



Asamblea General

Distr. general
12 de junio de 2018

Original: español

Comisión de Derecho Internacional

70º período de sesiones

Nueva York, 30 de abril a 1 de junio de 2018

Ginebra, 2 de julio a 10 de agosto de 2018

Sexto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial*

Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción.	1-22	3
I. Los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado: introducción	23-44	13
A. Consideraciones generales	23-24	13
B. Los aspectos procesales en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema	25-27	13
C. Los debates sobre los aspectos procesales en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión de la Asamblea General	28-34	14
D. Significado de los aspectos procesales en el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	35-40	17
E. Alcance de los aspectos procesales de la inmunidad: cuestiones que considerar	41-44	20
II. Concepto de jurisdicción y aspectos procesales	45-108	22
A. Consideraciones generales	45-48	22
B. El elemento temporal: ¿en qué momento se debe considerar la inmunidad?	49-63	23
C. El elemento material: ¿qué categorías de actos están afectados por la inmunidad?	64-96	28
1. Consideraciones generales		28

* La Relatora Especial desea expresar su agradecimiento a la Sra. Soledad Román Pérez-Moreira, estudiante del Máster en Diplomacia y Relaciones Internacionales de la Escuela Diplomática de España, y al Sr. Fernando Val Garijo, Profesor Contratado Doctor en Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.



2.	Detención		30
3.	Comparecencia como testigo		34
4.	Medidas cautelares		37
D.	La determinación de la inmunidad	97-108	39
III.	Plan de trabajo futuro	109-110	44
Anexo			
	Proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado provisionalmente aprobados por la Comisión.		45

Introducción

1. El tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones (2006), sobre la base de la propuesta que figura en el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en ese período de sesiones¹. En su 59º período de sesiones (2007), la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin². En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema³.

2. El Relator Especial presentó tres informes⁴, en los que definió el marco en que debería desarrollarse el tema y analizó diversos aspectos de las cuestiones sustantivas y procesales relacionadas con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. La Comisión consideró los informes del Relator Especial en sus períodos de sesiones 60º y 63º, celebrados respectivamente en 2008⁵ y 2011⁶. Por su parte, la Sexta Comisión de la Asamblea General se ocupó del tema con ocasión de la consideración del informe de la Comisión, en particular en 2008 y 2011.

3. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión nombró Relatora Especial para el tema a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que había dejado de formar parte de la Comisión⁷.

4. En ese mismo período de sesiones la Relatora Especial presentó un informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁸. El informe preliminar contribuyó a clarificar los términos del debate que se había venido manteniendo hasta esa fecha, identificó los principales puntos de controversia que subsistían, señaló los temas para analizar y la metodología que debería aplicarse, y propuso un plan de trabajo orientativo para el tratamiento del tema. La Comisión examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en ese mismo período de sesiones⁹ y la Sexta Comisión de la Asamblea General lo hizo en su sexagésimo séptimo período de sesiones¹⁰, avalando en ambos casos las propuestas de la Relatora Especial.

¹ Véase *Anuario ... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 257 y anexo I.

² *Anuario ... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 376.

³ *Ibid.*, párr. 386. El estudio de la Secretaría figura en el memorando [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).

⁴ *Anuario ... 2008*, vol. II (primera parte), documento [A/CN.4/601](#) (informe preliminar); [A/CN.4/631](#) (segundo informe, 2010); y [A/CN.4/646](#) (tercer informe, 2011).

⁵ Véase *Anuario ... 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 266 a 311.

⁶ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, párrs. 104 a 203.

⁷ *Ibid.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párr. 84.

⁸ /CN.4/654.

⁹ En relación con el desarrollo del debate sobre el tema que tuvo lugar en la Comisión, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párrs. 86 a 139. Véanse también las actas resumidas provisionales de la Comisión contenidas en los documentos [A/CN.4/SR.3143](#) a SR.3147, disponibles en el sitio web de la Comisión.

¹⁰ La Sexta Comisión se ocupó del tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” en las sesiones 20ª a 23ª de su sexagésimo séptimo período de sesiones. Además, dos Estados realizaron referencias al tema en la 19ª sesión. Las intervenciones de los Estados en dichas sesiones pueden consultarse en las actas resumidas contenidas en los documentos [A/C.6/67/SR.19](#) a SR.23. Véase también el resumen por temas,

5. Con posterioridad la Relatora Especial ha presentado otros cuatro informes, en 2013, 2014, 2015 y 2016¹¹. Tras el examen de dichos informes¹², la Comisión ha aprobado provisionalmente hasta la fecha los siguientes proyectos de artículo con sus comentarios: proyecto de artículo 1 (sobre el ámbito de aplicación del proyecto de artículos)¹³; proyecto de artículo 2, apartados *e* y *f* (sobre los conceptos de “funcionario del Estado” y de “acto realizado a título oficial”)¹⁴; proyectos de artículo 3 y 4 (sobre los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae*)¹⁵; proyectos de artículo 5 y 6 (sobre los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*)¹⁶; y proyecto de artículo 7 (sobre los crímenes de derechos internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica) y anexo¹⁷. El texto de los proyectos de artículo y del anexo al proyecto de artículo 7 provisionalmente aprobados hasta el momento por la Comisión se incluye en el anexo al presente informe.

6. Por su parte, la Sexta Comisión de la Asamblea General examinó los informes de la Comisión sobre este tema en sus períodos de sesiones de 2013 a 2017¹⁸.

7. En su 68º período de sesiones (2016), la Comisión tuvo ante sí el quinto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado¹⁹, que estaba dedicado a los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal del Estado y contenía un proyecto de artículo. Dado que en el momento de su consideración por la Comisión el informe solo estaba disponible en dos idiomas (español e inglés), ésta decidió que se iniciaría el debate a fin de que los miembros que lo desearan pudiesen emitir sus comentarios y observaciones, pero acordó que el debate quedaría abierto y no se concluiría hasta el 69º período de sesiones, cuando el informe se hubiese distribuido en todas las lenguas oficiales. Solo en ese momento se ofrecería a la Sexta Comisión un informe completo

preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo séptimo período de sesiones (A/CN.4/657), párrs. 26 a 38.

¹¹ A/CN.4/661 (segundo informe), A/CN.4/673 (tercer informe), A/CN.4/686 (cuarto informe) y A/CN.4/701 (quinto informe).

¹² Para una visión detallada del tratamiento del tema por la Comisión, véanse los informes de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 65º a 67º: *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párrs. 43 a 49; *ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párrs. 126 a 132; e *ibid.*, *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párrs. 174 a 243. El debate sobre el quinto informe de la Relatora Especial es analizado en el presente capítulo.

¹³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 49.

¹⁴ *Ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 132; e *ibid.*, *septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párr. 250.

¹⁵ *Ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 49.

¹⁶ *Ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 132; e *ibid.*, *septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párr. 250.

¹⁷ *Ibid.*, *septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 141.

¹⁸ Véanse los documentos A/CN.4/666, párrs. 10 a 30; A/CN.4/678, párrs. 37 a 51; y A/CN.4/689, párrs. 68 a 76, que contienen los resúmenes por temas, preparados por la Secretaría, de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante sus períodos de sesiones sexagésimo octavo a septuagésimo. Los debates celebrados en la Sexta Comisión pueden consultarse en las actas resumidas contenidas en los documentos A/C.6/68/SR.17 a SR.19, A/C.6/69/SR.21 a SR.26 y A/C.6/70/SR.20 y SR.22 a SR.25. El texto completo de las intervenciones de los delegados que participaron en el debate puede consultarse en <http://papersmart.unmeetings.org/en/ga/sixth/68th-session/agenda>, <http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/69th-session/agenda> y <http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/70th-session/agenda>. Los debates de la Sexta Comisión sobre el quinto informe son analizados en el presente capítulo.

¹⁹ A/CN.4/701.

sobre el debate, incluido el resumen realizado por la Relatora Especial²⁰. En su 69º período de sesiones (2017), tras retomar el debate sobre el quinto informe, la Comisión decidió remitir el proyecto de artículo 7 al Comité de Redacción²¹ y con posterioridad aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7, junto con su comentario. La adopción del proyecto de artículo 7 se produjo mediante voto registrado con un resultado de 21 votos a favor, 8 en contra y una abstención²². Además, la Comisión aprobó sendas notas a pie de página que fueron incluidas en el título de las partes segunda (Inmunidad *ratione personae*) y tercera (Inmunidad *ratione materiae*)²³.

8. La problemática de los límites y excepciones a la inmunidad es, sin duda, la cuestión más controvertida y políticamente sensible del presente tema. Por tanto, no es de extrañar que el debate tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión de la Asamblea General haya sido muy intenso y que en el mismo se hayan reflejado las diferencias entre los miembros de la Comisión y entre los Estados sobre esta cuestión. Como se ha señalado anteriormente, dicho debate se ha extendido a lo largo de los períodos de sesiones 68º (2016) y 69º (2017) y, por tanto, ha tenido lugar a caballo entre dos quinquenios. Dada la importancia de los temas abordados con ocasión del quinto informe, se ha considerado oportuno incluir en el presente informe un breve resumen de los comentarios y observaciones realizados tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión de la Asamblea General, sin perjuicio del tratamiento de este debate tanto en los informes anuales de la Comisión²⁴ como en el útil resumen por temas que la Secretaría realiza sobre los debates celebrados en la Sexta Comisión²⁵. Por consiguiente, los siguientes párrafos deben leerse juntamente con dichos documentos, así como con las actas resumidas de la Comisión de Derecho Internacional²⁶ y de la Sexta Comisión de la Asamblea General²⁷, a las que se remite.

9. En la Comisión, el debate sobre el quinto informe puede ser analizado tanto desde una perspectiva general y metodológica como desde la perspectiva específica del proyecto de artículo 7.

10. Por lo que se refiere a las cuestiones metodológicas, el debate entre los miembros de la Comisión se ha centrado en los siguientes puntos: *a*) el alcance del mandato de la Comisión en relación con el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y su aplicación en el caso de las inmunidades de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; *b*) la necesidad de identificar o no el carácter de desarrollo progresivo o de codificación respecto de los distintos proyectos

²⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párr. 193.

²¹ *Ibid.*, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10), párr. 73. El informe del Presidente del Comité de Redacción se puede consultar en línea en el sitio web de la Comisión.

²² Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párrs. 74 y 75, así como el acta resumida provisional de la Comisión contenida en el documento [A/CN.4/SR.3378](#).

²³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 140.

²⁴ Véanse *ibid.*, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10), párrs. 190 a 250; e *ibid.*, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10), párrs. 68 a 141.

²⁵ Véanse [A/CN.4/703](#), párrs. 51 a 61, y [A/CN.4/713](#), párrs. 29 a 44.

²⁶ Véanse las actas resumidas provisionales de la Comisión contenidas en los documentos [A/CN.4/SR.3328](#) a [SR.3331 \(2016\)](#) y [A/CN.4/SR.3360](#) a [SR.3365](#), [SR.3378](#) y [SR.3387](#) a [SR.3389 \(2017\)](#).

²⁷ Véanse las actas resumidas [A/C.6/71/SR.20](#) y [SR.24](#) a [SR.30 \(2016\)](#) y [A/C.6/72/SR.18](#), [SR.19](#) y [SR.21](#) a [SR.26 \(2017\)](#).

de artículo aprobados por la Comisión; o -en su caso- la calificación de ciertos proyectos como “derecho nuevo” (denominación empleada por algunos miembros de la Comisión que no se recoge en su estatuto); c) la conveniencia de llevar a cabo un proceso de desarrollo progresivo en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado o, por el contrario, la conveniencia de limitarse a reflejar la *lex lata* y, por tanto, circunscribirse a la codificación en sentido estricto; d) la naturaleza del resultado final que debería darse a los trabajos sobre el presente tema, planteándose por algunos miembros la distinción entre un proyecto de artículos (que debería estar basado esencialmente en la codificación y en la práctica internacional) y la elaboración de un proyecto de tratado (que por ello no estaría sujeto a dichos límites metodológicos); y e) la necesidad o no de establecer un tratamiento simultáneo y condicionado entre los límites y excepciones a la inmunidad y las salvaguardas procesales.

11. Desde la perspectiva del proyecto de artículo 7, las cuestiones que se han suscitado en el debate en la Comisión pueden resumirse en los siguientes bloques: a) la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* a los efectos de los límites y excepciones a la inmunidad; b) la existencia o no de una práctica que sirva de base a una norma consuetudinaria o a una tendencia en el derecho internacional a favor de establecer límites y excepciones a la inmunidad; c) los criterios para la identificación de aquellos crímenes que deberían ser incluidos en el artículo 7 y respecto de los cuales la inmunidad *ratione materiae* no se aplica; d) las relaciones entre inmunidad e impunidad y la fundamentación de los límites y excepciones a la inmunidad; y e) la eventual incidencia en el presente proyecto del régimen de inmunidades aplicable ante los tribunales penales internacionales y las consecuencias que, en su caso, se derivarían para el mismo de la obligación de los Estados de cooperar con dichos tribunales.

12. Todas estas cuestiones se han suscitado tanto en 2016 como en 2017, sin solución de continuidad entre uno y otro quinquenio, y de tal forma que es posible encontrar argumentos similares sobre cada una de las cuestiones en ambos períodos de sesiones. A lo largo del debate se ha consolidado la existencia de una clara diferencia de posiciones entre un amplio número de miembros de la Comisión favorable a la definición de límites y excepciones a la inmunidad *ratione materiae* y un número más reducido de miembros que ha expresado reservas o su oposición respecto de los límites y excepciones. Por el contrario, el debate ha reflejado un amplio consenso a favor de la inexistencia de límites o excepciones respecto de la inmunidad *ratione personae*. El resultado de este proceso se ha reflejado en la aprobación del proyecto de artículo 7 y de su comentario por votación y no por consenso como había venido siendo usual en la práctica de la Comisión.

13. Por su parte, la Sexta Comisión se ha ocupado igualmente de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en 2016 y 2017, concentrándose la mayor parte de las intervenciones en este segundo año. Los comentarios de los Estados se han hecho eco de la misma división de posiciones que se había producido previamente en el seno de la Comisión, poniéndose un mayor énfasis en los aspectos de mayor sensibilidad política que suscitan los límites y excepciones a la inmunidad.

14. Así, en primer lugar, se ha de destacar que los Estados han recibido positivamente la conclusión de que los límites y excepciones a la inmunidad tan solo se aplican a la inmunidad *ratione materiae*, manteniéndose el carácter pleno de la inmunidad *ratione personae*²⁸. En segundo lugar, un cierto número de Estados han

²⁸ Chile, Cuba, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea y Rumania.

apoyado el establecimiento de un sistema de límites y excepciones a la inmunidad *ratione materiae* contenido en el proyecto de artículo 7²⁹. Si bien los argumentos a favor del proyecto de artículo 7 han sido diversos, destaca la necesidad de garantizar que no se produzca una contradicción entre las normas relativas a la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes de derecho internacional y el presente proyecto de artículos, preservándose en todo caso los logros alcanzados por la comunidad internacional en las últimas décadas, en especial el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional^{30,31}. Por otro lado, aunque algunos Estados han concluido que una disposición sobre excepciones no sería necesaria, han hecho esta afirmación porque a su juicio los crímenes internacionales no pueden ser considerados en ningún caso como actos realizados a título oficial³², lo que no puede entenderse como un rechazo sustantivo al proyecto de artículo 7. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que la opinión favorable al proyecto de artículo 7 ha encontrado distintos fundamentos, ya que mientras algún Estado ha afirmado que ya existe una norma consuetudinaria³³, un número amplio de Estados han afirmado que existe una tendencia que justificaría una propuesta de desarrollo progresivo³⁴. Otros Estados han añadido que los límites y excepciones a la inmunidad se justifican por la necesidad de preservar los valores esenciales de la comunidad internacional³⁵ y en la existencia de normas de *ius cogens*³⁶. Para estos Estados, la práctica contenida en el quinto informe, así como el análisis de los fundamentos de los límites y excepciones que se contiene en el mismo, ofrecerían elementos suficientes para llegar a estas conclusiones³⁷.

15. Por el contrario, otro grupo de Estados ha sostenido que la práctica internacional no permite concluir la existencia de una costumbre³⁸ ni, incluso, de una tendencia³⁹ a favor de los límites o excepciones a la inmunidad. Para estos Estados, la práctica a que se hace referencia en el quinto informe no es suficiente ni relevante y su tratamiento presenta problemas metodológicos⁴⁰. En consecuencia, para algunos de estos Estados no sería posible proceder a la codificación del derecho internacional, única posibilidad que consideran aceptable en relación con este tema⁴¹. En cualquier caso, conviene destacar que los Estados que no consideran que exista práctica suficiente para pronunciarse sobre los límites y excepciones a la inmunidad no

²⁹ Austria, Chequia, Chile, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Grecia, Hungría, Italia, México, Noruega (en nombre de los países nórdicos), Nueva Zelandia (aunque sugiere un tratamiento de perspectiva en el tratamiento del tema), Países Bajos, Perú, Portugal, Rumania, Sudáfrica, Ucrania y Viet Nam.

³⁰ Austria, El Salvador, Estonia, Noruega (en nombre de los países nórdicos) y Nueva Zelandia.

³¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3.

³² Países Bajos y Suiza.

³³ Italia. Por su parte, Viet Nam ha afirmado que el proyecto de artículo 7 refleja la práctica convencional.

³⁴ Austria, Chequia, Chile, Eslovaquia, Eslovenia, España, Grecia, Países Bajos, Perú y Sudáfrica.

³⁵ El Salvador, Eslovenia, Grecia, Portugal y Rumania.

³⁶ Eslovenia y Portugal. En una posición contraria se han manifestado China y la Federación de Rusia. Por su parte, los Estados Unidos de América, la República Islámica del Irán y Singapur han afirmado que la inmunidad de jurisdicción no guarda relación alguna con la gravedad de los crímenes.

³⁷ Véase, por ejemplo, México.

³⁸ Alemania, Australia, Belarús, China, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Irlanda, Israel, Japón, Malasia, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Islámica del Irán, Singapur, Sri Lanka y Suiza.

³⁹ Alemania, Australia, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Irlanda, Israel y Japón.

⁴⁰ Alemania, Belarús, China, Cuba, España, Estados Unidos de América, Francia, India, Indonesia, Irlanda, Israel, Malasia, Polonia, República Islámica del Irán, República de Corea, Singapur, Sri Lanka y Suiza.

