

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.

6. En cuanto a la metodología, nada justifica la definición de un acto realizado a título oficial sobre la base de los criterios de atribución utilizados en el derecho de la responsabilidad del Estado, ya que el derecho de la inmunidad y el derecho de la responsabilidad tienen objetivos marcadamente distintos. La Comisión no debe tener miedo de crear una asimetría entre ellos, puesto que no sería la primera vez que los criterios de atribución han variado de una rama a otra del derecho internacional.

7. La distinción entre los conceptos de «actos realizados a título oficial» y «actos realizados a título privado» es suficientemente clara, y no es necesario complementarla con otros criterios. La tarea de calificar un acto como realizado a título oficial debe quedar a la discreción de los jueces. Cabe señalar que los Estados jamás han considerado necesario definir el concepto de actos oficiales en los tratados que establecen normas sobre la inmunidad *ratione materiae*; los tribunales nacionales parecen contentarse con aplicar la norma general de acto oficial sin mayores especificaciones y la Comisión debería hacer lo mismo.

8. Del mismo modo, la definición de la expresión «ejercicio de atribuciones del poder público» que la Relatora Especial intenta acuñar en el párrafo 119 de su cuarto informe es imprecisa y poco práctica y carece de fundamento. Hay algunos conceptos indeterminados que no se prestan a definición, como «orden público» y «amenaza para la paz», y, a juicio del orador, las expresiones «poder público», «funciones estatales» y «actos realizados a título oficial» también pertenecen a esa categoría, ya que su sentido depende del contexto y es difícil de expresar en términos abstractos. No obstante, si la Comisión considera necesario definir las, bastaría con utilizar una formulación, a menudo utilizada en los tratados y la jurisprudencia nacional contemporáneos, en el sentido de que un acto realizado a título oficial es un acto llevado a cabo por un funcionario del Estado «en el ejercicio de sus funciones». Si bien esta definición es un tanto circular, tiene la ventaja de que se ajusta a la práctica y la jurisprudencia contemporáneas.

9. No es útil ni exacto decir, como ha hecho la Relatora Especial en el proyecto de artículo 2 f, que un acto realizado a título oficial, por su contenido, constituye un crimen respecto del que el Estado del foro podría ejercer su jurisdicción penal. Como ha afirmado la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, la inmunidad precede al examen del fondo de la causa y, por tanto, impide que se determine si el acto del funcionario del Estado en concreto constituye o no un crimen. Además, el principio de presunción de inocencia prohíbe presuponer que se ha cometido un crimen cuando se examina la existencia de inmunidad. Conviene estudiar más a fondo la propuesta de sustituir «constituye» por «puede constituir», de modo que la frase pertinente diga «puede constituir un crimen». No obstante, ese elemento no es propio de la definición de «actos realizados a título oficial», sino que más bien guarda relación con las normas procedimentales sobre la inmunidad o la cuestión de la jurisdicción. Así pues, hay que tener cuidado de no confundir los conceptos de actos oficiales y criminalidad.

10. Sería más apropiado tratar los actos que no pueden dar lugar a la inmunidad como excepciones a la inmunidad, y no como actos no oficiales. Resulta difícil imaginar que los actos *ultra vires*, los actos *iure gestionis* o los presuntos crímenes internacionales graves puedan calificarse de actos privados, por lo que deben incluirse en la categoría de actos oficiales. La única zona gris que podría requerir una solución diferente es la de los actos realizados a título oficial pero por motivos exclusivamente privados, como la corrupción o la malversación. Esos casos se podrían abordar en el comentario del proyecto de artículo 2 considerando que los actos en cuestión se han realizado «al amparo» de funciones estatales y no, en sentido estricto, «en el ejercicio» de tales funciones. También puede incluirse en la categoría de excepciones al principio de inmunidad *ratione materiae*. La práctica judicial nacional permite cualquiera de esas soluciones.

11. El segundo argumento para considerar los actos que no se benefician de inmunidad como excepciones a la inmunidad, y no como actos no oficiales, es que, en el caso de la inmunidad civil, el método imperante consiste en aplicar criterios de atribución generales y luego admitir excepciones. Convendría aplicar el mismo método con respecto al tipo de inmunidad que se examina en relación con este tema.

12. Por último, la decisión de considerar los actos oficiales que no gozan de inmunidad como excepciones permitiría a la Comisión acompañar dichas excepciones de un conjunto de normas que establezcan salvaguardias procesales para los funcionarios del Estado que pueden ser procesados. Por ejemplo, en caso de denuncia de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, que son actos oficiales, podría afirmarse que el funcionario del Estado no goza de inmunidad, pero que esta no puede descartarse a menos que haya indicios graves y concordantes de que se han cometido esos crímenes y a menos que existan salvaguardias procesales adecuadas para evitar reclamaciones abusivas y garantizar el respeto por los funcionarios de Estados extranjeros. Esas normas podrían establecerse si los actos en cuestión se consideraran excepciones a la inmunidad, pero no si lo que se pretende es reducir el alcance de la definición de «actos realizados a título oficial», lo que constituye una solución sin término medio: si el acto no se considera realizado a título oficial se aplica el derecho ordinario, sin ningún tipo de salvaguardias particulares. El orador propondría que en el proyecto de artículo 2 f se suprima la definición por completo o se incluya una definición general que simplemente afirme: «Se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de sus funciones» [*«un acte accompli à titre officiel” s’entend de tout acte d’un représentant de l’État accompli dans l’exercice de ses fonctions»*]. En el proyecto de artículo 6, el orador está a favor de que se invierta el orden de los dos primeros párrafos, lo que pondría acertadamente de relieve los actos en cuestión y, por consiguiente, diferenciaría más claramente la inmunidad *ratione materiae* de la inmunidad *ratione personae*. El orador recomienda que ambos proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción.

13. El Sr. KAMTO pregunta si, en opinión del Sr. Forteau, un acto que ostensiblemente ha sido realizado a

título oficial, pero por motivos personales como el odio o la venganza, da lugar a la inmunidad.

14. El Sr. FORTEAU dice que la Comisión debe estudiar la pregunta del Sr. Kamto y quizás incluir una explicación en los comentarios. Se inclina a pensar que, si el motivo de un acto como el descrito por el Sr. Kamto es exclusivamente personal, este no quedaría comprendido en la categoría de actos realizados a título oficial.

15. El Sr. HASSOUNA dice que el escaso número de respuestas escritas de los Estados sobre su práctica en relación con la inmunidad de los funcionarios del Estado podría ser indicativo del carácter delicado que numerosos Estados atribuyen a la cuestión. No obstante, habría preferido ver el contenido de las pocas respuestas individuales recibidas por la Comisión, en lugar de la sinopsis que la Relatora Especial ha proporcionado en su cuarto informe.

