

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 inculcado 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. Candiotti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, 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.

### Cooperación con otros órganos (continuación\*)

[Tema 13 del programa]

#### DECLARACIÓN DEL PRESIDENTE DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Ronny Abraham, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, y le invita a dirigirse a la Comisión.

2. El Sr. ABRAHAM (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) se felicita por este primer encuentro con los miembros de la Comisión desde que tomó posesión del cargo de Presidente de la Corte Internacional de Justicia. Al recapitular las actividades llevadas a cabo por la Corte en el transcurso del año anterior, señala que esta ha actuado en dos causas. La primera consiste en una serie de solicitudes presentadas por las Islas Marshall contra las Potencias nucleares o Estados que presumiblemente poseen armas nucleares por presunto incumplimiento de las obligaciones relativas al cese de la carrera de armamentos nucleares y al desarme nuclear. Solo se inscribieron en el Registro General de la Corte las tres solicitudes presentadas contra el Reino Unido, el Pakistán y la India, respectivamente, puesto que solo estos Estados estaban vinculados por una declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte. Después de que la India y el Pakistán impugnaran la competencia de la Corte para conocer de la controversia suscitada, la Corte resolvió que la cuestión de su competencia debía ser dilucidada en primer lugar, motivo por el cual rogó a cada una de las partes que depositara una memoria sobre dicha cuestión. El Reino Unido opuso formalmente una excepción a la competencia de la Corte y a la admisibilidad de la solicitud, lo cual suspendió el procedimiento sobre el fondo. La Corte aún no se ha pronunciado sobre su competencia.

3. La Corte también ha conocido de una solicitud de Somalia contra Kenya por una controversia relativa a la delimitación marítima en el océano Índico. Dados los plazos fijados para depositar los alegatos escritos, es poco probable que la Corte se pronuncie sobre esta causa durante el año 2016. Asimismo, tres causas, dos de las cuales fueron acumuladas, se encuentran actualmente en fase de deliberación. En la primera, relativa a la *Obligación de negociar un acceso al océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, Chile opuso una excepción de incompetencia que resolverá próximamente la Corte. Las dos causas acumuladas —*Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*— dieron lugar a vistas comunes, y se debería dictar un único fallo en los meses venideros.

4. Uno de los hechos más relevantes ocurridos en el año anterior fue el fallo dictado por la Corte en 2015 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, que cierra una serie de fallos relativos al conflicto en la ex-Yugoslavia. En este procedimiento, incoado en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, ambos Estados se acusaban mutuamente de haber cometido actos constitutivos del crimen de genocidio durante la primera mitad de la década de 1990. La Corte no deparó sorpresas a los observadores y concluyó que no se habían producido actos de genocidio, ni en un bando ni en el otro, fundamentalmente porque el elemento intencional del genocidio (*dolus specialis*), es decir, la voluntad de destruir total o parcialmente a un grupo humano como tal, no había sido acreditada ni por Croacia en su demanda principal ni por Serbia en su demanda reconventional, demandas que fueron por consiguiente desestimadas.

5. Dos puntos de derecho de este fallo introdujeron novedades interesantes en las que merece la pena detenerse un instante. El primero guarda relación con la aplicación en el tiempo de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y las consecuencias que cabe extraer con respecto a los hechos alegados por Croacia, anteriores al 27 de abril de 1992, fecha de nacimiento de Serbia como Estado independiente. Conviene recordar a este respecto que la jurisprudencia de la Corte ha establecido que Serbia no es el Estado continuador de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, sino uno de sus Estados sucesores. Ahora bien, una parte de los hechos invocados por Croacia contra Serbia, que a su juicio constituían genocidio, tuvieron lugar antes del 27 de abril de 1992, motivo por el cual Serbia opuso una excepción de incompetencia *ratione temporis* alegando que en el momento en que se produjeron esos hechos no existía como Estado independiente y, por tanto, no podía estar obligada por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Esta excepción ya fue opuesta en 2008, pero la Corte se había reservado la cuestión en su fallo sobre la excepción preliminar y decidió retomarla en su fallo sobre el fondo.

6. Croacia invocó dos argumentos contra la excepción *ratione temporis* planteada por Serbia. El primero se derivaba del artículo 10, párrafo 2, de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>277</sup>, en virtud del cual los actos cometidos por un movimiento insurreccional o de otra índole que den lugar a un nuevo Estado son atribuibles a dicho Estado. Según Croacia, esta disposición formaba parte del derecho internacional consuetudinario y los delitos cometidos contra los croatas antes del 27 de abril de 1992 eran obra, al menos en parte, de milicias o grupos armados serbios que, si bien no tenían carácter estatal, se asimilaban a movimientos insurreccionales entendidos en el sentido del artículo 10, párrafo 2, y eran por consiguiente responsabilidad de Serbia. La Corte rechazó este argumento al apreciar que, incluso en el caso de que el artículo 10, párrafo 2, pudiera

<sup>277</sup> 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.

\* Reanudación de los trabajos de la 3268ª sesión.

ser considerado declarativo del derecho internacional consuetudinario, extremo sobre el cual no se pronunció, y los actos de las milicias serbias fueran equiparables a los de un movimiento insurreccional o de otra índole en el sentido de dicha disposición, esta solo atribuía los actos en cuestión a Serbia, pero no le imponía obligación alguna. En efecto, Serbia nació como Estado independiente el 27 de abril de 1992, por lo que la Corte estimó que no estaba ni podía estar obligada por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en el momento de los hechos alegados, de modo que, incluso si le fueran atribuidos esos hechos, no se le podría exigir responsabilidad por violación de la Convención.

7. El otro argumento aducido por Croacia contra la excepción de incompetencia *ratione temporis* opuesta por Serbia tenía su origen en la teoría de la sucesión de Estados en materia de responsabilidad. Croacia sostuvo que, a pesar de que los actos anteriores al 27 de abril de 1992 fueran imputables a la República Federativa Socialista de Yugoslavia, y no a Serbia, se podía exigir, no obstante, la responsabilidad de Serbia por vía de sucesión. La Corte no se pronunció sobre la validez de esta teoría y se limitó a constatar que esta planteaba serias cuestiones de hecho y de derecho, que no se excluía *a priori* que Serbia hubiera sucedido en la hipotética responsabilidad de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y que no era necesario resolver esas cuestiones a los efectos de establecer su competencia para examinar los hechos anteriores al 27 de abril de 1992. Por ello, la Corte rechazó la excepción de incompetencia *ratione temporis* opuesta por Serbia, si bien no hubo unanimidad al respecto entre los magistrados.

8. El otro aspecto interesante del fallo dictado por la Corte en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* tiene que ver con la articulación que hace entre el derecho internacional humanitario y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en lo concerniente a la alegación de Serbia, que afirmó que los bombardeos del ejército croata sobre las ciudades de Krajina eran constitutivos de actos de genocidio en el sentido de la Convención. La Corte tenía que determinar, antes de todo, si esos bombardeos fueron indiscriminados, es decir, si se lanzaron indistintamente contra objetivos militares y contra la población civil, o si se dirigieron específicamente a objetivos militares.

