

ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA SEGUNDA PARTE DEL 66º PERÍODO DE SESIONES

celebrada en Ginebra del 7 de julio al 8 de agosto de 2014

3217ª SESIÓN

Lunes 7 de julio de 2014, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Kirill GEVORGIAN

Miembros presentes: Sr. Candiotti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado¹⁶⁶ (A/CN.4/666, cap. II, secc. B, A/CN.4/673¹⁶⁷, A/CN.4/L.850¹⁶⁸)

[Tema 5 del programa]

TERCER INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita a la Relatora Especial a presentar su tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/673).
2. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) afirma que el tercer informe, que se centra en el concepto de «funcionario», se inscribe en el plan de trabajo que se sigue desde 2012. Dicho informe ha sido elaborado siguiendo el método de trabajo propuesto en el informe preliminar¹⁶⁹, que consiste en tratar por

separado y una tras otra las diversas cuestiones que suscita el tema. En vista de que constituye la primera parte del estudio de la inmunidad *ratione materiae*, que se completará en el informe siguiente, incluye una sección en la cual se especifican las características esenciales de esta inmunidad y los criterios normativos que permiten definirla. Estos criterios son tres, pero en el tercer informe solo se estudia el elemento subjetivo de la inmunidad, a saber, el concepto de «funcionario». Este concepto reviste un interés particular para la inmunidad *ratione materiae*, puesto que permite precisar el ámbito de aplicación personal, pero también resulta interesante para la inmunidad *ratione personae*. Así pues, habría que analizarlo desde una perspectiva global, al objeto de definir un concepto válido para ambas categorías de inmunidad. La Relatora Especial ha adoptado esta perspectiva porque el número de páginas de los informes de los relatores especiales está limitado y porque el concepto de «funcionario» exige un tratamiento propio y exclusivo. Es más, este concepto apenas se aborda en el memorando de la Secretaría relativo a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado¹⁷⁰ y fueron varios los Estados que en la Sexta Comisión subrayaron que debía ser claramente definido.

3. El concepto de «funcionario» es de particular interés para el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, motivo por el cual se menciona expresamente en el título mismo del tema. Para analizar este concepto como es debido, hay que partir de las cuatro premisas siguientes: *a)* el concepto de «funcionario» no está definido con carácter general por el derecho internacional; *b)* toda definición del término «funcionario» debe abarcar tanto a las personas que gozan de inmunidad *ratione materiae* como a las que se benefician de inmunidad *ratione personae*, por lo que hay que tener presente este aspecto en su formulación; *c)* el término elegido para designar a estas personas debe ser de tal naturaleza que incluya a todos los interesados y a la vez tenga en cuenta sus diferencias; y *d)* el término

¹⁶⁶ La Comisión, en su 65º período de sesiones (2013), examinó seis proyectos de artículo presentados por la Relatora Especial en su segundo informe (*Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, anexo) y aprobó provisionalmente tres proyectos de artículo, con sus comentarios correspondientes (*ibíd.*, vol. II (segunda parte), págs. 43 y ss., párrs. 48 y 49).

¹⁶⁷ Reproducido en *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte).

¹⁶⁸ Mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión.

¹⁶⁹ *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654, cap. III.

¹⁷⁰ A/CN.4/596 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones, 2008). El texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte).

utilizado para designar a estas personas debe ser uniforme y comparable en todas las lenguas y, en la medida de lo posible, ser conforme a la práctica establecida de la Comisión. Por consiguiente, la definición de «funcionario» suscita dos tipos de cuestiones, diferentes pero complementarias e interdependientes, tanto de fondo como de carácter lingüístico, que se abordan de manera separada en el informe.