16. Habida cuenta de que la expresión «actos realizados a título oficial» constituye el fundamento mismo del concepto de inmunidad *ratione materiae*, debe procederse con cautela al utilizar conceptos y expresiones que a menudo se utilizan de forma indistinta en su lugar, como «acto oficial», «acto público», «acto en representación de un Estado», etc. Convendría que la Relatora Especial destacara algunas de las características que distinguen esas expresiones. En opinión del orador, el derecho interno es muy útil para definir el concepto y determinar los elementos de los actos realizados a título oficial. De hecho, tanto la legislación nacional como la jurisprudencia de los tribunales nacionales deben considerarse fuentes principales de interpretación de esa expresión y sus equivalentes, sobre todo en vista de la ambigüedad y la falta de definición del concepto en derecho internacional.

17. En cuanto al intento de la Relatora Especial de definir la expresión «ejercicio de atribuciones del poder público» en el párrafo 119 de su cuarto informe, es preciso aclarar el contenido y la aplicación en la práctica del criterio de las actividades que «se conectan con [la soberanía] en términos funcionales», lo que podría lograrse con ejemplos pertinentes en el comentario.

18. Un aspecto importante del cuarto informe guarda relación con el concepto de supervisión y la cuestión de quién es responsable de determinar si un acto puede o no calificarse de «oficial» o «privado». En cierta medida, es lógico que esa responsabilidad recaiga fundamentalmente en el derecho interno y el sistema judicial del Estado del funcionario, como parece sugerir el informe. Si un Estado asume como propio el comportamiento de un funcionario, podría considerársele internacionalmente responsable de ese comportamiento. No obstante, sigue sin estar claro quién, en particular, debe encargarse de determinar si un comportamiento es oficial o privado. ¿Debe ser el ministerio público en los tribunales del Estado del funcionario? En algunos casos limitados, a menudo al interpretar el mandato de un tratado, la Corte Internacional de Justicia ha sido útil para controlar el ejercicio de un amplio poder por el Estado con objeto de imponer su jurisdicción penal al funcionario de otro Estado. No obstante, resulta problemático que, sin la intervención de la Corte, la autoridad interpretativa recaiga en los propios Estados o en órganos regionales.

19. El orador suscribe la opinión de la Relatora Especial de que los crímenes internacionales pueden considerarse «actos realizados a título oficial» a los efectos de la inmunidad. La Relatora Especial presenta dos argumentos convincentes: en primer lugar, que la idea que defienden algunos tribunales y juristas de que un crimen internacional no puede ser un acto realizado a título oficial es contraria a las definiciones de muchos de esos crímenes en instrumentos convencionales; y, en segundo lugar, que no considerar esos crímenes como actos oficiales podría hacer que no fueran atribuibles al Estado, permitiéndole eludir su responsabilidad internacional por su comisión. El orador también celebra la intención de la Relatora Especial de estudiar los efectos de los crímenes internacionales con respecto a la inmunidad en el contexto de las excepciones a la inmunidad, algo que hará en su quinto informe.

20. Otra cuestión que debe considerarse es la inmunidad diplomática *ratione materiae* y, en particular, si la posición de los exdiplomáticos a ese respecto es idéntica a la de otros funcionarios del Estado. A diferencia de la inmunidad de otros funcionarios del Estado, la inmunidad *ratione materiae* de los diplomáticos es de naturaleza convencional. Aunque algunos juristas sostienen que la inmunidad diplomática es un reflejo de la inmunidad general *ratione materiae* de otros funcionarios del Estado, otros consideran que es más amplia. Se plantea la cuestión de si las excepciones a la inmunidad *ratione materiae* aplicables a los funcionarios del Estado también se aplican a los exdiplomáticos. Otra es si la inmunidad *ratione materiae* de los exdiplomáticos se aplica *erga omnes* respecto de los Estados distintos del Estado ante el que está acreditado el diplomático. Si bien en el segundo informe sobre el tema²⁸¹ se indica que el actual proyecto excluye de manera específica los tratados sobre relaciones diplomáticas, la cuestión de la inmunidad diplomática *ratione materiae* merece, dada su importancia, alguna reflexión de la Relatora Especial, aunque sea en los comentarios.

21. Al igual que los oradores anteriores, el orador ve un problema en calificar un «acto realizado a título oficial» de delictivo por naturaleza, ya que ello podría dar lugar a la conclusión poco probable de que todos los actos realizados a título oficial son crímenes. Por consiguiente, debe suprimirse el elemento de criminalidad del proyecto de artículo 2 f y tal vez incluir una referencia al respecto en el proyecto de artículo sobre el alcance.

22. En cuanto a la cuestión de los actos *ultra vires* y si deben considerarse actos realizados a título oficial, la legislación y la jurisprudencia nacionales varían ampliamente. No obstante, en el derecho internacional, el artículo 7 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁸² parece sugerir que ciertos actos *ultra vires* se consideran actos oficiales que pueden atribuirse al Estado. Si bien el tema de la inmunidad y los artículos sobre la responsabilidad de los Estados se basan en distintos fundamentos, varios

²⁸¹ *Anuario...* 2013, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661.

²⁸² 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.

juristas han insistido en establecer una correlación entre ambos. En todo caso, la cuestión de si a esos actos oficiales se les aplica la inmunidad *ratione materiae* puede tratarse cuando la Relatora Especial aborde las excepciones a la inmunidad en su próximo informe. Dicho esto, el orador comparte la opinión de que la Relatora Especial parece ampliar el alcance de los actos *ultra vires* más allá de lo previsto en el artículo 7 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Dada la importancia de la cuestión, se debe hacer referencia al concepto de *ultra vires* en el actual proyecto, al menos en los comentarios.

23. En lo que respecta a la expresión «funcionario del Estado», que aparece en el proyecto de artículo 2 *f* y el proyecto de artículo 6, es importante dejar en claro si se utiliza en su sentido estricto, tal como se define en el proyecto de artículo 2²⁸³, o para referirse a personas, órganos o entidades que no son funcionarios del Estado *per se* pero han actuado en nombre del Estado. Es preciso aclarar otros términos que aparecen en los proyectos de artículo, como las palabras «prerrogativas» y «poder público» que figuran en el proyecto de artículo 2 *f*. El orador apoya que se incluyan en los comentarios ejemplos de funcionarios del Estado que ejercen prerrogativas del poder público a fin de aclarar la definición. El párrafo 3 del proyecto de artículo 6 no es necesario, y debería considerarse la posibilidad de trasladar su contenido al comentario.

24. Como la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado es delicada desde el punto de vista político, debe abordarse con cautela para lograr un consenso al respecto en la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión. Al abordar la cuestión, la Relatora Especial debe tratar de hallar un equilibrio entre preservar las normas básicas de los regímenes de inmunidad existentes y responder a los esfuerzos de la comunidad internacional para luchar contra la impunidad. El orador propone que en el quinto informe se aborden todas las cuestiones pendientes, tanto sustantivas como de procedimiento, relacionadas con el tema. Ello permitirá a los miembros de la Comisión cuyo mandato concluye al final del quinquenio en curso exponer sus opiniones sobre todos los aspectos del tema y dejar que los futuros miembros ultimen el proyecto.