9. A este respecto, la Corte se remitió al fallo dictado por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Gotovina y otros*, en la cual el Tribunal concluyó que no se había demostrado que los bombardeos del ejército croata sobre las ciudades de Krajina hubieran sido indiscriminados, pese a haber ocasionado víctimas civiles. De ese modo, la Corte se mantuvo en la misma línea que había adoptado en 2007 en el fallo dictado 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)*, dando de nuevo el debido peso a las conclusiones sobre los hechos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia. La Corte no estimaba estar en condiciones de establecer hechos de esa naturaleza y mucho menos de ir en contra de las conclusiones fácticas del Tribunal, que a juicio de la

Corte debían considerarse el reflejo de la realidad de los hechos, salvo en el caso excepcional en el que hubiera serias razones para ponerlas en duda. Es cierto que en el caso en cuestión las conclusiones respectivas de la Sala de Apelaciones y la Sala de Primera Instancia eran contradictorias, y la causa había suscitado una acalorada controversia, tanto entre los magistrados de ambas salas como en el seno de la Sala de Apelaciones. Ahora bien, no es menos cierto que el fallo de la Sala de Apelaciones representaba la decisión firme del Tribunal, a la que la Corte debía conceder primacía.

10. Una vez constatado que los bombardeos no habían sido indiscriminados, la Corte debía resolver la cuestión de si, pese a ello, podían ser considerados matanzas en el sentido del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Los serbios sostuvieron, a título subsidiario, que, incluso en el supuesto de que la Corte no estimara que los bombardeos de las ciudades serbias habían sido indiscriminados, debía proceder a su calificación en el sentido del artículo II de la Convención y concluir que se inscribían en una operación de genocidio. Por su parte, Croacia alegó que, desde el momento en que se habían cometido esos actos militares respetando las normas de derecho internacional humanitario, no se podían calificar de genocidio, puesto que no se había constatado el elemento material del genocidio.

11. La Corte no se pronunció en términos abstractos y generales sobre las relaciones entre la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el derecho internacional humanitario, especialmente sobre la cuestión de si una operación militar ejecutada de conformidad con el derecho internacional humanitario era necesariamente irreprochable desde el punto de vista de la Convención; la Corte se limitó a señalar que, en general, la existencia de dos cuerpos normativos distintos no excluía la posibilidad de que un mismo acto pudiera ser conforme a uno al tiempo que vulneraba el otro. En cuanto a las operaciones militares llevadas a cabo contra las ciudades serbias, la Corte concluyó simplemente que no se había constatado el elemento material del genocidio, puesto que el término francés «*meurtre*», en el sentido del artículo II de la Convención, implicaba necesariamente una intención de matar, motivo por el cual los ataques perpetrados contra las ciudades de Krajina no podían ser considerados «*meurtres*», al no haber sido indiscriminados, y las víctimas civiles ocasionadas no habían sido, por tanto, intencionadas. El hecho de que los términos «*meurtre*» y «*killling*» empleados respectivamente en la versión francesa y la versión inglesa de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no sean equivalentes exactos podía generar cierta ambigüedad. En efecto, el término francés «*meurtre*» hace referencia al hecho de dar muerte voluntariamente a otras personas, mientras que el término inglés «*killling*» no presupone necesariamente la intención de matar. No obstante, la Corte había resuelto esta cuestión en 2007 cuando concluyó que «*meurtre*» en el sentido de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio era necesariamente intencionado, interpretación que valía para todas las versiones lingüísticas de la Convención, incluido, por tanto, el término inglés «*killling*».

12. El Sr. PETRIČ dice que el Presidente de la Corte Internacional de Justicia ha centrado su exposición, de gran interés, en las actividades desarrolladas por la Corte en el año anterior fundamentalmente en la resolución dictada en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* sobre las acusaciones mutuas de genocidio de ambos Estados. Dada la complejidad de la causa, el orador ruega al Sr. Abraham que le disculpe por la simplificación de sus observaciones al respecto en aras de la brevedad. En cualquier caso, desea hacer una observación previa de carácter general acerca de la función de la justicia internacional, que debería ser contribuir a restablecer la paz, en vista de las dos resoluciones dictadas por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Gotovina y otros* en 2011 y 2012. La condena en primera instancia de Ante Gotovina a una pena de 24 años de prisión y su posterior absolución unos meses más tarde en apelación sin duda generaron cierta confusión en la región, y es de lamentar que el Tribunal no previera las nefastas consecuencias de su radical cambio de postura para ambas partes.

13. Por lo que hace a la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, el orador señala que con razón la Corte Internacional de Justicia dedicó mucho tiempo a examinar los elementos de hecho, especialmente a determinar si los bombardeos de las ciudades de Krajina habían sido o no indiscriminados. Le parece lógico además, cuando no inevitable, que la Corte llegara a la misma conclusión que en su fallo de 2007 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)*. Ahora bien, ¿qué sucede con los bombardeos indiscriminados descargados sobre Sarajevo durante tres años sin atacar objetivos militares? Si la Corte hubiera concluido en la causa *Croacia c. Serbia* que los bombardeos sobre Croacia habían sido indiscriminados y habían perseguido acabar con la población serbia de las ciudades de Krajina, también habría tenido que llegar a la conclusión de que se había cometido un genocidio en Sarajevo (Bosnia), cosa que no sucedió. En efecto, en la causa *Bosnia y Herzegovina c. Serbia* la Corte estimó que los tres años de bombardeos indiscriminados de Sarajevo no permitían calificarlos de genocidio. Por ello, resulta sorprendente que la Corte prestara tanta atención al elemento factual en el fallo de la causa *Croacia c. Serbia*; visto esto, el orador desearía conocer la posición del Presidente de la Corte Internacional de Justicia al respecto.

14. Por otra parte, tras el desmembramiento de Yugoslavia en 1991, y hasta la caída del Presidente Milošević en el año 2000, Serbia sostuvo reiteradamente que asumía la continuidad de la personalidad jurídica de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, reivindicación a la que se opusieron los otros Estados que también habían formado parte de la antigua Yugoslavia. Según el orador, existen diferentes elementos que demuestran que Serbia era considerado el Estado continuador de la República Federativa Socialista de Yugoslavia en el seno de las Naciones Unidas, por lo menos hasta la admisión de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) como nuevo Estado Miembro el 1 de noviembre de 2000. Por ello, el orador desearía saber si la Corte

Internacional de Justicia tuvo en cuenta el estatus de Serbia al examinar las cuestiones procesales o al concluir que no era responsable, por ejemplo, de los acontecimientos acaecidos tras la caída de Vukovar en noviembre de 1991, fundamentalmente la matanza de enfermos y heridos; el orador se pregunta quién podría asumir la responsabilidad de esos abominables crímenes en el caso de que no fuera Serbia.