⁴¹ Federación de Rusia, Sri Lanka y Tailandia.

parecen pretender la misma finalidad. Así, baste con destacar que algunos de ellos se limitan a concluir que no es posible identificar la existencia de una costumbre y que toda propuesta de la Comisión debería ser de *lege ferenda* y vinculada, por tanto, al desarrollo progresivo; otros entienden que no es aceptable aprobar una disposición como la contenida en el proyecto de artículo 7 sobre la base del quinto informe y que es preciso profundizar o proceder a un nuevo análisis de la práctica por parte de la Comisión⁴²; un Estado sugiere que se suspenda el tratamiento del tema hasta que haya un consenso dentro de la Comisión sobre los límites y excepciones⁴³; y un Estado sugiere que se deje definitivamente en suspenso el tratamiento del tema por parte de la Comisión hasta que la práctica de los Estados evolucione y se pueda identificar claramente si existe o no una costumbre sobre los límites y excepciones a la inmunidad *ratione materiae*⁴⁴.

16. Por lo que se refiere a los crímenes respecto de los cuales la inmunidad *ratione materiae* no se aplica, un cierto número de Estados han apoyado la lista completa de crímenes contenida en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7⁴⁵, mientras que otros han apoyado únicamente la inclusión de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra⁴⁶, habiéndose producido una importante división respecto de la posible inclusión del crimen de agresión⁴⁷. Por otro lado, algunos Estados han sugerido la posibilidad de incluir otros crímenes⁴⁸ y alguno ha llamado la atención sobre la inexistencia de un criterio que justifique la inclusión de uno u otro crimen⁴⁹. La corrupción y la excepción territorial contenidas en la propuesta original de proyecto de artículo 7 también han sido objeto de opiniones contrapuestas⁵⁰. En general los Estados han apoyado el empleo de un sistema de lista de crímenes a los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica⁵¹, aunque algunos Estados han señalado la conveniencia de cambiar el sistema de lista por una fórmula abierta en que se

⁴² En este sentido, Francia ha sugerido que se constituya un grupo de trabajo para el análisis de la práctica.

⁴³ Estados Unidos de América.

⁴⁴ China.

⁴⁵ Chequia y Estonia.

⁴⁶ Belarús, Eslovaquia, Hungría, Malasia (en contra de tortura y desapariciones forzadas), Noruega (en nombre de los países nórdicos), República Islámica del Irán (que, en cualquier caso, no está a favor de un sistema de lista).

⁴⁷ Se han manifestado a favor de incluir el crimen de agresión Eslovenia, Estonia, Portugal y Ucrania. En contra Belarús, Chequia, Hungría y México. El Salvador sugirió que la Comisión no tomase una decisión al respecto hasta que la Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional se pronunciase sobre la activación de la jurisdicción de la Corte respecto de ese crimen, lo que se ha producido en diciembre de 2017.

⁴⁸ Alemania y los Países Bajos se han referido a la esclavitud y el tráfico de personas.

⁴⁹ Alemania, Estados Unidos de América y Japón.

⁵⁰ Los Estados Unidos de América señalaron que no se había establecido claramente el motivo para no incluir ambas excepciones en el proyecto de artículo 7. Respecto de la corrupción, un cierto número de Estados han apoyado su no inclusión en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 por considerar que no son actos realizados a título oficial y, por tanto, no están cubiertos por la inmunidad: Austria, Chequia, Grecia, Hungría, Italia, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Viet Nam. Por su parte, Alemania y El Salvador señalaron que no deberían incluirse ya que el propio concepto no está suficientemente definido. Austria, aunque considera que no es un acto realizado a título oficial, llamó la atención sobre la necesidad de establecer salvaguardas procesales a fin de evitar que los funcionarios del Estado puedan ser enjuiciados por crímenes de corrupción de forma abusiva y por motivaciones políticas. Respecto de la excepción territorial, Viet Nam señaló que era necesario analizarla más, mientras que México concluyó que no era necesario incluirla ya que se trataba de un supuesto de aplicación de la jurisdicción territorial. También expresaron su opinión contraria a la excepción territorial Grecia, Italia y Malasia, por considerar que era una excepción más propia de la inmunidad de jurisdicción civil.

⁵¹ Austria, Cuba, Eslovaquia, Grecia, Hungría, Italia y Rumania.

mencionen simplemente los crímenes de derecho internacional⁵². Además, un Estado ha propuesto eliminar el sistema de enumeración de los crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica y sustituirlo por otro enfoque consistente en identificar quién decide sobre la inmunidad, bajo qué parámetros y con qué umbral de prueba⁵³. Por último, hay que destacar que el anexo a que se hace referencia en el párrafo 2 del proyecto de artículo 7 ha recibido el apoyo de varios Estados⁵⁴, aunque ha dado lugar a un cierto debate que se ha concentrado en la selección de los tratados incluidos en el mismo⁵⁵, la no mención de los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra⁵⁶ como referente de la definición de los crímenes de guerra⁵⁷, el distinto nivel de ratificaciones alcanzadas por los tratados que se mencionan en el anexo⁵⁸ y la diferente forma en que dichos crímenes son tipificados en los derechos internos⁵⁹.

17. Para finalizar con las cuestiones sustantivas, ha de destacarse igualmente la referencia general que los Estados participantes en el debate han hecho a la necesidad de establecer un equilibrio entre la preservación de la inmunidad como garantía del principio de igualdad soberana y el mantenimiento de los instrumentos establecidos para luchar contra la impunidad de los más graves crímenes de derecho internacional⁶⁰, lo que se ha traducido en varias ocasiones en la afirmación general de que inmunidad no equivale a impunidad⁶¹. No obstante, aunque esta afirmación casi ha adquirido el estatuto de declaración de principio, los Estados han deducido de la misma diferentes conclusiones en relación con el efecto que dicho equilibrio tendría sobre el establecimiento de límites y excepciones a la inmunidad. Así, baste con destacar que para algunos Estados dicho equilibrio no tiene consecuencia alguna sobre la inmunidad, ya que ésta es meramente procesal⁶², mientras que para otros el reconocimiento de una inmunidad de jurisdicción sin límite alguno podría traducirse en la práctica en una forma de impunidad⁶³. Algunos otros Estados han concluido que la Comisión no ha definido bien dicho equilibrio⁶⁴, o se han limitado a declarar que el principio de igualdad soberana debe primar en cualquier circunstancia⁶⁵.

18. Además de las cuestiones que se acaban de mencionar, en los debates en la Sexta Comisión se ha prestado un interés especial a tres cuestiones de orden metodológico que merecen ser destacadas. La primera de ellas se refiere a la relación entre desarrollo progresivo y codificación en los trabajos de la Comisión. Esta problemática ha tenido una doble manifestación en los comentarios de los Estados. Conforme a la primera, la distinción entre ambas categorías ha sido formulada por algunos Estados para excluir toda forma de desarrollo progresivo en el presente tema, que debería

⁵² Países Bajos y República Islámica del Irán.

⁵³ Singapur.

⁵⁴ Hungría, Noruega (en nombre de los países nórdicos), Rumania y Sudáfrica.

⁵⁵ Eslovenia, España y Hungría.

⁵⁶ Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núms. 970 a 973.

⁵⁷ Eslovenia.

⁵⁸ Eslovenia y República Islámica del Irán.

⁵⁹ Eslovenia y Malasia.

⁶⁰ Alemania, Australia, Austria, Chile, El Salvador, Eslovenia, Federación de Rusia, Francia, Grecia, Hungría, India, Indonesia, Israel, Japón, Noruega (en nombre de los países nórdicos), Perú, Polonia, Portugal, República Islámica del Irán, Sudáfrica y Viet Nam

⁶¹ Australia y Federación de Rusia.

⁶² Alemania, Australia, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Israel, Países Bajos, República de Corea y Suiza.

⁶³ Perú y Portugal.

⁶⁴ Alemania y Australia.

⁶⁵ Sri Lanka y República Islámica del Irán.

quedar reducido al plano de la codificación⁶⁶, mientras que para otro grupo de Estados la Comisión debería desarrollar su trabajo combinando la codificación y el desarrollo progresivo⁶⁷. La segunda es más matizada y se refiere esencialmente a la petición de algunos Estados de que la Comisión establezca claramente si una disposición debe ser calificada como desarrollo progresivo o como codificación, sin oponerse a la posibilidad de formular propuestas de desarrollo progresivo⁶⁸. Además, algunos Estados se han hecho eco igualmente de la expresión “derecho nuevo” como una realidad distinta al desarrollo progresivo y la codificación, llegando incluso a afirmar que la Comisión estaría actuando conforme a esta técnica que no está contemplada en su estatuto⁶⁹. Por otro lado, algún Estado se ha basado en estas distinciones para pronunciarse sobre la forma final del proyecto de la Comisión que, a su juicio, debería ser un proyecto de tratado⁷⁰. Dado que estos comentarios afectan de manera directa a la definición de su mandato y a sus métodos de trabajo, quizás la Comisión desee dedicarle atención a esta cuestión en el futuro.

19. En segundo lugar, ha de destacarse que los Estados se han hecho igualmente eco del debate de la Comisión sobre las salvaguardias procesales que serían necesarias para evitar abusos y enjuiciamientos políticamente motivados de funcionarios extranjeros. Al igual que sucedió en la Comisión, las delegaciones que intervinieron en el debate de la Sexta Comisión han reconocido de modo general la necesidad de establecer dichas salvaguardias y algunas de ellas se han referido a mecanismos concretos. Sin embargo, solo algunos Estados han establecido una relación de condicionalidad entre las citadas salvaguardias y los límites y excepciones a la inmunidad. Un análisis más detallado de esta cuestión se realiza en el capítulo I del presente informe, al que se remite.

20. Pero, sobre todo, la principal preocupación metodológica de los Estados se ha referido a la forma en que la Comisión ha aprobado provisionalmente el proyecto de artículo 7. Así, debe llamarse la atención sobre el hecho de que un buen número de Estados ha expresado su preocupación por el hecho de que la Comisión haya recurrido a una votación⁷¹, contrariamente a lo que había venido siendo su práctica más reciente, señalando que la Comisión debería actuar por consenso⁷². Junto a ello, no puede olvidarse tampoco que un Estado ha declarado que, aunque la votación no sea el método más deseable, es uno de los métodos que la Comisión puede utilizar⁷³. La preocupación de los Estados por el hecho de que la Comisión haya tenido que votar

⁶⁶ En este sentido, varios Estados han llamado la atención sobre la necesidad de concentrarse en el derecho vigente a fin de evitar confusiones, en especial porque las autoridades nacionales utilizarán el proyecto de artículos como guía: Alemania, Estados Unidos de América, Francia, Irlanda, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suiza.

⁶⁷ Chile, El Salvador, Eslovenia, Grecia, México, Portugal y Rumania.

⁶⁸ Alemania (que señala que no hacerlo dañaría la legitimidad de la Comisión), Australia, Austria, España, Francia, India, Irlanda, Israel, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur y Suiza.

⁶⁹ China, Estados Unidos de América, Federación de Rusia y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

⁷⁰ Alemania, Australia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Sudán.

⁷¹ Alemania, Australia, Austria, Chile, China, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Grecia, India, Indonesia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Malasia, Malawi, Noruega (en nombre de los países nórdicos), Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, República Islámica del Irán, Singapur y Sri Lanka.

⁷² Australia, China, Eslovaquia, Estados Unidos de América, Francia, Grecia, Irlanda, Malawi, Noruega (en nombre de los países nórdicos) y Sri Lanka. Algunos países han afirmado que la Comisión solo debería emprender un trabajo de desarrollo progresivo si hay consenso: España, Sri Lanka y Tailandia. Francia, por su parte, sugirió que la Comisión se tome tiempo para alcanzar el consenso respecto del texto aprobado en primera lectura.

⁷³ Portugal.

para aprobar el proyecto de artículo 7 se ha justificado por varias razones. Así, algunos Estados han señalado que el voto reflejaría la falta de consenso entre los miembros de la Comisión sobre un tema de especial importancia y, por tanto, dificultaría la tarea de los Estados a la hora de adoptar una posición en la Sexta Comisión⁷⁴. Algún Estado ha señalado también que puede generar dudas entre los órganos e instituciones llamados a ocuparse de los temas de inmunidad, dificultando la interpretación y contribuyendo a la fragmentación del derecho internacional⁷⁵. Y, por último, se ha afirmado también que proyecta dudas serias sobre la naturaleza de la propuesta en tanto que codificación o desarrollo progresivo⁷⁶. En todo caso, debe destacarse que solo un Estado ha concluido que el recurso a la votación daña el prestigio de la Comisión y compromete su trabajo y su impacto en el futuro⁷⁷. Dado que las preocupaciones de los Estados afectan también a sus métodos de trabajo, quizás la Comisión desee examinar en el futuro la cuestión del sistema de adopción de decisiones en general, y en este tema en particular. En todo caso, la Relatora Especial desea dejar igualmente constancia de que el recurso al voto, aunque haya sido una fórmula extraordinaria en la práctica, no puede interpretarse en ningún caso como una vía de deslegitimación del trabajo de la Comisión ni de las decisiones adoptadas por la misma.

21. Para finalizar este resumen de los trabajos sobre el presente tema, ha de recordarse que desde 2013 la Comisión ha venido formulando diversas preguntas a los Estados sobre cuestiones de interés para el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En 2014 los siguientes Estados remitieron comentarios: Alemania, Bélgica, Chequia, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Irlanda, México, Noruega, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suiza⁷⁸. En 2015 los siguientes Estados remitieron contribuciones: Alemania, Austria, Chequia, Cuba, España, Finlandia, Francia, Países Bajos, Perú, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suiza⁷⁹. En 2016 se recibieron contribuciones escritas de los siguientes Estados: Australia, Austria, España, Países Bajos, Paraguay, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suiza⁸⁰. En 2017 los siguientes Estados remitieron comentarios escritos: Alemania,

⁷⁴ Eslovaquia, Francia y Singapur.

⁷⁵ Estados Unidos de América y Francia.

⁷⁶ Para los Estados Unidos de América, el recurso al voto puede dar a entender que el proyecto de artículo 7 no es ni codificación ni desarrollo progresivo.

⁷⁷ Alemania. En la misma línea, ha afirmado que la Comisión no es una organización no gubernamental y que debe responder a los más altos estándares.

⁷⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 25. La Comisión pidió a los Estados “que, antes del 31 de enero de 2014, proporcionasen información sobre la práctica de sus instituciones, y en particular sobre las decisiones judiciales, en lo que concierne al significado dado a las expresiones ‘actos oficiales’ o ‘actos realizados a título oficial’ en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”.

⁷⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 28. La Comisión pidió a los Estados “que, antes del 31 de enero de 2015, proporcionasen información sobre la legislación interna y sobre su práctica, especialmente la práctica judicial, en relación con las siguientes cuestiones: a) el significado dado a las expresiones ‘actos oficiales’ y ‘actos realizados a título oficial’ en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; y b) las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”.

⁸⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párr. 29. La Comisión señaló que “agradecería que los Estados le proporcionasen información sobre su legislación y práctica, en particular práctica judicial, en relación con los límites y las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”.

Austria, Chequia, Francia, México, Países Bajos y Suiza⁸¹. Además, durante sus declaraciones en la Sexta Comisión, varios Estados se refirieron a las cuestiones contenidas en las preguntas que la Comisión les había dirigido. La Relatora Especial desea agradecer muy especialmente a dichos Estados sus comentarios, que son de gran utilidad para los trabajos de la Comisión. Igualmente, se agradecerá cualquier otro comentario que los Estados deseen remitir con posterioridad. Estos comentarios, y las observaciones formuladas en las intervenciones orales de los delegados de los Estados en la Sexta Comisión de la Asamblea General, han sido debidamente tenidos en cuenta para la elaboración del presente informe.

22. Siguiendo el programa de trabajo propuesto por la Relatora Especial y aprobado por la Comisión, el presente informe está dedicado a los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Aunque la intención de la Relatora Especial habría sido agotar esta problemática en el sexto informe, tal como anunció en su anterior informe, no le ha sido posible hacerlo. Por tanto, con el presente informe se inicia el tratamiento de los aspectos procesales de la inmunidad, analizando en primer lugar la forma en que estos temas han sido tratados con anterioridad en los trabajos de la Comisión, el significado que los aspectos procesales tienen en el marco general del presente tema y el enfoque que la Relatora Especial pretende seguir al analizar los denominados aspectos procesales, incluida la identificación de cuáles son los elementos que deben examinarse bajo dicha denominación (capítulo I). Además, el presente informe se ocupa de tres de los componentes de los aspectos procesales, que se caracterizan por guardar una estrecha relación con el concepto de jurisdicción (capítulo II), a saber: el momento en que la inmunidad debe ser considerada por las autoridades del Estado del foro (sección B), los actos de las autoridades del foro que quedan afectados por la inmunidad (sección C) y la determinación de la inmunidad (sección D).

⁸¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párr. 35; e *ibid.*, *septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 30. Para el texto de la pregunta véase el párrafo 42 *infra*.

Capítulo I

Los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado: introducción

A. Consideraciones generales

23. Como acertadamente se señaló en el memorando elaborado por la Secretaría en 2008, el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado por parte de la doctrina se ha venido concentrando tradicionalmente en la dimensión sustantiva de la inmunidad, refiriéndose de manera solo marginal a los aspectos procesales vinculados con la misma⁸². En buena medida, esta afirmación sigue siendo válida en 2018. Así, si se pasa revista a la bibliografía especializada sobre el tema, el lugar reservado a los aspectos procesales de la inmunidad sigue siendo muy reducido. Y lo mismo cabe decir si se analiza la tarea de codificación privada, en especial la desarrollada por el Instituto de Derecho Internacional que, en las resoluciones dedicadas a la inmunidad de los funcionarios del Estado, tan solo se ha referido de forma explícita a la cuestión de la renuncia a la inmunidad y, de forma indirecta, al momento en que debe reconocerse la inmunidad al Jefe de Estado⁸³.

