a la que se imputa un delito es puesta a disposición judicial, lo primero que debe hacer el tribunal es determinar si es competente. Solo después el tribunal procederá a determinar, teniendo en cuenta la presunción de inocencia, si se ha cometido un delito; de resultas de esas actuaciones, la persona acusada puede muy bien quedar absuelta por haberse resuelto que los actos en cuestión no eran ilícitos desde el punto de vista penal. En tercer lugar, y lo que es más importante, el propósito del derecho internacional sobre la inmunidad es precisamente que un tribunal nacional constate, con arreglo a criterios neutrales, si un determinado funcionario o acto entra dentro de los límites de su competencia. Si la licitud o la ilicitud del acto fuera un criterio pertinente para establecer la competencia o la inmunidad del Estado, incluida la inmunidad de los funcionarios públicos *ratione personae* o *ratione materiae*, la totalidad del cuerpo de normas jurídicas sería superfluo. La propuesta del Sr. Park de sustituir por «acto» el término «crimen» en el proyecto de artículo 2 *f* propuesto no constituiría una solución, ya que los actos realizados a título oficial continúan sin ser necesariamente actos «respecto [de los] que el Estado del foro podría ejercer su jurisdicción penal».

18. No convencen al orador las explicaciones que da la Relatora Especial en los párrafos 96 a 110 de su cuarto informe acerca de la supuesta naturaleza penal de un acto realizado a título oficial. Aunque puede ser cierto que todo acto delictivo se caracteriza por su naturaleza personalísima, tales actos son solo una mínima parte de todos los actos imaginables realizados a título oficial. Además, el hecho de que un acto realizado a título oficial pueda ser también un acto delictivo cometido por el funcionario a título personal no afecta a la naturaleza oficial del acto. Por esta razón, el orador no está de acuerdo con la afirmación que hace la Relatora Especial en el párrafo 97 de que «el acto delictivo que puede quedar cubierto por la inmunidad *ratione materiae* no es, en sentido estricto, un acto propio del Estado sino del individuo que realiza el acto». En su opinión, ese acto puede ser tanto un acto del Estado, atribuible a este, como un acto atribuible a la persona. La cuestión decisiva es si el acto, como acto realizado por la persona a título oficial, da lugar a inmunidad *ratione materiae*. El orador no pone en duda la afirmación citada en el párrafo 99 de que «la cuestión de la responsabilidad individual es, en principio, distinta a la cuestión de la responsabilidad del Estado», pero ello no resuelve la cuestión decisiva de la relación entre las dos formas de responsabilidad y su relación con las normas internacionales sobre la inmunidad.

19. El orador apoya la postura de la Relatora Especial según la cual el hecho de que un acto determinado sea un delito internacional no excluye la posibilidad de que sea también un acto realizado a título oficial; cabe decir lo mismo de los actos supuestamente realizados *ultra vires*. Los casos de corrupción pertenecen a otra categoría, porque se pueden caracterizar no tanto por su ilegalidad como por su manifiesto carácter o motivación privados. Por esas mismas razones, sin embargo, propone que se suprima el proyecto de artículo 2 *f*, tal como está redactado. Su conclusión sobre el porqué de la afirmación, que el orador considera incorrecta, que hace la Relatora Especial en el proyecto de artículo de que un acto realizado a título oficial, por su contenido, constituye un crimen es que ha combinado la cuestión de lo que constituye un acto realizado a título oficial con la cuestión mucho más general de sobre qué actos un Estado puede ejercer su jurisdicción penal.

20. En el párrafo 32, la Relatora Especial dice que la legislación nacional no puede ser tomada en consideración a los efectos de determinar si un acto se realiza a título oficial, dadas las considerables diferencias que puede haber entre las legislaciones de los distintos Estados. El orador está de acuerdo con ella por cuanto los Estados no son totalmente libres de determinar cuáles son los actos que sus funcionarios realizan a título oficial y cuáles a título privado. Por lo demás, los Estados pueden determinar libremente el alcance de su propia inmunidad, o la inmunidad de sus funcionarios, ante los tribunales extranjeros. Por otra parte, es innegable que, en derecho

[276] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 155.

interno, algunos Estados consideran que determinados actos, como el control del tráfico aéreo, son actos privados, mientras que otros consideran que los mismos actos son oficiales. La cuestión de hasta qué punto un Estado puede determinar el ámbito de actividades que considera como oficiales constituye, a juicio del orador, el contenido esencial de la materia estudiada. Sin embargo, dadas las circunstancias, la Comisión quizás debería dejar que la decisión se tome en cada caso particular y ofrecer algún tipo de orientación general.