25. El orador recomienda que los dos proyectos de artículo propuestos se remitan al Comité de Redacción.

26. El Sr. PETRIČ dice que, a pesar de la complejidad del tema que se examina, la Comisión avanza gradualmente hacia la aprobación de un buen conjunto de proyectos de artículo que será de utilidad a los Estados y a todos aquellos que toman parte en decisiones sobre la cuestión de la inmunidad, especialmente la inmunidad *ratione materiae*. No obstante, teniendo en cuenta las realidades de las relaciones internacionales contemporáneas, cada vez está más convencido de que la Comisión ha sido un tanto imprudente al limitarse a seguir la decisión mayoritaria en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* y restringir la inmunidad *ratione personae*

a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores.

27. El cuarto informe de la Relatora Especial contiene un análisis exhaustivo del concepto de «acto realizado a título oficial». El orador suscribe en lo esencial la descripción que figura en el párrafo 21 de las condiciones que se deben cumplir para que una persona goce de inmunidad *ratione materiae*, aunque no está claro por qué debe utilizarse la expresión «que pueda ser considerado como funcionario del Estado». ¿Quiere decir que esa persona puede o no ser funcionario? ¿La persona debe ser considerada como funcionario del Estado por quienes le dan órdenes o la autorizan para que actúe en nombre del Estado y, tal vez, para que cometa un delito, o por quienes intentan procesarla? Dicho esto, el orador coincide con la Relatora Especial en que solo el «acto realizado a título oficial» es pertinente para determinar la aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*, siendo indiferente quién sea el autor del acto. Por otra parte, el vínculo con el Estado, tanto el que une al funcionario con el Estado, por un lado, como el que relaciona al Estado con ciertos actos que representan expresiones de la soberanía y del ejercicio de funciones del poder público, por otro, debe considerarse el criterio decisivo para determinar si un acto se realiza a título oficial. Ese enfoque se refleja, en cierta medida, en la práctica de los Estados y la práctica judicial.

28. Para definir un «acto realizado a título oficial», la Comisión debe partir de la definición del proyecto de artículo 2 *e* aprobada en el 66º período de sesiones de la Comisión, según la cual «se entiende por “funcionario del Estado” un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales». Es posible que esas personas no sean únicamente las que están oficialmente empleadas en las ramas ejecutiva o legislativa de la administración de un Estado o en su poder judicial, ejército o policía; puede tratarse de personas que trabajan para empresas de mediación privadas dedicadas a la solución de controversias civiles, por ejemplo, o de expertos contratados a corto o largo plazo para desempeñar funciones estatales típicas. Puede considerarse que las personas en esa situación ejercen funciones estatales y, por consiguiente, son funcionarios del Estado, por lo que sus actos, cuando se realizan bajo la autoridad, el control o la supervisión o siguiendo las instrucciones de un Estado, y dentro de los límites de la autoridad que se les confiere, pueden considerarse actos realizados a título oficial.

29. El orador está de acuerdo con la Relatora Especial en que la distinción entre «acto realizado a título oficial» y «acto realizado a título privado» no es equivalente a la distinción entre acto *iure imperii* y acto *iure gestionis*. Al determinar los criterios para identificar un «acto realizado a título oficial», la Relatora Especial ha extraído varias conclusiones importantes sobre la base de su análisis de la práctica judicial internacional, regional y nacional, la práctica convencional y la labor de la Comisión. El orador atribuye especial importancia a la conclusión que figura en el párrafo 63 del informe de la Relatora Especial, según la cual, de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, un «acto realizado a título oficial» será aquel que se lleva a cabo en «ejercicio de las funciones» propias de los miembros de

²⁸³ Anuario... 2014, vol. II (segunda parte), pág. 155.

la misión, y conviene en que la cuestión de si un determinado acto se ha realizado a título oficial debe resolverse caso por caso. Incluso un miembro de una misión contratado a nivel local puede excepcionalmente actuar bajo la autoridad del Estado y en estrecha conexión con este y, por tanto, realizar un acto a título oficial.

30. En lo que respecta a las observaciones formuladas en el párrafo 68 del informe, el orador no está de acuerdo con la conclusión de la Relatora Especial de que, como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no se hace ninguna referencia específica a los posibles autores de un delito de tortura, cabe deducir que la conexión estatal y la naturaleza oficial del acto habrían sido abandonadas. Por el contrario, cabe considerar que ello indica que los posibles autores de actos de tortura no son solo «funcionarios del Estado» oficiales, sino, de hecho, cualquiera que actúe con la autorización o bajo el control del Estado y en conexión con el Estado. No es que el Estatuto de Roma no contempla la conexión del acto con el Estado, sino que no estipula que el acto debe ser cometido por funcionarios del Estado «oficiales». La definición de desaparición forzada que figura en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas es particularmente interesante a este respecto, ya que establece que el crimen debe ser cometido por «agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado», es decir, no solo por funcionarios del Estado oficiales, sino también por personas que tengan una conexión con el Estado. Además, los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos abarcan determinados tipos de conducta de personas que no son órganos ni agentes del Estado. Por tanto, debe quedar claro que el vínculo entre el Estado y el acto de su funcionario, que se examina en el párrafo 111 del informe, también puede existir entre el Estado y las personas que actúen siguiendo las instrucciones, con la autorización o bajo el control del Estado, sobre la base de un contrato. Si bien suscribe el razonamiento de la Relatora Especial sobre la distinción existente entre la inmunidad del Estado y la inmunidad de los funcionarios del Estado, el orador no cree que esas diferencias demuestren que las únicas personas que actúan bajo la autoridad de un Estado son funcionarios del Estado que ejercen atribuciones del poder público.

31. En lo que respecta a los funcionarios *de facto* mencionados en los párrafos 114 y 115 del informe, el orador conviene en que no parece razonable que un Estado pueda pretender la inmunidad para personas a las que voluntariamente no había atribuido el carácter de órgano o de persona facultada para el ejercicio de prerrogativas del poder público o con las que no había establecido un especial vínculo de dependencia y control efectivo en el momento en que cometieron los actos. Por otra parte, si un Estado ha establecido voluntariamente un especial vínculo de dependencia y control efectivo con un funcionario *de facto*, los actos de esa persona que no sean *ultra vires* deben atribuirse al Estado, ya que los funcionarios *de facto* tienen una conexión con el Estado y deben tener la misma condición que los funcionarios del Estado oficiales.

32. Dado que la inmunidad es una norma de derecho internacional, que regula las relaciones entre los Estados,

debe ser invocada por el Estado y no por la persona de que se trate. Al invocar la inmunidad *ratione materiae*, el Estado debe demostrar que la persona no ha actuado a título privado, sino bajo la autoridad y el control del Estado como funcionario del Estado, con independencia de su rango o cargo oficial.