24. Y, sin embargo, los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no pueden ser ignorados ni su importancia minusvalorada. En efecto, no puede olvidarse que la inmunidad de los funcionarios del Estado opera frente a la jurisdicción penal del Estado del foro y que, por consiguiente, la definición del régimen jurídico aplicable a dicha inmunidad debe contemplar necesariamente un amplio número de cuestiones, entre las que cabe destacar las siguientes: el momento en que ha de considerarse la inmunidad por los tribunales del Estado del foro; los actos jurisdiccionales (u otros) que se verán afectados por la inmunidad; qué órgano, y a través de qué procedimiento, ha de determinar la aplicabilidad o no de la inmunidad; la invocación de la inmunidad y la forma en que la misma se puede realizar; la renuncia o levantamiento de la inmunidad; y la forma de participación y los derechos del funcionario extranjero y de su Estado en el proceso de determinación de la inmunidad, entre otros. No es de extrañar, por tanto, que los aspectos procesales de la inmunidad estén siendo objeto de un creciente interés.

B. Los aspectos procesales en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema

25. La necesidad de tratar los aspectos procesales de la inmunidad no ha sido ignorada por la Comisión. Y así, tras un primer análisis contenido en el memorando de la Secretaría⁸⁴, el anterior Relator Especial, Sr. Kolodkin, dedicó buena parte de su tercer y último informe a los aspectos procesales de la inmunidad⁸⁵. En el mismo analizó tres de las cuestiones a que antes se ha hecho referencia, a saber: el momento en que la inmunidad debe ser considerada por los tribunales del foro, la invocación

⁸² A/CN.4/596 [y Corr.1] (véase la nota 3 *supra*), párr. 213.

⁸³ Véase Instituto de Derecho Internacional, resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en derecho internacional, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (período de sesiones de Vancouver, 2001), págs. 742 y ss., en particular arts. 6 y 7; disponible en www.idi-iil.org, *Resolutions*.

⁸⁴ Véase A/CN.4/596 [y Corr.1] (véase la nota 3 *supra*), párrs. 213 a 269.

⁸⁵ Véase A/CN.4/646, párrs. 11 a 57.

de la inmunidad y la renuncia a la inmunidad. Además, en su segundo informe se había ocupado de los actos que se verían afectados por la inmunidad⁸⁶.

26. Por su parte, esta Relatora Especial ha prestado igualmente atención a la importancia de los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Así, incorporó los aspectos procesales en su informe preliminar e incluyó el tratamiento de los mismos en el plan de trabajo presentado a la Comisión en 2012⁸⁷; analizó el concepto de jurisdicción y se refirió a los actos que se podrían ver afectados por la inmunidad en 2013⁸⁸; y se refirió a la renuncia a la inmunidad, así como a la relación entre límites y excepciones a la inmunidad y las garantías procesales en 2016⁸⁹. Además, en 2017 sometió a la consideración de la Comisión un documento informal titulado *Concept paper for informal consultations on procedural provisions and safeguards*, en el que se contienen ya las líneas generales del tratamiento del tema que la Relatora Especial se proponía desarrollar en informes ulteriores⁹⁰, y que fue objeto de consultas informales abiertas el 18 de julio de 2018. En ese contexto, los miembros de la Comisión tuvieron ya la oportunidad de expresar sus primeras reacciones sobre el enfoque que la Relatora Especial pretende seguir en relación con el tratamiento de este importante tema⁹¹.

27. Por último, la importancia atribuida a los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se ha visto reflejada en el anterior período de sesiones en la decisión de la Comisión de incluir una nota a pie de página en los títulos de las partes segunda (Inmunidad *ratione personae*) y tercera (Inmunidad *ratione materiae*) del proyecto de artículos en la que se advierte de que “[l]a Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos”⁹².

C. Los debates sobre los aspectos procesales en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión de la Asamblea General

28. Los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera fueron objeto de debate por primera vez en la Comisión en 2011, sobre la base del tercer informe del anterior Relator Especial, el Sr. Kolodkin⁹³. Aunque el debate sobre los aspectos procesales reflejó un menor nivel de controversia que el relativo al segundo

⁸⁶ Véase A/CN.4/631, párrs. 38 a 51.

⁸⁷ Véase el informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial (A/CN.4/654), párrs. 69 y 70.

⁸⁸ Véase el segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial (A/CN.4/661), párrs. 36 a 42.

⁸⁹ Véase el quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial (A/CN.4/701), párrs. 245 y 247.

⁹⁰ Por su extensión, no es posible incluir en este informe el texto completo del *Concept paper*. Para su consulta, dirigirse a la Secretaría de la Comisión en cuyos archivos está depositado.

⁹¹ Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 77; y el acta resumida provisional de la Comisión contenida en el documento A/CN.4/SR.3378.

⁹² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 140.

⁹³ Véase *ibid.*, *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, párrs. 141 a 203. Véanse también las siguientes actas resumidas provisionales: A/CN.4/SR.3111 y SR.3113 a SR.3115.

informe que se celebró ese mismo año, algunos miembros de la Comisión expresaron su opinión de que no era aún el momento de entrar a fondo en el tema de los aspectos procesales de la inmunidad, ya que la Comisión debía lograr con carácter previo un acuerdo sobre los elementos sustantivos contenidos en el segundo informe. Para esos miembros, las cuestiones procesales solo podían ser abordadas en profundidad una vez que la Comisión se hubiese pronunciado sobre las posibles excepciones a la inmunidad, cuestión previa a todo desarrollo ulterior del tema y sobre la que la división de opiniones de los miembros de la Comisión había sido muy grande⁹⁴. Por su parte, la Sexta Comisión de la Asamblea General debatió también los aspectos procesales de la inmunidad en su sexagésimo sexto período de sesiones⁹⁵.

29. A lo largo del pasado quinquenio, la referencia a la necesidad de tomar en consideración los aspectos procesales de la inmunidad ha sido formulada en varias ocasiones en los debates en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión de la Asamblea General. No obstante, debe destacarse que, tras el debate de 2011, la preocupación de los miembros de la Comisión por los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera ha experimentado un cierto desplazamiento hacia la necesidad de establecer salvaguardas procesales para evitar la politización y el abuso de jurisdicción penal respecto de los funcionarios extranjeros. Desde esta perspectiva, los aspectos procesales para considerar deberían ser esencialmente (para algunos miembros de la Comisión exclusivamente) las cláusulas de salvaguarda de la soberanía del Estado extranjero. Una aproximación similar se ha producido también en el marco de la Sexta Comisión de la Asamblea General. Así, el interés por los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se ha presentado como un componente especialmente vinculado a la garantía y el reforzamiento del principio de igualdad soberana del Estado y de la inmunidad. En todo caso, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el debate sobre los aspectos procesales de la inmunidad ha adquirido una mayor presencia y un mayor peso en los dos últimos períodos de sesiones de la Comisión, al hilo del tratamiento por la misma del quinto informe de la Relatora Especial, dedicado a los límites y excepciones a la inmunidad⁹⁶.

30. Aparece así de nuevo la problemática de la relación existente entre excepciones y aspectos procesales que ya se había manifestado de alguna manera en 2011, aunque con una perspectiva totalmente distinta. Si en 2011 un grupo de miembros de la Comisión puso el énfasis en la necesidad de obtener un consenso previo sobre las excepciones a la inmunidad antes de abordar cualquier decisión sobre los aspectos procesales, en 2016 y 2017 otro grupo de miembros ha puesto el énfasis en la necesidad de lograr un consenso previo sobre las salvaguardias procesales. A ello ha de añadirse que si en 2011 los aspectos procesales son entendidos en sentido genérico como procedimientos e instrumentos de naturaleza procesal vinculados a la inmunidad, en 2016 y 2017 los aspectos procesales son contemplados esencialmente desde la perspectiva de las cláusulas procesales de garantía que se deben ofrecer al Estado del funcionario.

⁹⁴ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, párrs. 160 y 161.

⁹⁵ Véase el resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo sexto período de sesiones (*A/CN.4/650* y Add.1), párr. 13. Véanse también las actas resumidas *A/C.6/66/SR.18* a SR.28 y SR.30.

⁹⁶ En relación con este tema, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párrs. 190 a 248, en especial párr. 247; véanse también las actas resumidas provisionales de la Comisión contenidas en los documentos *A/CN.4/SR.3330* y SR.3331. Véanse asimismo *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párrs. 68 a 141; y las actas resumidas provisionales de la Comisión contenidas en los documentos *A/CN.4/SR.3360* a SR.3365 y SR.3378.

31. La necesidad de analizar y establecer salvaguardas procesales a fin de evitar procesamientos con motivación política y supuestos de abuso de jurisdicción no es, sin embargo, un tema nuevo. Por el contrario, esta preocupación había surgido ya en debates anteriores y la propia Relatora Especial había afirmado en su quinto informe lo siguiente: “[p]or último, la Relatora Especial desea destacar que la aplicación de este proyecto de artículo [Crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica] se debe entender a la luz de las reglas procesales relativas a la aplicación de la inmunidad que se puedan establecer en el futuro. Aunque dichas reglas no podrán modificar el contenido sustantivo del proyecto de artículo en lo que se refiere a la identificación de los supuestos en que la inmunidad no se aplica, sí podrán establecer condiciones procesales específicas a fin de asegurar que se tienen en cuenta todas las garantías procesales que protegen tanto a los Estados como a los individuos”⁹⁷. De la misma manera, aunque la mayoría de los miembros de la Comisión atribuyeron una gran importancia al tratamiento de las garantías procesales, un número importante de miembros de la misma señalaron en los debates de 2016 y 2017 su opinión favorable a considerar estas cláusulas de salvaguardia en el futuro, sin definir dicho tratamiento como una suerte de condicionalidad respecto de la adopción de un proyecto de artículo sobre los límites o excepciones a la inmunidad. Estos miembros de la Comisión expresaron también su opinión favorable a considerar otros aspectos procesales vinculados con el ejercicio y operatividad de la inmunidad.

32. Esta discrepancia de posiciones sobre la forma en que se deben abordar los aspectos procesales y su relación con las excepciones a la inmunidad en realidad viene a reflejar de alguna forma las distintas posiciones de los miembros de la Comisión respecto del tema de fondo referido a si cabe establecer o no excepciones o límites a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, en especial respecto de los crímenes de derecho internacional. Y ello ha terminado por proyectarse incluso en el procedimiento de adopción en 2017 del proyecto de artículo 7, que —como se ha señalado *supra*— se produjo a través de voto registrado. Las explicaciones de voto realizadas por un buen número de miembros de la Comisión ponen claramente de manifiesto las distintas posiciones mantenidas respecto de esta polémica cuestión⁹⁸.

33. Por su parte, la Sexta Comisión de la Asamblea General se hizo eco en su septuagésimo segundo período de sesiones del debate que se había desarrollado en la Comisión de Derecho Internacional. En relación con el mismo, cabe destacar que varios Estados se pronunciaron de forma general sobre la importancia de los aspectos procesales en el tratamiento de la inmunidad⁹⁹; varios llamaron la atención sobre la necesidad de evitar que el ejercicio de la jurisdicción penal contra un funcionario

⁹⁷ A/CN.4/701, párr. 247.

⁹⁸ Con ocasión de la aprobación del informe del Comité de Redacción en la 3378ª sesión de la Comisión, el 20 de julio de 2017, varios miembros expresaron su opinión y explicaron su voto antes y después de la votación. Entre los miembros que votaron en contra de la adopción, los Sres. Murphy, Wood, Huang, Rajput y Nolte expresaron la necesidad de que el proyecto de artículo relativo a los límites y excepciones fuera aprobado simultáneamente a la aprobación de las disposiciones procesales, por entender que no era posible pronunciarse sobre las excepciones sin conocer cuáles serían las garantías procesales que estarían a disposición del Estado del funcionario para evitar la politización y la utilización abusiva de la jurisdicción penal de un Estado contra un funcionario extranjero. Por su parte, los miembros de la Comisión que votaron a favor de la adopción del informe no emitieron, como regla, ninguna referencia a la necesidad de tratar conjuntamente el tema de las excepciones y las salvaguardas procesales, si bien el Sr. Hmoud expresó su esperanza de que el tratamiento futuro de los aspectos procesales de la inmunidad pudiera eliminar las preocupaciones expresadas por quienes habían votado en contra de la aprobación del proyecto de artículo 7. Véase el acta resumida provisional de la 3378ª sesión de la Comisión (A/CN.4/SR.3378).

⁹⁹ Cuba, España, Italia y Rumania.

extranjero pueda producirse de forma abusiva y con motivación política¹⁰⁰ y se refirieron a la necesidad de establecer salvaguardas procesales en relación con los límites y excepciones a la inmunidad¹⁰¹, reclamando incluso que ambos temas fueran objeto de consideración simultánea¹⁰². Por otro lado, varios Estados recordaron que el tema ya se había abordado adecuadamente en el tercer informe del Relator Especial, Sr. Kolodkin¹⁰³; dos Estados sugirieron la utilidad de reflexionar sobre alguna propuesta formulada por un miembro de la Comisión en los debates (“enjuiciamiento o levantamiento de la inmunidad”)¹⁰⁴; un Estado sugirió la conveniencia de establecer algún mecanismo de arreglo de controversias entre el Estado del foro y el Estado del funcionario¹⁰⁵; y un Estado sugirió igualmente que se estableciesen salvaguardas procesales a fin de que el ejercicio de la jurisdicción, en su caso, no menoscabase las garantías del debido proceso¹⁰⁶. Por su parte, un Estado se hizo eco positivamente de las consultas informales mantenidas en el seno de la Comisión en julio de 2017¹⁰⁷, y de modo general los Estados expresaron el interés por recibir el nuevo informe dedicado a los aspectos procesales de la inmunidad¹⁰⁸.

34. Por otro lado, conviene recordar que el diálogo interactivo que se celebra anualmente en los márgenes de la “Semana del Derecho Internacional” se ha interesado también por los temas a que se refiere el presente informe. Y así, la Relatora Especial fue invitada el pasado otoño a participar en dicho diálogo interactivo, circunstancia que aprovechó para transmitir a los delegados de los gobiernos los elementos esenciales del *Concept paper* que se había utilizado como base en las consultas informales celebradas en la Comisión, así como intercambiar opiniones con los mismos sobre el futuro tratamiento de los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

D. Significado de los aspectos procesales en el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

35. Si partimos de la idea de que la inmunidad de los funcionarios del Estado se pretende ejercer frente a una jurisdicción penal extranjera, resulta obvia la necesidad de analizar los aspectos procesales que están presentes en ese ejercicio. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que el trabajo de la Comisión sobre el presente tema no

¹⁰⁰ Austria, China, Eslovenia, México, Noruega (en nombre de los países nórdicos), Perú, Singapur y Suiza.

¹⁰¹ Alemania, Austria, Cuba, Eslovaquia, Estados Unidos de América, Estonia, Grecia, Irlanda, Israel, Japón, Malasia, México, Noruega (en nombre de los países nórdicos), Nueva Zelandia, Perú, Singapur y Sri Lanka.

¹⁰² Alemania, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Irlanda, Israel, Países Bajos y Sri Lanka.

¹⁰³ Italia y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

¹⁰⁴ Australia y Nueva Zelandia. Se trata de la sugerencia del Sr. Nolte de explorar la posibilidad de establecer un mecanismo en virtud del cual el Estado del funcionario podría enjuiciar al funcionario o levantar la inmunidad para que pudiese ser juzgado en otro Estado. Esta sugerencia había sido ya incluida por la Relatora Especial en el *Concept paper* que elaboró en julio de 2017 a los efectos de las consultas informales.

¹⁰⁵ Austria. Se trataría de establecer un mecanismo internacional para prevenir el uso inadecuado y políticamente motivado del enjuiciamiento de un funcionario extranjero, que podría inspirarse en la institución de las medidas provisionales o en los procedimientos de urgencia ya existentes en tribunales internacionales.

¹⁰⁶ México.

¹⁰⁷ Grecia.

¹⁰⁸ Austria, Chile, Eslovaquia, Estados Unidos de América, Francia, India, Irlanda, Japón, Malasia, México, Nueva Zelandia, Países Bajos, Perú, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, República Islámica del Irán y Rumania.

desplegará todos sus efectos si no responde adecuadamente a una serie de cuestiones de marcado carácter procesal, entre las que cabe señalar las siguientes: qué se entiende por jurisdicción; a qué tipo de actos del Estado del foro afecta la inmunidad de jurisdicción penal extranjera; quién determina la aplicabilidad de la inmunidad y qué efecto tiene dicha determinación; cuándo empieza a operar la inmunidad frente a la jurisdicción extranjera; si es necesaria o no la invocación de la inmunidad y quién puede invocarla; cómo se puede producir la renuncia o levantamiento de la inmunidad, quién puede llevarla a cabo y qué efectos tiene sobre el ejercicio de la jurisdicción; cómo asegurar la comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario y a través de qué mecanismos se puede llevar a cabo; si existen o no mecanismos que permitan al Estado del funcionario que sus posiciones jurídicas sean conocidas y tomadas en consideración por los tribunales del foro en el momento de determinar la aplicabilidad de la inmunidad en un caso concreto; cómo facilitar la cooperación y la asistencia judicial internacional entre el Estado del foro y el Estado del funcionario; en qué medida y a través de qué procedimientos se debe tomar en consideración la obligación de cooperar con un tribunal penal internacional; o cómo transferir, en su caso, el procedimiento iniciado en el Estado del foro al Estado del funcionario o a un tribunal penal internacional.

36. La pertinencia de analizar estas cuestiones está fuera de toda duda. La inmunidad de los funcionarios del Estado opera frente a una jurisdicción penal extranjera que ejerce sus funciones aplicando normas, principios y procedimientos procesales que no se pueden ignorar. Por otro lado, no puede olvidarse que la inmunidad de jurisdicción penal a que se refiere el presente tema está caracterizada por la presencia de un elemento extranjero (el funcionario del Estado) que los tribunales deben tomar necesariamente en consideración para poder decidir sobre el ejercicio o no de su propia jurisdicción. Ello les obliga a evaluar elementos como la calificación de un individuo como “funcionario del Estado”, la calificación como “realizado a título oficial” del acto que está en el origen del posible ejercicio de la jurisdicción, o si el funcionario está o no en el ejercicio de sus funciones en un momento dado. Ninguno de estos elementos puede ser plenamente valorado sin tener en cuenta la información relevante que puede proporcionar el Estado del funcionario. Además, los tribunales del Estado del foro deben tener igualmente en cuenta si el Estado del funcionario tiene o no interés en proteger la inmunidad de su funcionario, lo que obliga a analizar instituciones como la invocación de la inmunidad, la renuncia o levantamiento de la inmunidad y sus efectos. Y ninguno de estos elementos es posible sin la adecuada comunicación entre el Estado del funcionario y el Estado del foro.