15. El Sr. ABRAHAM (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) duda, en respuesta al primer punto planteado por el Sr. Petrič, que se hubieran calificado de genocidio los bombardeos de las ciudades de Krajina incluso si hubieran sido indiscriminados, puesto que en su fallo la Corte constata después que falta el elemento intencional, el *dolus specialis*. No obstante, la cuestión planteada por el Sr. Petrič pone de relieve el procedimiento seguido por la Corte en este fallo, a saber, examinar en primer lugar el elemento material y, posteriormente, el elemento intencional del genocidio. En efecto, el genocidio supone, por una parte, la comisión de determinados actos materiales enumerados en el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, el primero de los cuales es la matanza, y, por otra parte, la presencia de un elemento intencional o *dolus specialis*. Así pues, la Corte analizó en primer lugar cada uno de los actos materiales alegados por las dos partes para determinar si el elemento material del genocidio había quedado establecido. A continuación, la Corte se preguntó si esos actos materiales, una vez establecidos, satisfacían la condición del *dolus specialis*, a lo que dio una respuesta negativa. La Corte también habría podido pasar directamente al elemento intencional para constatar su ausencia, en cuyo caso ni tan siquiera habría sido necesario examinar los actos materiales, lo cual habría dado lugar a un fallo más breve y de más fácil lectura. Pero en este caso la Corte no buscó el medio más acorde con la economía procesal, por motivos de índole psicológica relacionados con la función de la justicia, a la cual ha hecho alusión el Sr. Petrič. Estimó que era preferible para las partes que constatará, aunque fuera únicamente en la motivación de su fallo, que ambas partes habían cometido crímenes graves en el territorio de Croacia que habían ocasionado víctimas en ambos bandos. Se podría afirmar quizás que se trata de una manifestación de la «política judicial» de la Corte, a saber, la potestad discrecional del juez para elegir la manera que le parezca más oportuna de motivar un fallo, la que mejor se corresponda con la concepción que tiene de su propia función.

16. En lo que concierne al estatus de Serbia como Estado continuador o sucesor de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, la Corte ya tomó posición en 2004 en los fallos que dictó en las causas relativas a la *Legalidad del uso de la fuerza*. Falló entonces, por una parte, que Serbia no era el Estado continuador de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, sino uno de sus Estados sucesores y, por otra parte, que no había llegado a ser Miembro de las Naciones Unidas hasta el año 2000, cuando fue admitida como nuevo Estado. La Corte reafirmó su jurisprudencia al respecto en 2007, y luego en 2008, de modo que el fallo de 2015 se inscribe en la línea de una jurisprudencia ya bien consolidada, aunque en su momento pudo generar controversias en el seno mismo de la Corte y fuera de ella, en el sistema de las Naciones Unidas.

17. El Sr. FORTEAU considera muy interesante la interpretación que ha dado el Presidente de la Corte Internacional de Justicia del término «*meurtre*», que figura en el artículo II de la versión francesa de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y del término «*killling*» en la versión inglesa. Habida cuenta de que, en el actual período de sesiones, la Comisión ha aprobado una definición de este concepto en el marco de sus trabajos sobre los crímenes de lesa humanidad en la que ha procurado que resulte compatible con la definición adoptada en el contexto de la Corte Penal Internacional, el orador desea saber si el fallo dictado por 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 (Croacia c. Serbia)* se corresponde exactamente con la interpretación que se ha hecho al respecto en el contexto de la Corte Penal Internacional. Así, en el artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sobre el crimen de genocidio, el término «*meurtre*» se traduce como «*killling*» (matanza), mientras que se traduce como «*murder*» (asesinato) en su artículo 7, sobre los crímenes de lesa humanidad. En cualquier caso, según los *Elementos de los Crímenes*<sup>278</sup> por ambos términos se entiende el mero «hecho de causar la muerte», sin que figure el elemento intencional en la interpretación que se hace de esos términos. El orador desearía saber si las partes plantearon esa cuestión en la causa *Croacia c. Serbia*.

18. El Sr. ABRAHAM (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) no recuerda que las partes invocasen el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ni, en general, los textos aplicables en ese contexto, de modo que la Corte Internacional de Justicia tampoco tuvo ocasión de examinar esta cuestión, ni en esa ni en otras causas. Por otra parte, la Corte Internacional de Justicia no hizo alusión a ese aspecto en su fallo de 2015, puesto que se limitó a hacer referencia a lo que ya había dicho en 2007 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)*, a saber, que «matanza» en el sentido del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, «*killling*» en la versión inglesa, presupone un elemento intencional, es decir, la voluntad de causar la muerte.

19. El Sr. ŠTURMA se remite a ese mismo fallo y recuerda que, según se dice en su párrafo 115, «la Corte considera que las reglas de sucesión susceptibles de ser aplicadas en el caso en cuestión pertenecen a la misma categoría que las que rigen la interpretación de los tratados y la responsabilidad de los Estados, a las cuales se ha hecho referencia en el extracto citado». El orador se pregunta si la Corte pretendió con ello reconocer implícitamente la existencia de un cuerpo de normas de derecho internacional general relativas a la sucesión de Estados en materia de responsabilidad y si convendría, con vistas a la práctica judicial, que la Comisión examinara esta cuestión y tratara de esclarecer el contenido de dichas normas.

20. El Sr. ABRAHAM (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) dice que no debe interpretarse el

fallo de la Corte como reconocimiento de una doctrina, una teoría o un cuerpo de normas relativas a la sucesión de Estados en materia de responsabilidad. La Corte no se pronunció al respecto y no tenía necesidad de hacerlo. Quiso simplemente decir que, en el supuesto de que existiera tal cuerpo normativo, formaría parte del derecho internacional general, al igual que las normas sobre la responsabilidad del Estado. En lo que a los trabajos de la Comisión se refiere, el orador deja la decisión al buen criterio de los Estados y de la propia Comisión, si bien conviene en que cualquier cuestión de derecho internacional general merece ser estudiada.

21. El Sr. KAMTO dice que se limitará a formular dos observaciones. La primera guarda relación con las causas que enfrentan a las Islas Marshall con las Potencias nucleares. Por lo que el orador ha entendido, la India y el Pakistán no opusieron formalmente la excepción de incompetencia de la Corte o de inadmisibilidad de la solicitud mediante un acto de procedimiento, sino que se limitaron a formular una declaración en ese sentido en una reunión con el Presidente de la Corte. De ser así, ello pondría de manifiesto una gran flexibilidad por parte de la Corte en la aplicación de su reglamento, y resultaría interesante saber si se trata de una práctica habitual. La segunda observación tiene que ver con la diferencia constatada entre las versiones en francés y en inglés del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; el orador desearía saber en qué versión lingüística se basó la Corte para su interpretación.