33. El orador está de acuerdo con la conclusión de que los dos criterios propuestos por la Relatora Especial en el párrafo 119 para definir el «ejercicio de atribuciones del poder público» deben aplicarse, lógicamente, caso por caso. Con respecto al primer elemento, a saber, actividades que, por su naturaleza, son consideradas como expresiones o contenidos inherentes de la soberanía, debe entenderse que esas actividades abarcan todas las funciones de un Estado soberano moderno. En cuanto al segundo elemento, actividades vinculadas a la soberanía en términos funcionales, el orador no considera necesario examinar la cuestión de la soberanía en ese contexto porque la inmunidad *ratione materiae* es de naturaleza funcional, a diferencia de la inmunidad *ratione personae*, que emana de la soberanía del Estado.

34. Sería conveniente que la Relatora Especial indicara en su próximo informe dónde encontrar información adicional sobre las opiniones relativas a los crímenes internacionales expuestas en el párrafo 121. Dado que los Estados han aceptado la obligación, que incluso cabe calificar de norma imperativa, de prevenir y sancionar los crímenes internacionales, es difícil concebir que se pueda invocar la inmunidad de sus autores. Por consiguiente, esos crímenes deben quedar fuera del alcance de la inmunidad.

35. El orador comparte la preocupación de otros miembros de la Comisión por que en el proyecto de artículo 2 f propuesto se afirme que un «acto realizado a título oficial [...] por su contenido, constituye un crimen». La cuestión también puede abordarse desde el punto de vista de la *lex certa*. Un acto es un crimen si puede definirse con precisión como tal con arreglo al principio *nulla poena sine lege*; de lo contrario no es un crimen. Algunas actividades pueden ser de carácter criminal pero, si no se definen como crímenes, no son pertinentes para las deliberaciones relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado *ratione materiae*. Además, la inmunidad se invoca antes de que se demuestre la comisión del crimen. Las palabras «por su contenido, constituye un crimen» deben suprimirse y el apartado debe volver a redactarse. Además, el orador propone que la definición de «acto realizado a título oficial» se amplíe para dejar claro que la expresión designa todo acto realizado por un funcionario del Estado que ejerce atribuciones del poder público o por otra persona que actúe bajo la dirección y el control del poder público. Este planteamiento se ajustaría mejor a la definición de «funcionario del Estado» aprobada en el anterior período de sesiones. Incluso tal vez en este momento no sea conveniente contar con una definición general de «acto realizado a título oficial», ya que cada solicitud de inmunidad debe decidirse caso por caso.

36. Es preciso modificar el proyecto de artículo 6 para tener en cuenta los cambios en la definición de «acto realizado a título oficial» que figura en el proyecto de

artículo 2 f. El orador está de acuerdo en que el párrafo 3 del proyecto de artículo 6 no es necesario, ya que su contenido puede mencionarse en el comentario del proyecto de artículo. Ambos proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial deben remitirse al Comité de Redacción.

37. El Sr. MURASE dice que tiene ciertas reservas con respecto al enfoque básico y el contenido del informe de la Relatora Especial. La Comisión no debe centrar su atención en los delitos comunes, sino en los crímenes internacionales graves cometidos por altos funcionarios. Es muy lamentable que los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial socaven los esfuerzos de la Corte Penal Internacional y la comunidad internacional para luchar contra la impunidad. En el cuarto informe de la Relatora Especial, al examinar la cuestión de la actuación a título oficial, ni siquiera se hace referencia al artículo 27, párrafo 1, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que establece que el Estatuto de Roma se aplica por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial.

38. El problema fundamental que plantea este tema es la falta de consenso entre los miembros de la Comisión sobre la finalidad del proyecto de artículos, como parece reconocer la Relatora Especial en el párrafo 135 de su cuarto informe. ¿Pretende la Comisión establecer un principio de inmunidad de los altos funcionarios del Estado, a riesgo de alentar la impunidad, o, por el contrario, trata de elaborar unas normas con objeto de limitar el alcance de la inmunidad para evitar la impunidad de los autores de crímenes internacionales graves? Desde un punto de vista jurídico, la inmunidad y la impunidad son dos cuestiones totalmente distintas; sin embargo, el reconocimiento de una inmunidad sin límites probablemente comportaría la impunidad de estos autores. Es de lamentar que la Comisión parezca tomar ese camino no deseable y, al hacerlo, vaya contra el requerimiento normativo de la comunidad internacional en favor de la lucha contra la impunidad.

39. Ahora bien, aun cuando las reglas de competencia de los tribunales nacionales varíen según los ordenamientos jurídicos y no se puedan equiparar al mandato de los tribunales penales internacionales, la Comisión no debe establecer un régimen para los tribunales nacionales que sea radicalmente diferente del establecido en virtud del Estatuto de Roma. Los regímenes nacionales e internacionales, lejos de oponerse diametralmente, deben reforzarse mutuamente. Debe adoptarse el mismo enfoque para el tema actual que el adoptado para los crímenes de lesa humanidad. Además, la Comisión debe permanecer fiel a sus trabajos anteriores, especialmente al artículo 7 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996²⁸⁴.

40. Es importante establecer si el contenido de la noción de «actos realizados a título oficial» viene determinado por el derecho internacional o el derecho nacional y, en caso de prevalecer el derecho nacional, si se aplica el derecho del Estado en que el funcionario está prestando sus servicios o el derecho del Estado del foro. La

conclusión de la Relatora Especial de que la legislación nacional no puede ser tomada en consideración como criterio determinante para definir el alcance y significado de qué entendemos por «acto realizado a título oficial» se contradice con la conclusión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en el sentido de que un acto realizado a título oficial debe venir determinado exclusivamente por cada Estado. Al mismo tiempo, la Sala de Apelaciones ha destacado que, en casos excepcionales de graves crímenes internacionales, el derecho penal internacional sirve de criterio determinante. Por consiguiente, el concepto de «acto realizado a título oficial» sigue sin estar claro.

41. En relación con los fallos examinados por la Relatora Especial en su análisis de la práctica judicial internacional, la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* se refiere a la inmunidad *ratione personae* de un ministro de relaciones exteriores en ejercicio, mientras que el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)* se limita a confirmar que el Estado que pretende invocar la inmunidad para uno de sus órganos debe notificarlo a las autoridades del otro Estado afectado. Tanto el fallo de la Corte en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* como las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se citan en los párrafos 43 a 47 del informe se refieren a la cuestión de la inmunidad de los Estados respecto de la jurisdicción civil de los Estados extranjeros, mientras que los fallos del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia hacen referencia a la inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales internacionales. Entretanto, las resoluciones de los tribunales nacionales distan de ser uniformes, como ha indicado la propia Relatora Especial.

42. Habida cuenta de la naturaleza poco concluyente de la jurisprudencia internacional y la práctica nacional y convencional, la Comisión debe emprender una labor de desarrollo progresivo del derecho internacional, y no de codificación. Además, dada la falta de claridad sobre el concepto de «título oficial», no puede utilizarse como criterio viable para determinar el alcance de la inmunidad *ratione materiae*.