37. Todas estas cuestiones deben articularse a través de fórmulas procesales que ofrezcan seguridad tanto al Estado del foro como al Estado del funcionario y que reduzcan al máximo la presencia de elementos políticos y la posibilidad de que el ejercicio de la jurisdicción contra un funcionario de un Estado extranjero sea abusivo o se lleve a cabo con una finalidad o motivación política. Esta aproximación procesal a los problemas antes mencionados puede introducir un elemento de neutralidad en el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, contribuyendo igualmente a generar condiciones de confianza entre el Estado del foro y el Estado del funcionario y a reducir un efecto que ha sido mencionado con cierta frecuencia como justificación para mantener una inmunidad sin ningún tipo de límites o excepciones: la inestabilidad en las relaciones internacionales.

38. En segundo lugar, la incorporación de los aspectos procesales en el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera ofrece elementos de interés si analizamos la inmunidad desde la perspectiva de la igualdad soberana de dos jurisdicciones potencialmente competentes para examinar un caso concreto, a saber: la jurisdicción del Estado del foro y la jurisdicción del Estado del funcionario.

Analizado el tema de la inmunidad desde este ángulo, podría afirmarse en términos generales la preferencia de la jurisdicción del Estado del funcionario frente a cualquier otra jurisdicción penal extranjera, por lo que el Estado del funcionario puede reclamar la inmunidad de sus funcionarios ante una jurisdicción penal extranjera que, en este caso, no actuaría sino como una mera barrera procesal para dicha jurisdicción. Esta fórmula, que se encuentra ya en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Orden de detención de 11 de abril de 2000*¹⁰⁹, exige que se analicen los posibles mecanismos que permitirían asegurar esa reclamación de preferencia en el ejercicio de la jurisdicción.

39. Pero, además, este análisis debe ser realizado también bajo el prisma del equilibrio entre el respeto y la garantía del principio de igualdad soberana del Estado y el respeto de otros principios y valores jurídicos de la sociedad internacional entendida en su conjunto. Dicho enfoque tiene un especial significado en el caso de la inaplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los crímenes de derecho internacional enunciados en el proyecto de artículo 7 y merece un análisis también desde una perspectiva procesal. Si, como parece generalmente admitido, el punto de equilibrio en el tratamiento del presente tema se encuentra en garantizar simultáneamente el principio de igualdad soberana y la preservación de la lucha contra la impunidad como objetivo de la comunidad internacional, nada impediría – en principio – que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se preserve y que se asegure la primacía de la jurisdicción del Estado del funcionario para juzgar los crímenes de derecho internacional presuntamente cometidos por el mismo, siempre que el ejercicio de dicha jurisdicción sea efectivo. Desde esta perspectiva, baste con señalar en este momento a título de ejemplo que, mediante la aplicación de los principios jurisdiccionales de territorialidad y personalidad reconocidos como básicos en el sistema penal internacional, la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales no se vería afectada aunque se aplicase la inmunidad porque, parafraseando a la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, la inmunidad actuaría como una mera barrera procesal y la deducción de la responsabilidad internacional por la comisión de estos graves crímenes se produciría a través de la jurisdicción penal del Estado del funcionario. Pero también en este caso se impone la necesidad de analizar cuáles serían los elementos e instituciones procesales que permitirían lograr este doble objetivo.

40. Por último, para valorar adecuadamente el significado de los aspectos procesales en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado conviene recordar una última preocupación expresada por varios Estados: la necesidad de garantizar que un funcionario del Estado que se pueda ver afectado por el ejercicio de una jurisdicción penal extranjera se beneficie de todas las garantías procesales reconocidas por el derecho internacional, en especial el derecho internacional de los derechos humanos. Aunque es cierto que el reconocimiento de las garantías del juicio justo operará normalmente en los casos en que no se aplique la inmunidad, no lo es menos que ciertos derechos del funcionario se pueden ver afectados incluso antes de que la jurisdicción extranjera competente haya tomado una decisión sobre dicha aplicabilidad. Por tanto, parece necesario incluir también en esta parte del tema la cuestión del tratamiento procesal que debe garantizarse en todo caso al funcionario sobre el cual un tribunal penal extranjero pretende ejercer o está ejerciendo jurisdicción.

¹⁰⁹ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 3.

E. Alcance de los aspectos procesales de la inmunidad: cuestiones que considerar

41. A la luz de las consideraciones que anteceden, la Relatora Especial considera que el análisis de los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debe realizarse conforme a un enfoque amplio e integral que tenga en cuenta cuatro dimensiones distintas pero complementarias:

a) Las implicaciones procesales que para la inmunidad se derivan del concepto de jurisdicción, en particular la identificación del momento procesal en que la inmunidad debe comenzar a operar y los actos adoptados por las autoridades del Estado del foro que pueden verse afectados por la inmunidad, así como las cuestiones relacionadas con la determinación de la inmunidad;

b) Los elementos procesales que tienen un significado procesal autónomo por su carácter instrumental y su vinculación directa con la aplicación o no de la inmunidad en un caso determinado y que, además, funcionan como primera vía de salvaguardia del Estado del funcionario, en particular la invocación y la renuncia a la inmunidad;

c) Los elementos que responden preferentemente a la categoría de garantías procesales para el Estado del funcionario, en particular los mecanismos tendentes a facilitar la comunicación y las consultas entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, los mecanismos para asegurar la transmisión de información del Estado del funcionario a los tribunales del Estado del foro y viceversa y los instrumentos propios de la cooperación y asistencia jurídica internacional que puedan ser aplicados entre ambos Estados;

d) Las garantías procesales inherentes al concepto de juicio justo.

42. Los dos primeros bloques de cuestiones fueron analizados en su momento en el memorando de la Secretaría y en el tercer informe del anterior Relator Especial, Sr. Kolodkin, que han sido oportunamente tenidos en cuenta en el presente informe. Sin embargo, el resto de cuestiones no se han abordado hasta la fecha en los trabajos de la Comisión. A fin de obtener información directa sobre los distintos aspectos procesales antes mencionados, la Comisión solicitó a los Estados en 2016 “información sobre su legislación y práctica nacional, incluida la práctica de los órganos judiciales y del ejecutivo, en relación con las siguientes cuestiones: *a*) la invocación de la inmunidad; *b*) la renuncia a la inmunidad; *c*) la etapa en que las autoridades nacionales toman en consideración la inmunidad (investigación, acusación, enjuiciamiento); *d*) los instrumentos de que dispone el ejecutivo para trasladar a los tribunales nacionales información, documentos u opiniones jurídicos en relación con un asunto en que se esté examinando o se pueda examinar la inmunidad; *e*) los mecanismos de asistencia jurídica, cooperación y consulta internacional a los que pueden recurrir las autoridades del Estado en relación con un asunto en que se esté examinando o se pueda examinar la inmunidad”¹¹⁰. Esta solicitud fue reiterada en 2017¹¹¹. Hasta el momento han respondido por escrito a esta pregunta Alemania, Austria, Chequia, Francia, México, Países Bajos y Suiza¹¹². La Relatora Especial desea expresar su sincero agradecimiento a dichos países y señalar que agradecería igualmente cualquier otra información que los Estados pudiesen

¹¹⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párr. 35.

¹¹¹ *Ibid.*, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10), párr. 30.

¹¹² Los comentarios escritos presentados por los Estados mencionados pueden consultarse en el sitio web de la Comisión.

proporcionar sobre cuestiones que son de central importancia para el tratamiento del presente tema.

43. Además de las cuestiones mencionadas *supra*, la Relatora Especial considera que la Comisión debe analizar una última cuestión que presenta igualmente un claro componente procesal, a saber: la incidencia que la obligación de cooperar con un tribunal penal internacional puede tener sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y su articulación en términos procesales. Aunque el tema del que se ocupa la Comisión está limitado a la inmunidad ante la jurisdicción penal de un Estado, la práctica que se viene desarrollando en los últimos años aconseja tomar en consideración este tema. Esta problemática ya se incluyó en el quinto informe de la Relatora Especial, aunque desde la perspectiva exclusiva de los límites y excepciones a la inmunidad¹¹³. Sin embargo, en el debate que tuvo lugar en la Comisión varios miembros señalaron que el tema podría ser analizado más adecuadamente desde una perspectiva más amplia y no relacionada exclusivamente con los límites y excepciones a la inmunidad. Para responder a esta preocupación, la problemática derivada de la cooperación con tribunales internacionales no fue incluida en el proyecto de artículo 7 aprobado provisionalmente por la Comisión en 2017¹¹⁴. La Relatora Especial se propone analizar esta cuestión en el marco de los aspectos procesales de la inmunidad, teniendo especialmente en cuenta que la misma guarda una especial relación con los mecanismos de cooperación y asistencia jurídica internacional.

44. Aunque, como ya se ha señalado *supra*, los distintos aspectos procesales de la inmunidad están interrelacionados entre sí y deben ser objeto de un análisis integral, el presente informe analiza exclusivamente el primer bloque de cuestiones a que antes se ha hecho referencia, es decir, las implicaciones que el concepto de jurisdicción tiene sobre los aspectos procesales de la inmunidad, en especial el momento en que la inmunidad debe considerarse, los actos del Estado que quedan afectados por la inmunidad y la determinación de la inmunidad. A ello se dedica el capítulo II del presente informe.

¹¹³ Véase A/CN.4/701, párrs. 156 a 169.

¹¹⁴ El proyecto de artículo 7 propuesto por la Relatora Especial en su quinto informe contenía una cláusula sin perjuicio redactada en los siguientes términos: “3. Lo previsto en los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de: *a*) cualquier disposición de un tratado, que obligue al Estado del foro y al Estado del funcionario, en virtud de la cual la inmunidad no sea aplicable; *b*) la obligación de cooperar con un tribunal internacional que, en cada caso, sea exigible al Estado del foro” (*ibid.*, párr. 248).

Capítulo II

Concepto de jurisdicción y aspectos procesales

A. Consideraciones generales

45. Como ya se ha señalado *supra*, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado opera frente a un tribunal del Estado del foro que tiene competencia general para ejercer jurisdicción, incluso en relación con el asunto que podría quedar afectado por la aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal. Por esta razón, la Relatora Especial se refirió en su segundo informe al concepto de jurisdicción penal¹¹⁵, al igual que lo había hecho anteriormente el Relator Especial, Sr. Kolodkin¹¹⁶. Dicho concepto había sido analizado también con anterioridad en el memorando elaborado por la Secretaría¹¹⁷.

46. Además, en su segundo informe, la Relatora Especial presentó un proyecto de definición de jurisdicción¹¹⁸ que dio lugar a un interesante debate en el plenario. Dicho debate se centró esencialmente en la necesidad y utilidad de incluir esta definición en el proyecto de artículos, especialmente teniendo en cuenta que la Comisión no había procedido a definir dicho concepto en trabajos anteriores en los que se abordaron temas relacionados con la jurisdicción y la inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, algunos miembros de la Comisión también se pronunciaron sobre el propio concepto de jurisdicción y su alcance a los efectos del presente tema¹¹⁹. En todo caso, el proyecto de definición de jurisdicción fue remitido al Comité de Redacción¹²⁰, en cuyo seno se realizaron algunos comentarios sobre el mismo. Sin embargo, conviene recordar que el Comité de Redacción decidió aplazar el análisis específico de dicho proyecto hasta un momento en que los trabajos de la Comisión estuviesen más avanzados¹²¹.

47. En cualquier caso, y con independencia de la decisión que el Comité de Redacción pueda tomar sobre dicho proyecto de definición, lo cierto es que el análisis de los aspectos procesales de la inmunidad no puede abordarse sin tomar como referencia el concepto de jurisdicción. Y ello porque dependiendo de cuál sea el sentido que se dé a este concepto podrá variar el alcance de la inmunidad desde dos perspectivas específicas, a saber: el momento en que la inmunidad debe ser considerada y los actos de las autoridades del Estado del foro que pueden verse afectados por la aplicación de la inmunidad. Además, estas dos cuestiones se encuentran relacionadas con una tercera que también depende del propio concepto de

¹¹⁵ Véase [A/CN.4/661](#), párrs. 36 a 42.

¹¹⁶ Véase *Anuario ... 2008*, vol. II (primera parte), documento [A/CN.4/601](#) (informe preliminar), párrs. 43 a 55.

¹¹⁷ Véase [A/CN.4/596](#) [y Corr.1] (véase la nota 3 *supra*), párrs. 7 a 13.

¹¹⁸ El proyecto de definición del concepto de jurisdicción propuesto en 2013 es el siguiente: “[s]e entiende por ‘jurisdicción penal’ el conjunto de competencias, procesos, procedimientos y actos que, conforme al derecho del Estado que pretende ejercer su jurisdicción, son necesarios para que un tribunal pueda determinar y hacer efectiva la responsabilidad penal individual derivada de la comisión de actos tipificados como crímenes o delitos conforme al derecho aplicable en dicho Estado. A los efectos de la definición del concepto de ‘jurisdicción penal’ es irrelevante el título competencial que habilite al Estado para el ejercicio de la jurisdicción” ([A/CN.4/661](#), párr. 42).

¹¹⁹ Véanse las actas resumidas provisionales de la Comisión contenidas en los documentos [A/CN.4/SR.3164](#) a SR.3168.

¹²⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 45.

¹²¹ Véase la declaración del Presidente del Comité de Redacción sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, que puede consultarse en línea en el sitio web de la Comisión.

jurisdicción: la identificación del órgano que tiene la competencia para decidir sobre la inmunidad.

48. Sin embargo, el presente informe no pretende abrir un debate general sobre el concepto de jurisdicción, sino que se limitará a analizar por separado las tres cuestiones a que se acaba de hacer referencia.

B. El elemento temporal: ¿en qué momento se debe considerar la inmunidad?

49. Dado que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tiene como efecto bloquear el ejercicio de dicha jurisdicción, la existencia o no de la inmunidad debe ser considerada por los órganos competentes del Estado en un momento temprano del proceso. Sin embargo, definir qué se entiende por “un momento temprano” no resulta fácil, como lo demuestra el hecho de que no ha sido identificado en los distintos instrumentos que se han ocupado de la inmunidad de jurisdicción. Así, baste con destacar que ni la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas¹²² ni la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹²³ contienen una disposición al respecto. Igual silencio se aprecia en la Convención sobre las Misiones Especiales¹²⁴ y en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal¹²⁵. Y otro tanto sucede en el caso de los instrumentos relativos a la inmunidad del Estado, debiéndose destacar que ni la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes¹²⁶ ni el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados¹²⁷ contienen ninguna referencia a esta cuestión. Por su parte, las leyes nacionales que se refieren a la inmunidad de jurisdicción del Estado (y de alguno de sus funcionarios) tampoco establecen de modo cierto el momento en que la inmunidad debe ser considerada por los tribunales del Estado del foro.

50. El momento en que debe ser considerada la inmunidad por los tribunales del foro solo aparece mencionado, aunque en forma indirecta, en la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en derecho internacional¹²⁸, de 2001. Así, en su artículo 6 se declara que “[l]as autoridades del Estado deben acordar al Jefe de Estado extranjero, desde el momento en que conocen tal condición, la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución a que tiene derecho”. En todo caso, debe tenerse en cuenta que dicha previsión se refiere únicamente al Jefe de Estado (y por extensión al Jefe de Gobierno) y, además, no ofrece ningún elemento

¹²² Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, núm. 7310, pág. 95.

¹²³ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963), *ibid.*, vol. 596, núm. 8638, pág. 261.

¹²⁴ Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969), *ibid.*, vol. 1400, núm. 23431, pág. 231.

¹²⁵ Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (Viena, 14 de marzo de 1975), [A/CONF.67/16](#); o bien Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1975* (núm. de venta: S.77.V.3), pág. 91.

¹²⁶ Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 49 (A/59/49)*, vol. I, resolución 59/38, anexo.

¹²⁷ Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados (Basilea, 16 de mayo de 1972), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1495, núm. 25699, pág. 181.

¹²⁸ Véase la nota 83 *supra*.

específico respecto de la fase procesal en que los tribunales del Estado del foro deben considerar la inmunidad de jurisdicción, refiriéndose únicamente al momento en que tengan conocimiento de la condición de Jefe de Estado del interesado; circunstancia que puede producirse —al menos en teoría— en cualquier momento del procedimiento penal.

51. En realidad, la determinación del momento en que los tribunales nacionales deben tomar en consideración la cuestión de la inmunidad es relevante, en particular, para dar respuesta a dos preguntas: *a)* si la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se aplica o no a los actos de investigación previos al inicio del juicio; y *b)* en qué momento la inmunidad debe considerarse dentro de la fase estrictamente judicial. La respuesta que se dé a ambas cuestiones debe tener en cuenta al menos dos elementos. En primer lugar, la diversidad de las legislaciones procesales nacionales, que impide dar una respuesta basada exclusivamente en la identificación de una fase procesal concreta en la que la inmunidad deberá necesariamente ser tenida en cuenta siempre (investigación, instrucción, acusación, inicio del juicio oral). En segundo lugar, la naturaleza y finalidad perseguida por la inmunidad, que se ejerce ante una “jurisdicción” nacional con la finalidad de garantizar el respeto del principio de igualdad soberana del Estado y el libre desempeño de sus funciones por parte de los funcionarios del Estado.

52. En relación con estas preguntas, cabe destacar que la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado expresamente tanto sobre el carácter preliminar de esta institución como sobre los tipos de actos de las autoridades del foro que pueden verse afectados por la inmunidad, lo que constituye una vía indirecta para identificar las fases procesales en que la inmunidad debe ser tenida en cuenta.

53. El momento en que la inmunidad debe ser tenida en cuenta ha sido analizado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, en el que se dilucidaba la aplicabilidad de los privilegios e inmunidades contenidos en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas¹²⁹ en relación con el enjuiciamiento en Malasia del Relator Especial sobre la independencia de jueces y abogados, que había sido procesado por las declaraciones realizadas en una entrevista. En este contexto, la Corte —a petición del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas— emitió una opinión consultiva en la que declaró que “las cuestiones de inmunidad son cuestiones preliminares que deben ser resueltas cuanto antes *in limine litis*”, y que tal afirmación “[e]s un principio de derecho procesal generalmente reconocido” cuya finalidad es que no se “priv[e] de su razón de ser a la regla relativa a la inmunidad”¹³⁰. En consecuencia, la Corte concluyó por catorce votos contra uno “[q]ue los tribunales malayos tenían la obligación de tratar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción como una cuestión preliminar que ha de resolverse cuanto antes *in limine litis*”¹³¹.