22. El Sr. ABRAHAM (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) responde en primer lugar a la segunda pregunta; no cree que se pueda afirmar que la Corte tuviera que optar por una de las versiones lingüísticas. En efecto, el problema radica en que la versión en francés es clara en cuanto a la presencia necesaria del elemento intencional, mientras que la versión en inglés es más ambigua y deja margen a la interpretación. Así, si el término «*killling*» no presupone necesariamente la presencia de un elemento intencional, tampoco lo excluye. Las otras versiones lingüísticas de la Convención van también en la dirección del elemento intencional, y su objeto, que consiste en sancionar un crimen grave que presupone la voluntad de suprimir un grupo humano como tal, no se puede concebir sin su elemento intencional. En lo que respecta al procedimiento seguido en las causas que enfrentan a las Islas Marshall con la India y el Pakistán, si bien es cierto que los demandados impugnan la competencia de la Corte por una vía que no es la habitual, la excepción de incompetencia, que sí siguió el Reino Unido, no se limitaron a una declaración oral. También reaccionaron a la comunicación de la solicitud mediante una nota diplomática, en la que declararon de entrada que la solicitud no entraba en el ámbito de competencia de la Corte. De conformidad con el artículo 79, párrafo 2, de su Reglamento, si la Corte no recibe formalmente una excepción de incompetencia o de inadmisibilidad pero prevé dificultades al respecto, puede decidir, después de que el Presidente se haya reunido y celebrado consultas con las partes, la necesidad de pronunciarse sobre estas cuestiones por separado antes de continuar el procedimiento sobre el fondo. Se trata de una excepción, a la que rara vez se recurre, al procedimiento previsto en el párrafo 1 del mismo artículo.

<sup>278</sup> Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes*, La Haya, 2013. Puede consultarse en el sitio web de la Corte: [www.icc-cpi.int/Publications/Elementos-de-los-Crimenes.pdf](http://www.icc-cpi.int/Publications/Elementos-de-los-Crimenes.pdf).

23. El Sr. NOLTE observa que, a pesar de que las disposiciones relativas a la interpretación de la Convención de Viena de 1969 sean invocadas con gran frecuencia y revistan una enorme importancia, hasta el momento la Corte tan solo ha reconocido expresamente el carácter consuetudinario del artículo 33, párrafo 1, de dicho instrumento. En cualquier caso, quizás convendría desde la óptica de la política judicial que se pronunciara sobre el carácter consuetudinario del artículo en su integridad, si tiene la ocasión de hacerlo. A juicio del orador, sería deseable que, en su proceder, los intérpretes de los instrumentos internacionales tuvieran presente que estos tienen por regla general varias versiones lingüísticas que hay que tener en cuenta.

24. El Sr. ABRAHAM (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) dice que, cuando se hace valer ante la Corte una disposición concreta de la Convención de Viena de 1969, la Corte no tiene en principio la obligación de pronunciarse sobre el carácter consuetudinario de las otras disposiciones de la Convención salvo por exigencias de la causa. Si bien es cierto que en los fallos de la Corte se pueden encontrar *obiter dicta*, puesto que nada le impide ir un poco más allá de lo que es estrictamente necesario, la Corte sigue siendo reticente a pronunciarse sobre el carácter consuetudinario de una norma convencional o de una disposición aprobada por la Comisión de Derecho Internacional y, de manera general, a adoptar una postura en cuestiones de derecho internacional que no se susciten de manera específica y directa en una causa concreta, sino que suele abstenerse. En virtud de su función judicial, la Corte tiene la obligación de interpretar el derecho en una causa concreta, y no en términos generales, en función de los argumentos esgrimidos por las partes. La expresión «política judicial», en el sentido con el que la emplea el Sr. Nolte, no abarca el mismo fenómeno que el que emerge a raíz del fallo en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*. En esta última, se trataba de explicar una decisión metodológica de la Corte a los efectos de motivar un fallo, mientras que el Sr. Nolte propone que la Corte deba interpretar el derecho más allá de lo que es necesario en una causa concreta.

25. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ desea responder a los comentarios anteriores del Sr. Forteau con respecto al término «matanza». No comparte su punto de vista según el cual en los *Elementos de los Crímenes* de la Corte Penal Internacional no se recoge la cuestión del carácter intencional de la matanza. Si bien es cierto que ese aspecto no figura en la sección dedicada al artículo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativo a la matanza [art. 7, párr. 1 *a*], sí se menciona en diversas ocasiones en la introducción general del texto, que con demasiada frecuencia obvian la doctrina y los profesionales del derecho cuando en realidad forma parte integral y debe ser tenida en cuenta. La oradora señala a la atención de los miembros el párrafo 2 de dicha introducción, según el cual «una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con intención y conocimiento». En este sentido, para la oradora tiene gran importancia el párrafo 3, que prevé que «[l]a existencia de la intención y el

conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso». La oradora pide al Sr. Abraham que indique si el análisis sumamente detallado que acometió la Corte Internacional de Justicia en los fallos que ha mencionado no tiene precisamente como objetivo hacer posible la toma en consideración del aspecto intencional, en particular el *dolus specialis*, inherente al genocidio.

26. Por último, la oradora desearía conocer la opinión del Sr. Abraham sobre la práctica de la Corte en lo concerniente al reconocimiento del carácter consuetudinario de las normas de atribución que figuran en el capítulo II de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en vista de que en las causas de genocidio que ha citado la Corte optó en unas ocasiones por pronunciarse sobre la cuestión y en otras por guardar silencio. Sería interesante saber si esa actitud cambiante obedece a la propia naturaleza de estas normas o a la política judicial adoptada por la Corte, que solo se pronuncia sobre una cuestión jurídica cuando la naturaleza del caso que tiene ante sí lo exige.

27. El Sr. HASSOUNA recuerda que la Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas y pregunta al Sr. Abraham si la considera el árbitro supremo de las decisiones dictadas por otros órganos jurisdiccionales internacionales y regionales y si estima que la presencia en su seno de antiguos miembros de la Comisión de Derecho Internacional supone una ventaja que podría contribuir a estrechar las relaciones entre ambos órganos.

28. El Sr. ABRAHAM (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) estima más acertado decir que el examen detallado de los hechos acometido por la Corte en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* era útil o deseable que calificarlo de necesario. La Corte también habría podido eludir el análisis detallado de cada una de las situaciones, pero, a fin de satisfacer a las partes, estimó más conveniente que su fallo contuviera un examen lo más completo y exhaustivo posible de los elementos de hecho y de derecho. Por lo que respecta al carácter consuetudinario de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, si bien la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse sobre determinadas disposiciones de dicho proyecto, no ha tomado una posición general o ha evitado pronunciarse cuando albergaba dudas, a riesgo de que su actitud al respecto pueda parecer a este respecto incoherente a ojos de observadores atentos. En cuanto a su posición con respecto a los otros órganos jurisdiccionales internacionales y regionales, hay que recordar que, desde el punto de vista institucional, la Corte no ocupa una posición desde la que deba ejercer de árbitro supremo de las decisiones dictadas por esos órganos, sino que más bien se le reputa cierta preeminencia a la hora de establecer la jurisprudencia en materia de derecho internacional general. La Corte estima que los demás órganos jurisdiccionales internacionales deberían remitirse de manera natural a sus fallos cuando deban pronunciarse sobre cuestiones de derecho internacional general, pero no en los ámbitos específicos que formen parte más directamente de su competencia, cosa que, por otra parte,

sucede en la práctica. Asimismo, los magistrados de la Corte están en contacto con los de otros órganos jurisdiccionales internacionales, al objeto de favorecer la indispensable coherencia de la jurisprudencia internacional. Para concluir, el orador señala que la presencia de antiguos miembros de la Comisión de Derecho Internacional entre los magistrados de la Corte es un activo inestimable que contribuye a facilitar sus trabajos.

**Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación (continuación\*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. I, A/CN.4/L.868)**

[Tema 11 del programa]

29. El PRESIDENTE anuncia que se ha publicado recientemente la nueva versión del sitio web de la Comisión de Derecho Internacional. Además de su moderna presentación, el sitio se ciñe a los criterios de las Naciones Unidas, fundamentalmente en lo concerniente a la accesibilidad de las personas con discapacidad. En función del tiempo disponible, quizás sea posible organizar una exposición sobre el sitio en el transcurso del actual período de sesiones. La elaboración del sitio representa cerca de un año de trabajo de la secretaría de la Comisión y de la División de Codificación, a las cuales el Presidente da las gracias en nombre de la Comisión.

**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)

30. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen del cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/686).

31. El Sr. KOLODKIN felicita a la Relatora Especial por su cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, fruto de un trabajo riguroso que ayudará a la Comisión a avanzar en sus trabajos sobre esta cuestión. Antes de pasar al examen de fondo del documento, el orador desea comentar algunos aspectos del método empleado para su elaboración. En primer lugar, considera que el informe no estudia la práctica y la legislación de los Estados con la profundidad necesaria. Se presenta a grandes rasgos la jurisprudencia de los tribunales nacionales, pero recibe un peso considerable y ocupa más espacio que la jurisprudencia de los tribunales internacionales, algo sorprendente, especialmente teniendo en cuenta que no siempre es coherente, a diferencia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, fundamentalmente la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A pesar de que en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* y la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)* se trataba la cuestión de la inmunidad de jurisdicción

penal de los funcionarios del Estado y en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)* se abordaba la inmunidad de jurisdicción civil, los fallos dictados en todas estas causas son coherentes en muchos sentidos. En el fallo que dictó en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia citó en numerosas ocasiones sus dos fallos relativos a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado. Lo mismo puede afirmarse del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual hace gala de coherencia en la manera como se ocupa de la cuestión de la inmunidad del Estado y sus funcionarios; así, en el asunto *Jones y otros c. el Reino Unido* se remitió a sus sentencias anteriores sobre la inmunidad y a los fallos de la Corte Internacional de Justicia anteriormente mencionados y llegó a las mismas conclusiones que esta.

32. Si se considera que la jurisprudencia es un medio de definir las normas de derecho internacional consuetudinario y de demostrar la existencia o la inexistencia de dichas normas, especialmente en materia de inmunidad, hay que otorgar mayor importancia a las decisiones de los órganos jurisdiccionales internacionales que a las de los tribunales nacionales. La cuestión de la inmunidad de jurisdicción extranjera se enmarca en el ámbito de las relaciones entre Estados: se trata ante todo de interpretar y aplicar el derecho internacional y no el derecho interno. Por consiguiente, los tribunales internacionales ejercen una función fundamental en la identificación de las normas de derecho aplicables, si bien la jurisprudencia nacional también tiene su importancia.

33. Cuando hay que remitirse a las decisiones dictadas por los tribunales nacionales en causas relativas a la inmunidad *ratione materiae*, es importante saber si el Estado del funcionario ha invocado su inmunidad o si la ha levantado; no basta con saber si el tribunal ha reconocido la inmunidad del funcionario o si ha concluido que este no gozaba de ella. A este respecto, el orador hace hincapié en la importancia de los aspectos procesales de la inmunidad. No ve inconveniente en que el informe analice tanto la jurisprudencia relativa a la inmunidad de jurisdicción penal como la jurisprudencia sobre la inmunidad de jurisdicción civil. Aunque ambas órdenes jurisdiccionales presentan algunas diferencias, también comparten muchos rasgos. Lo mismo se puede decir de la inmunidad de estas jurisdicciones, algo que confirman los fallos anteriormente mencionados de los órganos jurisdiccionales internacionales. Por último, el orador señala que el informe contiene un análisis detallado de la cuestión de la atribución de los actos del funcionario al Estado, pero manifiesta sus dudas de que dicho análisis, por muy válido que sea, tenga verdaderamente razón de ser.

34. En cuanto al contenido sustantivo del informe, el orador hace suyas varias de las posturas adoptadas por la Relatora Especial, en particular la idea de que un mismo acto puede ser atribuido tanto al funcionario del Estado como al propio Estado. Igualmente, suscribe la tesis del reconocimiento de la doble responsabilidad: la responsabilidad penal del funcionario y la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional o del derecho civil. En cambio, no comparte que esas conclusiones

\* Reanudación de los trabajos de la 3257ª sesión.

tengan relación directa con la calificación de un acto del funcionario de un Estado como acto realizado a título oficial. Por otra parte, coincide con la Relatora Especial en que no ve afectado su carácter oficial el acto realizado por el funcionario cuando constituya abuso de poder. También respalda la opinión de la Relatora Especial de que la naturaleza penal real o supuesta del acto del funcionario tampoco influye en el carácter oficial de dicho acto y que los actos *iure gestionis* del funcionario pueden ser realizados a título oficial, en cuyo caso pueden ser atribuidos al Estado en cuestión.

35. Sin embargo, el orador discrepa de la tesis según la cual la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario no es equiparable a la inmunidad del propio Estado. Si bien hay diferencias entre ambas en cuanto a su alcance, se trata en cualquier caso de la inmunidad del Estado o de una de sus variantes. Ya se han aducido varios argumentos contra la tesis de la Relatora Especial y el orador cree entender que su punto de vista es compartido no solo por otros miembros de la Comisión de Derecho Internacional, sino también por varios Estados en la Sexta Comisión; es un punto de vista respaldado por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y una parte considerable de la doctrina. La inmunidad del funcionario pertenece precisamente al Estado; aquel no es sino el mero beneficiario y su inmunidad está supeditada a la voluntad del Estado. No hay que permitir que la expresión «inmunidad del funcionario del Estado» induzca a error: en realidad, se trata solo de una denominación que se corresponde con una disposición del derecho internacional que rige las relaciones entre Estados. Desde el punto de vista jurídico, la inmunidad del funcionario hace referencia a las relaciones entre el Estado del funcionario y el Estado que ejerce su jurisdicción con respecto a dicha persona. Es al primer Estado, y no a su funcionario, al que corresponde el derecho a gozar de inmunidad, mientras que el segundo Estado tiene obligaciones para con el primero derivadas de ese derecho. La jurisdicción penal se ejerce con respecto a una persona, el funcionario, pero indirectamente se dirige contra el Estado. En el transcurso de la causa penal abierta contra el funcionario, se pueden abordar cuestiones de gran importancia para su Estado, motivo por el cual el orador no comparte la opinión de la Relatora Especial cuando afirma, en el párrafo 104 de su informe, que las consecuencias que se van a deducir del proceso penal contra el funcionario son individuales y personalísimas. Estas consecuencias y el proceso mismo afectan al Estado del funcionario, de modo que aquel se protege confiriendo inmunidad a su funcionario. Así pues, la inmunidad deriva del principio de la soberanía del Estado y la no injerencia en sus asuntos internos. Tal y como se señala en la resolución dictada en 2004 por un tribunal británico en la causa *Ronald Grant Jones v. The Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia) & Anor*, «puede considerarse que las actuaciones penales entabladas contra un presunto torturador implican indirectamente al Estado del interesado. Resulta difícil entender por qué un procedimiento civil contra el agente presunto torturador debería ser considerado como una forma más intensa de injerencia en los asuntos internos de un Estado extranjero o una forma más cuestionable de pronunciarse sobre ellos» (párrafo 75 de la decisión).