43. Como ha señalado la Relatora Especial en el párrafo 121 de su informe, la relación entre inmunidad y crímenes internacionales no está claramente definida. El orador suscribe la posición expresada en la opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, según la cual los crímenes internacionales graves no pueden ser considerados actos oficiales porque no corresponden a funciones estatales normales ni a funciones que pueda ejercer un solo Estado. Por cierto, la forma en que la Relatora Especial cita ese pasaje en el párrafo 38 de su informe es algo confusa, puesto que los magistrados en cuestión, de hecho, no cuestionaban si los crímenes internacionales graves podían considerarse actos oficiales, sino que afirmaban claramente que no podían. En todo caso, si los crímenes internacionales graves no pueden considerarse actos oficiales, no debe concederse inmunidad *ratione materiae* a los funcionarios del Estado autores de esos delitos.

²⁸⁴ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párr. 50.

44. El concepto de «doble responsabilidad» al que alude la Relatora Especial parece ser una fácil solución de compromiso y resulta artificial en el contexto del examen de la inmunidad *ratione materiae*. Además, no explica claramente la relación entre un acto realizado a título oficial y los crímenes internacionales. Como la Relatora Especial propone analizar la importantísima cuestión de las excepciones en su próximo informe, tal vez sería aconsejable aplazar el examen de los proyectos de artículo propuestos al próximo período de sesiones, aunque el orador no se opondrá a que se remitan al Comité de Redacción en el actual período de sesiones si la mayoría de los miembros de la Comisión así lo desean.

45. En cuanto a los dos proyectos de artículo, el orador tiene dificultades con la definición de «acto realizado a título oficial» que se propone en el proyecto de artículo 2 f, ya que parece sugerir que todos los funcionarios del Estado que actúan en calidad de tales son criminales, aunque comprende que no es esa la intención de la Relatora Especial. La definición tendría que matizarse para que tenga sentido. De hecho, como ha dicho el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su declaración ante la Comisión, toda la cuestión de la inmunidad debe abordarse desde la perspectiva de las víctimas de los crímenes internacionales y no de los funcionarios del Estado. A tal efecto, primero sería necesario aclarar cuál es el derecho aplicable con objeto de determinar el contenido de la actuación «a título oficial» y qué criterios deben utilizarse para comprobar su existencia. Cabe citar el ejemplo de *Japón c. William S. Girard*, en que el Tribunal de Distrito de Maebashi dictaminó que la expresión «a título oficial» requiere la existencia de un vínculo sustancial entre el acto del funcionario y sus funciones oficiales.

46. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 6 deben suprimirse las palabras finales «tanto si se encuentran en ejercicio del cargo como si ha finalizado su mandato». En el párrafo 2 se debe suprimir la palabra «únicamente» y añadir al final la frase «en la medida en que exista un vínculo verdadero y sustancial con la función del funcionario» y, en la versión en inglés, se debe insertar «*the*» antes de «*acts*». En cuanto al párrafo 3, se acepta de manera general que, en el caso de los altos funcionarios, la inmunidad *ratione materiae* es la inmunidad residual de la inmunidad *ratione personae*, por analogía con la inmunidad diplomática residual *ratione materiae* prevista en el artículo 39, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y con la inmunidad residual del Jefe de Estado reconocida en la decisión de la Cámara de los Lores en la causa *Pinochet*. El orador tiende a estar de acuerdo en que el párrafo 3 es innecesario y debe suprimirse. Si se mantiene, sería más apropiado ubicarlo en el proyecto de artículo 4 sobre la inmunidad *ratione personae*²⁸⁵.

47. El Sr. TLADI recuerda que la cuestión de quién tiene derecho a la inmunidad *ratione personae* se planteó al inicio del actual quinquenio. Algunos miembros se han mostrado a favor de una aplicación muy restrictiva de esa inmunidad, mientras que otros han propugnado que se haga extensiva a un círculo de personas aún más amplio que el recomendado actualmente.

48. El párrafo 1 del artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se refiere a la responsabilidad penal, no a la inmunidad. La disposición sobre la inmunidad es el párrafo 2 del artículo 27, que se refiere claramente a las actuaciones de la Corte, algo ajeno al tema que se examina. En la causa relativa a *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte interpretó el artículo 27 de forma muy restrictiva y dictaminó que el artículo se aplicaba únicamente a los funcionarios de los Estados partes en el Estatuto de Roma.

49. El Sr. CANDIOTI pide a la Relatora Especial que especifique qué tipo de crímenes quedarían amparados por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. ¿Todos, o solo los crímenes graves que hayan cometido esas personas?

50. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) dice que del proyecto de artículo 1 y su comentario²⁸⁶ se desprende claramente que el tema abarca cualquier comportamiento delictivo de los funcionarios del Estado que pueda estar sujeto a la jurisdicción penal del Estado del foro, es decir, cualquier crimen y, lógicamente, también los crímenes según el derecho internacional. Aquí es donde entra en juego la cuestión de las excepciones, que la Relatora Especial abordará en su próximo informe. Comprende perfectamente las preocupaciones del Sr. Murase y el Sr. Candiotti sobre los crímenes según el derecho internacional.

51. En lo que respecta a la observación expresada por el Sr. Candiotti en una etapa anterior del debate sobre los términos utilizados en español para la palabra inglesa «*crime*», la Relatora Especial señala que en muchos países de habla española ya no hay distinción entre los términos «crimen» y «delito». No obstante, el Sr. Candiotti tiene razón cuando afirma que «delito» es el término adecuado para referirse a «*serious crime*» en el derecho interno. La Relatora Especial ha utilizado la palabra «crimen» porque es la que suele emplearse a nivel internacional, en particular en el sistema de las Naciones Unidas, para referirse a una actividad que podría tener consecuencias con arreglo al derecho penal.

52. El Sr. CANDIOTI dice que la definición de «crimen» debe redactarse de forma que quede claro que abarca una amplia gama de crímenes, incluido el genocidio.

53. El Sr. MURASE dice que el texto del artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se vio fuertemente influido por el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996. En el comentario al artículo 7 del proyecto de código se indica que el artículo tiene por objeto impedir que se reconozca inmunidad alguna a nadie que haya cometido un crimen de esa índole. El párrafo 1 del artículo 27 del Estatuto de Roma se refiere a la responsabilidad penal y, sin duda, guarda relación con la cuestión de la inmunidad.

54. El Sr. NIEHAUS dice que sería necesario que el grupo de habla española aclare la utilización y el contenido de los términos «crimen», «delito», «matanza» y «homicidio».

²⁸⁵ Anuario... 2013, vol. II (segunda parte), pág. 52.

²⁸⁶ *Ibid.*, págs. 43 a 47.

55. El Sr. PETRIČ dice que la observación del Sr. Candiotti es importante desde una perspectiva no solo lingüística. Cuando la Comisión comenzó a debatir el tema, su intención era abarcar los crímenes graves, no solo los crímenes según el derecho internacional. Al mismo tiempo, parece extraño abordar estos últimos bajo el epígrafe de las «excepciones a la inmunidad» y no haberlos tratado aún. Ello le lleva a preguntarse qué dirección está tomando la Comisión y qué crímenes tiene en mente.