54. De manera indirecta, la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado también sobre el momento en que debe considerarse la inmunidad al analizar el tipo de actos que se ven afectados por la inmunidad, en los asuntos *Orden de detención de 11 de abril de 2000* y *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*. En el primero de ellos, la Corte concluyó que “las funciones de un Ministro de Relaciones Exteriores son tales que, durante su mandato, se beneficia

¹²⁹ Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de febrero de 1946), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1, núm. 4, pág. 15, y vol. 90, pág. 327.

¹³⁰ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 62 y ss., en particular pág. 88, párr. 63.

¹³¹ *Ibid.*, pág. 90, párr. 67.

de una inmunidad de jurisdicción penal y de una inviolabilidad totales en el extranjero. Esta inmunidad y esta inviolabilidad protegen al interesado contra todo acto de autoridad por parte de otro Estado que constituya un obstáculo para el ejercicio de sus funciones”¹³². Así, la Corte identifica la preservación de la función con el ejercicio de la inmunidad, de forma que solo cuando dicha función se pueda ver perjudicada por el ejercicio de la jurisdicción penal extranjera debe ser tomada en cuenta la inmunidad¹³³, al tiempo que define la naturaleza de los actos que pueden afectar a la inmunidad. Por su parte, en el asunto *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, la Corte extrajo la más clara consecuencia de dicho enfoque al afirmar que “para apreciar si ha habido o no un atentado contra la inmunidad del Jefe de Estado, es necesario verificar si éste ha sido sometido a un acto de autoridad vinculante; ese es el elemento determinante”¹³⁴.

55. Por su parte, el Tribunal Especial para Sierra Leona ha mantenido una posición similar en el caso *Charles Taylor*. Así, en la decisión de 31 de mayo de 2004, la Sala de Apelaciones concluyó que debía considerar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción en el momento de dictar una orden de detención contra el mismo, sin que fuera necesario esperar al inicio del juicio oral y a que se haya producido la comparecencia del acusado. Para el Tribunal, “[i]nsistir en que un Jefe de Estado en ejercicio debe primero someterse a encarcelamiento antes de que pueda plantear la cuestión de la inmunidad no solo es contrario, de manera sustancial, a toda la finalidad del concepto inmunidad soberana, sino que también presumiría, sin considerar el fondo, cuestiones relativas a excepciones a dicho concepto que corresponde entrar a determinar después de haber abordado el fondo de la pretensión de inmunidad”¹³⁵.

56. Por su parte, los tribunales nacionales se han pronunciado igualmente sobre esta cuestión. Y aunque la práctica no es muy numerosa, se constata que como regla los tribunales han venido considerando la inmunidad en el momento inicial del procedimiento judicial y antes de que se adopten medidas vinculantes contra el funcionario extranjero. Así se ha producido la toma en consideración de la inmunidad en relación con la presentación de querellas contra el funcionario, como en los casos *Rey de Marruecos*¹³⁶, *Fidel Castro*¹³⁷, *Mme. Lydienne X..., partie civile*¹³⁸ y *M. Michel X..., partie civile*¹³⁹; en relación con el procesamiento del funcionario, por ejemplo en

¹³² *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 109 *supra*), pág. 22, párr. 54.

¹³³ La siguiente argumentación de la Corte es sumamente esclarecedora: “[...] si un Ministro de Relaciones Exteriores es arrestado en otro Estado como consecuencia de cualquier inculpación, se encontrará impedido de forma evidente de cumplir con las tareas inherentes a sus funciones. [...] Además, el simple hecho de que un Ministro de Relaciones Exteriores pueda verse expuesto a un procedimiento judicial al ir a un Estado extranjero o al atravesarlo le puede disuadir de desplazarse al extranjero aunque esté en la obligación de hacerlo para cumplir sus funciones” (*ibid.*, párr. 55).

¹³⁴ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, págs. 177 y ss., en particular pág. 237, párr. 170.

¹³⁵ *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, asunto SCSL-2003-01-I, decisión sobre la inmunidad de jurisdicción, 31 de mayo de 2004, párr. 30.

¹³⁶ Audiencia Nacional (España), auto de la Sala de lo Penal, de 23 de diciembre de 1998. La Audiencia Nacional inadmitió una querrela presentada contra el Rey de Marruecos.

¹³⁷ Audiencia Nacional (España), auto del Pleno de la Sala de lo Penal, de 13 de noviembre de 2007. La Audiencia Nacional inadmitió una querrela presentada contra Fidel Castro, Presidente de Cuba, por considerar que se beneficiaba de inmunidad. La Audiencia Nacional ya se había pronunciado antes sobre dos querellas presentadas contra Fidel Castro en 1998 y 2005.

¹³⁸ Corte de Casación (Francia), Sala penal, sentencia de 19 de marzo de 2013, núm. 12-81676. El juez de instrucción consideró que existía inmunidad al examinar la querrela (*constitution de partie civile*). Sin embargo, la Corte constitucional anuló la decisión del juez de instrucción.

¹³⁹ Corte de Casación (Francia), Sala penal, sentencia de 17 de junio de 2014, núm. 13-80158. El juez de instrucción consideró que existía inmunidad al examinar la querrela (*constitution de partie civile*). Sin embargo, la Corte constitucional anuló la decisión del juez de instrucción.

los casos *Ruanda*¹⁴⁰ y *A. c. Ministerio Público de la Confederación* (asunto *Nezzar*)¹⁴¹; con ocasión de la solicitud de órdenes de detención, por ejemplo en el caso *Solicitud de una orden de detención contra el general Shaul Mofaz*¹⁴²; o con ocasión de una solicitud de extradición, como en los casos *Pinochet (No. 3)*¹⁴³, *Peter Tatchell c. Robert Mugabe*¹⁴⁴ y *Khurts Bat*¹⁴⁵. En ocasiones la inmunidad ha sido considerada en fase de recurso, como por ejemplo en los asuntos *Gaddafi*¹⁴⁶ y *Ariel Sharon y otros*¹⁴⁷. De estas decisiones se deduce que la consideración de la inmunidad de jurisdicción de un funcionario extranjero está vinculada directamente con el momento en que el tribunal del Estado del foro debe adoptar una decisión vinculante que le afecte. Por el contrario, solo la sentencia en el asunto *Honecker* parece apartarse de este planteamiento al afirmar que “[t]oda acción policial e incluso de investigación puede considerarse contraria al respeto de la inmunidad de jurisdicción”¹⁴⁸.

57. Teniendo en cuenta lo anterior, cabe concluir —en primer lugar— que la inmunidad debe ser considerada por los tribunales del Estado del foro al comienzo del ejercicio de su jurisdicción, tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, antes de emitir cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Con esta regla general se evita la realización de actos de jurisdicción que puedan ser contrarios al principio de igualdad soberana, que puedan incidir negativamente en el desempeño por el funcionario extranjero de funciones estatales y que, en caso de producirse, podrían privar de todo efecto a la inmunidad de jurisdicción en caso de que la misma se aplique. Así, es evidente que la aplicación de los criterios mencionados se traduce necesariamente en la obligación de considerar la cuestión de la inmunidad —al menos— en el momento en que se proceda a la acusación o al procesamiento del funcionario extranjero y, a más tardar, en el momento en que se inicie el juicio oral, ya que en estos actos está implícito siempre el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales del foro. La necesidad de considerar la inmunidad de jurisdicción del funcionario extranjero en la fase inicial del proceso y antes de que se adopte una decisión vinculante que imponga una medida coercitiva para el mismo ha sido

¹⁴⁰ Audiencia Nacional (España), Juzgado de Instrucción núm. 4, auto de procesamiento de 6 de febrero de 2008. Al dictar el auto de procesamiento en el caso *Ruanda*, el juez de instrucción excluyó del mismo al Presidente Kagame por considerar que se beneficiaba de inmunidad de jurisdicción penal en razón de su cargo.

¹⁴¹ *A. c. Ministère public de la Confédération, B. et C.* Tras la decisión del Ministerio Público de seguir adelante con la instrucción, el interesado recurrió ante el Tribunal de quejas (*Cour des plaintes*), que consideró la inmunidad y desestimó las pretensiones del interesado por decisión de 12 de diciembre de 2011. Posteriormente, el Tribunal Penal Federal de Suiza confirmó la citada decisión por sentencia de 25 de julio de 2012 (BB 2011.140). Véanse, además, los comentarios escritos formulados por Suiza en 2017 en respuesta a las preguntas de la Comisión.

¹⁴² *Application for Arrest Warrant against General Shaul Mofaz*, Tribunal de distrito – Bow Street (Reino Unido), sentencia de 12 de febrero de 2004 (reproducida en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), págs. 771 y ss.).

¹⁴³ *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Other Ex Parte Pinochet (Pinochet No. 3)*, Cámara de los Lores (Reino Unido), sentencia de 24 de marzo de 1999 (reproducida en *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), págs. 581 y ss.). En esta ocasión el pronunciamiento se realiza con ocasión de la orden de detención para cumplir con la solicitud de extradición.

¹⁴⁴ Juez Superior de Distrito de Bow Street, sentencia de 14 de enero de 2004 (reproducida en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), pág. 770).

¹⁴⁵ *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Administrativo, Corte Superior de Justicia (Reino Unido), sentencia de 29 de julio de 2011, [2011] EWHC 2029 (Admin). El Tribunal se pronuncia en el marco de una orden europea de entrega.

¹⁴⁶ *Gaddafi*, Corte de Casación (Francia), Sala penal, sentencia de 13 de marzo de 2001 (núm. 1414).

¹⁴⁷ *H.S.A. et al. v. S.A. et al.*, Corte de Casación (Bélgica), sentencia de 12 de febrero de 2003.

¹⁴⁸ *In Re Honecker*, Tribunal Supremo Federal (República Federal de Alemania), Segunda Sala de lo Penal, sentencia de 14 de diciembre de 1984 (causa núm. 2 ARs 252/84) (*International Law Reports*, vol. 80, pág. 366).

incluida en sus comentarios escritos por todos los Estados que han respondido en 2017 a las preguntas de la Comisión sobre el tema¹⁴⁹.

58. Mayores dudas suscita la aplicación de la inmunidad en la fase de investigación o instrucción y, por tanto, la determinación de si los tribunales nacionales han de considerar dicha cuestión en esta fase. La respuesta no puede ser uniforme, en especial teniendo en cuenta la diversidad de modelos existentes en los sistemas jurídicos nacionales en relación con la investigación o la instrucción penal, así como la diversidad de órganos competentes en cada sistema nacional para llevar a cabo dichas funciones. Lo cierto es que durante esta fase se producen una pluralidad de actos de distinta naturaleza que no son vinculantes ni pueden calificarse necesariamente como actos de jurisdicción y que, además, no necesariamente afectan al principio de igualdad soberana de los Estados ni perjudican el ejercicio de funciones estatales por parte del funcionario extranjero. En este sentido puede entenderse lo dicho por los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión separada conjunta en el asunto *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, en la que declararon que “abrir una investigación sobre la base de la cual podrá emitirse posteriormente una orden de detención no viola en sí [los] principios [de inmunidad e inviolabilidad del Ministro de Relaciones Exteriores]”¹⁵⁰.

59. La investigación e instrucción tienen como finalidad única identificar los hechos y las personas que, en su caso, pudieran llegar a estar sometidas a la jurisdicción penal del Estado del foro. Dicho sometimiento a la jurisdicción penal no se produce sino en el momento de la acusación o imputación de cargos respecto de alguno de los investigados, lo que, como regla, no tendrá lugar sino al final de la fase de investigación o instrucción o, en todo caso, en un momento muy avanzado de la investigación o instrucción.

60. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta igualmente que la investigación o instrucción puede afectar a múltiples actos y a distintas personas, de las que quizás solo alguna responda a la condición de funcionario del Estado en el sentido del presente proyecto de artículos. En consecuencia, exigir la aplicación automática y plena de la inmunidad (bloqueo de la jurisdicción) en la fase de investigación puede reducir de manera desproporcionada y sin fundamento alguno el ejercicio de las competencias del Estado del foro, produciéndose la situación paradójica de que sus autoridades no podrían llevar a cabo la investigación sobre una situación general (que puede afectar a distintas personas) por el simple hecho de que en dicha investigación hace su aparición un funcionario extranjero cuya participación en los hechos está —además— por determinar. Por último, ha de tenerse en cuenta que la posibilidad de llevar a cabo actos de investigación sin que la inmunidad se vea perjudicada reviste un significado especial en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, en la medida en que para pronunciarse sobre si la misma se aplica o no, las autoridades del foro deberán determinar la condición de funcionario del Estado y la calificación de los actos como realizados a título oficial, lo que exige una investigación mínima sin la que ello sería imposible.

61. En consecuencia, no parece posible concluir que la inmunidad de jurisdicción deba ser tomada en consideración y aplicada automáticamente desde el mismo momento en que se inicia una investigación, incluso si dicha investigación pudiese llegar a afectar a un funcionario extranjero. En un sentido similar se expresó el anterior Relator Especial, Sr. Kolodkin, en su tercer informe, donde afirmó que “[e]n muchos casos, las primeras actuaciones en el marco de un procedimiento judicial no tienen que ver con las medidas cuya aplicación se ve impedida por la inmunidad. En tales circunstancias, no es necesario que el Estado que ejerce la jurisdicción penal

¹⁴⁹ Véanse los comentarios de Alemania, Austria, Chequia, Francia, México, Países Bajos y Suiza.

¹⁵⁰ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 109 *supra*), pág. 80, párr. 59.

examine la cuestión de la inmunidad y tampoco puede considerarse que esté obligado a hacerlo”¹⁵¹. Esta posición ha sido además compartida por algunos de los Estados que han remitido comentarios escritos a la Comisión¹⁵².

62. Esta conclusión, sin embargo, no puede ser mantenida de forma absoluta. Así, ha de tenerse en cuenta en primer lugar que la inmunidad de jurisdicción deberá ser considerada necesariamente en el momento en que se pretenda llevar a cabo una acusación o el procesamiento del funcionario extranjero, ya que ello representa una forma de ejercicio de la jurisdicción penal y constituye, al mismo tiempo, un acto de coerción que ha de quedar cubierto por la inmunidad. Y ello con independencia de que, en virtud del derecho nacional del Estado del foro, el acto de acusación o procesamiento pueda ser el último acto que cierra la fase de investigación o instrucción. Junto a ello ha de tenerse igualmente en cuenta que es posible que durante la fase de investigación o instrucción los tribunales del Estado del foro puedan dictar medidas cautelares respecto de un funcionario extranjero, en especial órdenes de comparecencia y órdenes de detención. En estos supuestos, la inmunidad de jurisdicción debería ser tomada en consideración incluso en la fase de investigación e instrucción, ya que los citados actos (aunque adoptados antes de la acusación en sentido estricto o antes del inicio del juicio oral) constituyen formas de ejercicio de la jurisdicción, generan obligaciones para el funcionario extranjero, tienen una clara naturaleza coercitiva y pueden tener efecto sobre el libre ejercicio de sus funciones estatales.

63. En resumen, sobre la base de las consideraciones formuladas hasta este momento se puede concluir que los tribunales del Estado del foro deberán considerar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en los momentos que a continuación se relacionan: *a)* antes de que se inicie la fase de enjuiciamiento que pueda afectar a un funcionario extranjero; *b)* antes de adoptar un acto de acusación o procesamiento del funcionario; y *c)* antes de adoptar contra dicho funcionario actos que le son dirigidos expresamente, que le imponen obligaciones de cuyo incumplimiento se pueden derivar medidas coercitivas y que le pueden impedir de forma verosímil el correcto desempeño de sus funciones estatales, incluso cuando dichas medidas revistan un carácter cautelar y puedan dictarse en la fase de investigación o instrucción. En todo caso, nada impide que los tribunales del Estado del foro consideren la inmunidad en un momento ulterior, especialmente en vía de recurso o apelación.

C. El elemento material: ¿qué categorías de actos están afectados por la inmunidad?

1. Consideraciones generales

64. El concepto de jurisdicción influye igualmente en la determinación de los actos de las autoridades del Estado del foro frente a los que es posible invocar la inmunidad

¹⁵¹ A/CN.4/646, párr. 11.

¹⁵² Así, para Austria “[l]as investigaciones preliminares para clarificar las circunstancias de un caso, identificar a los sospechosos y establecer los actos en que se basa la sospecha no constituyen actos de enjuiciamiento y por tanto la inmunidad no puede ser invocada contra los mismos”. Por su parte, Francia señaló que “la jurisdicción ante la que la inmunidad se invoca a veces tiene la necesidad de apreciar lo bien fundado del fondo del litigio. En efecto, el juez del foro debe poder verificar si los hechos alegados, en el caso de que queden sentados, abren o no el derecho a la inmunidad”. Por otro lado, los Países Bajos consideran que la inmunidad debe ser tomada en consideración en cualquier fase (investigación, instrucción y enjuiciamiento); y Chequia concluye que, de conformidad con su Código de procedimiento penal, si en la investigación aparece una persona que pueda beneficiarse de la inmunidad, la investigación no se podrá llevar a cabo o deberá interrumpirse.

y que, en su caso, quedarían afectados por dicha institución. La determinación de dichos actos presenta elementos comunes con la determinación del momento en que se debe considerar la inmunidad y, quizás por ello, en ocasiones han sido analizados conjuntamente. Sin embargo, no es menos cierto que la identificación de qué actos de las autoridades del Estado del foro quedan afectados por la inmunidad presenta caracteres propios y problemas especiales que merecen un tratamiento separado de esta cuestión, al menos por lo que se refiere a algunos de estos actos, cuya afectación por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera puede ser más discutida.