36. Asimismo, al orador no le convence que la atribución del acto del funcionario a su Estado sea necesaria para que el acto en cuestión pueda ser considerado un acto realizado a título oficial. A juicio del orador, la Comisión suele seguir el razonamiento inverso: si un acto es realizado por una persona que actúa a título oficial, dicho acto es imputable al Estado. En cualquier caso, los criterios de atribución del acto del funcionario al Estado no están reflejados en el proyecto de artículo 2 f, al menos no de forma directa. En cambio, ese apartado contiene otro criterio que la Relatora Especial ha propuesto incluir en la definición de acto realizado a título oficial, a saber, que dicho acto constituya una infracción penal. Se han presentado numerosas objeciones al respecto, que el orador suscribe. La naturaleza penal, real o supuesta, del acto de un funcionario no afecta al carácter oficial de dicho acto, pero ello no significa en modo alguno que solo una infracción penal pueda ser considerada un acto realizado a título oficial. El orador cree entender que la Relatora Especial ha seguido el siguiente razonamiento: la cuestión de la inmunidad del funcionario respecto de los actos que ha realizado tan solo se plantea cuando el Estado es competente para juzgarlos. Ahora bien, únicamente se puede establecer esa competencia cuando se trate de un acto que presumiblemente constituya una infracción. No obstante, la naturaleza penal del acto suscita la cuestión de la competencia, no la del carácter oficial del acto. Por ello, el orador, al igual que otros miembros de la Comisión antes que él, propone suprimir el criterio de la infracción penal del proyecto de artículo 2 f. Señala asimismo que la expresión «actos realizados a título oficial» no figura en el proyecto de artículo 5 aprobado por la Comisión, en el cual se habla de «funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales»<sup>279</sup>, pero sí se emplea en el proyecto de artículo 4, que versa sobre la inmunidad *ratione personae*<sup>280</sup>. El orador cree entender que, en este último proyecto de artículo, la mención del concepto «acto realizado a título oficial» sirve ante todo para precisar respecto de qué actos goza el funcionario de la inmunidad *ratione materiae*; sin embargo, no se emplea esta expresión en el proyecto de artículo 5. Si la expresión «acto realizado a título oficial» es sinónimo de la expresión «actos realizados por funcionarios del Estado cuando actúan en calidad de tales» y se define la primera de estas dos expresiones, cabe preguntarse por qué no figura en el proyecto de artículo 5 y, en el caso de que no deba figurar, si no resulta superfluo definirla. Si no se define, las palabras «actos realizados a título oficial» que figuran en el proyecto de artículo 6, párrafo 2, se pueden sustituir por «actos realizados por los funcionarios del Estado cuando actúan en calidad de tales». Si la Comisión decidiera mantener la definición de «acto realizado a título oficial», debería modificar, en aras de la coherencia, el proyecto de artículo 5. Igualmente, podría resultar conveniente que el proyecto de artículo 6, al menos los comentarios pertinentes, tuvieran en cuenta dos elementos importantes: el hecho de que el carácter oficial del acto no se ve afectado cuando el acto del funcionario constituye un acto *ultra vires* y el hecho de que la naturaleza penal real o supuesta del acto del funcionario tampoco influye en su carácter oficial. Por último, sin perjuicio de las objeciones formuladas anteriormente en relación con la inclusión de una definición de la expresión

<sup>279</sup> *Anuario...* 2014, vol. II (segunda parte), pág. 158.

<sup>280</sup> *Anuario...* 2013, vol. II (segunda parte), pág. 52.



«acto realizado a título oficial», el orador no ve inconveniente en enviar al Comité de Redacción los dos proyectos de artículo que figuran en el informe.

37. En cuanto a los futuros trabajos de la Comisión con respecto a este tema, el orador discrepa de la opinión expresada en una sesión anterior según la cual la inmunidad iría en contra de los derechos humanos y de la obligación de rendir cuentas y sería equiparable a la impunidad. Esta visión es extremadamente simplista y no se corresponde con la posición de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, sobre todo, no tiene cabida en el derecho internacional contemporáneo, a excepción de la jurisprudencia del Tribunal de Casación de Italia y de la posición de una parte de la doctrina. Por ello, el orador preferiría que la Comisión no siguiera las recomendaciones que ha recibido al respecto. Propone que, en el marco de sus futuros trabajos, la Comisión examine los aspectos procesales de la inmunidad y precise con exactitud los actos del Estado que abarca la inmunidad, y solo entonces abra el debate sobre las excepciones.

38. El Sr. HMOUD dice que la importancia del cuarto informe presentado por la Relatora Especial radica en que trata una cuestión que decidirá la dirección que seguirá la Comisión en un tema con grandes implicaciones jurídicas y políticas: el alcance material de la inmunidad *ratione materiae* y la definición de los actos realizados a título oficial. Cabe destacar que la Relatora Especial ha estudiado en su informe todas las soluciones y conclusiones a las que se puede llegar sobre la base de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, la práctica de los Estados y los instrumentos pertinentes. Sus conclusiones son claras: los actos realizados por los funcionarios del Estado, incluidos los crímenes internacionales —y en esto el orador desea hacer hincapié—, pueden ser realizados a título oficial. Este enfoque conceptual, opuesto al enfoque por el que quedan automáticamente excluidos de los actos realizados a título oficial los crímenes internacionales, presupone la existencia de límites o excepciones a la inmunidad *ratione materiae* en derecho internacional general. Ahora bien, hay que recordar la opinión separada conjunta en el asunto *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, en la cual los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal expresaron sus dudas de que «los crímenes internacionales graves [puedan] ser considerados como actos oficiales, ya que no se corresponden ni a las funciones estatales normales ni a las funciones que un Estado por sí solo (por oposición a un individuo) puede ejercer» (párr. 85). Esta opinión y la de otros jueces de los tribunales nacionales e internacionales demuestran que hay que matizar la afirmación de que los crímenes internacionales pueden ser actos realizados a título oficial. Es una cuestión que debe analizarse caso por caso, dejando la puerta abierta a la presunción de que los crímenes internacionales exceden los límites de las funciones del Estado, en el supuesto de que se incoe una causa penal contra un funcionario del Estado ante un tribunal extranjero. También puede abordarse la cuestión desde el punto de vista de las limitaciones a la inmunidad *ratione materiae* de que goza el funcionario.