4. Por lo que respecta a las cuestiones sustantivas, el informe gira en torno a la determinación de los criterios que permiten identificar las categorías de personas que pueden beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En este sentido, resulta importante señalar que hay que tratar el concepto de funcionario de manera horizontal para que las características establecidas sean válidas tanto para las personas que gozan de inmunidad *ratione materiae* como para las que se benefician de inmunidad *ratione personae*. Si bien las personas que gozan de inmunidad *ratione personae* han sido definidas *eo nomine* por la Comisión (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores¹⁷¹), resulta imposible en cambio, en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, elaborar la lista de todos los titulares de funciones o cargos que pueden ser calificados de «funcionario del Estado» a los efectos del tema que se examina, habida cuenta de la enorme diversidad de modelos de organización del Estado. Como el derecho internacional no ofrece ninguna definición general del concepto de funcionario, dicho concepto es utilizado por los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados para referirse a personas que ejercen funciones muy diversas. Por ello, solo se puede determinar quién goza de inmunidad *ratione materiae* aplicando «criterios identificativos» caso por caso. Para definir estos criterios, la Relatora Especial se ha basado en la jurisprudencia nacional, la jurisprudencia internacional, la práctica convencional y los trabajos anteriores de la Comisión. En su análisis de la jurisprudencia nacional e internacional examinó todas las decisiones judiciales relativas a la inmunidad de jurisdicción, incluidas las decisiones que no concernían estrictamente al ámbito de la jurisdicción penal. Así, se han tomado en consideración decisiones relativas a la inmunidad de jurisdicción civil porque resultaban interesantes para determinar las características del concepto de funcionario. En el marco del examen de la práctica convencional y de los trabajos anteriores de la Comisión, también se han tenido en cuenta instrumentos que tampoco encajaban dentro de los límites del ámbito del tema pero que aportaban elementos útiles para establecer los criterios que permiten determinar quién es funcionario del Estado a los efectos del proyecto de artículos que se examina. A partir del examen de la práctica, el informe extrae en el párrafo 111 las conclusiones siguientes respecto a los criterios que permiten definir el concepto de «funcionario»: a) el funcionario mantiene con el Estado un vínculo que puede adoptar varias formas y que puede ser permanente o temporal; b) el funcionario actúa en representación del Estado o desempeña funciones oficiales en nombre de este; y c) el funcionario ejerce atribuciones del poder público, actuando en nombre y por

cuenta del Estado. Para comprobar si una persona es un «funcionario», en particular a los efectos de la inmunidad *ratione materiae*, hay que determinar caso por caso si concurren todos estos criterios.

5. En lo que se refiere a las cuestiones de terminología, en el tercer informe se recuerda que el anterior Relator Especial, el Sr. Kolodkin, optó por el término «funcionario», de preferencia sobre el de «órgano», sin descartar la posibilidad de replantearse ulteriormente esa elección¹⁷². También se tiene en cuenta que varios miembros de la Comisión consideraron que se podrían utilizar las palabras «agentes» o, en la versión inglesa, *representatives*. Los términos «funcionario», *official* y *représentant* pueden no ser los más apropiados para abarcar todas las categorías de personas que gozan de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y tienen un significado diferente en español, inglés y francés. Convendría saber si sucede lo mismo en las versiones árabe, china y rusa. En cualquier caso, tal y como se indica en la nota 237 del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 65° período de sesiones, «[e]l término “funcionario” estará sujeto a reexamen»¹⁷³, lo que, de acuerdo con el plan de trabajo, debe producirse en el período de sesiones en curso. A estos efectos, el tercer informe incluye un análisis, individual y comparado, de los términos «funcionario», *représentant* y *official*, a fin de poder determinar si son idóneos para referirse a las personas que se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

6. Si exceptuamos la mención explícita y uniforme de expresiones como «Jefe de Estado», «Jefe de Gobierno» y «Ministro de Relaciones Exteriores», se advierte que tanto la jurisprudencia como los convenios examinados, e incluso la doctrina, emplean diferentes términos para designar la categoría de personas a que se refiere el informe. Ahora bien, es importante seleccionar un término que pueda ser empleado indistintamente en las diferentes versiones lingüísticas del proyecto de artículos y, a tal fin, en el párrafo 113 del tercer informe se proponen tres criterios por los que hay que regirse, a saber: a) optar por una acepción suficientemente amplia que permita englobar a todas las personas que gocen de inmunidad; b) seguir la práctica previa de la Comisión; c) elegir un término que no pueda inducir a error a los funcionarios nacionales responsables de aplicar las normas relativas a la inmunidad de jurisdicción penal y, por ende, evitar utilizar términos que tengan un significado preciso y diferente según los países.

7. Teniendo en cuenta lo que antecede, el informe concluye que sería oportuno elegir un término único en todas las versiones lingüísticas para referirse a las personas que se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, al objeto de preservar la claridad y la seguridad jurídicas requeridas. Desde este punto de vista, del examen comparativo de los términos utilizados actualmente por la Comisión se desprende que únicamente la palabra *official* puede ser usada con un

¹⁷¹ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 43 (proyecto de artículo 3).