65. Si se analizan los actos que un tribunal penal puede adoptar en ejercicio de su jurisdicción y que podrían ir dirigidos o afectar directamente a un funcionario extranjero, destacan en primer lugar la acusación penal, la citación para comparecer ante el tribunal en condición de investigado o para asistir a una vista de confirmación de cargos, la decisión sobre confirmación de cargos o la orden de procesamiento, la citación para comparecer como acusado en un proceso penal, una orden judicial de detención o una solicitud de extradición o entrega de un funcionario extranjero. En todos ellos, el carácter jurisdiccional de los actos es evidente y la finalidad que se persigue con los mismos no es otra que hacer posible que el tribunal del foro ejerza su jurisdicción sobre una determinada persona (en este caso un funcionario extranjero) a los efectos de poder declarar, en su caso, su responsabilidad penal. En estos actos el ejercicio de la jurisdicción está siempre presente y, por tanto, los actos antes enumerados quedan afectados necesariamente por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

66. Además, esta interpretación viene igualmente avalada por varios instrumentos internacionales que declaran expresamente que los funcionarios del Estado a los que dichos tratados se refieren no pueden ser sometidos a medidas de ejecución y que su inviolabilidad debe ser respetada. Un buen ejemplo de dichos instrumentos se puede encontrar en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que establece que “[l]a persona del Agente diplomático es inviolable [y] no puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto”¹⁵³ y que “[e]l Agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución”¹⁵⁴. En un sentido similar, cabe citar también la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en derecho internacional¹⁵⁵. En todo caso, ha de advertirse que los ejemplos citados se refieren únicamente a supuestos de inmunidad *ratione personae*.

67. Sin embargo, como ya se adelantó en el segundo informe de la Relatora Especial¹⁵⁶, es posible encontrar en la práctica actos realizados por una autoridad del Estado del foro que responden a naturalezas distintas y que, sin embargo, pueden tener una incidencia sobre el funcionario extranjero y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que al mismo se reconoce. Dichos actos pueden clasificarse en tres grupos:

a) Actos que tienen un carácter esencialmente ejecutivo y cuya conexión con la actividad de la jurisdicción no puede darse por descontada en todo momento. En

¹⁵³ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 29. En un sentido similar se manifiestan la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 29; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, arts. 28 y 58. Y de una manera más matizada la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 41, párrs. 1 y 2.

¹⁵⁴ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 31, párr. 3. En un sentido similar se manifiestan la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 31; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 30 y art. 60, párr. 2.

¹⁵⁵ Véase la nota 83 *supra* (véanse, en especial, los artículos 1 y 4 de la resolución).

¹⁵⁶ A/CN.4/661, párrs. 37 y 38.

este grupo cabe citar –por ejemplo– la detención de un funcionario extranjero en el marco de una operación policial en territorio del Estado del foro, o en cumplimiento de una orden internacional de detención; o la inscripción de una orden de registro o detención en los sistemas internacionales de cooperación policial internacional;

b) Actos que, a pesar de su calificación como acto jurisdiccional y de ser emitidos por un órgano judicial, no van dirigidos necesariamente a ejercer la jurisdicción penal sobre el funcionario extranjero sino, normalmente, sobre un tercero. En este caso cabe destacar la citación para comparecer como testigo, o la orden para poner a disposición del tribunal del foro información que obra en poder del funcionario;

c) Actos que pueden ser dictados por los tribunales del foro en ejercicio de su jurisdicción respecto de una persona (eventualmente un funcionario extranjero) pero que en sí mismos no van dirigidos a determinar su responsabilidad. Se trata de actos de carácter cautelar que pueden tener distintas finalidades. En primer lugar, asegurar que la persona estará a disposición del órgano judicial a lo largo del proceso. En segundo lugar, asegurar que —en caso de concluirse la responsabilidad penal del individuo— el tribunal tenga a su disposición bienes para hacer frente a la responsabilidad civil derivada de una condena penal. Y, en tercer lugar, asegurar que el tribunal tenga a su disposición aquellos bienes que han constituido instrumentos o elementos esenciales del delito y sobre los que, por tanto, el tribunal tiene un poder de disposición.

68. La respuesta sobre si dichos actos se ven afectados por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no puede ser tan simple y automática como en el caso de los actos analizados en los párrafos anteriores. Por el contrario, que dichos actos se vean o no afectados por la inmunidad dependerá de varias cuestiones que han de ser consideradas caso por caso, a saber: *a)* la distinción entre inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad; *b)* la separación entre la persona del funcionario y los bienes que se pretenden aprehender; y *c)* el carácter obligatorio y coercitivo de la medida y su influencia sobre el ejercicio de sus funciones por parte del funcionario extranjero. Todos estos elementos deberán considerarse, además, a la luz de la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*.

2. Detención

69. Teniendo en cuenta los criterios descritos anteriormente, deben analizarse en primer lugar los actos que tengan como efecto proceder a la detención o arresto del funcionario extranjero, en especial cuando la detención se produce al margen de un procedimiento penal que se siga ante los tribunales del foro y sea el resultado de un acto ejecutivo. En este caso, el problema que se suscita no está relacionado en sentido estricto con la inmunidad de jurisdicción penal sino con la inviolabilidad de ciertos funcionarios. Dicha inviolabilidad está consagrada en varios tratados internacionales y se refiere esencialmente a las personas que –de conformidad con el derecho internacional– se benefician de algún tipo de inmunidad personal. Este es el caso, en especial, de los agentes diplomáticos, de los miembros de las misiones especiales, así como de los representantes ante organizaciones internacionales o personas que representan al Estado ante un órgano o una conferencia internacional¹⁵⁷. Además, dicha inviolabilidad y protección frente a la detención o el arresto se reconoce

¹⁵⁷ Véanse la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 29; la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 29; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, arts. 28 y 58. Y de una manera más matizada la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 41, párrs. 1 y 2.

también al funcionario del Estado que ejerce las funciones de “correo diplomático”¹⁵⁸, con la finalidad evidente de asegurar el libre ejercicio de su función. Sin embargo, en todos los casos enunciados la protección frente a la detención se deriva de la inviolabilidad de la persona y no de su inmunidad de jurisdicción penal. Así, basta con llamar la atención sobre el hecho de que los tratados que hasta la fecha han regulado este tema se refieren de forma separada a la inviolabilidad y a la inmunidad de jurisdicción¹⁵⁹.

70. Por extensión, se puede concluir que dicha inviolabilidad se aplica igualmente a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores. Así se deduce de la Convención sobre las Misiones Especiales, en virtud de la cual el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y otros miembros del Gobierno, cuando forman parte de una misión especial, pueden beneficiarse de los privilegios e inmunidades contenidos en dicha Convención, entre los que se encuentra la inviolabilidad y protección frente a la detención y el arresto¹⁶⁰. Además, la inviolabilidad del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores es, en sí misma, una norma de derecho consuetudinario. Y en este sentido parece haber sido recogida también en la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2001 sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en derecho internacional¹⁶¹.

71. Pero, sobre todo, la inviolabilidad del Ministro de Relaciones Exteriores ha sido reconocida de forma expresa por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, al afirmar que “las funciones de un Ministro de Relaciones Exteriores son tales que, durante todo su mandato, se beneficia de una inmunidad de jurisdicción penal y de una inviolabilidad totales en el extranjero. Esta inmunidad y esta inviolabilidad protegen al interesado contra todo acto de autoridad por parte de otros Estados que constituya un obstáculo para el ejercicio de sus funciones”¹⁶².

¹⁵⁸ Véanse la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 27, párr. 5; la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 28, párr. 6; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 27, párr. 5.

¹⁵⁹ Así sucede en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que se refiere a la inviolabilidad personal del agente diplomático en el artículo 29 y a su inmunidad en el artículo 31. La distinción entre ambas categorías queda especialmente de manifiesto en el párrafo 3 del artículo 31, en el que se establece que “[e]l Agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia”. Véanse, en un sentido similar, la Convención sobre las Misiones Especiales, arts. 29 y 31; la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, arts. 28, 30, 58, 60; y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, arts. 41 y 43. La distinción entre inviolabilidad se refleja también en la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2001 (véase la nota 83 *supra*), que se refiere de forma separada a estas dos categorías en sus artículos 1, 2 y 3. Además dicha distinción queda bien establecida en el artículo 15, párrafo 1, de la resolución al declarar que “[e]l Jefe de Gobierno de un Estado extranjero se beneficia de la inviolabilidad y de la inmunidad de jurisdicción que son reconocidas, en la presente resolución, al Jefe de Estado. Esta disposición no prejuzga la inmunidad de ejecución que le pudiera ser reconocida”.

¹⁶⁰ Véase la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 21.

¹⁶¹ Véase la nota 83 *supra*. De acuerdo con su artículo 1 “[l]a persona del Jefe de Estado es inviolable en el territorio de un Estado extranjero. No puede ser sometido a ninguna forma de arresto o detención”. En virtud del artículo 15, párrafo 1, de dicha resolución “[e]l Jefe de Gobierno de un Estado extranjero se beneficia de la inviolabilidad y de la inmunidad de jurisdicción que son reconocidas en la presente resolución al Jefe de Estado”.

¹⁶² *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 109 *supra*), pág. 22, párr. 54.

72. En este caso, la Corte ha dejado claro que se trata de una inviolabilidad requerida por la especial función que un Ministro de Relaciones Exteriores desempeña en el desarrollo y mantenimiento de relaciones internacionales, que no podría cumplir si fuese detenido o pesase sobre el mismo la amenaza de una detención cuando viaja al extranjero. Aparece de este modo el concepto del libre desempeño de la función como fundamento último de la inviolabilidad que protege al Jefe de Estado, al Jefe de Gobierno y al Ministro de Relaciones en ejercicio frente a cualquier forma de detención y arresto por parte de autoridades extranjeras, tanto cuando viaja a título oficial como a título privado. Esta referencia a la necesidad de garantizar el libre ejercicio de la función es de tal importancia que, incluso en el caso de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en los supuestos en que un funcionario consular y otros miembros de la oficina consular no se beneficien de modo general de la inviolabilidad ni estén protegidos de forma absoluta frente a la detención y el arresto¹⁶³, el ejercicio de cualquier acción penal contra los mismos deberá realizarse con el menor menoscabo posible del ejercicio de la función¹⁶⁴ y su detención deberá ser comunicada inmediatamente a las autoridades del Estado del funcionario¹⁶⁵.

73. Sin embargo, no es posible encontrar normas de derecho internacional, convencional o consuetudinario, que reconozcan la inviolabilidad a los funcionarios del Estado que se benefician de la inmunidad *ratione materiae*. Y, por otro lado, la jurisprudencia internacional tampoco les resulta directamente aplicable, ya que lo dicho por la Corte Internacional de Justicia, en especial en el asunto *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, se refiere a un supuesto propio de la inmunidad *ratione personae*. Por tanto, cabe concluir que la inmunidad *ratione materiae* solo protegería al funcionario extranjero frente a la detención si esta fuera el resultado de la aplicación de una orden judicial de detención que, como ya se ha señalado anteriormente, sí constituye un acto de ejercicio de la jurisdicción y se ve afectada por la inmunidad de jurisdicción penal. En este caso, el tribunal competente debería considerar la inmunidad y pronunciarse sobre ella antes de dictar dicha orden de detención.

74. Por el contrario, en caso de que la detención sea un acto puramente ejecutivo que se realice al margen del ejercicio de la jurisdicción penal por un tribunal del Estado del foro, las reglas de la inmunidad no se aplican. Es evidente que podría suscitarse el carácter inamistoso de la medida, criticarse su incidencia sobre las buenas relaciones entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, e –incluso– cabría cuestionarse si la detención del funcionario extranjero ha violado otras normas de derecho internacional (en especial, pero no solo, normas propias del derecho internacional de los derechos humanos), pero dicha detención no guardaría relación con el régimen de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en sentido estricto. En todo caso, esta conclusión no perjudica en absoluto una ulterior consideración de la inmunidad en el marco del ejercicio de la jurisdicción. Así, ha de tenerse en cuenta que tras la puesta a disposición judicial del funcionario extranjero detenido o como respuesta a una eventual petición de *habeas corpus*, el tribunal deberá necesariamente considerar si la inmunidad de jurisdicción se aplica o no, ya que se trata de un acto vinculante que impone una medida coercitiva sobre el funcionario.

75. Mayor dificultad plantea el supuesto de detención sin orden judicial de un tribunal del Estado del foro, pero en aplicación de un mecanismo de cooperación y

¹⁶³ La diversidad de regímenes relativos a la inviolabilidad y protección frente a la detención y el arresto de dichos funcionarios queda claramente establecida en el artículo 41, párrafos 1 y 2, y en los artículos 71 y 72 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

¹⁶⁴ Véanse el artículo 41, párrafo 3, el artículo 44, párrafo 2, y los artículos 63 y 71 de la Convención.

¹⁶⁵ Véase el artículo 42 de la Convención.

asistencia jurídica internacional, o en aplicación de una orden internacional de detención registrada en un sistema internacional de cooperación policial. Incluso en este supuesto, la inviolabilidad de las personas que se benefician de alguna forma de inmunidad personal sigue sin suscitar dudas, con independencia de que se plantee o no la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Sin embargo, la respuesta no es tan sencilla cuando el funcionario extranjero solo se beneficia de la inmunidad *ratione materiae* y la detención se produce por aplicación de una orden de detención emitida por el órgano judicial competente de un tercer Estado.

76. Aunque es muy difícil que en este caso se produzca una detención sin ninguna forma de participación de los tribunales del foro, la mera posibilidad de que esta situación se produzca (piénsese, por ejemplo, en una detención en frontera) obliga a reflexionar sobre la inscripción de información en las bases internacionales de cooperación policial internacional y la medida en que dicha inscripción puede verse afectada por la inmunidad de jurisdicción. Ello ha motivado, en particular, el interés de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) por el presente tema, expresado en una carta que el Director del Servicio Jurídico de dicha organización dirigió en su día a la División de Codificación¹⁶⁶.

77. Para el cumplimiento de sus funciones, INTERPOL mantiene una red segura de comunicación entre la Secretaría General de la organización y las Oficinas Nacionales Centrales designadas por los Estados miembros. Dicha red puede incluir “avisos rojos” (orden de detención contra una persona en virtud de una decisión judicial del Estado solicitante), “avisos azules” (solicitud de recopilación de información y elementos de identificación, residencia u otros datos referidos a una persona en concreto) y actos de “difusión” (información general sobre procesos de investigación en curso que no requieren una acción específica respecto de una persona). De acuerdo con la información proporcionada por INTERPOL, dicha organización ha tenido que considerar la problemática de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, especialmente del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores. Y lo ha hecho a la luz de las normas y jurisprudencia internacionales, al tiempo que ha tenido en cuenta el artículo 3 de su Estatuto¹⁶⁷ que le obliga a desempeñar sus funciones de forma despolitizada. La práctica seguida al respecto parece ser variada, en función del tipo de inscripción que se realice en sus bases de datos (aviso rojo, aviso azul y difusión), y parece tener en cuenta igualmente la distinción entre los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*, así como la naturaleza del acto de las autoridades nacionales cuya inscripción se solicite.

78. Así, por lo que ahora interesa, INTERPOL no inscribiría o eliminaría de su registro órdenes de detención dirigidas contra un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio, en la medida en que dichas órdenes implican la adopción de medidas coercitivas contra un funcionario del Estado que goza de inmunidad *ratione personae*. Aunque en la información proporcionada por INTERPOL no se hace referencia expresa a la práctica seguida respecto de los funcionarios del Estado que gozan de inmunidad *ratione materiae*, debe mencionarse que –según información procedente del Estado interesado– INTERPOL habría eliminado del registro de órdenes internacionales de detención la cursada en su día por los tribunales franceses contra el Sr. Teodoro Nguema Obiang Mangue, Vicepresidente de Guinea Ecuatorial¹⁶⁸. De esta manera, parece haber aplicado la

¹⁶⁶ La carta fue remitida con fecha 7 de mayo de 2010 y está depositada en los registros de la secretaría de la Comisión.

¹⁶⁷ Estatuto de la Organización Internacional de Policía Criminal-INTERPOL (Viena, 1956), I/CONS/GA/1956 (2017), disponible en www.interpol.int, *Documentación jurídica*.

¹⁶⁸ Así se señala en la Memoria de la República de Guinea Ecuatorial presentada en el asunto *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France) (Inmunidades y*

regla seguida por la organización de no incluir o eliminar de los avisos rojos información relativa a una persona respecto de la que existe una controversia entre los Estados interesados sobre si goza o no de inmunidad. Sin embargo, INTERPOL parece mantener en sus bases de carácter informativo (difusiones) datos referidos a funcionarios del Estado que pueden ser útiles para el intercambio de información policial a los efectos de investigación.

79. En cualquier caso, conviene llamar la atención sobre la importancia de estos procedimientos de registro de información para la cuestión de la cooperación jurídica internacional entre el Estado del foro y el Estado del funcionario que será objeto de examen en el séptimo informe.

3. Comparecencia como testigo

80. Al igual que sucede con la detención o el arresto de un funcionario extranjero, en el caso de la comparecencia como testigo el derecho internacional convencional solo se ha interesado por la definición del régimen aplicable a aquellos funcionarios que gozan de inmunidad *ratione personae*. Así, cabe recordar que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas establece expresamente en su artículo 31, párrafo 2, que “[e]l Agente diplomático no está obligado a testificar”, disposición que se ha repetido sin cambio alguno en la Convención sobre las Misiones Especiales¹⁶⁹ y en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal¹⁷⁰. Por su parte, aunque la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares contempla la posibilidad de que los miembros de la oficina consular puedan ser llamados a comparecer como testigos¹⁷¹, define un modelo de salvaguardia de la función consular que se construye básicamente sobre tres elementos: *a)* los miembros de la oficina consular “no estarán obligados a deponer sobre hechos relacionados con el ejercicio de su funciones, ni a exhibir la correspondencia y los documentos oficiales referentes a aquellos”¹⁷²; *b)* cuando hayan de prestar testimonio, “[l]a autoridad que [lo] requiera deberá evitar que se perturbe al funcionario consular en el ejercicio de sus funciones”¹⁷³; y *c)* en el caso de que un funcionario consular se “negase a [comparecer], no se le podrá aplicar ninguna medida coactiva o sanción”¹⁷⁴.

81. Sin embargo, no es posible encontrar normas internacionales, convencionales o consuetudinarias que establezcan reglas de alcance general respecto de la comparecencia como testigo de un funcionario del Estado que no quede cubierto por las Convenciones antes citadas, ni siquiera en el caso del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Internacionales. Por su parte, las legislaciones nacionales relevantes para la inmunidad tampoco contienen con carácter general disposiciones específicas al respecto¹⁷⁵.

procedimientos penales (Guinea Ecuatorial c. Francia)), que se sigue ante la Corte Internacional de Justicia (véase *Mémoire de la République de Guinée Équatoriale*, vol. I, pág. 37, párr. 3.44, y vol. II, Anexo 17).

¹⁶⁹ Artículo 31, párr. 3.

¹⁷⁰ Artículo 30, párr. 3, y artículo 60, párr. 3.

¹⁷¹ Artículo 44, párr. 1.

¹⁷² Artículo 44, párr. 3. Tampoco estarán obligados a comparecer como expertos a fin de interpretar las leyes del Estado que envía.

¹⁷³ Artículo 44, párr. 2

¹⁷⁴ Artículo 44, párr. 1. Además, la Convención prevé que el funcionario consular preste su declaración en el domicilio propio o en el consulado, o por escrito, siempre que ello sea posible.

¹⁷⁵ Sin embargo, la Ley española sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre) establece que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores en ejercicio no estarán obligados a comparecer como testigos ante los tribunales españoles (art. 22, párr. 2).

82. Ello no ha impedido, sin embargo, que la Corte Internacional de Justicia se haya pronunciado sobre esta cuestión en los asuntos *Determinados procedimientos penales en Francia (República del Congo c. Francia)* y *Ciertas cuestiones relativas a la asistencia mutua en materia penal*.

83. El primero de los casos se refiere a una demanda presentada ante la Corte por la República del Congo por las acciones judiciales emprendidas en Francia en torno al procesamiento de un Ministro del Interior acusado de haber cometido varios delitos con ocasión del ejercicio de sus atribuciones relativas al mantenimiento del orden público en el país. En ese contexto, el tribunal francés solicitó la comparecencia como testigo del Presidente Sassou Nguesso, a lo que la República del Congo se opuso alegando su inmunidad de jurisdicción. Aunque la Corte no llegó a pronunciarse sobre el fondo como consecuencia del desistimiento de la República del Congo, sin embargo sí adoptó un auto en el que denegó las medidas cautelares solicitadas por dicho país por considerar que la solicitud de comparecencia como testigo no perjudicaba de forma irreversible la inmunidad de jurisdicción del Presidente de la República del Congo¹⁷⁶. Además, cabe destacar que, con ocasión del procedimiento sobre las medidas cautelares, tanto Francia como la República del Congo aceptaron que una citación como testigo no era necesariamente contraria a las normas que rigen la inmunidad. En especial, la República del Congo declaró que “el juez es libre de escuchar a cualquier persona que a su juicio parezca estar en condiciones de aportar elementos de prueba, y que no estaría por tanto excluida una iniciativa del juez que pretendiese oír en su instrucción al Presidente Sassou Nguesso, teniendo en cuenta en particular que este era mencionado en las piezas que dan lugar a la requisitoria [remitida por el Fiscal de la República]”¹⁷⁷.

84. Más clara aún es la conclusión a la que llega la Corte en el asunto *Ciertas cuestiones relativas a la asistencia mutua en materia penal*, en el que, pronunciándose igualmente sobre una citación para comparecer como testigo dirigida al Presidente de Djibouti, afirmó que “la convocatoria dirigida por el juez de instrucción francés al Presidente de la República de Djibouti, el 17 de mayo de 2005, no iba acompañada de medidas coercitivas [...]; se trataba, en efecto, de una simple invitación a testificar, que el Jefe de Estado podía aceptar o rechazar libremente. Por tanto, por parte de Francia no se ha atentado contra las inmunidades de las que goza el Jefe de Estado, ya que no se le ha impuesto ninguna obligación en el marco de la instrucción del caso *Borrel*”¹⁷⁸. Para alcanzar dicha conclusión la Corte se ha apoyado en su anterior sentencia en el caso *Orden de detención de 11 de abril de 2000* citada *supra*, en la que puso el acento en el carácter vinculante del acto adoptado por las autoridades judiciales del Estado del foro para determinar si el mismo afecta o no a la inmunidad de jurisdicción.

85. Como puede apreciarse, la solución dada en este caso por la Corte Internacional de Justicia no se ha basado en el reconocimiento del derecho abstracto de un Jefe de Estado a no ser llamado a comparecer como testigo, sino en el reconocimiento de que no está obligado a testificar. En consecuencia, la citación como testigo dirigida a un Jefe de Estado para que preste testimonio se verá afectada por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en la medida en que el acto en cuestión tenga carácter obligatorio y del incumplimiento de la misma se puedan derivar medidas coercitivas dirigidas contra el Jefe de Estado. También en este caso, la Corte ha privilegiado la especial situación en que se encuentra el Jefe del Estado en tanto que investido de una

¹⁷⁶ *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, medidas cautelares, providencia de 17 de junio de 2003, *I.C.J. Reports 2003*, págs. 102 y ss., en particular págs. 109 y 110, párrs. 30 a 35.

¹⁷⁷ *Ibid.*, párr. 32.

¹⁷⁸ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (véase la nota 134 *supra*), pág. 237, párr. 171.

especial dignidad y de la representación internacional del mismo, por lo que no parece que haya razones para no extender la misma regla al Jefe de Gobierno y al Ministro de Asuntos Exteriores. En consecuencia, cabe concluir que todo acto de carácter obligatorio por el que se cite a comparecer como testigo a un Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores estaría afectado por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

86. Por el contrario, no parece posible que se pueda extender de modo automático la misma conclusión al caso de citaciones dirigidas al resto de funcionarios extranjeros que se beneficiarían únicamente de la inmunidad *ratione materiae*. En este caso será necesario considerar, además, el objeto de la declaración. Así, dado que esta categoría de inmunidad está estrechamente relacionada con los “actos realizados a título oficial”, la citación como testigo de un funcionario extranjero solo quedará afectada por la inmunidad cuando, siendo obligatoria, se interese su testimonio respecto de dicha categoría de actos.

87. La naturaleza del acto sobre el que se solicita el testimonio se encuentra estrechamente relacionada con una eventual solicitud de entregar o poner a disposición del tribunal información o documentos que obran en poder de un funcionario del Estado. También en este caso, el acto del tribunal del foro dirigido a un beneficiario de la inmunidad *ratione personae* se verá automáticamente afectado por la misma por las razones que antes se han señalado. Por el contrario, en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, en principio cabe entender que la entrega de documentos en poder de un funcionario extranjero tan solo estaría protegida por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera si se trata de documentos del Estado del funcionario de los que este dispone en su calidad de tal. En este caso, es evidente que se tratará de información o documentos del Estado que, en algunos casos, pueden llegar a estar protegidos por regímenes internacionales de inviolabilidad¹⁷⁹ y su caracterización como documentos oficiales (y por ello asimilables *mutatis mutandi* al concepto de “acto realizado a título oficial”) no es cuestionable. Sin embargo, incluso cuando dicho régimen no pueda ser aplicado a un documento, la solicitud de entregar dichos documentos o de proporcionar información sobre los mismos dirigida a un funcionario del Estado podría verse afectada por la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* si el acto por el que se les solicita tiene carácter obligatorio y del mismo se pueden derivar medidas coercitivas contra el funcionario y si la solicitud de información o de entrega del documento está relacionada con actos realizados por el funcionario a título oficial¹⁸⁰.

88. Aunque relacionado con la actividad de un tribunal internacional, puede resultar de interés la conclusión a la que llegó el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso *Blaškić* en relación con la solicitud dirigida a Croacia y a su Ministro de Defensa de proporcionar información y presentar documentación que afectaba a dicho caso y la ulterior orden dirigida al Ministro de Defensa de comparecer ante el Tribunal

¹⁷⁹ Así, según la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas “[l]os archivos y documentos de la misión son siempre inviolables, dondequiera que se hallen” (art. 24). En el mismo sentido, véanse la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 26; la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, arts. 25 y 55; y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, arts. 33 y 61.

¹⁸⁰ En relación con este tema puede ser útil recordar que distintas leyes de inmunidad del Estado establecen que un Estado extranjero no podrá ser objeto de sanciones por el hecho de que no entregue documentos que le han sido solicitados, a él o a uno de sus funcionarios, por un tribunal del Estado del foro. Véase *State Immunity Act* (Reino Unido, 1978), art. 13, párr. 1; *State Immunity Ordinance* (Pakistán, 1981), art. 14, párr. 1; *Foreign States Immunities Act* (Australia, 1985), art. 39; *State Immunity Act* (Canadá, 1985), art. 13; *State Immunity Act* (Singapur, 1979, 2014), art. 15, párr. 1; *Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State* (Japón, 2009), art. 22; Ley Orgánica 16/2005 (España, 2009), art. 56, párr. 1.

(*subpoena duces tecum*). En respuesta al recurso presentado por Croacia, la Sala de Apelaciones concluyó que “de conformidad tanto con el derecho internacional general como con el Estatuto [del Tribunal], ni los Jueces ni las Salas de enjuiciamiento pueden dirigir órdenes obligatorias a los funcionarios del Estado” a fin de que presenten dichos documentos¹⁸¹. A lo que añadió, tras recordar el derecho de auto organización del Estado¹⁸², que “es indudable que [el] Estado, siendo el destinatario de dicha obligación [de cooperar con el Tribunal] [...], tiene cierto margen en la elección de las personas responsables y los métodos para cumplir con la obligación. Es a cada Estado al que corresponde determinar los órganos competentes para cumplir con dicha orden”¹⁸³. Ello no le impide, sin embargo, concluir que el Tribunal podría dirigirse igualmente al funcionario del Estado a título informativo¹⁸⁴.

89. Por último, ha de destacarse que las cuestiones relativas a la comparecencia como testigo de un funcionario del Estado y la petición de que entregue al tribunal extranjero documentos (o informe sobre los mismos) suscitan igualmente cuestiones relacionadas con la cooperación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, así como cuestiones relacionadas con las garantías del juicio justo, que deberán ser examinadas en el séptimo informe.

4. Medidas cautelares

90. La última categoría de actos que conviene examinar son aquellas medidas, normalmente de carácter cautelar, que pueden ser adoptadas por un tribunal en el marco de un proceso penal, incluso antes de la acusación o el procesamiento de una persona. Normalmente, dichas medidas pueden afectar bien sea a la libertad de movimientos del funcionario extranjero (retención de pasaporte u otros documentos de viaje, orden de comparecencia periódica ante los tribunales o autoridades del Estado del foro) bien a los bienes del funcionario que se encuentren en el territorio del Estado del foro. De nuevo, la pregunta de si dichos actos están afectados por la inmunidad merece una respuesta distinta según nos encontremos ante un supuesto de inmunidad *ratione personae* o de inmunidad *ratione materiae*.

91. Por lo que se refiere a las medidas cautelares de carácter personal que se han mencionado en primer lugar, no es posible encontrar normas especialmente aplicables a las mismas ni tampoco práctica de los Estados. Sin embargo, sería posible aplicar a las mismas *mutatis mutandi* las consideraciones que antes se han formulado respecto de la detención o el arresto, ya que, si bien es cierto que las citadas medidas no se traducen en una privación de libertad del funcionario del Estado, sí producen en los mismos un efecto similar, en la medida en que su libertad de movimiento queda sensiblemente reducida y la posibilidad de abandonar el territorio del Estado del foro queda anulada.

92. Mayor complejidad presenta, por el contrario, el análisis de las medidas cautelares consistentes en la aprehensión –aunque sea provisional– de bienes del funcionario extranjero. De nuevo en este caso es necesario proceder a la distinción

¹⁸¹ *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, causa núm. IT-95-14, Petición de la República de Croacia de revisar la decisión de la Sala de Enjuiciamiento II de 18 de julio de 1997, sentencia de 29 de octubre de 1997, párr. 43.

¹⁸² *Ibid.*, párr. 41.

¹⁸³ *Ibid.*, párr. 43. Además del fundamento jurídico de su decisión, el Tribunal llama la atención sobre las razones prácticas que avalan su decisión, en particular las dificultades que se derivarían del hecho de que el Estado prohibiese al funcionario citado comparecer en juicio, por un lado, y los riesgos de que el funcionario citado no comparezca a pesar de la voluntad de su Estado de cooperar con el Tribunal (*ibid.*, párr. 44).

¹⁸⁴ *Ibid.*, párr. 45.

entre los supuestos de aplicación de la inmunidad *ratione personae* y los de aplicación de la inmunidad *ratione materiae*.

93. En el caso de la inmunidad *ratione personae*, ha de recordarse en primer lugar que las convenciones que rigen alguna forma de inmunidad personal suelen declarar la prohibición de adoptar medidas de ejecución sobre las personas que se benefician de la misma, incluida la prohibición de proceder al embargo de los bienes del funcionario extranjero. Así, por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas establece en su artículo 31, párrafo 3, que “[e]l Agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a, b y c del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia”¹⁸⁵. Además, dichas disposiciones van acompañadas de la declaración de la inviolabilidad de sus domicilios particulares, correo y bienes¹⁸⁶.

94. Aunque las disposiciones citadas se refieren a regímenes especiales de inmunidad *ratione personae* que quedan fuera del ámbito del presente proyecto de artículos, no parece que existan razones que impidan la aplicación de la misma regla a los bienes del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores. En este sentido se ha manifestado el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 2001 sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en derecho internacional, en la que se le reconoce “inmunidad de ejecución”¹⁸⁷ al tiempo que se establece un régimen especial aplicable a los bienes del Jefe de Estado y de Gobierno, conforme al cual “[l]os bienes personales del Jefe de Estado que estén localizados en el territorio de otro Estado no pueden ser embargados ni ser objeto de ninguna medida de ejecución forzosa, salvo para ejecutar una sentencia pronunciada contra él y que haya adquirido fuerza de cosa juzgada. Sin embargo, estos bienes no podrán ser objeto de ningún embargo o medida de ejecución mientras que el Jefe de Estado se encuentre en el territorio del foro en ejercicio de sus funciones especiales”¹⁸⁸. No obstante, dicho régimen protector no impide que el Estado del foro “pued[a] adoptar respecto de los [citados bienes] las medidas provisionales que se juzguen indispensables para conservar su control en tanto que la legalidad de su apropiación [por el Jefe de Estado o de Gobierno] no se haya establecido suficientemente”¹⁸⁹. Por otro lado, ha de destacarse igualmente que algunas leyes de inmunidad del Estado contienen disposiciones similares relativas a la inviolabilidad de los bienes o a la inmunidad de ejecución de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores¹⁹⁰.

95. Sin embargo, en el caso de las personas que gozan de inmunidad *ratione materiae* la respuesta debe ser más matizada. En primer lugar, respecto de las medidas que afecten a su libertad de circulación, en principio no existiría duda sobre el hecho de que dichas medidas imponen al funcionario extranjero obligaciones y constituyen medidas coercitivas. Por tanto, se podrían ver afectadas por la inmunidad de jurisdicción penal si el cumplimiento de las mismas impidiese al funcionario

¹⁸⁵ En un sentido similar se expresa la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 31; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 30 y art. 60, párr. 2.

¹⁸⁶ Véanse la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 30; la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 30; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, arts. 29 y 59.

¹⁸⁷ Véase la nota 83 *supra* (artículo 6 de la resolución).

¹⁸⁸ *Ibid.*, art. 4, párr. 1.

¹⁸⁹ *Ibid.*, art. 4, párr. 2.

¹⁹⁰ Véanse *Foreign States Immunities Act* (Sudáfrica, 1981), art. 14, párr. 1; *Foreign States Immunities Act* (Australia, 1985), art. 30; *State Immunity Act* (Canadá, 1985), art. 12; y Ley Orgánica 16/2015 (España, 2015), art. 21, párr. 2, y art. 22, párr. 1.

extranjero el cumplimiento de sus funciones estatales. Sin embargo, ello requerirá un análisis caso por caso.

96. Por lo que se refiere al embargo de bienes como medida cautelar, la respuesta merece un análisis más detenido, que ha de tener en cuenta si los bienes en cuestión son bienes del funcionario o bienes del Estado bajo su custodia y si, en este último caso, son bienes que quedarían cubiertos por la inmunidad del Estado. En el caso de que se trate de bienes propiedad del Estado, en principio no cabe duda de que una orden de embargo de los mismos (aunque sea cautelar) podría atentar contra la inmunidad del Estado, bien sea en sentido general bien bajo la especial forma de la inviolabilidad e inmunidad de los locales diplomáticos y bienes afectos a los mismos. Sin embargo, en el caso de los bienes propiedad del funcionario, afirmar que una orden de aprehensión o embargo de los mismos queda afectada por la inmunidad no es fácil de sostener, ya que difícilmente se podrá concluir que esta medida constituye una medida coercitiva contra la persona del funcionario del Estado ni que la misma le impediría, en su caso, el correcto ejercicio de las funciones del Estado. En tal sentido, la Relatora Especial desea recordar lo ya dicho por el anterior Relator Especial, Sr. Kolodkin, en su segundo informe, en el que a la pregunta “¿es legítimo incautar sus bienes personales, en particular, sus cuentas bancarias (por ejemplo, las utilizadas para transacciones ilícitas) o vehículos (por ejemplo, en el caso de que el presunto delito se hubiera cometido en ese vehículo)?”, respondió que “[t]ales medidas serían legítimas”¹⁹¹.

D. La determinación de la inmunidad

97. La última cuestión de alcance general relacionada con el concepto de jurisdicción que es necesario analizar se refiere a la determinación de la inmunidad, en particular la identificación del órgano competente en el Estado del foro para examinar y decidir sobre la aplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción penal de que pueda beneficiarse un funcionario extranjero.

98. Como punto de partida y dado que la aplicación de la inmunidad de jurisdicción va a tener como resultado la paralización de la jurisdicción competente, parece obvio concluir que dicha competencia corresponde a los órganos titulares de dicha jurisdicción¹⁹². En consecuencia, serán los tribunales del Estado del foro los competentes para pronunciarse de modo definitivo sobre esta cuestión, aunque sería posible que también pudieran pronunciarse otros órganos distintos de los jueces (en particular los fiscales) cuando estén encargados de la investigación o instrucción, si con ocasión del ejercicio de su función se suscita la cuestión de la inmunidad en relación con alguno de los actos afectados por la misma que han sido analizados en

¹⁹¹ A/CN.4/631, párr. 42, nota 92.

¹⁹² Así se deduce, por ejemplo, de los comentarios escritos de Alemania, Austria, Chequia, Francia, México, Países Bajos y Suiza. Para Alemania, ello es la lógica consecuencia de que todo órgano judicial debe asegurarse de que tiene competencia en un caso concreto antes de ejercer su jurisdicción. Francia expresó tal opinión en el asunto *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (véase la nota 134 *supra*), afirmando que tal decisión corresponde “a la justicia de cada país”, que deberá decidir caso a caso (párr. 189). Y aunque la Corte Internacional de Justicia no se pronunció expresamente sobre esta afirmación, al concluir en contra de las pretensiones de Djibouti sobre la inmunidad del Fiscal General y del Jefe del Servicio de Seguridad Nacional, afirmó que “no ha sido ‘concretamente verificado’ ante ella que los actos que están en el origen de la convocatoria para comparecer como investigados (*témoins assistés*) en Francia no eran efectivamente actos realizados en el marco de sus funciones en tanto que órganos del Estado” (párr. 191). De lo que cabe deducir el reconocimiento del poder del tribunal competente (la propia Corte) para determinar si concurren o no los requisitos necesarios para que se aplique la inmunidad de jurisdicción.

la sección anterior¹⁹³. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la decisión adoptada por estos otros órganos en la mayoría de los casos será susceptible de recurso ante los tribunales que, por tanto, deberán pronunciarse finalmente al respecto¹⁹⁴. En cualquier caso, la referencia a los tribunales del Estado del foro como órgano competente debe entenderse en términos generales, ya que la competencia para pronunciarse en un determinado caso dependerá exclusivamente de la estructura judicial del Estado del foro (planta judicial) y del sistema de recursos establecido en sus leyes procesales.

99. Sin embargo, afirmar la competencia de los tribunales del Estado del foro para pronunciarse sobre la inmunidad no implica, necesariamente, que otros órganos o poderes del Estado no puedan emitir sus opiniones al respecto, coadyuvando con los tribunales en la determinación de la inmunidad. Esta cooperación de otros órganos del Estado con los tribunales de justicia puede producirse a través de distintas fórmulas, bien sea mediante el recurso a mecanismos generales, bien mediante la utilización de instrumentos *ad hoc* establecidos específicamente a los efectos de la inmunidad de jurisdicción.

100. Sin duda, el instrumento más conocido es el sistema de “sugerencia de inmunidad”, que viene aplicándose en los Estados Unidos como una institución de *common law* en relación con la determinación de la inmunidad de los funcionarios de un Estado extranjero¹⁹⁵. En virtud del mismo, el Departamento de Estado, por intermedio del Departamento de Justicia, puede transmitir a los tribunales norteamericanos su opinión sobre si un determinado funcionario extranjero se

¹⁹³ La posibilidad de que el fiscal determine la inmunidad parece haber llevado a los Países Bajos a afirmar en sus comentarios escritos que “hay poca práctica relevante [sobre invocación de la inmunidad], ya que el fiscal normalmente habría evaluado en primer lugar si se aplica alguna inmunidad antes de iniciar acciones penales”. Por su parte, Alemania y México se refieren también a la toma en consideración de la inmunidad por parte del fiscal. En el caso de Austria, si el Ministerio Fiscal, tras completar las investigaciones preliminares, llega a la conclusión de que puede existir una forma de inmunidad aplicable, deberá informar de los hechos del caso y de las medidas que pretende adoptar al Ministerio de Justicia.

¹⁹⁴ Véase, a título de ejemplo, el caso *A. c. Ministère public de la Confédération, B. et C* (nota 141 *supra*), en el que la decisión del Ministerio Público de instruir una causa contra el Sr. Nezzar fue objeto de recurso ante el Tribunal Penal Federal de Suiza (BB 2011.140). En el caso de Chequia, de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento penal en caso de duda sobre la competencia de un tribunal, el tema será resuelto por el Tribunal Supremo a instancia del interesado, el fiscal o el tribunal competente (véase el comentario).

¹⁹⁵ La aplicación de la “sugerencia de inmunidad” en procedimientos referidos a funcionarios extranjeros se ha consolidado a partir del asunto *Samantar v. Yousuf*, Estados Unidos, 130 S Ct. 2278 (2010). En relación con la posición mantenida anteriormente por tribunales de los Estados Unidos, véase el asunto *Chuidian v. Philippine National Bank*, Estados Unidos, 912 F.2d 1095 (9º circuito, 1990), *International Law Reports*, vol. 92, pág. 480. En relación con los cambios experimentados en el tratamiento de la inmunidad de los funcionarios del Estado por los tribunales de los Estados Unidos, véanse, entre otros, J. B. Bellinger III, “The dog that caught the car: observations of the past, present, and future approaches of the Office of the Legal Adviser to Official Acts Immunities”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, núm. 4 (octubre de 2011), págs. 819 a 835; H. Hongju Koh, “Foreign official immunity after *Samantar*: a United States Government perspective”, *ibid.*, vol. 44, núm. 5 (noviembre de 2011), págs. 1141 a 1161; C. I. Keitner, “Annotated brief of professors of public international law and comparative law as *Amici Curiae* in support of respondents in *Samantar v. Yousuf*”, *Lewis & Clark Law Review*, vol. 15, núm. 3 (cuarto trimestre de 2011), págs. 609 a 632; C. D. Totten, “Head-of-State and foreign official immunity in the United States after *Samantar*: a suggested approach”, *Fordham International Law Journal*, vol. 34, núm. 2 (enero de 2011), págs. 332 a 383; y C. de Castro Sánchez y T. Marcos Martín, “A vueltas con la inmunidad de los funcionarios extranjeros en los casos de violación de derechos humanos: ¿un nuevo horizonte tras la decisión en el asunto *Yousef v. Samantar*?”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, págs. 507 a 524.

beneficia o no de la inmunidad¹⁹⁶. Los tribunales suelen aceptar habitualmente dicha sugerencia de inmunidad, por considerar que la calificación de la inmunidad de ciertos funcionarios extranjeros —en especial el Jefe de Estado— contiene elementos vinculados a la dirección de la política exterior del Estado que deben ser dilucidados por el Ejecutivo. Y solo si el Departamento de Estado no formula una sugerencia de inmunidad, los tribunales entran en el fondo de la existencia o no de la inmunidad.

101. No obstante, a pesar del alto nivel de aceptación de las sugerencias de inmunidad por parte de los tribunales, cabe cuestionar que nos encontremos ante una institución que les prive totalmente de su competencia para pronunciarse sobre la inmunidad de los funcionarios extranjeros. En primer lugar, porque no se produce en sentido estricto una sustitución formal de la decisión judicial, sino más bien una aceptación por parte de los tribunales de la valoración hecha por el Departamento de Estado. Y, en segundo lugar, porque, aunque los tribunales aceptan con carácter general la validez de la “sugerencia de inmunidad”, ello no les ha impedido en ocasiones evaluar por sí mismos la concurrencia de las condiciones sustantivas para aceptar o no la inmunidad de un funcionario extranjero¹⁹⁷.

102. Junto al sistema de la “sugerencia de inmunidad”, cabe destacar igualmente la existencia de otros mecanismos establecidos especialmente en países de *common law*, que contemplan igualmente la posibilidad de que el Ministro de Relaciones Exteriores pueda emitir ciertos certificados que han de ser considerados como concluyentes para los tribunales que han de pronunciarse sobre la inmunidad en un determinado caso. Entre la información a que se refieren dichos certificados se encuentra la determinación de que una persona goza de la condición de Jefe de Estado o Jefe de Gobierno¹⁹⁸. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que los tribunales únicamente están obligados a aceptar la validez de dicha calificación, sin que de ella pueda deducirse ninguna otra consecuencia a los efectos de la determinación de la inmunidad de jurisdicción.

103. Por último, cabe señalar la existencia de otras normas que permiten a los tribunales solicitar la opinión de órganos de la Administración a los efectos de poder determinar la aplicabilidad de la inmunidad. Entre ellos cabe citar el Reglamento sobre Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal de Austria, conforme al cual cuando un tribunal tenga dudas sobre si una persona goza de inmunidad de jurisdicción penal frente a los tribunales del país, deberá obtener la opinión del Ministerio de Justicia que aclarará el estatuto del interesado en consulta con el Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁹⁹. En un sentido similar, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España puede emitir informes sobre cuestiones relacionadas con la inmunidad de jurisdicción del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores a petición de los tribunales

¹⁹⁶ Sobre la práctica del Departamento de Estado en relación con la sugerencia de inmunidad, véase E. E. Smith, “Immunity games: how the State Department has provided courts with a post-*Samantar* framework for determining foreign official immunity”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, núm. 2 (marzo de 2014), págs. 569 a 608.

¹⁹⁷ Véase, en este sentido, *Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763 (4º circuito, 2012). Aunque en este caso el Departamento de Estado se había manifestado en contra de la inmunidad, el Tribunal declaró que la sugerencia no era vinculante y entró a valorar el fondo del asunto, concluyendo que existe una tendencia creciente en el derecho internacional contemporáneo a favor de no reconocer la inmunidad del funcionario respecto de actos que violan las normas de *ius cogens*, con independencia de que el acto pueda ser también atribuido al Estado.

¹⁹⁸ Véanse *State Immunity Act* (Reino Unido, 1978), art. 21 a; *State Immunity Act* (Singapur, 1979, 2014), art. 18; *Foreign States Immunities Act* (Sudáfrica, 1981), art. 17; *State Immunity Ordinance* (Pakistán, 1981), art. 18; *Foreign States Immunities Act* (Australia, 1985), art. 40; y *State Immunity Act* (Canadá, 1985), art. 14.

¹⁹⁹ Véase la sección 57 del Reglamento.

competentes, que a tal fin deberán comunicar a dicho Ministerio todo procedimiento incoado contra un Estado extranjero²⁰⁰.

104. Frente a ello, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que en algunos Estados los órganos de la Administración carecen de capacidad para remitir sus opiniones a los tribunales, o solo pueden hacerlo cuando se les solicita, pudiendo considerarse como una forma de influencia prohibida el envío de cualquier otra información u opinión²⁰¹.

105. Es cierto, sin embargo, que en determinadas ocasiones la determinación de la inmunidad se puede encontrar con dificultades prácticas, en especial en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, que para ser aplicada necesita que el juez compruebe que concurren los elementos normativos que la constituyen, a saber: que el interesado sea un funcionario extranjero, que los actos realizados lo hayan sido a título oficial y que los haya realizado durante su mandato. En ocasiones dichos elementos no podrán ser evaluados por el tribunal del Estado del foro de forma autónoma, sino que precisará de información complementaria que le puede ser ofrecida bien sea por las propias autoridades del Estado del foro, bien por el Estado del funcionario. Si la información recibida del Estado del funcionario es, sin duda, relevante, no por ello resulta posible concluir que el contenido de la misma tenga fuerza vinculante para el tribunal responsable de determinar la inmunidad.

106. La cuestión de la validez de la información proporcionada por el Estado del foro sobre la condición de funcionario y el carácter oficial de los actos realizados por el mismo no se recoge en ninguna norma internacional, ni tampoco ha sido objeto de pronunciamiento por parte de tribunales internacionales. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia sí ha tenido ocasión de emitir su opinión en el caso *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*. En dicho asunto el Secretario General de las Naciones Unidas alegó que en virtud de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas tenía competencia exclusiva para determinar si dicho Relator Especial era un experto en misión y si la entrevista que causó su procesamiento debía ser calificada como acto realizado en el ejercicio de sus funciones²⁰². Aunque la Corte declaró que no podía pronunciarse sobre dicha cuestión al no estar incluida en la pregunta que le formuló el Consejo Económico y Social (ECOSOC), sí concluyó que “el Secretario General, en su calidad de funcionario de mayor nivel de la Organización, tiene la responsabilidad principal de la protección de los intereses de ésta; y a ese título le corresponde apreciar si sus agentes han actuado en el marco de sus funciones y, en caso de respuesta afirmativa, proteger a esos agentes, incluidos los expertos en misión, haciendo valer su inmunidad”²⁰³. Sin embargo, esta afirmación no le lleva a concluir el carácter absoluto de la competencia del Secretario General y la oponibilidad absoluta de sus opiniones frente a toda acción de los tribunales de un Estado Miembro. Por el contrario, la Corte se limita a calificar a dicha opinión como “una presunción que no puede ser descartada más que por los motivos más imperiosos” y a la que “los tribunales nacionales le deben otorgar el más amplio peso”²⁰⁴, estableciendo de esta manera un equilibrio entre los intereses del Estado del foro y los intereses de la Organización.

²⁰⁰ Dicha comunicación se realizará a los efectos únicos de instar la producción de dicho informe. Véase la Ley Orgánica 16/2015, art. 52, en relación con la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, art. 27, párr. 2.

²⁰¹ Véanse, en este sentido, los comentarios escritos de Alemania.

²⁰² *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights* (véase la nota 130 *supra*), pág. 80, párr. 33.

²⁰³ *Ibid.*, pág. 87, párr. 60.

²⁰⁴ *Ibid.*, párr. 61.

107. Este planteamiento puede ser trasladado sin dificultad al supuesto que nos ocupa. Y así, ha de concluirse (como ya hizo el anterior Relator Especial, Sr. Kolodkin) que “el tribunal extranjero no está en la obligación (y tampoco lo están las demás autoridades del Estado que ejerce la jurisdicción) de ‘aceptar ciegamente’ cualquier declaración del Estado del funcionario. Pero el tribunal tampoco puede pasar por alto este tipo de declaración, si de las circunstancias del caso no surgen evidencias de otra cosa”²⁰⁵. Sin duda, el contenido de la información proporcionada por el Estado del funcionario tendrá una gran importancia para que el tribunal pueda determinar la inmunidad y, por ello, deberá ser objeto de análisis igualmente en el séptimo informe desde la perspectiva de la cooperación.

108. Habiendo dicho lo anterior, es preciso, para finalizar, analizar la determinación de la inmunidad desde una perspectiva sustantiva. A tal fin ha de llamarse la atención sobre el hecho de que la determinación de la inmunidad por parte de los tribunales del Estado del foro deberá tomar en consideración diferentes elementos, según se trate de la determinación de la inmunidad *ratione personae* o de la determinación de la inmunidad *ratione materiae*. En relación con la inmunidad *ratione personae* bastará con que el tribunal valore si el individuo sobre el que se pretende ejercer la jurisdicción penal responde a la categoría de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores y si se encuentra en ejercicio en el momento en que la inmunidad es considerada por los tribunales. Por el contrario, en el caso de la inmunidad *ratione materiae* el tribunal deberá evaluar, en primer lugar, si dicho individuo es un funcionario del Estado (incluido un antiguo Jefe de Estado, antiguo Jefe de Gobierno o antiguo Ministro de Relaciones Exteriores), si los actos afectados han sido realizados a título oficial y si los mismos se realizaron por el funcionario extranjero cuando se encontraba en ejercicio. Junto a ello deberá evaluar también si los actos en cuestión entran dentro de alguna de las categorías de crímenes de derecho internacional a los que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* no se aplica. Solo tras la valoración de estos elementos, el tribunal del Estado del foro podrá determinar si el funcionario extranjero se beneficia o no de la inmunidad de jurisdicción penal.

²⁰⁵ A/CN.4/646 (tercer informe, 2011), párr. 30.

Capítulo III

Plan de trabajo futuro

109. Como se ha señalado *supra*, la Relatora Especial se propone presentar en 2019 un séptimo informe con el que finalizaría el tratamiento de las cuestiones procesales. Dicho informe estará dedicado, en particular, a las cuestiones más directamente relacionadas con lo que se puede entender como cláusulas de salvaguardia procesales referidas tanto al Estado del funcionario como al funcionario mismo. El informe deberá analizar, por tanto, las siguientes cuestiones: invocación de la inmunidad, renuncia a la inmunidad, comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, transmisión de información por parte del Estado del funcionario, cooperación y asistencia jurídica internacional entre el Estado del funcionario y el Estado del foro y las garantías y derechos procesales que deben reconocerse al funcionario extranjero. Además, el informe deberá analizar también las cuestiones relativas a la cooperación de los Estados con tribunales penales internacionales y su eventual incidencia sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Por último, en el séptimo informe la Relatora Especial se propone presentar los proyectos de artículo que se derivan del análisis realizado en este sexto informe y del que se realizará en el séptimo, a fin de que puedan ser considerados conjuntamente por la Comisión dada la estrecha relación existente entre ellos.

110. De esta manera, y salvo circunstancias imprevistas, con el séptimo informe finalizaría el tratamiento de las cuestiones incluidas en el programa de trabajo original sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; y es de esperar que la Comisión esté en condiciones de terminar el examen completo del mismo y aprobar el proyecto de artículos en primera lectura en 2019.

Anexo

Proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado provisionalmente aprobados por la Comisión

Primera parte Introducción

Proyecto de artículo 1. Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado.
2. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional, de la que gocen, en particular, las personas adscritas a las misiones diplomáticas, las oficinas consulares, las misiones especiales, las organizaciones internacionales y las fuerzas armadas de un Estado.

Proyecto de artículo 2. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[...]

- e) Se entiende por “funcionario del Estado” un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales.
- f) Se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal.

Segunda parte* Inmunidad *ratione personae*

Proyecto de artículo 3. Beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*

Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Proyecto de artículo 4. Alcance de la inmunidad *ratione personae*

1. Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato.
2. Esta inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial, por los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores durante su mandato o con anterioridad a este.
3. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*.

* La Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos.

Tercera parte*

Inmunidad *ratione materiae*

Proyecto de artículo 5. Beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*

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.

Proyecto de artículo 6. Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* únicamente respecto de los actos realizados a título oficial.
2. La inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado.
3. Los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* en virtud del proyecto de artículo 4, cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato.

Proyecto de artículo 7. Crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica

1. La inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional:
 - a) Crimen de genocidio;
 - b) Crímenes de lesa humanidad;
 - c) Crímenes de guerra;
 - d) Crimen de apartheid;
 - e) Tortura;
 - f) Desapariciones forzadas.
2. A los efectos del presente proyecto de artículo, los crímenes de derecho internacional arriba mencionados se entienden conforme a la definición de los mismos contenida en los tratados enumerados en el anexo al presente proyecto de artículos.

Anexo

Lista de los tratados a que se hace referencia en el proyecto de artículo 7, párrafo 2

Crimen de genocidio

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 6;
- Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, artículo II.

Crímenes de lesa humanidad

* La Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos.

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 7.

Crímenes de guerra

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 8, párrafo 2.

Crimen de *apartheid*

- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, artículo II.

Tortura

- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, artículo 1, párrafo 1.

Desapariciones forzadas

- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, artículo 2.
-