21. La Relatora Especial también aborda en el informe las cuestiones de atribución, tomando como punto de partida la necesidad de interpretar los criterios de atribución que garantizan que la institución de la inmunidad no se convierta en un mecanismo para eludir la responsabilidad. El orador, aunque no cuestiona la pertinencia de las cuestiones de atribución, considera que la posibilidad de eludir la responsabilidad no es el punto de partida adecuado. En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, la Corte Internacional de Justicia estatuyó: «[Las normas] que rigen la inmunidad del Estado son de naturaleza procesal y buscan determinar si los tribunales de un Estado pueden ejercer su jurisdicción frente a otro. No tienen ninguna incidencia en la cuestión de saber si el comportamiento por el cual se iniciaron las acciones era lícito o ilícito» (párrafo 93 del fallo). Así pues, la naturaleza de las normas sobre la inmunidad no consiste en abordar la cuestión de la licitud de una actividad concreta, sino en establecer la jurisdicción de diferentes Estados. Un particular puede no ser juzgado por un tribunal determinado, pero ello no excluye de por sí la responsabilidad penal por ese acto ante otro órgano jurisdiccional.

22. Ahora bien, las normas de atribución según el derecho de la responsabilidad del Estado pueden ayudar a determinar si un acto verdaderamente se ha realizado a título oficial. El argumento expuesto por la Relatora Especial en los párrafos 115 y 117 de su cuarto informe, según el cual ciertas formas de atribución retroactiva de actos en virtud de los artículos 9 a 11 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos quizás no constituyan actos realizados a título oficial a los efectos de determinar la inmunidad *ratione materiae*, es plausible. Sin embargo, el orador duda que pueda decirse lo mismo de los actos de personas que actúan por cuenta del Estado sin formar parte de la estructura estatal, como se examina en el párrafo 114. Dado que la práctica estatal y los precedentes judiciales pertinentes son escasos a este respecto, la Comisión tal vez debería limitarse a formular algunas observaciones generales.

23. La Relatora Especial trata de definir el concepto de acto realizado a título oficial aplicando «un criterio adicional de naturaleza teleológica». El orador conviene en principio en que, como la inmunidad *ratione materiae* tiene por objeto garantizar el respeto del principio de la igualdad soberana de los Estados, los actos a que ampara esa inmunidad también deben tener una conexión con la soberanía que, en última instancia, se pretende salvaguardar. No obstante, la Comisión no debería tratar de definir la esencia de la soberanía; lo importante es distinguir entre los actos realizados a título oficial en ejercicio de una función pública o de las prerrogativas soberanas de un Estado y los que se limitan a promover un interés privado. Además, la expresión «en ejercicio de atribuciones del poder público» es demasiado restrictiva, ya que puede interpretarse en el sentido de «estatal» a diferencia de «administrativo».

24. Desgraciadamente, la Relatora Especial no explica en mayor detalle lo que el «criterio adicional de naturaleza teleológica» implica con respecto a diferentes situaciones, sino que se concentra en la cuestión de si los crímenes internacionales podrían ser actos realizados a título oficial. El orador, si bien está de acuerdo con la afirmación que figura en el párrafo 124 del cuarto informe de que alegar que el crimen internacional es contrario al derecho internacional no es pertinente para calificar a un acto como realizado a título oficial, no lo está en que la naturaleza penal del acto constituya uno de los caracteres de todo acto realizado a título oficial. De forma más general, quizás sea útil remitirse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo para una definición de «ejercicio del poder público».