¹⁷² Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, párr. 194, párr. 108.

¹⁷³ *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 43.

sentido amplio y abarcar todas las categorías de personas que gozan de la inmunidad de jurisdicción penal. En sentido estricto, los términos «funcionario» y *fonctionnaire* designan a las personas que tienen un vínculo con la administración pero que no se dedican a ninguna actividad política; por ello, no pueden ser utilizados para designar al Jefe de Estado, al Jefe de Gobierno o a los ministros. El término «representante», que pone de relieve la condición representativa de las personas a las que alude, tampoco es idóneo para abarcar todas las categorías de personas que pueden gozar de inmunidad y que, aparte del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, no ejercen todas este tipo de funciones *per se* en virtud de las normas de derecho internacional. Por eso, sería preferible utilizar las expresiones «agente del Estado» u «órgano del Estado» y sus equivalentes en todas las versiones lingüísticas. Ambas expresiones presentan la ventaja de ser empleadas frecuentemente en la práctica internacional para referirse a cualquier persona que tiene un vínculo con el Estado y que actúa en nombre y por cuenta de este. Además, como generalmente se les da un significado amplio, pueden ser empleadas para referirse tanto a las personas que representan al Estado en la escena internacional como a las que ejercen atribuciones del poder público. Puede que el término «órgano» sea el más apropiado; la Comisión ya lo ha utilizado en el marco de sus trabajos sobre dos temas relacionados con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, es decir, las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes¹⁷⁴ y la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹⁷⁵. En efecto, este término se refiere en ambos casos a personas y entidades, pero nada impide emplearlo en el marco del tema que se examina para referirse exclusivamente a personas físicas. Además, sería más idóneo para referirse al Jefe de Estado y al Jefe de Gobierno, que rara vez son designados con la palabra «agente» en la práctica jurídica y diplomática.

8. Pasando a considerar los proyectos de artículo, la Relatora Especial propone añadir al antiguo proyecto de artículo 3 (Definiciones) que figuraba en su segundo informe¹⁷⁶ —y que pasaría a ser el proyecto de artículo 2— un apartado *e* que dé del concepto de «funcionario del Estado» (u «órgano del Estado») una definición general, que sea aplicable a toda persona física capaz de gozar de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y que tenga en cuenta la distinción establecida entre esos funcionarios según que su inmunidad sea *ratione personae* o *ratione materiae*, siendo los primeros los miembros de la troika mientras que los segundos serían identificados con arreglo a los criterios expuestos en el párrafo 108 del tercer informe. A cada

¹⁷⁴ Véase el texto del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes aprobado por la Comisión en su 43^{er} período de sesiones y los comentarios correspondientes en *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 13 y ss., párr. 28.

¹⁷⁵ Véase el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53^{er} período de sesiones y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77. Véase también la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

¹⁷⁶ Véase *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, anexo.

una de estas categorías de personas le corresponde un inciso distinto: el inciso i) versa sobre el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores y el inciso ii) se refiere al resto de funcionarios u órganos del Estado. El enunciado del inciso ii) de este nuevo apartado *e* se inspira en los artículos 4 y 5 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, a fin de incluir a cualquier persona o entidad que, aun sin representar al Estado, ejerce atribuciones del poder público. Por lo tanto, este ejercicio de atribuciones del poder público es un criterio fundamental para identificar al funcionario (u órgano) del Estado.

9. En el proyecto de artículo 5, dedicado a la definición del alcance subjetivo de la inmunidad *ratione materiae* y calcado del proyecto de artículo 3 aprobado provisionalmente por la Comisión en 2013¹⁷⁷, la referencia a la troika se ha sustituido por la mención de «los funcionarios del Estado que ejercen atribuciones del poder público». Así, este proyecto de artículo retoma el criterio del ejercicio de atribuciones del poder público para definir el alcance subjetivo de la inmunidad *ratione materiae*. El ejercicio de atribuciones del poder público, unido al otro criterio esencial que es la existencia de un vínculo con el Estado que delega dicho ejercicio, justifica que se reconozca la inmunidad de jurisdicción penal, en interés del Estado, a fin de proteger sus prerrogativas soberanas. Existe un vínculo entre el Estado y el beneficiario de la inmunidad *ratione materiae* una vez que este último está en posición de poder realizar actos que implican el ejercicio de atribuciones del poder público. No debe confundirse este vínculo entre el funcionario y el Estado con los actos amparados por la inmunidad, que constituyen el segundo de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*. Un acto concreto gozará de dicha inmunidad si puede ser calificado de «acto realizado a título oficial» y si su autor lo llevó a cabo mientras era funcionario del Estado. Hay que señalar asimismo que, si la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se reconoce a los funcionarios del Estado para garantizar la soberanía de este, dicha inmunidad podrá concederse únicamente a quienes sean competentes para ejercer prerrogativas propias de dicha soberanía, es decir, atribuciones del poder público. Por consiguiente, se reconoce la inmunidad «con carácter general» (*d'une manière générale y as a general rule*) a los funcionarios (u órganos) del Estado en el sentido del proyecto de artículos, pero no a todos los funcionarios del Estado en sentido amplio.