56. El Sr. KAMTO dice que, en francés, la cuestión puede simplificarse hablando de «*infractions pénales*», habida cuenta de que ese término abarca «*délit*» y «*crime*». «*Meurtre*» se distingue de «*assassinat*» en que el primero implica un elemento de intencionalidad y el segundo no. Hay que señalar que la Relatora Especial ha anunciado su intención de abordar las excepciones a la inmunidad en sus próximos informes.

57. El Sr. FORTEAU dice que el párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 1 que ha sido aprobado por la Comisión aclara que el ámbito de aplicación de los proyectos de artículo abarca todos los casos de responsabilidad penal. La Relatora Especial ya ha propuesto una definición de «jurisdicción penal» que se ha remitido al Comité de Redacción, donde aún se está examinando.

58. El Sr. PETER dice, a modo de observación preliminar, que la labor de la Comisión sobre el tema podría haber avanzado más rápido y con una menor pérdida de tiempo y recursos si la Relatora Especial no hubiera tenido que empezar de nuevo y se hubiera basado en los trabajos del anterior Relator Especial²⁸⁷. Tal vez la Comisión desee replantearse sus métodos de trabajo tradicionales a ese respecto.

59. En su cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la Relatora Especial realiza una síntesis muy útil de sus informes anteriores²⁸⁸ y del debate sobre el tema en la Sexta Comisión. También analiza exhaustivamente la práctica judicial internacional y nacional, la práctica convencional y los trabajos anteriores de la Comisión en un esfuerzo por abordar la cuestión de cómo determinar si un acto se realiza a título oficial. Lamentablemente, la práctica judicial no ha servido de mucha orientación a ese respecto, ya que las resoluciones no han sido uniformes ni se han basado en hechos. En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia considera que los crímenes atroces son actos *iure imperii* y concede inmunidad al Estado responsable de ellos por motivos puramente técnicos; resulta refrescante leer la opinión disidente del Magistrado Cañado Trindade, que afirma que los crímenes internacionales no son actos de Estado. La resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Jones y otros c. el Reino Unido* es inquietante

²⁸⁷ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601 (informe preliminar del anterior Relator Especial, Sr. Kolodkin); *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631 (segundo informe); y *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer informe).

²⁸⁸ *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654 (informe preliminar); *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661 (segundo informe); y *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673 (tercer informe).

porque parece describir la tortura como un acto realizado en nombre de un Estado por el que los implicados pueden alegar inmunidad. A veces los tribunales nacionales han aplicado un doble rasero, como señala en el párrafo 56 de su cuarto informe la Relatora Especial, que en el párrafo 54 menciona algunas resoluciones extrañas y escalofriantes en que auténticos crímenes se han considerado un ejercicio de soberanía. En vista de la importancia fundamental de los derechos humanos, la Comisión debe actuar con enorme prudencia en su análisis de la inmunidad y no debe aceptar ciegamente las resoluciones judiciales sobre la materia.

60. El examen de los otros trabajos pertinentes de la Comisión que hace la Relatora Especial en los párrafos 78 a 94 de su cuarto informe sirve para recordar que ya se han hecho muchos progresos en este ámbito y que se iría mucho más rápido si la Comisión se abstuviera de avanzar y retroceder con respecto a las mismas cuestiones.

61. El orador tiene un pequeño problema con el tercer elemento característico del «acto realizado a título oficial» que plantea la Relatora Especial en el párrafo 95 de su informe, a saber, que implica «el ejercicio de soberanía y prerrogativas del poder público». Es preciso que la expresión «prerrogativas del poder público» sea más estricta para que solo gocen de inmunidad quienes realmente la merecen, y no simplemente cualquier persona vagamente relacionada de alguna forma con el gobierno.

62. El plan de trabajo futuro es realista, y el orador apoya la propuesta de la Relatora Especial de abordar la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad en su quinto informe. Como se señala en el párrafo 135 de su cuarto informe, la importancia de esa cuestión ha sido destacada por la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión. Además, dado que la Relatora Especial ha realizado un análisis eficaz de los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*, ha llegado el momento de iniciar un debate sobre un tema que es bastante controvertido. El orador confía en que, en su quinto informe, la Relatora Especial examine instrumentos como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, a su juicio, está ayudando a luchar contra la impunidad.

63. La cuestión de saber si los límites y excepciones deben abordarse junto a las cuestiones relativas al procedimiento es de carácter práctico y depende del volumen de trabajo de la Relatora Especial. Dado que la cuestión de los límites y excepciones es sin duda la más políticamente delicada de las que deben abordarse en el proyecto de artículos, ha sido objeto de constante debate y es considerada por algunos miembros el objeto mismo del tema, el orador se pregunta por qué la Comisión desea precipitarse, en particular habida cuenta de que combinarla con las cuestiones de procedimiento dará lugar a un voluminoso informe. Ese importante aspecto debe abordarse con cautela. El orador no ve ningún problema en la decisión de publicar un quinto informe en 2016 y un sexto informe en 2017, con nuevos miembros. A la Comisión difícilmente le faltará trabajo en ese intervalo.

64. Después de haber analizado el material durante tanto tiempo, la Relatora Especial es un tanto austera con

sus proyectos de artículo. Si bien no tiene nada que decir sobre el proyecto de artículo 6, el orador considera que el término inglés «*elements*» («prerrogativas») en el proyecto de artículo 2 *f* es demasiado vago y sugiere que el Comité de Redacción busque otro que dé más seguridad. En ese entendimiento, recomienda la remisión de ambos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

65. El Sr. KITTICHAISAREE dice que el cuarto informe está bien fundamentado y estructurado y constituye una útil base para el debate. El régimen de la inmunidad *ratione materiae* está menos definido que el de la inmunidad *ratione personae*, y la práctica de los Estados al respecto no es uniforme, en parte porque algunos tribunales nacionales no tienen clara la diferencia entre la inmunidad de los Estados y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Ante la dificultad de establecer criterios sólidos para determinar la existencia de un «acto realizado a título oficial», se ha sugerido que la Relatora Especial cite el mayor número posible de ejemplos de jurisprudencia nacional e internacional en apoyo del proyecto de artículo 2 *f*. A ese respecto, el orador suscribe la observación escrita de Polonia en el sentido de que queda margen de desarrollo progresivo con respecto a la inmunidad *ratione materiae*, en especial a la luz de la tendencia de la comunidad internacional a restringir la inmunidad, como lo confirman las declaraciones de varios Estados en la Sexta Comisión y sus observaciones escritas, en particular desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

66. En cuanto a la metodología utilizada en el cuarto informe, es importante no transponer todo el régimen del texto de 2001 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos a los proyectos de artículo sobre la inmunidad. El orador entiende la posición de la Relatora Especial de que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica a los actos *ultra vires*, a pesar de que, de conformidad con el artículo 7 de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados, esos actos son atribuibles a los Estados. En su opinión, la posición de la Relatora Especial es acertada porque el carácter funcional de la inmunidad *ratione materiae* abarca únicamente los actos oficiales. Si bien es difícil definir el alcance exacto de los actos *ultra vires*, la Comisión podría al menos convenir en que no incluyen los actos que no forman parte de las funciones oficiales de la persona de que se trate con arreglo al derecho del Estado en que la persona ejerce su cargo. El orador está de acuerdo con la posición de muchos tribunales nacionales, mencionada en el párrafo 58 del informe, de que se debe denegar la inmunidad cuando los actos de los funcionarios del Estado están estrechamente vinculados a una actividad privada y tienen por objeto el enriquecimiento personal del funcionario y no el beneficio del órgano que ostenta la soberanía, en particular en los casos de corrupción.

67. Pese a que la cuestión de si los contratistas privados empleados por un Estado para realizar actos en su nombre tienen derecho a la inmunidad *ratione materiae* es cada vez más importante, el informe no da ninguna indicación al respecto. Tras haber estudiado el asunto por su cuenta, el orador observa que hay divergencias de opinión entre los juristas internacionales, incluso

entre los de la misma tradición jurídica. Unos opinan que esos contratistas privados tienen derecho a la inmunidad *ratione materiae*, mientras que, por el contrario, otros creen que es ilegal permitir que particulares realicen labores públicas que entrañen el ejercicio de la autoridad soberana, sobre todo habida cuenta de que los contratistas no están sujetos a las medidas disciplinarias impuestas a los funcionarios del Estado. La corriente de opinión intermedia considera que si se concede inmunidad a los contratistas privados, esta debe estar sujeta a estrictas condiciones para evitar que se cometan delitos impunemente. Sin embargo, cabe señalar que hay una tendencia incipiente a restringir o incluso denegar la inmunidad *ratione materiae*, en particular respecto de los contratistas privados. Por ejemplo, el acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas entre los Estados Unidos de América y el Iraq no concede inmunidad a los contratistas privados estadounidenses, sino que reconoce al Iraq el derecho prioritario a ejercer su jurisdicción penal sobre los contratistas estadounidenses y sus empleados. También cabe destacar el Código de Conducta Internacional para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada²⁸⁹, que establece las obligaciones de los proveedores de servicios de seguridad privados, en particular en relación con el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, y está sujeto a un mecanismo de supervisión independiente. Esos instrumentos pueden allanar el camino hacia una cultura de rendición de cuentas por los contratistas privados.

68. El orador suscribe la conclusión de la Relatora Especial de que los crímenes internacionales pueden ser calificados de actos realizados a título oficial porque esos crímenes a menudo se cometen desde el aparato del Estado y con su cobertura. No obstante, discrepa de la posición de la Relatora Especial según la cual únicamente los funcionarios del Estado pueden cometer crímenes internacionales. Las observaciones de la Comisión sobre la redacción de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg)²⁹⁰, el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954²⁹¹ y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 deben valorarse teniendo en cuenta las circunstancias imperantes en ese momento. Es práctica establecida en la actualidad que las personas que no tienen relación con un Gobierno pueden cometer crímenes internacionales, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia. A pesar de las observaciones que figuran en el informe de la Relatora Especial en relación con varios casos de tortura, el orador sostiene que la jurisprudencia del Tribunal, en particular en el fallo de 2002 de la Sala de Apelaciones en la causa del *Fiscal c. Kunarac, Kovač*

²⁸⁹ Puede consultarse en el sitio web de la Asociación del Código de Conducta Internacional para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada: www.icoca.ch.

²⁹⁰ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, págs. 374 y ss.; en español véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento núm. 12 (A/1316)*, párrs. 95 a 127.

²⁹¹ *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, documento A/2693, págs. 151 y 152; en español véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento núm. 9 (A/2693)*, párr. 54.

y Vuković, muestra que se puede infligir tortura fuera del contexto de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes sin la participación del Gobierno.

69. Además, en lo que respecta al elemento normativo de los crímenes internacionales, es bien sabido que los actos cometidos por grupos de personas que no tienen relación con el Gobierno, pero que han actuado de conformidad con un plan o política formulados por ese grupo, pueden calificarse de crímenes de lesa humanidad con arreglo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Lo contrario significaría que los miembros de grupos armados como el Ejército de Resistencia del Señor no pueden cometer crímenes de lesa humanidad con arreglo al Estatuto de Roma.

70. Con respecto al proyecto de artículo 2 f, el orador coincide con otros miembros en que no es adecuado definir un acto realizado a título oficial como acto constitutivo de un crimen respecto del cual el Estado del foro puede ejercer su jurisdicción penal. Son el estatuto oficial de la persona y el carácter oficial del acto realizado los que plantean la cuestión de la inmunidad funcional cuando la persona está siendo buscada para su procesamiento penal en el extranjero. El carácter delictivo del acto en cuestión se refiere únicamente al ejercicio de la jurisdicción penal por el tribunal extranjero de que se trate y no explica si el acto fue realizado a título oficial. Se trata de tesis basadas en las conclusiones de la Relatora Especial que figuran en los párrafos 96, 97 y 112 de su informe con respecto a la naturaleza delictiva de un acto realizado a título oficial, que no están bien fundadas.

71. Con todo, el orador está a favor de remitir los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción, siempre que se suprima del proyecto de artículo 2 f toda referencia a la vinculación del acto realizado a título oficial con un crimen. Señala que el comentario de los proyectos de artículo debe aclarar la posición de la Comisión con respecto a los actos *ultra vires* de los funcionarios del Estado y la cuestión de la inmunidad *ratione materiae* en relación con los contratistas privados. En cuanto al futuro plan de trabajo, sugiere que en el quinto informe se aborden tanto las excepciones a la inmunidad como las cuestiones de procedimiento, ya que ambas cosas están estrechamente relacionadas.

72. El Sr. WISNUMURTI conviene en que, para estudiar la inmunidad *ratione materiae*, es esencial entender el concepto de «acto realizado a título oficial». También conviene en que, a fin de comprender la naturaleza de ese concepto, es importante recordar que la presencia del Estado en la inmunidad *ratione materiae* se pone de manifiesto por medio de dos conexiones distintas pero complementarias: una que vincula al funcionario en cuestión con el Estado, y otra que vincula al Estado con determinados actos que representan expresiones de soberanía y el ejercicio de funciones del poder público.

73. En sus esfuerzos por definir el concepto de acto realizado a título oficial, la Relatora Especial ha llevado a cabo una amplia investigación de la práctica judicial internacional y nacional, la práctica convencional y otros trabajos de la Comisión y para ello ha utilizado diversas

expresiones como «ejercicio de atribuciones del poder público», «acto *iure imperii*», «acto soberano» y «acto del Estado». No obstante, si bien la Relatora Especial aclara esas expresiones en su análisis, lo que ayuda a definir el concepto de acto realizado a título oficial, no todas parecen guardar una relación directa con los proyectos de artículo propuestos.