25. En lo que concierne al plan de trabajo futuro, el orador pone en duda la conveniencia de abordar la cuestión de los límites y excepciones a las diferentes formas de inmunidad hasta que se hayan aclarado todas las cuestiones generales, incluidos los aspectos procesales de la inmunidad. La cuestión de las excepciones ha hecho sombra al debate de la Comisión sobre el tema desde un principio. Si bien es importante que los miembros sean conscientes de las consecuencias de determinados aspectos de la cuestión de las posibles excepciones, existe el peligro de que, si centran prematuramente la atención en ella, restrinjan su perspectiva respecto a importantes aspectos generales que guardan poca o ninguna relación con la cuestión de las excepciones. Ese peligro se ha hecho realidad en el presente debate sobre la definición de los actos realizados a título oficial. Habría que haber puesto mucho más de relieve los tipos de actividad que expresan suficientemente el poder público específico del Estado para que su inclusión en el ámbito de la inmunidad protegida esté justificada. El hecho de centrarse en este y otros aspectos generales del derecho internacional sobre la inmunidad no tiene que ir necesariamente en detrimento de la identificación de las posibles excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado, de lo contrario existente. No obstante, las posibles excepciones deberían emanar de las fuentes generalmente reconocidas del derecho internacional, sobre la base, en particular, de las normas relativas a la identificación del derecho internacional consuetudinario. Si no, la Comisión debe dejar bien sentado que está proponiendo cambios en el derecho vigente a modo de desarrollo progresivo. Como la Comisión está resuelta a redactar unos artículos que sirvan de guía a los tribunales nacionales para la aplicación del derecho existente, es importante que señale claramente si sus proyectos de artículo y comentarios son *lex lata* o *lex ferenda*.

26. El orador agradecería que se le aclarase el comentario que formula la Relatora Especial en el párrafo 137 de su informe, según el cual la reciente sentencia del Tribunal Constitucional italiano relativa a la aplicación en Italia del fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales*

del Estado ha venido a añadir más complejidad al tema. A su modo de ver, el Tribunal Constitucional italiano no ha puesto en tela de juicio el fallo de la Corte Internacional de Justicia ni ha emitido ningún pronunciamiento sobre el derecho internacional, sino que se ha limitado a interpretar la Constitución italiana de manera que impida la ejecución del fallo en Italia. Quizás la Relatora Especial considera que la sentencia del Tribunal Constitucional menoscaba la autoridad del fallo de la Corte Internacional de Justicia con respecto a las cuestiones tratadas en relación con este tema, pero, conforme a la letra del texto, es evidente que no lo hace.

27. En conclusión, el orador recomienda que los proyectos de artículo propuestos se remitan al Comité de Redacción.

28. El Sr. ŠTURMA dice que la Relatora Especial ha elaborado un cuarto informe bien documentado y apoya la metodología adoptada. El elemento clave del informe es la definición del «acto realizado a título oficial», dado que las inmunidades *ratione materiae* son de naturaleza funcional y guardan relación con el ejercicio de atribuciones del poder público. El informe gira en torno a dos importantes cuestiones teóricas. La primera es la de si debe existir un vínculo entre el acto delictivo y las funciones oficiales de su autor. A primera vista, el informe parece contener algunas afirmaciones contradictorias. Por un lado, su análisis de las convenciones multilaterales, en los párrafos 66 y 67, pone de manifiesto que, de conformidad con determinadas convenciones, un acto cometido por un funcionario público es parte de la definición del delito. Por otro lado, como se explica en el párrafo 57, algunos tribunales nacionales estiman que los crímenes de derecho internacional no forman parte de las funciones del Estado y, por lo tanto, no pueden ser considerados como tales a efectos de la inmunidad. De igual modo, según el párrafo 58, en general los tribunales nacionales han denegado la inmunidad en varios casos vinculados a la corrupción.

29. Sin embargo, esas afirmaciones no son realmente contradictorias; es importante distinguir claramente entre los planos prescriptivo y descriptivo del análisis. Desde el punto de vista prescriptivo, hay determinadas convenciones, en particular la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en virtud de las cuales la condición de funcionario público de los autores forma parte de la definición o es uno de los elementos de los crímenes. Por consiguiente, no se puede negar la condición de funcionario público del autor, aunque ello no signifique necesariamente un reconocimiento automático de la inmunidad, puesto que el objeto mismo de esas convenciones es investigar y castigar crímenes atroces cometidos por funcionarios públicos o con su consentimiento.