39. Por otra parte, conviene señalar que, en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, la Corte Internacional de Justicia no entró en la distinción

entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*. Cuando la Corte declaró, en el párrafo 58 del fallo, no «poder deducir de esta práctica la existencia, en derecho internacional consuetudinario, de excepciones [con respecto a los crímenes internacionales] a la regla que consagra la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de los ministros de relaciones exteriores en ejercicio», es evidente que se refería únicamente a la inmunidad *ratione personae*. Tampoco parece que exista una regla consuetudinaria de este tipo en relación con la inexistencia de limitaciones o excepciones a la inmunidad *ratione materiae*. De hecho, en lo que se refiere a la inmunidad *ratione materiae* de la jurisdicción penal extranjera de que gozan los funcionarios del Estado, la práctica de los tribunales internos de distintos Estados, incluso de un mismo Estado, no es uniforme, fundamentalmente por la confusión que existe entre la inmunidad del Estado y la inmunidad *ratione materiae* del funcionario, que no obstante difieren.

40. También se ha aducido que la inmunidad del funcionario del Estado por los actos realizados a título oficial deriva de la igualdad de los Estados, que prohíbe a un Estado someter a otro a su jurisdicción. Sin embargo, este argumento no explica por qué el derecho internacional autoriza a los Estados a ejercer su jurisdicción sobre las actividades comerciales y otras actividades no soberanas de otros Estados. En derecho internacional, no habría prevalecido el enfoque restrictivo de la inmunidad del Estado, en contraposición al enfoque absoluto, si la inmunidad de jurisdicción se hubiera fundado en la igualdad soberana de los Estados. Esta afirmación es válida con mayor razón en lo concerniente a la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado por los actos realizados a título oficial, cuya razón de ser es la de permitir al Estado ejercer efectivamente sus funciones.

41. Además, suponiendo que el funcionario del Estado haya cometido un delito en ejercicio de funciones estatales, nada impide que el Estado afectado se niegue a reconocer la inmunidad del funcionario y adopte contramedidas para inducir a su Estado de nacionalidad a cumplir con las obligaciones que le impone el derecho internacional, en particular cuando el funcionario ha cometido un crimen internacional en nombre del Estado que representa.

42. Por lo que respecta más específicamente al contenido del informe examinado, el orador comparte el enfoque que consiste en distinguir el alcance subjetivo del alcance material de la inmunidad *ratione materiae*. A pesar de que la definición del funcionario del Estado y la de los actos realizados a título oficial pueden coincidir en determinados supuestos, la naturaleza de la inmunidad impone esta distinción. Incluso cuando representa al Estado o ejerce funciones estatales, el funcionario puede no actuar a título oficial. Así, se otorga inmunidad *ratione materiae* en función de la naturaleza del acto realizado y no solo de la condición de su autor. Por tanto, cabe preguntarse cómo se puede determinar si un acto fue realizado a título oficial. No hay una respuesta fácil dada la falta de criterio y las incoherencias de la práctica nacional e internacional puestas de manifiesto en el informe. A este respecto, teóricamente quizás se podría encontrar un criterio que permitiera determinar si un acto

fue realizado a título oficial, pero, como ya han señalado otros miembros de la Comisión, los comentarios tendrán que dar ejemplos pertinentes con respecto a este criterio y la definición que finalmente apruebe la Comisión. Mientras que en el párrafo 32 de su informe la Relatora Especial señala que es imposible definir la expresión «acto realizado a título oficial» partiendo de los derechos estatales, admite que hace falta examinar la práctica nacional e internacional relativa a esta definición. El informe contiene ciertamente varios ejemplos de la forma como algunos tribunales nacionales describen los actos realizados a título oficial, pero resulta difícil ver la relación de esos ejemplos, provengan de la jurisprudencia nacional o de la internacional, con la definición. Definirlos como actos realizados en ejercicio de atribuciones del poder público como hace la Relatora Especial en el texto que propone para el artículo 2 f, o como expresión de la soberanía en el ejercicio de una función estatal o pública, no permite saber con claridad cómo usar la definición en la práctica. En algunos casos no cabe duda, por ejemplo cuando el funcionario hace una declaración en nombre de su Estado en una conferencia, pero en otros casos hay matices, por ejemplo cuando el funcionario destruye un bien público en el Estado del foro o resulta implicado en un accidente cuando se dirige al aeropuerto tras una misión oficial. Huelga decir que en este caso no caben analogías con el ejercicio de las funciones en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Para volver al ejemplo anterior, un miembro del personal administrativo implicado en un accidente mientras acude a una reunión gozará de inmunidad en el Estado del foro en aplicación de la Convención, pero ese mismo Estado podrá no otorgar la inmunidad por el mismo acto a un funcionario extranjero que se encuentre en su territorio de visita oficial. Como ya se ha mencionado, la práctica de los Estados a este respecto carece de coherencia.

43. Hay que tener presente otro aspecto en este contexto: si el criterio debe ser objetivo o subjetivo. En otras palabras, ¿debe el Estado del funcionario tener la prerrogativa de determinar si su funcionario actuaba a título oficial o privado? No es pregunta de fácil respuesta, puesto que la inmunidad se invoca con anterioridad a la causa penal o al inicio de esta, en un momento en que ni los jueces ni el fiscal han tenido la posibilidad de examinar la naturaleza del acto o las circunstancias del caso. También hay que velar por que el recurso a la inmunidad *ratione materiae* no impida por completo al Estado del foro ejercer su jurisdicción penal. ¿Debe este Estado suspender su investigación o sus diligencias o ponerles fin porque esté implicado el funcionario de un Estado extranjero que actuaba a título oficial, incluso cuando hubieran participado en la comisión del delito otras personas? Se podría afirmar que el Estado del foro puede limitarse a suspender el ejercicio de su jurisdicción con respecto al funcionario del Estado extranjero, pero, de mantenerse las diligencias contra las otras personas acusadas, se corre el riesgo de implicar directa o indirectamente al funcionario. En esa situación, el recurso a la inmunidad *ratione materiae* dificulta el lícito ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro y constituye de hecho una limitación indebida a su derecho soberano. Esta cuestión podría ser examinada por la Comisión junto con los aspectos procesales de la inmunidad, pero también guarda relación directa con la definición de los actos realizados a título oficial.

44. Con respecto a la naturaleza penal del acto como elemento de la definición, algunos miembros de la Comisión han cuestionado la conveniencia de incluir esta característica en la definición de acto realizado a título oficial. Un acto de esa índole no es siempre en sí mismo un delito. Es el caso, por ejemplo, del funcionario de un Estado citado en un proceso penal en calidad de testigo. Esta cuestión puede tratarse al margen de la definición del acto realizado a título oficial. Ahora bien, incluso en ese caso, puede que, a medida que avance la investigación o el procedimiento, se constate que el acto en sí no tiene naturaleza penal, mientras que la inmunidad se invoca con anterioridad a la investigación o en sus inicios. Con todo, la definición se ha propuesto a los efectos del proyecto de artículos, pero no todos los actos realizados a título oficial deberían corresponder a su ámbito. Por ello, el orador es partidario de conservar la referencia a la naturaleza penal del acto en la definición, puesto que, tal y como ha señalado el Sr. Caflisch, el acto «puede» constituir un delito en el Estado del foro. Este aspecto puede ser igualmente importante a la hora de distinguir la responsabilidad individual de la responsabilidad internacional del Estado del funcionario.

45. En lo que a la cuestión de la atribución se refiere, el orador coincide con la Relatora Especial en que hay que distinguir tres tipos de actos: los actos atribuibles únicamente al funcionario; los actos que pueden ser objeto de una doble atribución, de los cuales se deducen la responsabilidad penal individual y la responsabilidad internacional del Estado; y los actos atribuibles únicamente al Estado, que no corresponden a la esfera del tema objeto de examen. Los dos primeros derivan de la definición de la expresión «acto realizado a título oficial» y exigen examinar la naturaleza de los actos y determinar si pueden ser atribuidos al Estado a la luz de las disposiciones relativas a la atribución de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Obviamente, estos artículos deben ser aplicados en la medida en que sea necesario para establecer que el Estado es responsable del hecho internacionalmente ilícito. Ahora bien, en el caso aquí analizado, hay que determinar si el funcionario del Estado goza de inmunidad y a tal fin se debe adoptar un enfoque matizado según cada caso, teniendo en cuenta ciertas consideraciones fundamentales que sustentan las disposiciones de los artículos sobre la responsabilidad del Estado relativas a la atribución, también en los casos de actos *ultra vires*.

46. Hay quien ha manifestado que la cuestión de la doble atribución no era pertinente, o ni siquiera se planteaba, por cuanto el acto del funcionario solo puede ser atribuido al Estado, que goza de la inmunidad de jurisdicción en derecho internacional, de modo que la única cuestión es la de la inmunidad del Estado. En cambio, un mismo acto puede ser objeto de una doble atribución en derecho internacional, tal y como se ha puesto claramente de manifiesto en el informe examinado, en particular mediante citas de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales y disposiciones de tratados multilaterales sobre la distinción entre responsabilidad penal individual y responsabilidad del Estado. Ello tiene consecuencias jurídicas desde la perspectiva de la inmunidad del funcionario y del tratamiento de la atribución de los actos realizados a título

oficial. Mientras que la atribución al Estado del acto de un funcionario que actúa a título oficial se expresa con las palabras «ejercer atribuciones del poder público» empleadas en el artículo 5 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el orador coincide con la Relatora Especial en que, a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado, los criterios enunciados en los artículos 7 a 11 de dichos artículos no son apropiados. Esas situaciones, incluidas aquellas en que los actos son realizados *ultra vires*, deben ser examinadas en el contexto de las limitaciones a la inmunidad *ratione materiae* o desde el punto de vista de la ausencia de inmunidad cuando el acto no se realiza en ejercicio de atribuciones del poder público o de funciones estatales. A este respecto, en la versión en inglés del proyecto de artículo 2 f, convendría añadir la palabra «in» antes de la palabra «exercising», a fin de evitar toda confusión entre la definición del funcionario y la del acto realizado a título oficial.

47. Por último, dadas las incoherencias de la práctica en el tratamiento de los actos realizados a título oficial y la invocación de la inmunidad *ratione materiae*, es preciso establecer una clasificación o elaborar una lista de los actos o ejemplos que, a juicio de la Comisión, no corresponden al ámbito de esa inmunidad. Como ya se ha dicho, en ciertas situaciones, la inmunidad es evidente, mientras que en otras sucede justo lo contrario, pero en la inmensa mayoría de casos la situación no está tan clara, incluso cuando se acude a la definición y el criterio de atribución. Una vez más, el objetivo debería ser determinar si la inmunidad es invocada en beneficio del soberano y si es necesaria durante el ejercicio de funciones oficiales en nombre del Estado, bien entendido que, en tal caso, la situación en cuestión pertenece al ámbito de la inmunidad *ratione materiae* en derecho internacional consuetudinario.

48. Para terminar, el orador, al igual que otros miembros, considera que el proyecto de artículo 6, párrafo 3, es superfluo y debe suprimirse y que los proyectos de artículo propuestos deben ser remitidos al Comité de Redacción.

*Se levanta la sesión a las 13.00 horas.*

## 3275ª SESIÓN

*Miércoles 22 de julio de 2015, a las 15.05 horas*

*Presidente:* Sr. Narinder SINGH

*Miembros presentes:* Sr. Caflisch, Sr. Candiotti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, 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 PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen del cuarto informe de la Relatora Especial sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/686).

2. El Sr. FORTEAU dice que la cuestión de la inmunidad *ratione materiae* que aborda la Relatora Especial en su cuarto informe es sin duda el aspecto más complejo del tema por dos razones: la importancia de las cuestiones en juego y la dificultad de deducir *lex lata* de la práctica confusa de los Estados. Precisamente por ese motivo, es preciso tomar decisiones en materia de codificación y desarrollo progresivo, no solo para hacer avanzar el derecho internacional en lo que atañe a los valores, sino también para poner fin a las incertidumbres existentes.

3. Hay que resolver cuatro cuestiones básicas en relación con las normas sobre la inmunidad *ratione materiae*. La primera es si es necesario definir el concepto de «actos realizados a título oficial». La segunda es si, de ser necesaria, esa definición debe ser positiva y determinar los criterios abstractos que caracterizan esos actos, o negativa y enumerar los tipos de actos que no están comprendidos en esa categoría. La tercera cuestión es si es necesario abordar los límites de la inmunidad *ratione materiae* en la definición o considerarlos excepciones a la inmunidad. La cuarta consiste en determinar los actos que, aunque no se hayan realizado a título privado, no dan lugar a la inmunidad, ya sea porque no pueden considerarse actos oficiales o porque constituyen excepciones a la inmunidad.

4. Sobre la base del cuarto informe, el orador ha observado cinco tipos de actos que cabe considerar que no se benefician de inmunidad *ratione materiae*: los crímenes internacionales más graves; los actos *ultra vires*; los actos *iure gestionis*; los actos realizados en el contexto de funciones oficiales pero por razones exclusivamente personales (como la apropiación indebida o la corrupción); y los actos realizados en ejercicio de atribuciones del poder público en el territorio del Estado del foro sin su consentimiento (como el espionaje).

5. La Relatora Especial parece adoptar un enfoque mixto: pretende considerar diversos tipos de actos como excepciones a la inmunidad, pero también estima conveniente limitar la noción de acto realizado a título oficial proponiendo incluir una definición positiva en el proyecto de artículo 2 f en la que el acto oficial se distingue por dos criterios acumulativos. En primer lugar, el acto debe haber sido «realizado por un funcionario del Estado», es decir, por una persona que ejerza funciones estatales, pero no cualquier función, puesto que hay un segundo criterio más restrictivo: el funcionario debe haber actuado «en ejercicio de prerrogativas del poder público». En opinión del orador, el criterio adicional puede crear confusión y no se basa en la práctica.