74. A partir de su análisis, la Relatora Especial concluye, en el párrafo 95 de su cuarto informe, que uno de los elementos característicos del acto realizado a título oficial es su carácter delictivo. Aunque esa conclusión ha sido criticada por algunos miembros, entre otras cosas por ser contraria a la presunción de inocencia, el orador cree que debe interpretarse como una noción descriptiva en virtud de la cual la inmunidad *ratione materiae* solo se invoca después de que el funcionario en cuestión haya sido acusado de un crimen por el Estado del foro que tiene la jurisdicción penal. Si ningún funcionario es sospechoso de haber cometido un crimen, entonces no podrá invocarse la inmunidad *ratione materiae*, por lo que no se plantea la cuestión de la presunción de inocencia.

75. En lo que respecta al concepto de «un acto, dos responsabilidades», el orador está de acuerdo con la Relatora Especial cuando afirma, en el párrafo 105, que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado *ratione materiae* es autónoma y distinta de la inmunidad del Estado en sentido estricto. Una importante cuestión que se plantea en el informe es la necesidad de que exista un vínculo entre el acto realizado a título oficial y la atribución del acto a un Estado y, en última instancia, a su soberanía, habida cuenta de que el acto constituye una manifestación de la soberanía en forma de ejercicio de atribuciones del poder público. Este último es un importante elemento del concepto de acto realizado a título oficial. A este respecto, el orador suscribe la conclusión de la Relatora Especial en el párrafo 119 de que la definición del ejercicio de atribuciones del poder público debe basarse en dos criterios: determinadas actividades que, por su naturaleza, son consideradas como expresiones o contenidos inherentes de la soberanía, y determinadas actividades que se producen en aplicación de políticas y decisiones estatales que implican un ejercicio de la soberanía y que, por tanto, se conectan con ella en términos funcionales. El orador también conviene en que esos criterios deben aplicarse caso por caso. Apoya la posición de la Relatora Especial sobre el elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae*, es decir, su aplicabilidad en cualquier momento tras la comisión del acto, tanto si el funcionario en cuestión se encuentra todavía en el ejercicio de su mandato como si ya ha dejado de estarlo.

76. En cuanto a los proyectos de artículo, el orador dice que, en lo esencial, no tiene ningún problema con el proyecto de artículo 2 f. Las inquietudes que plantea la frase «en ejercicio de prerrogativas del poder público» pueden atenderse incluyendo en el comentario la explicación que figura en el párrafo 119 del informe. Además, si la calificación de un acto realizado a título oficial como constitutivo de un crimen se sigue considerando un problema, debe resolverse en el Comité de Redacción. También sería útil explicar en el comentario el concepto de «un acto, dos responsabilidades» sobre la base de los

párrafos 98 y 99 del informe. El orador no tiene ninguna dificultad especial con el proyecto de artículo 6, ya que refleja el entendimiento general resultante de las anteriores deliberaciones de la Comisión, pero mantendrá una actitud abierta en lo que respecta a la indicación de que el párrafo 3 es innecesario.

77. El orador acoge con satisfacción la propuesta de la Relatora Especial de analizar la cuestión políticamente delicada de los límites y excepciones en su quinto informe. Mantiene la opinión de que la Comisión no debe comenzar a estudiar la cuestión hasta haber completado su estudio sobre los aspectos normativos de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*. En conclusión, está a favor de que se remitan ambos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

78. Sir Michael WOOD dice que el cuarto informe cita numeroso material de diferentes ramas del derecho y que no siempre está claro cómo ese material ha llevado a la Relatora Especial a sacar esas conclusiones y proponer esos textos. Sobre el tema de los términos y definiciones, recuerda que, en su 66º período de sesiones, la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 2 e, que contiene una definición de la expresión «funcionario del Estado», y el proyecto de artículo 5, en el que se afirma que los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera, así como un comentario al proyecto de artículo 5 en que se explican algunas de esas expresiones²⁹². También hizo referencia a los actos realizados a título oficial en el proyecto de artículo 4, párrafo 2, en la expresión «todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial»²⁹³. La Relatora Especial propone ahora que la expresión «acto realizado a título oficial» se utilice en el proyecto de artículo 6, pero, al igual que otros miembros, el orador dista de estar convencido de la necesidad de una definición de la expresión en el proyecto de artículo 2 f.

79. En cuanto a la metodología del informe, el orador comparte la opinión de que no es particularmente útil reunir referencias a casos en que se utilizan las expresiones «actos oficiales» o «actos realizados a título oficial» en tratados, jurisprudencia internacional y nacional y obras académicas. Será necesario analizar en detalle cada ejemplo para comprender su efecto y, lo que es más importante, las referencias se encuentran en determinados contextos y son en su mayor parte *ad hoc*. La cuestión de qué constituye un acto oficial debe examinarse caso por caso.

80. El orador también hace suyas las observaciones de los miembros que consideran que el proyecto de artículo 2 f no debe establecer que un acto realizado a título oficial constituye un crimen, y considera que la sustitución por las palabras «puede constituir» no sería realmente de gran ayuda. Por otra parte, si se suprimiera la segunda parte del proyecto de artículo, la definición sería tan breve que prácticamente quedaría desprovista de sentido. En cualquier caso, el orador agradecería que

la Relatora Especial aclarase la expresión «en ejercicio de prerrogativas del poder público» e indicara si pretende ser más amplia o más limitada que la expresión «actos oficiales».

81. En cuanto al proyecto de artículo 6, el orador conviene en que el párrafo 3 podría omitirse y abordarse en el comentario. Por lo que respecta al párrafo 1, comparte las dudas del Sr. Murphy acerca de las expresiones «en ejercicio del cargo» y «mandato». El párrafo 2 tiene una redacción bastante extraña, y la última frase parece tener distinto sentido según la versión lingüística. Lamentablemente, lo mismo cabe decir de muchos de los términos que se están examinando.

82. De cara al futuro, el orador recuerda que, desde el principio, ha creído que la Comisión debe abordar los aspectos de procedimiento del tema en una etapa temprana. El anterior Relator Especial, el Sr. Kolodkin, se ocupó muy bien de la cuestión en su tercer informe, lo que dio lugar a un debate constructivo. El orador señala que la actual Relatora Especial tal vez desee utilizar el resumen del contenido de ese informe, que figura en su párrafo 61²⁹⁴, como base de sus trabajos y de los futuros debates de la Comisión sobre el tema.

83. Por otra parte, el orador espera que la Relatora Especial no siga la sugerencia del Sr. Hassouna de volver a tratar la cuestión de la inmunidad diplomática *ratione materiae*, a la luz de la cláusula «sin perjuicio» a ese respecto que figura en el párrafo 2 del proyecto de artículo 1 aprobado provisionalmente por la Comisión.

84. En conclusión, pese a las serias dudas que ha planteado, el orador está a favor de remitir los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción, en el entendimiento de que el Comité considerará la posibilidad de suprimir el proyecto de artículo 2 f.

Se levanta la sesión a las 18.05 horas.

3276ª SESIÓN

Jueves 23 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, Sr. 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.

²⁹² *Anuario...* 2014, vol. II (segunda parte), págs. 158 y 159.

²⁹³ *Anuario...* 2013, vol. II (segunda parte), pág. 52.

²⁹⁴ *Anuario...* 2011, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646, págs. 257 y 258.