30. Desde el punto de vista descriptivo, varios otros instrumentos, entre ellos la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no incluyen la condición de funcionario público del autor como elemento de la definición del crimen, aunque en la mayoría de los casos tales crímenes son cometidos por personas a título oficial.

31. Para el tema que se examina, sin embargo, los crímenes en cuestión solo son pertinentes si implican actos realizados por funcionarios del Estado que actúen en calidad de tales, puesto que esas son las únicas circunstancias en que se puede invocar la inmunidad *ratione materiae*.

32. La segunda cuestión teórica se refiere a la atribución. El orador celebra que la Relatora Especial haya enmarcado esta cuestión en el contexto más amplio de los trabajos anteriores de la Comisión sobre el derecho penal internacional y la responsabilidad del Estado y las organizaciones internacionales por hechos internacionalmente ilícitos. Evidentemente, cualquier acto realizado a título oficial por un funcionario del Estado es atribuible tanto a la persona (para la determinación de la responsabilidad penal individual) como al Estado (para la determinación de la responsabilidad penal del Estado). Por consiguiente, el orador apoya el modelo de la Relatora Especial de un mismo acto que entraña una doble responsabilidad.

33. El orador conviene con la Relatora Especial en que no todos los criterios de atribución enunciados en los artículos 4 a 11 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos son pertinentes al tema de la inmunidad. El concepto de actos realizados a título oficial evidentemente abarca el comportamiento de los órganos del Estado (art. 4), el comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público (art. 5) y el comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado (art. 6). También está de acuerdo con su análisis, lleno de matices, de la aplicabilidad del criterio enunciado en el artículo 9; como la inmunidad por el comportamiento observado en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales no se ha invocado nunca en la práctica, se trata de un supuesto teórico. En cambio, el comportamiento de personas atribuido a veces al Estado en virtud de los artículos 8, 10 y 11 no constituye un acto realizado a título oficial respecto del cual las personas que lo realizan gocen de inmunidad.

34. La Relatora Especial tiene razón al pensar que los motivos de los autores de actos *ultra vires* (art. 7) han de tenerse en cuenta. Cuando tales actos se cometen en beneficio propio, como el tráfico de drogas, el enriquecimiento personal, la corrupción y otros actos por el estilo, no es probable que los tribunales los consideren actos oficiales a los que se extiende la inmunidad *ratione materiae*, mientras que los crímenes de derecho internacional podrían ser considerados como actos oficiales cuando las personas que los hayan cometido crean haber actuado en ejercicio de sus funciones oficiales, aunque se hayan excedido en su competencia o hayan contravenido sus instrucciones. Sin embargo, por las razones expuestas por oradores anteriores, esos crímenes podrían igualmente bien encuadrarse en la categoría de las excepciones a las que no se extiende la inmunidad.

35. Por todos esos motivos, el orador apoya la disposición esencial del proyecto de artículo 6, párrafo 2, según la cual la inmunidad *ratione materiae* se extiende únicamente

a los actos realizados a título oficial por el funcionario del Estado durante el período en que se encuentra en ejercicio del cargo, aunque la versión inglesa de ese texto quizás requiera alguna modificación, en la inteligencia de que la Relatora Especial abordará las excepciones a la inmunidad en su próximo informe. Ahora bien, parece innecesario, en el proyecto de artículo 2 *f*, incluir una referencia a «crimen» en la definición del acto realizado a título oficial. Además, un acto no es un crimen en razón de su naturaleza, sino porque ha sido tipificado como tal por el derecho internacional o nacional.

36. El orador recomienda que se remitan ambos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

37. El Sr. CAFLISCH felicita a la Relatora Especial por su admirable cuarto informe. Se pregunta si no sería más prudente referirse a la «conducta» o el «comportamiento» en vez de a los «actos» de los funcionarios del Estado, puesto que la inacción también puede ser delictiva.