10. Para determinar si efectivamente se ejercen atribuciones del poder público, hay que analizar caso por caso, teniendo en cuenta la práctica judicial, la cual muestra que, en general, la inmunidad *ratione materiae* se invoca con mayor frecuencia en favor de funcionarios de nivel superior o medio. Sea como sea, no se puede concluir que toda persona que mantenga con el Estado un vínculo que permita calificarla de funcionario en sentido amplio se beneficie necesariamente de la inmunidad *ratione materiae* ni, a la inversa, que únicamente los funcionarios de nivel superior puedan invocarla. Por último, hay que tener presente que un antiguo

¹⁷⁷ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), pág. 43.

Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores también puede beneficiarse de inmunidad *ratione materiae* siempre y cuando le sean aplicables los elementos normativos de dicha inmunidad. Por consiguiente, en determinadas circunstancias, la troika puede quedar comprendida dentro del alcance subjetivo de dicha inmunidad, tal y como se define en el proyecto de artículo 5.

11. El Sr. MURASE lamenta la falta de consenso sobre la finalidad del proyecto de artículos: ¿pretende la Comisión establecer un principio de inmunidad de los funcionarios de alto nivel, a riesgo de alentar la impunidad, o, por el contrario, elaborar unas normas con el objeto de limitar el alcance de la inmunidad para obstaculizar la impunidad de los autores de crímenes internacionales graves? Desde el punto de vista jurídico, se trata de dos cuestiones totalmente diferentes. El reconocimiento de una inmunidad sin límites comportaría la impunidad de estos autores, y es de lamentar que, con el proyecto de artículo 3 aprobado en el período de sesiones anterior, la Comisión parezca tomar ese camino. De esta manera, no solo va contra la *lex lata*, expresada en especial en el artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sino también contra la demanda normativa de la comunidad internacional en favor de la lucha contra la impunidad. Ahora bien, aun cuando las reglas de competencia de los tribunales nacionales varíen según los sistemas jurídicos y no se puedan equiparar al mandato de los tribunales penales internacionales, los regímenes nacionales e internacionales, lejos de oponerse, deberían reforzarse mutuamente. Además, la Comisión debería 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 1996¹⁷⁸. Sería preferible pues, añadir un tercer párrafo al proyecto de artículo 1, en forma de cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio», que diga así:

«El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de los crímenes a que se refiere el proyecto de artículo X [relativo a las “excepciones”].»

O bien,

«Ninguna disposición del presente proyecto de artículos afectará a la responsabilidad penal individual de los autores de actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra graves [o de cualquier otro crimen a que se refiere el proyecto de artículo X [relativo a las “excepciones”]].»

Una cláusula de esta índole indicaría claramente que el proyecto de artículos versa exclusivamente sobre los delitos respecto de los cuales los principales dirigentes del Estado gozan de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en virtud del derecho interno y constituiría el fundamento de las «excepciones» que se aplicarían tanto a la inmunidad *ratione personae* como a la inmunidad *ratione materiae*. En este sentido, la Relatora Especial debería definir estas excepciones y darles el alcance necesario.

12. El contenido normativo del concepto de inmunidad *ratione materiae* sigue siendo confuso. Si se basara principalmente en el concepto de «actos oficiales», podría considerarse un instrumento idóneo para obstaculizar eficazmente la inmunidad de los autores de crímenes internacionales graves, puesto que, como pusieron de manifiesto los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buerenthal en el párrafo 85 de su opinión disidente común emitida en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, la doctrina viene afirmando cada vez con más insistencia que estos crímenes no pueden ser considerados actos oficiales porque no corresponden a funciones estatales normales ni a funciones que pueda ejercer un solo Estado. Hay que lamentar que los miembros de la Comisión no hayan llegado a un acuerdo sobre la relación entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*. No obstante, basándose en esa opinión disidente, se habría podido suponer que la inmunidad *ratione materiae*, como *lex specialis*, limita el alcance de la inmunidad *ratione personae* reconocida a determinados dirigentes del Estado en el proyecto de artículo 3 y constituiría la norma general. Sin embargo, el enunciado del proyecto de artículo 5 impide este razonamiento, puesto que en él se presenta la inmunidad *ratione materiae*, no como un principio restrictivo, sino como el fundamento autónomo de una inmunidad suplementaria. Además, las explicaciones que figuran en los informes segundo y tercero relativas a la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* en parte se superponen.

13. La cuestión del empleo del término «funcionario», que afecta a la condición de los autores, debería haber sido abordada en el marco del debate sobre el proyecto de artículo 1, puesto que el proyecto de artículo 5 se centra en la naturaleza de los que pueden dar lugar a la inmunidad. Habría que examinar en el comentario la cuestión de los actos de los funcionarios de los poderes locales que puedan ejercer atribuciones del poder público, sin olvidar por ello que el proyecto de artículos versa sobre los «funcionarios del Estado» con exclusión de otros funcionarios.

14. En vista de las controversias que suscita y de sus diversas acepciones, la expresión «inmunidad *ratione materiae*» debería ser sustituida en el proyecto de artículo 5 por la fórmula «inmunidad en razón del ejercicio de funciones oficiales». Así pues, habría que modificar el enunciado de este proyecto de artículo, que es excesivamente amplio ya que abarca a todos los funcionarios del Estado, inspirándose en el proyecto de artículo 4. En lo que concierne al proyecto de artículo 2 e, inciso i), convendría aclarar que la definición propuesta no se refiere a los dirigentes *de facto*. Por último, la expresión relativa al ejercicio de «atribuciones del poder público», utilizada en los proyectos de artículo 5 y 2 e, inciso ii), puede inducir a error en la medida en que, mientras que en el artículo 2 se define a los funcionarios del Estado como todas aquellas personas que actúan «representándolo [al Estado] o ejerciendo atribuciones del poder público», en el artículo 5 se aclara que la inmunidad *ratione materiae* solo podrá concederse a los «funcionarios del Estado que ejercen atribuciones del poder público». Dicho de otro modo, de entre las personas en cuestión aquellas que «representan

¹⁷⁸ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 29.

al Estado» sin «ejercer atribuciones del poder público» no se beneficiarían de inmunidad *ratione materiae*. Si fuera tal el caso, la Relatora Especial debería explicar por qué se menciona a esos funcionarios en el proyecto de artículo 2.

15. El Sr. MURPHY, después de haber subrayado que algunos pasajes de la traducción inglesa del tercer informe de la Relatora Especial plantean problemas, llama la atención sobre el hecho de que las decisiones dictadas en materia de inmunidad en asuntos civiles no respaldan necesariamente argumentos relativos a la inmunidad de jurisdicción penal y deben ser analizadas con prudencia. En efecto, desde hace un decenio, cuando las autoridades estadounidenses intervienen en calidad de *amicus curiae* en un asunto civil en el que el demandado es un funcionario o exfuncionario del Estado, incluyen sistemáticamente en su escrito una fórmula según la cual la posición adoptada en el contexto civil no prejuzga su posición en el ámbito penal. No obstante, existen dos decisiones pronunciadas en el orden penal, que se han omitido en el tercer informe de la Relatora Especial pero que figuran en los trabajos anteriores de la Comisión, que serían pertinentes para el tema que se examina, a saber, las dictadas en las causas *United States v. Noriega* y *Doe v. United States*.

16. Además, no es recomendable sustituir el término *official* por el de *organ* en la versión inglesa, puesto que este segundo término no se refiere casi nunca exclusivamente a personas físicas, sino que designa unidades estructurales de Estados o de organizaciones internacionales. La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo de Estados Unidos (*Samantar v. Yousuf*) confirma esta posición e invalida algunas decisiones de tribunales inferiores citadas en el tercer informe. Al parecer, la Relatora Especial se ha inspirado en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos al hacer esta propuesta, aun cuando convendría mostrarse prudente al realizar este tipo de transposiciones. Así, por ejemplo, la idea de que las motivaciones propias del funcionario del Estado carecen de importancia para la atribución de su comportamiento al Estado, siempre que haya actuado en su condición de órgano, no se puede transponer a la inmunidad *ratione materiae*, puesto que la motivación del funcionario incide ciertamente en la cuestión de si ha actuado o no por cuenta del Estado. Asimismo, la expresión *State official* es de uso habitual en este contexto y designa a cualquier persona que representa al Estado o que actúa en su nombre a título oficial, lo que se corresponde en gran medida con los objetivos que persigue el proyecto de artículos. Por ello, no es recomendable abandonarla en esta fase.

17. En lo que se refiere a la cuestión de la definición de los funcionarios del Estado, dos son los enfoques posibles. El primero consistiría en determinar las categorías de personas que se benefician de inmunidad *ratione materiae* sin definir las, como se ha hecho con la troika en lo concerniente a la inmunidad *ratione personae*, sino refiriéndose, por ejemplo, a las «personas que representan al Estado o actúan por cuenta de este» y retomando después esta fórmula. El segundo, por el que ha optado la Relatora Especial, consiste en definir a

los funcionarios del Estado. La definición propuesta en el proyecto de artículo 2 parece suficientemente amplia, pero parece necesario examinar más a fondo sus diferentes elementos y el comentario debería proponer una lista indicativa de los tipos de personas comprendidas o no en esa definición, acompañada de las explicaciones correspondientes. Resulta curioso además que este proyecto de artículo aluda a dos categorías de funcionarios, la troika y los demás funcionarios, confundiendo así el concepto de inmunidad *ratione personae*, basado en la condición de sus beneficiarios, y el concepto funcional de inmunidad *ratione materiae*, que se aplica con independencia de que los interesados estén o no en activo. Por ello, sería preferible refundir los incisos i) e ii) del apartado e en uno solo. Los tiempos verbales utilizados en los proyectos de artículo 2 e, inciso ii), y 5 («que actúe» y «ejerciendo» en el primer artículo y «que ejercen» en el segundo) en la versión francesa podrían ser fuente de confusiones, ya que estas disposiciones tienen por objeto reconocer que la inmunidad *ratione materiae* perdura incluso cuando el funcionario del Estado ha cesado en sus funciones. La fórmula final «cualquiera que sea su posición en la organización del Estado», que pretende ampliar la definición, tiene en realidad el efecto contrario, puesto que puede suceder que el interesado no ocupe propiamente una posición en la organización del Estado.

18. Además, cabe preguntarse si no sería mejor, en la versión inglesa del proyecto de artículo 5, sustituir la expresión «atribuciones del poder público» por la de «atribuciones de la soberanía». La versión inglesa del título de este proyecto de artículo se podría armonizar con el del proyecto de artículo 3 para que dijera: «*Persons enjoying immunity ratione materiae*»; el texto del artículo pasaría a ser el siguiente: [«Los [funcionarios del Estado] se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera» [sustituyendo eventualmente la expresión «funcionarios del Estado», si la Comisión opta por no definirlos, por una expresión que describa la categoría de personas a que se refiere]]. Se podría dedicar otro proyecto de artículo al «Alcance de la inmunidad *ratione materiae*» siguiendo el modelo del proyecto de artículo 4. Por último, el orador se muestra partidario de remitir los proyectos de artículo 2 y 5 al Comité de Redacción.

19. El Sr. CANDIOTI estima que el Sr. Murase generaliza en exceso al considerar que la Comisión tiende a sustituir el principio de inmunidad por el principio de impunidad. Reafirma que la inmunidad constituye una excepción a la competencia de los tribunales nacionales e internacionales y que, como tal, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, de conformidad con las normas del derecho internacional universalmente aceptadas.

20. El Sr. PETRIČ comparte el punto de vista del Sr. Candiotti y recuerda que la Comisión, al iniciar su labor sobre el tema que se examina, tenía ciertamente el propósito de establecer el principio según el cual la inmunidad es una excepción; sin embargo, parece que es la impunidad la que tiende a convertirse en una excepción.

La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)¹⁷⁹ (A/CN.4/666, cap. II, secc. G, A/CN.4/L.844)¹⁸⁰

[Tema 3 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO

21. El Sr. KITTICHAISAREE (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)) recuerda que en el período de sesiones en curso la Comisión volvió a constituir el Grupo de Trabajo, que se reunió los días 6 de mayo y 4 de junio de 2014. En su informe publicado con la signatura A/CN.4/L.844, el Grupo de Trabajo hace una síntesis de sus conclusiones y recomendaciones sobre el tema que se examina y se ocupa de diversas cuestiones, suscitadas por las delegaciones ante la Sexta Comisión, que no se abordaron en su informe de 2013. Estas cuestiones son: *a*) el estatus de derecho internacional consuetudinario de la obligación de extraditar o juzgar; *b*) las lagunas del régimen convencional existente; *c*) la entrega de un sospechoso a un tribunal internacional o especial como posible tercera opción en vez de la extradición o el enjuiciamiento; *d*) la relación entre la obligación de extraditar o juzgar y las obligaciones *erga omnes* o las normas de *jus cogens*; y *e*) la pertinencia del marco general propuesto en 2009 para la continuación de los trabajos.

22. Así pues, se han examinado todas las cuestiones que quedaban por analizar y este informe, junto con el de 2013, concluye la labor del Grupo de Trabajo. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo recomienda que la Comisión: *a*) apruebe el informe de 2013 y el presente informe final del Grupo de Trabajo que, en opinión de la Comisión, ofrecen orientaciones útiles a los Estados; y *b*) concluya su examen del tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)».

23. El PRESIDENTE cree entender que la Comisión desea tomar nota del informe final del Grupo de Trabajo que figura en el documento A/CN.4/L.844, en el bien entendido de que este informe se refundirá con el de 2013, con vistas a su aprobación por la Comisión cuando esta examine el proyecto de informe anual en una sesión ulterior.

Así queda acordado.

¹⁷⁹ Entre 2006 y 2011, la Comisión examinó cuatro informes del Relator Especial, el Sr. Zdzislaw Galicki (informe preliminar: *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571; segundo informe: *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/585; tercer informe: *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/603; y cuarto informe: *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/648). En el 61^{er} período de sesiones (2009), la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta presidido por el Sr. Alain Pellet, que propuso un marco general para el examen del tema (*Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), págs. 155 y 156, párr. 204). En el 62^o período de sesiones de la Comisión (2010), el Grupo de Trabajo volvió a constituirse y, en ausencia de su Presidente, estuvo presidido por el Sr. Enrique Candioti (*Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), págs. 205 y 206, párrs. 335 a 340). En los períodos de sesiones 64^o (2012) y 65^o (2013), la Comisión volvió a establecer un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el tema, bajo la presidencia del Sr. Kriangsak Kittichaisaree (*Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), págs. 77 a 79, párrs. 206 a 221, y *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 80, párrs. 148 y 149). En su 65^o período de sesiones, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Trabajo (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), anexo I, págs. 91 a 100).

¹⁸⁰ Mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión.

24. A petición de los Sres. Candioti, Park y Saboia y en nombre del conjunto de la Comisión, el Presidente agradece al Sr. Kittichaisaree su inestimable contribución en calidad de Presidente del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*).

Se levanta la sesión a las 17.35 horas.

3218ª SESIÓN

Martes 8 de julio de 2014, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Kirill GEVORGIAN

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sr. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Cooperación con otros organismos

[Tema 14 del programa]

DECLARACIÓN DEL SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA CONSULTIVA ASIÁTICO-AFRICANA

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Mohamad, Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana (AALCO), y le invita a dirigirse a la Comisión.

2. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana) dice que entre las contribuciones al derecho internacional que la AALCO tiene que hacer por mandato se encuentra el intercambio de información y puntos de vista sobre los temas que examina la Comisión. El cumplimiento del mandato durante años ha ayudado a forjar una relación más estrecha entre ambas organizaciones, cada una de las cuales también está representada en los períodos de sesiones de la otra como práctica consuetudinaria.

3. Entre los temas del programa de la Comisión, el de la identificación del derecho internacional consuetudinario es particularmente relevante por las dificultades que suscitan la identificación de las normas vigentes del derecho internacional consuetudinario y su aplicación por los tribunales y jueces, abogados, árbitros y asesores jurídicos que ejercen sus funciones en el ámbito interno y que quizás no hayan recibido capacitación formal en derecho internacional. Entre los aspectos del tema que son de especial interés para los miembros de la AALCO destaca la cuestión de la jerarquía de las fuentes. La búsqueda de pruebas que documenten el derecho internacional consuetudinario se ha centrado tradicionalmente en las resoluciones de los tribunales internacionales. Sin