38. El proyecto de artículo 6, párrafo 1, deja claro un aspecto esencial, esto es, que si bien la inmunidad *ratione materiae* solo se aplica al comportamiento del presunto autor durante su mandato, esa inmunidad perdura indefinidamente para proteger a esa persona contra cualquier sanción incluso después de haber dejado de ser funcionario público. En principio, esa inmunidad es consecuencia de la inmunidad del Estado bajo cuya dirección ha actuado el funcionario. En el párrafo 2, se puede suprimir la palabra «únicamente». El párrafo 3 significa al parecer que, incluso después de que la inmunidad *ratione personae* de los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores haya expirado, esas personas siguen gozando de inmunidad *ratione materiae* por los actos que hayan realizado a título oficial.

39. La cuestión de la inmunidad *ratione materiae* se planteará *in limine litis*, o sea, al comienzo del proceso penal contra un funcionario del Estado, antes de la determinación del fondo o naturaleza penal del caso. Por esta razón, convendría reemplazar en el proyecto de artículo 2 *f* «constituye» por «constituya».

40. Es necesario dilucidar la relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo. La responsabilidad del Estado es una cuestión de derecho internacional, mientras que la responsabilidad individual se rige, en principio, por el derecho interno. Aunque un individuo sea responsable penalmente, el comportamiento que conlleva tal responsabilidad puede haber sido inducido por el Estado y, por consiguiente, reunir los requisitos para invocar la inmunidad *ratione materiae* ante un tribunal extranjero. En este supuesto, coexistirán dos tipos de responsabilidad: la responsabilidad penal del individuo y la responsabilidad internacional del Estado bajo cuya dirección ha actuado el individuo. Mientras que el individuo podrá ampararse en la inmunidad *ratione materiae*, no será así en el caso del Estado, excepto en la medida en que pueda invocar la inmunidad soberana ante un tribunal extranjero. Incluso en este caso, la responsabilidad del Estado sigue existiendo, aun cuando no pueda ser examinada por los tribunales del Estado del foro.

41. No hay ningún motivo para amparar contra la jurisdicción penal extranjera a personas que no pueden ser calificadas de funcionarios públicos, ni para proteger a funcionarios cuando no han actuado en beneficio del Estado al que sirven, sino en provecho propio. Aunque sea difícil definir en abstracto qué hay que entender por «atribuciones del poder público», sería útil que, en el comentario del proyecto de artículo 2, la Relatora Especial proporcionara el mayor número posible de ejemplos de situaciones en las que se determinó que los funcionarios que habían observado un comportamiento delictivo actuaron «en ejercicio de atribuciones del poder público» y ejemplos de situaciones en las que no ocurrió así.

42. El Sr. CANDIOTI dice que el debate en el presente período de sesiones ha girado en torno a los actos realizados a título oficial, mientras que los actos que tienen relevancia para el tema que se examina son crímenes amparados en la inmunidad *ratione materiae*, como excepción procesal a favor de un funcionario del Estado mismo al que se ha inculpado y procesado ante un tribunal competente de otro Estado.

43. Para determinar cuándo se aplica esa excepción, es necesario definir «crimen». Este es una violación del derecho penal del Estado que afirma su jurisdicción para castigar la violación. En la versión del texto en español, el concepto de «*crime*» se debería traducir como «delito» y no como «crimen». En el derecho argentino, un delito no se tipifica como un acto, sino como una conducta, un comportamiento o una acción que constituye una infracción de la ley penal. La inmunidad es una excepción procesal que se puede proponer cuando un Estado extranjero se considera competente para juzgar al funcionario de otro Estado por un delito cometido por esa persona. No es un privilegio, una prerrogativa ni una cuestión de *par in parem non habet imperium*. Esa idea está anticuada. Todo poder soberano y todo Estado se rige por el derecho de la comunidad internacional, que se funda en la Carta de las Naciones Unidas. También es necesario definir «jurisdicción penal». Por esa expresión se entiende la jurisdicción de los tribunales penales y otros órganos judiciales competentes para aplicar el derecho penal. El derecho penal, a su vez, es el conjunto de normas que definen las infracciones penales del derecho, incluidos los tratados internacionales. Preocupa al orador la confusión terminológica imperante. La relación entre inmunidad y responsabilidad tiene una importancia primordial. La inmunidad nunca puede significar impunidad.

Se levanta la sesión a las 16.30 horas.

3274ª SESIÓN

Miércoles 22 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto,