



Asamblea General

Distr. general
18 de abril de 2019

Original: Español

Comisión de Derecho Internacional

71^{er} período de sesiones

Ginebra, 29 de abril a 7 de junio de 2019 y

8 de julio a 9 de agosto de 2019

Séptimo 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>Página</i>
Introducción	3
A. El tratamiento previo del tema por la Comisión de Derecho Internacional	3
B. Plan del séptimo informe	11
I. Concepto de jurisdicción y aspectos procesales de la inmunidad (continuación)	13
II. Invocación y renuncia a la inmunidad	15
A. Consideraciones generales	15
B. Invocación de la inmunidad	17
1. La invocación como requisito procesal	17
2. Competencia para invocar la inmunidad	23
3. Momento en que ha de invocarse la inmunidad	26
4. Efectos de la invocación de la inmunidad	27
C. Renuncia a la inmunidad	29
1. Órganos competentes para renunciar a la inmunidad	32
2. Forma que debe revestir la renuncia	34
3. Efectos de la renuncia a la inmunidad	39

* La Relatora Especial desea expresar su agradecimiento a Carmen Quesada Alcalá, Fernando Val Garijo, Teresa Marcos Martín y Justo Corti Varela, profesores de derecho internacional público de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, y a Joana Abrisqueta, profesora de derecho internacional público de la Universidad de Deusto, por la asistencia en la preparación del presente informe.



III.	Garantías procesales que operan entre el Estado del foro y el Estado del funcionario	41
A.	Notificación al Estado del funcionario de la pretensión de ejercer la jurisdicción penal .	44
B.	Intercambio de información	51
C.	Remisión del procedimiento penal	56
D.	Consultas	62
IV.	Derechos y garantías procesales del funcionario	63
A.	Alcance y contenido de los derechos y garantías procesales	64
B.	Trabajos previos de la Comisión	70
V.	Plan de trabajo futuro	72
Anexos		
I.	Proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado provisionalmente aprobados por la Comisión	74
II.	Proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado propuestos para la consideración de la Comisión en su 71 ^{er} período de sesiones . .	77

Introducción

A. El tratamiento previo del tema por la Comisión de Derecho Internacional

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 actual 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 informes 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 Estado⁴. 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 en su 64º período de sesiones⁹ y la Sexta Comisión hizo lo propio en el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General¹⁰, avalando en ambos casos las propuestas de la Relatora Especial.

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

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

³ Véase *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 Los informes del Relator Especial Roman Kolodkin figuran en *Anuario ... 2008*, vol. II (primera parte), pág. 163, documento A/CN.4/601 (informe preliminar); documento A/CN.4/631 (segundo informe, 2010) y documento 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 A/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 de la Asamblea General se ocupó del tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” en las sesiones 20ª a 23ª de su sexagésimo séptimo

5. Con posterioridad la Relatora Especial ha presentado otros cinco informes en 2013, 2014, 2015, 2016 y 2018¹¹. 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 (ámbito de aplicación del proyecto de artículos)¹³; proyecto de artículo 2, apartados e) y f) (conceptos de “funcionario del Estado” y de “acto realizado a título oficial”)¹⁴; proyectos de artículo 3 y 4 (elementos normativos de la inmunidad *ratione personae*)¹⁵; proyectos de artículo 5 y 6 (elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*)¹⁶; y proyecto de artículo 7 (crímenes de derecho 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 I al presente informe.

6. Por su parte, la Sexta Comisión examinó los informes de la Comisión sobre este tema en sus períodos de sesiones de 2013 a 2018¹⁸.

7. En su 70º período de sesiones (2018) la Comisión no pudo finalizar el debate sobre el sexto informe de la Relatora Especial, ya que el mismo no estuvo disponible en todos los idiomas con suficiente antelación. Por ello, la Comisión decidió iniciar

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, 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), A/CN.4/701 (quinto informe) y A/CN.4/722 (sexto 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 69º: *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; *ibid.*, *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párrs. 174 a 243; *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. Los debates de la Comisión son examinados en la presente introducción.

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; A/CN.4/689, párrs. 68 a 76; A/CN.4/703, párrs. 51 a 61, y A/CN.4/713, párrs. 29 a 44, 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 segundo. 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, A/C.6/70/SR.20 y SR.22 a SR.25, A/C.6/71/SR.20, SR. 24 y SR.26 a SR.30, y A/C.6/72/SR.18, SR.19 y SR.21 a SR.26. 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>, <http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/70th-session/agenda>, <http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/71th> y <http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/72th-session/agenda>. Los debates de la Sexta Comisión sobre el sexto informe son analizados en la presente introducción.

el debate de dicho informe en su 70º período de sesiones y continuar con el mismo en 2019¹⁹.

8. Aunque los miembros de la Comisión que intervinieron en el debate señalaron que sus intervenciones tenían carácter preliminar, aportaron elementos de interés que es útil referir en el presente informe, que como ya se ha señalado anteriormente ha de entenderse juntamente con el anterior. En primer lugar, se reiteraron algunos planteamientos ya expresados en anteriores períodos de sesiones. En este sentido, se recordó la necesidad de que la Comisión aclare en su proyecto de artículos si las excepciones a la inmunidad reflejan la *lex lata* o si, por el contrario, constituyen un desarrollo progresivo del derecho internacional y el proyecto de artículo 7 es, por tanto, una propuesta de *lege ferenda*²⁰. En este contexto, algunos miembros de la Comisión llamaron la atención sobre la necesidad de que se alcance un consenso sobre esta cuestión, evitando la división entre sus miembros²¹, llegando incluso algún miembro a formular una propuesta concreta sobre la modificación de la redacción del proyecto de artículo 7²². Igualmente se reiteró la necesidad de que los trabajos de la Comisión encontraran un equilibrio entre el principio de igualdad soberana de los Estados y la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales²³. Asimismo, un miembro de la Comisión expresó su interés por que el séptimo informe de la Relatora Especial abordara la relación existente entre la inmunidad *ratione materiae* y el *ius cogens*²⁴. Esta cuestión se suscitó también en el contexto de las propuestas formuladas por el Relator Especial sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en su tercer informe²⁵, generando un intenso debate²⁶.

9. Sobre la cuestión de los aspectos procesales de la inmunidad, los miembros de la Comisión acogieron en general de forma positiva la inclusión de disposiciones de este carácter en el proyecto de artículos, solicitando la inclusión en el séptimo informe de la Relatora Especial de algún proyecto de artículo que aborde las cuestiones procesales y que tenga en cuenta los comentarios y observaciones formulados por los

¹⁹ Para una visión de conjunto del tratamiento del tema, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, párrs. 267 a 330.

²⁰ En este sentido, véanse las intervenciones de los Sres. Nolte (*A/CN.4/SR.3439*), Hassouna (*A/CN.4/SR.3439*) y Murphy (*A/CN.4/SR.3440*).

²¹ En este sentido, véanse las intervenciones de los Sres. Huang (*A/CN.4/SR.3439*), Nolte (*A/CN.4/SR.3439*), Murphy (*A/CN.4/SR.3440*) y Zagaynov (*A/CN.4/SR.3440*) y, de una manera más matizada, del Sr. Gómez Robledo (*A/CN.4/SR.3440*).

²² Véase la intervención del Sr. Nolte, que propuso formular dicho proyecto de artículo en forma de recomendación dirigida a los Estados y sin carácter imperativo (*A/CN.4/SR.3439*).

²³ En este sentido, véanse las intervenciones de los Sres. Saboia (*A/CN.4/SR.3439*), Hassouna (*A/CN.4/SR.3439*), Hmoud (*A/CN.4/SR.3440*), Grossman Guiloff (*A/CN.4/SR.3439*), Ruda Santolaria (*A/CN.4/SR.3440*), y de la Sra. Oral (*A/CN.4/SR.3440*).

²⁴ Véase la intervención del Sr. Nguyen (*A/CN.4/SR.3439*).

²⁵ Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), del Sr. Dire Tladi, Relator Especial (*A/CN.4/714*). El proyecto de conclusión 23 estaba redactado en los siguientes términos:

“Irrelevancia del cargo oficial y no aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*

1. El hecho de que un delito prohibido por una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) haya sido cometido por una persona que ocupe un cargo oficial no será motivo de exención de la responsabilidad penal.

2. La inmunidad *ratione materiae* no será de aplicación respecto de ningún delito prohibido por una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).”

²⁶ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, en especial párrs. 110, 141 a 148 y 161. Véase también el informe oral provisional del Presidente del Comité de Redacción presentado a la Comisión el 26 de julio de 2018, disponible en el sitio web de la Comisión.

Estados en la Sexta Comisión²⁷. En relación con ello, también se afirmó que era esencial que las garantías procesales asociadas a las excepciones a la inmunidad eviten un ejercicio de la jurisdicción políticamente motivado o espurio contra el funcionario extranjero²⁸. Algunos miembros de la Comisión se pronunciaron también sobre aspectos concretos del sexto informe. Así, se señaló la importancia del concepto de jurisdicción, porque condiciona las actuaciones del Estado del foro frente a las que puede operar la inmunidad. Algunos miembros concluyeron en particular que la comparecencia como testigo no vulneraba la inmunidad salvo que la citación fuera de cumplimiento obligatorio²⁹, mientras que el requerimiento de entrega de documentos³⁰ y la adopción de medidas cautelares³¹ sí afectaban a la inmunidad. Respecto del momento en que debe considerarse la inmunidad, se afirmó en general que debía producirse en una fase temprana de las actuaciones, aunque algunos miembros señalaron que no debía aplicarse en relación con la fase de investigación³² para evitar que se impida investigar a otras personas que no gozan de inmunidad³³, pero debiéndose considerar en todo caso cuando se adopten medidas obligatorias y coercitivas dirigidas al funcionario³⁴ que puedan afectar al ejercicio de sus funciones³⁵. Respecto del órgano competente para determinar la inmunidad, un buen número de miembros de la Comisión afirmaron que dicha función debe corresponder a los jueces y que la misma debería ser ejercida por un alto tribunal³⁶. Algunos miembros llamaron la atención sobre la necesidad de reducir la discrecionalidad del fiscal en este ámbito³⁷ y otros sobre la necesidad de reservar algún papel para el Poder Ejecutivo³⁸. Asimismo, algunos miembros de la Comisión se manifestaron a favor de contemplar alguna forma de intervención del Estado del funcionario en el proceso de consideración de la inmunidad, refiriéndose en particular a la utilidad de los mecanismos de consulta, información y cooperación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario³⁹. Además, varios miembros de la Comisión se refirieron a la

²⁷ En este sentido, véanse las intervenciones de los Sres. Murase (A/CN.4/SR.3438), Tladi (A/CN.4/SR.3438), Hmoud (A/CN.4/SR.3440), Nolte (A/CN.4/SR.3439), Nguyen (A/CN.4/SR.3439), Petrič (A/CN.4/SR.3440), Hassouna (A/CN.4/SR.3439) y Saboia (A/CN.4/SR.3439) y de la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.440).

²⁸ En este sentido, véanse las intervenciones de los Sres. Nolte (A/CN.4/SR.3439), Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439), Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3440), Murphy (A/CN.4/SR.3440) y Hmoud (A/CN.4/SR.3440) y de la Sra. Oral (A/CN.4/SR.3440).

²⁹ En este sentido, véanse las intervenciones de los Sres. Hassouna (A/CN.4/SR.3439), Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439), Šturma (A/CN.4/SR.3439), Hmoud (A/CN.4/SR.3440) y Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3440).

³⁰ Sr. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439).

³¹ En este sentido, véanse las intervenciones de los Sres. Saboia (A/CN.4/SR.3439) y Hmoud (A/CN.4/SR.3440) y de la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3440).

³² Sr. Saboia (A/CN.4/SR.3439).

³³ Sr. Šturma (A/CN.4/SR.3439) y Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3440).

³⁴ Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3440).

³⁵ En este sentido, véanse las intervenciones de los Sres. Gómez Robledo (A/CN.4/SR.3440) y Hmoud (A/CN.4/SR.3440).

³⁶ En este sentido, véanse las intervenciones de los Sres. Tladi (A/CN.4/SR.3438), Hassouna (A/CN.4/SR.3439), Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439), Saboia (A/CN.4/SR.3439) y Hmoud (A/CN.4/SR.3440) y de la Sra. Oral (A/CN.4/SR.3440).

³⁷ En este sentido, véanse las intervenciones de los Sres. Murase (A/CN.4/SR.3438), Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439), Saboia (A/CN.4/SR.3439) y Šturma (A/CN.4/SR.3439).

³⁸ En este sentido, véanse las intervenciones de los Sres. Tladi (A/CN.4/SR.3438), Nguyen (A/CN.4/SR.3439), Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3440), Gómez Robledo (A/CN.4/SR.3440) y Hmoud (A/CN.4/SR.3440) y de la Sra. Oral (A/CN.4/SR.3440).

³⁹ En este sentido, véanse las intervenciones de los Sres. Šturma (A/CN.4/SR.3439), Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3440) y Hmoud (A/CN.4/SR.3440) y de las Sras. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3440) y Oral (A/CN.4/SR.3440).

utilidad de establecer un mecanismo de solución de controversias ante un órgano internacional⁴⁰.

10. Por último, en relación con la oportunidad de analizar la relación entre el presente tema y los tribunales penales internacionales, un cierto número de miembros de la Comisión se mostraron a favor de hacerlo⁴¹, mientras que otros expresaron su opinión en contra⁴².

11. Por su parte, la Sexta Comisión también mantuvo un debate sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en el que algunos delegados se refirieron al sexto informe de la Relatora Especial⁴³. Las delegaciones reiteraron el carácter preliminar de sus comentarios debido a que la Comisión no había terminado todavía el examen del informe, y —al igual que sucedió en la Comisión— se reiteraron algunas posiciones previas, en especial sobre el proyecto de artículo 7 y las excepciones, y sobre el equilibrio entre valores que debe inspirar el tratamiento del tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, aunque esta última cuestión fue abordada desde distintas perspectivas⁴⁴.

12. En relación con el proyecto de artículo 7 y las excepciones a la inmunidad, ha de destacarse que la inclusión de este proyecto y su contenido recibió un amplio apoyo por parte de los Estados⁴⁵, con independencia de que consideraran dicho precepto como una propuesta de *lex lata* o de *lex ferenda*⁴⁶, con independencia de la petición de algunos Estados de que la Comisión aclarara cuál es su verdadera naturaleza⁴⁷ e incluso con independencia de que algunos Estados sugirieran la modificación del proyecto de artículo 7 para incluir el crimen de agresión⁴⁸ o para establecer una cláusula general de excepción sin referencia específica a una lista de crímenes⁴⁹. Los Estados que apoyaron el proyecto de artículo lo hicieron por la necesidad de mantener la lucha contra la impunidad de los crímenes más graves y por el equilibrio del mismo⁵⁰. Algunos Estados recordaron la tendencia en la práctica a excluir los crímenes internacionales de la aplicación de la inmunidad *ratione materiae*⁵¹. Por el

⁴⁰ En este sentido, véanse las intervenciones de los Sres. Hassouna (A/CN.4/SR.3439) y Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439).

⁴¹ En este sentido, véanse las intervenciones de la Sra. Galvão Teles (A/CN.4/SR.3440) y del Sr. Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3440) (que remitieron al modelo de la complementariedad establecido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3), y de los Sres. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3439), Hassouna (A/CN.4/SR.3439) y, en especial, la opinión del Sr. Murase (A/CN.4/SR.3438), que reiteró su opinión de que el proyecto de artículos debería alinearse con el artículo 27 del Estatuto de Roma.

⁴² Véanse las intervenciones de los Sres. Murphy (A/CN.4/SR.3440) y Zagaynov (A/CN.4/SR.3440).

⁴³ Véanse también las siguientes actas resumidas de la Sexta Comisión: A/C.6/73/SR.20 y SR.25 a SR.30. El texto íntegro de las declaraciones de los delegados que intervinieron en el debate sobre este tema puede consultarse en <http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/73th-session/agenda>.

⁴⁴ En relación con este tema, véanse las declaraciones de las Bahamas (en nombre de la Comunidad del Caribe (CARICOM)), Chile, el Japón, la Santa Sede, la República Islámica del Irán, Israel, Sudáfrica, Rumania, Suiza, Tailandia, España, Singapur, Viet Nam, Eslovaquia, Portugal, Polonia y Suecia (en nombre de los países nórdicos).

⁴⁵ Véanse las intervenciones de Italia, Brasil, Azerbaiyán, los Países Bajos, Suiza, España, Chequia, Portugal, Grecia y Suecia (en nombre de los países nórdicos).

⁴⁶ Véanse, por ejemplo, las declaraciones de Brasil, Suiza y España.

⁴⁷ En este sentido, véase por ejemplo la declaración de Suiza.

⁴⁸ En este sentido se manifestaron Estonia, Portugal y Nicaragua.

⁴⁹ En este sentido se manifestaron los Países Bajos.

⁵⁰ En este sentido, véanse las declaraciones de Italia, España, Portugal y Suecia (en nombre de los países nórdicos).

⁵¹ En este sentido, véanse las declaraciones de Italia y Chile. En contra se manifestaron los Estados Unidos de América.

contrario, algunos Estados declararon que el proyecto de artículo 7 no reflejaba la *lex lata*⁵² y que la Comisión debería incluir en el proyecto de artículos únicamente propuestas de *lex lata* que reflejen normas consuetudinarias⁵³ o, en su caso, abordar la cuestión conforme al modelo de una norma convencional⁵⁴. Algunos países se pronunciaron también sobre la relación entre la inmunidad de jurisdicción y las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)⁵⁵ aunque solo uno declaró que sería útil analizar dicha relación ya que ello permitiría comprender mejor la relación entre inmunidad de jurisdicción y ejercicio de la jurisdicción en caso de crímenes internacionales⁵⁶. Por último, hay que señalar que algunos Estados reiteraron su opinión de que el voto en el seno de la Comisión no es deseable y pidieron la necesidad de que se busque un consenso⁵⁷.

13. Respecto de las garantías procesales, los Estados que intervinieron en el debate pusieron de manifiesto que esas garantías deben tener como finalidad evitar el ejercicio abusivo y politizado de la jurisdicción penal por el Estado del foro⁵⁸, así como evitar que algunos Estados puedan ejercer presión sobre otros⁵⁹. En esa línea, un cierto número de delegaciones consideraron que dichas garantías se debían referir tanto al Estado del funcionario como al funcionario mismo⁶⁰, mientras que otras expresaron su opinión de que las garantías procesales deberían tener como principal objetivo preservar la soberanía del Estado del funcionario⁶¹ y que las garantías y derechos del funcionario con ocasión del proceso no formaban parte del tema⁶². Por último, un Estado señaló que a pesar de que se estableciesen garantías procesales, mediante las mismas no era posible subsanar el error cometido al aprobar provisionalmente el proyecto de artículo 7⁶³.

14. Por lo que se refiere a los aspectos procesales de la inmunidad analizados en concreto en el sexto informe de la Relatora Especial, en general las delegaciones que participaron en el debate se manifestaron a favor de que la inmunidad sea considerada en la fase más temprana posible, *in limine litis* y sin demora⁶⁴. Junto a ello se afirmó que la inmunidad debería considerarse siempre que se adopten medidas que impongan obligaciones y den lugar a medidas coercitivas en caso de incumplimiento de las mismas⁶⁵, y cuando a través de las medidas adoptadas se obstaculice el ejercicio de las funciones del individuo afectado⁶⁶. Por su parte, algunos Estados declararon que a su juicio la inmunidad debe considerarse a lo largo de todo el procedimiento y en

⁵² En este sentido, véanse las declaraciones de China, la República Islámica del Irán, Alemania, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Australia, la Federación de Rusia, Israel, los Estados Unidos, Tailandia y Viet Nam.

⁵³ En este sentido, véanse las declaraciones de Israel y Viet Nam.

⁵⁴ En este sentido, véanse las declaraciones de Alemania y el Reino Unido.

⁵⁵ Véanse las declaraciones de Austria, China y Sudáfrica.

⁵⁶ Véase la declaración de Sudáfrica.

⁵⁷ Véanse las declaraciones de la India, el Japón, Argelia, el Reino Unido, Viet Nam, la Federación de Rusia y los Estados Unidos.

⁵⁸ En este sentido, véanse las declaraciones de China, el Japón, Malasia, Turquía, la República Islámica del Irán, Israel, la Federación de Rusia, Rumania, Suiza, Tailandia, Irlanda, México, Nicaragua y Suecia (en nombre de los países nórdicos).

⁵⁹ En este sentido, la Federación de Rusia.

⁶⁰ En este sentido, véanse las declaraciones de Israel, Suiza, Irlanda y Suecia (en nombre de los países nórdicos).

⁶¹ En este sentido, véase la declaración de la República Islámica del Irán.

⁶² En este sentido, véase la declaración de China.

⁶³ En este sentido, véase *ibid.*

⁶⁴ En este sentido, véanse las declaraciones de las Bahamas (en nombre de la CARICOM), la Santa Sede, Malasia, Turquía, Israel, Sudáfrica, Irlanda, España, Chequia y Polonia.

⁶⁵ En este sentido, véanse las declaraciones de la Santa Sede, Malasia, Estonia, Austria y los Países Bajos.

⁶⁶ A esta cuestión se refirieron de modo especial Sudáfrica, Rumania, España y Chequia.

cualquiera de sus fases⁶⁷, y otros que debería aplicarse la inmunidad incluso respecto de actos que no impongan obligaciones, como la investigación, o incluso antes de que esta se produzca⁶⁸. Una delegación afirmó que era esencial que la Comisión no se centrara en el juicio y estudiara también la fase de investigación, procurando que se establezcan mecanismos de cooperación o autorización previa⁶⁹. Otra delegación expresó la opinión de que la práctica existente sobre esta cuestión no era clara y tampoco era concluyente respecto de la *opinio iuris*⁷⁰. Respecto de los órganos competentes para determinar la aplicación de la inmunidad, varios Estados estuvieron de acuerdo en que dicha función corresponde a los tribunales⁷¹, si bien alguna delegación se refirió a la posibilidad de que se establezca un órgano especial⁷² y otras señalaron que dicha determinación puede corresponder también al Ejecutivo⁷³. Por su parte, alguna delegación llamó la atención sobre la diversidad de modelos existentes en el derecho de los Estados⁷⁴ y otras afirmaron que la Comisión no debe proponer normas al respecto, siendo preferible concentrarse en los posibles estándares internacionales aplicables y en la necesidad de garantizar la coherencia interna a efectos de la inmunidad⁷⁵.

15. Por último, por lo que se refiere a los trabajos futuros de la Comisión, se ha de destacar que varias delegaciones se manifestaron a favor de que se puedan establecer mecanismos de comunicación y cooperación internacional⁷⁶, y se expresaron opiniones a favor⁷⁷ y en contra⁷⁸ de que la Comisión considere la cuestión de la relación existente entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y los tribunales penales internacionales.

16. Para finalizar este resumen de los trabajos previos 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. 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 Suiza⁷⁹. En 2015 los siguientes Estados remitieron contribuciones: Alemania, Austria, Cuba, España, Finlandia, Francia, Países Bajos, Perú, Polonia, Reino Unido, Chequia y Suiza⁸⁰. En 2016, se recibieron contribuciones escritas de los

⁶⁷ En este sentido, véanse las declaraciones de Polonia y Austria.

⁶⁸ En este sentido, véanse las declaraciones de Israel, China y Turquía.

⁶⁹ Véase la declaración de Turquía.

⁷⁰ Véase la declaración de los Estados Unidos.

⁷¹ En este sentido, véanse las declaraciones de las Bahamas, Malasia y España.

⁷² Véase la declaración de las Bahamas.

⁷³ Véanse las declaraciones de Turquía, Israel y Rumania. Las Bahamas, por su parte, también se refirieron a esta posibilidad.

⁷⁴ Véase la declaración de Sudáfrica, que además advirtió de los riesgos que pueden derivarse del reconocimiento de un amplio margen de discrecionalidad a favor del fiscal.

⁷⁵ Véanse las declaraciones de China y los Estados Unidos.

⁷⁶ En este sentido, véanse las declaraciones de Estonia, Rumania, España e Israel (que abogó por la definición de un sistema basado en la subsidiariedad del Estado del foro).

⁷⁷ En este sentido, México.

⁷⁸ En este sentido, Austria y la Federación de Rusia.

⁷⁹ *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, proporcion[asen] 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”.

⁸⁰ *Ibid.*, *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, proporcion[asen] información sobre su 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

siguientes Estados: Australia, Austria, España, Países Bajos, Paraguay, Reino Unido y Suiza⁸¹. En 2017 los siguientes Estados remitieron comentarios escritos: Alemania, Austria, Francia, México, Países Bajos, Chequia y Suiza⁸². En 2018 y 2019 han remitido comentarios los siguientes Estados: Austria, El Salvador, España, Marruecos, Países Bajos y Reino Unido⁸³. Además, varios Estados se refirieron en la Sexta Comisión 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, agradecerá cualquier otro comentario que los Estados deseen remitir con posterioridad. Estos comentarios, y las observaciones formuladas en las intervenciones orales de los Estados en la Sexta Comisión, han sido debidamente tenidos en cuenta para la elaboración del presente informe.

17. Desde la celebración del 70º período de sesiones de la Comisión (2018), la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado ha sido objeto de debate ante la Corte Penal Internacional, con ocasión del recurso de apelación presentado por Jordania contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II, por la que decidió comunicar a la Asamblea de los Estados Partes el incumplimiento por parte de dicho país del deber de cooperar con la Corte en la detención y entrega del Presidente del Sudán, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, acusado de la comisión de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio⁸⁴. Aunque el caso se refiere a la cuestión específica de la cooperación de los Estados partes con la Corte Penal Internacional, en distintos escritos presentados

funcionarios del Estado; y b) las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”.

⁸¹ *Ibid.*, 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”.

⁸² *Ibid.*, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10), párr. 35. 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”. Esta solicitud fue reiterada en 2017 (*ibid.*, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10), párr. 30).

⁸³ *Ibid.*, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10), párr. 34. La Comisión solicitó a los Estados información “sobre su legislación y práctica nacional (judicial, administrativa y de otra índole) relativa al tratamiento procesal de la inmunidad, en especial la invocación y renuncia a la inmunidad, así como sobre los mecanismos de comunicación, consulta, cooperación y asistencia jurídica internacional que puedan utilizar en relación con situaciones en que se esté examinando o se pueda examinar por sus autoridades nacionales la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”. También solicitó a las organizaciones internacionales información “sobre los mecanismos de cooperación internacional que, en el marco de sus competencias, puedan afectar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”.

⁸⁴ Una visión de conjunto del caso *Al Bashir* puede consultarse en www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/docs/AlBashirCisEng.pdf. **Error! Hyperlink reference not valid.** Véase la decisión conforme al artículo 87,

párr. 7, del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento por Jordania de la solicitud de la Corte de arresto y entrega de Omar Al Bashir, de 11 de diciembre de 2017 (ICC-02/05-01/09-309). El recurso de apelación fue presentado por Jordania, con fecha 12 de marzo de 2018 (ICC-02/05-01/09-326).

ante la Corte y en las vistas orales celebradas en septiembre de 2018 se han planteado diversas cuestiones relacionadas con las excepciones a la inmunidad y la distinción entre los conceptos de jurisdicción penal internacional y jurisdicción penal extranjera que guardan relación con el presente tema. La Comisión debe ser consciente de dicho debate en el que han intervenido algunos de sus miembros y se han producido referencias a los trabajos de la Comisión en relación con el presente tema⁸⁵. Ha de advertirse, sin embargo, que la Corte Penal Internacional no ha dictado sentencia sobre dicho recurso de apelación al momento de finalizar el presente informe.

18. Además, ha de llamarse igualmente la atención sobre la inclusión en el programa de la Asamblea General de un punto titulado “Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias de las obligaciones jurídicas que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes del derecho internacional con respecto a las inmunidades de los Jefes de Estado y de Gobierno y otros altos funcionarios”⁸⁶. Este punto del programa fue incluido a propuesta de Kenya en representación de los Estados africanos Miembros de las Naciones Unidas y está directamente relacionado con el debate interno que se ha desarrollado en torno a la cooperación con la Corte Penal Internacional con ocasión de la acusación dirigida contra varios dirigentes africanos, en especial los Presidentes Al Bashir (Sudán) y Kenyatta (Kenya)⁸⁷. Aunque la Asamblea General ha inscrito el tema en su programa, no ha asignado el tratamiento del mismo a ninguna Comisión y al momento de terminar la redacción del presente informe los promotores de la solicitud no habían remitido aún el texto de la misma, ni la Mesa de la Asamblea ha programado el tratamiento por el Pleno de este punto del programa.

B. Plan del séptimo informe

19. Como ya se ha señalado *supra*, la Comisión no pudo finalizar el debate sobre el sexto informe de la Relatora Especial, que quedó abierto a los comentarios de los miembros de la Comisión durante el presente período de sesiones. Los miembros podrán realizar sus comentarios junto con los referidos al séptimo informe que ahora se somete a la consideración de la Comisión⁸⁸.

20. En realidad, ambos informes forman parte del tratamiento integral de los aspectos procesales de la inmunidad, por lo que lo dicho en el presente informe debe entenderse en el marco y a la luz de las consideraciones generales realizadas en el sexto informe, que por razones de economía no es necesario reproducir en este momento. Sin embargo, a fin de facilitar la lectura y comprensión del presente informe, sí parece necesario, al menos, incluir en el mismo algunas menciones sobre los criterios que inspiran la aproximación al tema de los aspectos procesales de la inmunidad que se ha seguido en ambos e incluir los temas que deben ser analizados en este contexto. Ambas cuestiones son objeto de un desarrollo amplio en el sexto informe, al que la Relatora Especial se remite⁸⁹.

21. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, baste ahora con recordar que el análisis de los aspectos procesales en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se justifica por diversos motivos. Entre

⁸⁵ Véase la transcripción de las audiencias públicas celebradas del 10 al 14 de septiembre de 2018 ante la Sala de Apelación de la Corte Penal Internacional (ICC-02/05-01/09-386 y anexos 1 a 5).

⁸⁶ Programa del septuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General, punto 89 (A/73/251).

⁸⁷ Véase A/73/144.

⁸⁸ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, párrs. 26 y 293.

⁸⁹ Véase A/CN.4/722, párrs. 23 a 44.

ellos que cabe destacar, en primer lugar, que la citada inmunidad se pretende ejercer frente a una jurisdicción penal extranjera que ejerce sus funciones aplicando normas, principios y procedimientos procesales que no se pueden ignorar. A ello ha de añadirse, en segundo lugar, que toda actuación del Estado del foro referida a esta categoría de inmunidad 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 (en particular, la calificación del individuo como “funcionario del Estado”, la calificación de sus actos como “realizados a título oficial”, o si el funcionario se encuentra o no en el ejercicio de sus funciones en un momento dado).

22. La mera mención de estos dos elementos explicaría ya suficientemente el análisis de los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, sin cuyo tratamiento el trabajo de la Comisión sobre el tema quedaría incompleto y no podría desplegar todos sus efectos. Además, conviene llamar la atención sobre ciertos elementos finalistas cuyo valor no se puede ignorar, a saber: a) que a través de fórmulas procesales es posible ofrecer seguridad tanto al Estado del foro como al Estado del funcionario y reducir 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; b) que a través de fórmulas procesales se 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 el efecto no deseado de que un debate sobre la inmunidad genere inestabilidad en las relaciones internacionales.

23. Desde otra perspectiva, ha de llamarse igualmente la atención sobre el hecho de que el tratamiento de los aspectos procesales de la inmunidad reviste igualmente un gran valor a los efectos de facilitar el adecuado equilibrio en la garantía de los siguientes principios y valores jurídicos de la comunidad internacional: a) en primer lugar, el equilibrio entre el principio de igualdad soberana de los dos Estados afectados (el del foro y el del funcionario), cuyo legítimo derecho a ejercer sus respectivas jurisdicciones se ve alterado como consecuencia del juego de la inmunidad; b) en segundo lugar, el equilibrio entre el respeto y garantía del principio de igualdad soberana del Estado y el respeto de otros principios y valores jurídicos de la comunidad internacional que, en términos generales, se reflejan en las instituciones propias de la rendición de cuentas y la lucha contra la impunidad; y c) por último, el equilibrio entre el derecho del Estado del foro a ejercer, en su caso, su jurisdicción penal y el necesario respeto de los derechos y garantías procesales del funcionario del Estado que se podría ver afectado por dicha jurisdicción.

24. A la luz de las reflexiones que anteceden, la Relatora Especial propuso en su sexto informe abordar de forma sucesiva los siguientes bloques de cuestiones:

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 tendientes a facilitar la comunicación y 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; y

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

25. El primer bloque de cuestiones fue analizado en el sexto informe, por lo que el presente informe deberá abordar los tres bloques restantes. Para ello, en el presente informe se incluyen cuatro capítulos dedicados a las siguientes cuestiones: continuación del análisis de la relación entre el concepto de jurisdicción y los aspectos procesales de la inmunidad, incluida la propuesta de artículos (cap. I); invocación y renuncia a la inmunidad (cap. II); garantías procesales que operan entre el Estado del foro y el Estado del funcionario (cap. III); y los derechos y garantías procesales del funcionario (cap. IV). El tratamiento de estas cuestiones va acompañado de proyectos de artículo que la Comisión habrá de analizar en conexión con los informes sexto y séptimo. El presente informe incluye además un capítulo dedicado al plan de trabajo futuro (cap. V), así como dos anexos que contienen los proyectos de artículo provisionalmente aprobados por la Comisión (anexo I) y los proyectos de artículo que se proponen en el presente informe (anexo II).

Capítulo I

Concepto de jurisdicción y aspectos procesales de la inmunidad (continuación)

26. En el sexto informe se analizaron el concepto de jurisdicción y los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que están en estrecha relación con dicho concepto, en especial el momento en que se debe considerar la inmunidad, las categorías de actos que están afectados por la inmunidad y la determinación de la inmunidad⁹⁰. No es necesario reproducir aquí dicho análisis, ni siquiera sus elementos centrales, ya que la consideración por la Comisión del sexto informe se continuará en paralelo al debate sobre el presente informe. Por tanto, basta ahora con resumir las conclusiones esenciales que se contienen en el sexto informe sobre dichas cuestiones:

a) 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: i) antes de que se inicie la fase de enjuiciamiento que pueda afectar a un funcionario extranjero; ii) antes de adoptar un acto de acusación o procesamiento del funcionario; y iii) 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.

b) La consideración de la inmunidad debe producirse también cuando los tribunales del Estado deban tomar una decisión relativa a la detención del funcionario

⁹⁰ *Ibid.*, cap. II.

extranjero, a su citación como testigo y la solicitud de entrega de documentos, o deban ordenar medidas cautelares, siempre que dichas decisiones afecten al funcionario de forma directa, le impongan medidas coercitivas o le impidan el correcto ejercicio de sus funciones.

c) Dado que la aplicación de la inmunidad de jurisdicción va a tener como resultado la paralización de la jurisdicción competente, se ha de concluir que dicha competencia corresponde a los órganos titulares de dicha jurisdicción. 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 el apartado anterior⁹¹. Ello no implica, sin embargo, 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.

27. Sobre la base de estas conclusiones y del estudio contenido en el sexto informe, se proponen los siguientes proyectos de artículo:

Tercera parte

Disposiciones y garantías procesales

Proyecto de artículo 8

Consideración de la inmunidad por el Estado del foro

1. Las autoridades competentes del Estado del foro deberán considerar la inmunidad tan pronto como tengan conocimiento de que un funcionario extranjero puede verse afectado por un procedimiento penal.
2. La consideración de la inmunidad se deberá producir en un momento temprano de procedimiento, antes del procesamiento del funcionario y del inicio de la fase de enjuiciamiento.
3. La consideración de la inmunidad deberá producirse en todo caso si las autoridades competentes del Estado pretenden adoptar respecto del funcionario extranjero una medida coercitiva que pueda afectar al desempeño de sus funciones.

Proyecto de artículo 9

Determinación de la inmunidad

1. La determinación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado corresponderá a los tribunales del Estado del foro competentes para ejercer la jurisdicción, sin perjuicio de la participación de otros

⁹¹ La posibilidad de que el fiscal determine la inmunidad parece haber llevado a los Países Bajos a afirmar en sus comentarios escritos que “ha[bía] poca práctica relevante [sobre la invocación de la inmunidad], ya que el fiscal normalmente habría evaluado en primer lugar si se aplicaba 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.

órganos del Estado que, de acuerdo con la legislación nacional, puedan cooperar con aquellos.

2. La determinación de la inmunidad del Estado extranjero se realizará de conformidad con lo previsto en el presente proyecto de artículos y a través de los procedimientos establecidos por el derecho nacional.

3. El tribunal competente deberá tener en cuenta si el Estado del funcionario ha invocado la inmunidad o ha renunciado a la misma, así como la información que le sea proporcionada por otras autoridades del Estado del foro y por las autoridades del Estado del funcionario cuando ello sea posible.

28. Además de los dos proyectos de artículo que se proponen, se ha de recordar que la Comisión habrá de considerar las definiciones de “jurisdicción”⁹², “inmunidad de jurisdicción penal extranjera”⁹³, “inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*”⁹⁴ que se incluyeron en el segundo informe y fueron remitidas en su día al Comité de Redacción. El Comité no las abordó en profundidad y decidió que volvería a analizarlas en un estadio ulterior de los trabajos sobre el tema⁹⁵.

Capítulo II

Invocación y renuncia a la inmunidad

A. Consideraciones generales

29. Como ya se indicó en el sexto informe, la invocación de la inmunidad y la renuncia a la inmunidad forman parte del conjunto de cuestiones que han sido objeto

⁹² “Proyecto de artículo 3. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se 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).

En la actual versión de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente por la Comisión se trata del proyecto de artículo 2.

⁹³ “Proyecto de artículo 3. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[...]

b) se entiende por ‘inmunidad de jurisdicción penal extranjera’ la protección de que gozan ciertos funcionarios del Estado frente al ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los jueces y tribunales de un tercer Estado;” (A/CN.4/661, párr. 46).

⁹⁴ “Proyecto de artículo 3. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[...]

c) se entiende por ‘inmunidad *ratione personae*’ la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de ciertos funcionarios del Estado, en virtud del relevante estatus que los mismos detentan en el Estado del que son nacionales y que les otorga de modo directo y automático una función de representación del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales;

d) se entiende por ‘inmunidad *ratione materiae*’ la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de un funcionario del Estado en relación con los actos que el mismo realiza en cumplimiento de su mandato y que pueden ser calificados como ‘actos oficiales’;” (A/CN.4/661, párr. 53).

⁹⁵ Véase la declaración del Presidente del Comité de Redacción del 65º período de sesiones de la Comisión, de 7 de febrero de 2013, págs. 16 a 18. Dicha declaración puede consultarse en el sitio web de la Comisión.

de tratamiento tradicional en los estudios dedicados a la inmunidad, en general, y a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en particular. Así, por lo que a nuestro tema interesa, ha de destacarse que ya fueron objeto de análisis en los informes presentados en su día por el anterior Relator Especial, Sr. Kolodkin⁹⁶, así como en el memorando de la Secretaría⁹⁷. Por otro lado, no puede olvidarse que tanto la invocación de la inmunidad como la renuncia a la misma han sido objeto de regulación en tratados y otros instrumentos internacionales dedicados a la inmunidad o que contienen disposiciones sobre la inmunidad, buena parte de ellos elaborados a partir de proyectos de artículo adoptados por la propia Comisión, así como en el escaso número de leyes nacionales que se ocupan de dicha institución. A ello ha de añadirse el hecho de que tanto la invocación como la renuncia a la inmunidad han sido objeto de análisis y pronunciamiento por parte de varios tribunales, tanto nacionales como internacionales, elementos de la práctica a los que se hace referencia *infra*.

30. Ello resulta lógico si se tienen en cuenta la propia naturaleza y el significado de ambas categorías procesales, que constituyen elementos básicos en el proceso decisorio de los tribunales del Estado del foro sobre si concurre o no una situación que quede cubierta por la inmunidad y, por consiguiente, sobre si pueden o no ejercer su propia jurisdicción. Así, baste con mencionar ahora de forma muy breve tres consideraciones previas:

a) La inmunidad de jurisdicción (en este caso la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado) se reconoce a fin de asegurar la protección de los derechos del Estado y a fin de garantizar el correcto desempeño de sus funciones. Por tanto, la posición adoptada por el Estado del funcionario respecto del ejercicio de la jurisdicción penal por parte de tribunales extranjeros reviste una especial importancia;

b) Si el Estado del funcionario invoca la inmunidad de jurisdicción, ha de entenderse que dicho Estado considera que sus derechos e intereses pueden verse afectados por la actuación de los tribunales del Estado del foro; y

c) Si el Estado del funcionario renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios, ha de entenderse igualmente que dicho Estado no considera que sus derechos e intereses puedan verse afectados por la actuación de dichos tribunales.

31. Desde esta perspectiva, ambas instituciones (invocación y renuncia) presentan elementos en común y, en ciertas ocasiones, pueden llegar a coincidir en lo que se refiere a los efectos que cada una de ellas puede tener sobre la aplicación de la inmunidad o el ejercicio de la jurisdicción. Sin embargo, no es menos cierto que invocación y renuncia a la inmunidad tienen autonomía conceptual y procesal. Quizás por esta razón, estas categorías han tenido un reflejo muy distinto en términos normativos, tanto en los trabajos de la Comisión y los instrumentos internacionales aprobados sobre dicha base, como en las leyes nacionales relativas a la inmunidad, e incluso en los documentos de codificación privados, en especial las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional. Así, baste con destacar en este momento que todos estos instrumentos han puesto el énfasis en la renuncia y solo indirectamente se han referido a la invocación de la inmunidad.

32. Por otro lado, ha de destacarse que, aunque tanto la invocación de la inmunidad como la renuncia a la misma tienen efectos sobre la aplicación de la inmunidad y el ejercicio de la jurisdicción, se trata en realidad de meras instituciones procesales. A través de las mismas, el Estado del funcionario alega un derecho que entiende le

⁹⁶ Véase en especial [A/CN.4/646](#), párrs. 14 a 57.

⁹⁷ Véase [A/CN.4/596](#), párrs. 213 a 269.

corresponde (la inmunidad de sus funcionarios) o renuncia al mismo. Sin embargo, ninguna de estas categorías afecta ni modifica los elementos normativos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado que ya han sido definidos por la Comisión y sin los cuales no puede hablarse de la existencia de inmunidad. De la misma manera, tampoco alteran las reglas relativas a los límites y excepciones a la inmunidad, que tienen naturaleza sustantiva, y con los cuales no pueden confundirse.

33. En todo caso, no puede dejar de señalarse que la invocación de la inmunidad y la renuncia a la misma constituyen la primera línea de garantía que se ofrece al Estado del funcionario para asegurar que los derechos e intereses que se salvaguardan a través de la institución de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios serán oportunamente respetados. Por tanto, identificar con claridad cómo operan ambas instituciones procesales reviste una especial importancia para el presente tema. A tal fin se analizan a continuación de forma separada ambas categorías sobre la base de los elementos de la práctica a los que se ha hecho referencia antes, tomando igualmente en consideración los comentarios que los Estados han formulado sobre estas cuestiones hasta la fecha, bien sea en las respuestas escritas a las preguntas formuladas por la Comisión, bien en sus declaraciones en la Sexta Comisión.

B. Invocación de la inmunidad

34. Como ya se analizó en el sexto informe, la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado debe ser abordada por los tribunales del Estado del foro tan pronto como sea posible, ya que solo en dichas circunstancias la inmunidad podrá desplegar sus auténticos efectos⁹⁸. Sin embargo, para que dicha toma en consideración se produzca, la cuestión de la inmunidad debe suscitarse ante el órgano competente, bien sea de oficio bien sea a instancia de parte interesada. Solo en el segundo de los casos nos encontramos ante la invocación en sentido estricto. A los efectos del presente tema, el tratamiento de la inmunidad debe incluir necesariamente las siguientes cuestiones: a) si la invocación de la inmunidad es necesaria para que la inmunidad se aplique; b) quién puede invocar la inmunidad y a través de qué vía; c) en qué momento se ha de producir la invocación de la inmunidad; y d) qué efectos produce la invocación de la inmunidad.

1. La invocación como requisito procesal

35. Como ya se ha señalado, para que la inmunidad sea valorada por los órganos del Estado del foro es preciso que la misma se suscite ante ellos. Se trata de un requisito lógico que no precisa de mayor justificación, ni siquiera que se haga referencia al mismo en los instrumentos legales que se ocupan de la inmunidad. Sin embargo, no es posible llegar a una conclusión similar respecto de las vías a través de las cuales la cuestión de la inmunidad debe suscitarse, ya que la práctica normativa pone de manifiesto que no existe una regla clara sobre la necesidad o no de que el interesado invoque la inmunidad. A este respecto, es interesante analizar los trabajos previos de la Comisión, los instrumentos internacionales que se ocupan de la inmunidad y las leyes nacionales sobre la materia.

36. Comenzando por los trabajos previos de la Comisión debe destacarse, en primer lugar, que la cuestión de la invocación de la inmunidad no ha tenido un lugar central en los proyectos de artículo que se han ocupado, directa o indirectamente, de la inmunidad. Así sucede en los proyectos de artículo referidos a la inmunidad de algunos funcionarios del Estado, en especial los proyectos de artículo sobre las

⁹⁸ Véase [A/CN.4/722](#), párrs. 49 a 63.

relaciones diplomáticas, las relaciones consulares, las misiones especiales y la representación de los Estados ante las organizaciones internacionales de carácter universal. En ninguno de estos proyectos de artículo la Comisión ha definido si es necesaria o no la invocación de la inmunidad⁹⁹. *A contrario sensu*, cabe concluir que la inmunidad puede ser alegada por los Estados interesados, pero no resulta posible afirmar que la invocación sea un requisito necesario para que la inmunidad pueda ser considerada por los tribunales del Estado del foro y, en su caso, pueda ser aplicada por los mismos. El enfoque seguido por la Comisión en estos proyectos de artículo se ha mantenido en un sentido prácticamente idéntico en las convenciones multilaterales que tienen su origen en aquellos, en especial la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas¹⁰⁰, de 1963, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹⁰¹, de 1963, la Convención sobre las Misiones Especiales¹⁰², de 1969, y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal¹⁰³, de 1975¹⁰⁴.

37. Un enfoque en parte similar ha sido seguido por la Comisión al abordar las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, en cuyo proyecto de artículos se ha referido expresamente a la invocación de la inmunidad en un sentido negativo, para declarar que la inmunidad no podrá ser invocada por el Estado interesado cuando haya consentido de forma expresa o tácita en el ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado del foro¹⁰⁵, o cuando la jurisdicción se ejerza respecto de determinadas categorías de procedimiento identificadas en términos sustantivos¹⁰⁶. Sin embargo, el artículo 6 (Modo de hacer efectiva la inmunidad del Estado), incorpora la siguiente provisión:

1. Un Estado hará efectiva la inmunidad a que se refiere el artículo 5 absteniéndose de ejercer su jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado y, a estos efectos, velará por que sus tribunales

⁹⁹ Véase el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas (arts. 29 y 30 y comentarios), *Anuario ... 1958*, vol. II, págs. 105 a 107. En el mismo sentido, proyecto de artículos sobre las relaciones e inmunidades consulares (arts. 43 y 45 y comentarios), *Anuario ... 1961*, vol. II, págs. 130 a 132; proyecto de artículos sobre las misiones especiales (arts. 31 y 41 y comentarios), *Anuario ... 1967*, vol. II, págs. 376 y ss.; y proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales (arts. 30 y 31 y comentarios), *Anuario ... 1971*, vol. II (primera parte), págs. 327 a 329.

¹⁰⁰ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, núm. 7310, pág. 95.

¹⁰¹ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963), *ibid.*, vol. 596, núm. 8638, pág. 261.

¹⁰² Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969), *ibid.*, vol. 1400, núm. 23431, pág. 231.

¹⁰³ 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), Naciones Unidas, *Anuario jurídico 1975* (núm. de venta: S.77.V.3), pág. 91.

¹⁰⁴ Téngase en cuenta que las citadas Convenciones, al ocuparse de la renuncia a la inmunidad también establecen de modo genérico que el Estado no podrá invocar la inmunidad si el ejercicio de la jurisdicción tiene su origen en una demanda presentada por el propio funcionario o respecto de una demanda reconvenional, produciéndose de esta forma una cierta confusión entre renuncia e invocación. Véase Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (art. 32); Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (art. 45); Convención sobre las Misiones Especiales (art. 41); y Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (art. 31).

¹⁰⁵ Dicho consentimiento se puede producir de forma expresa (art. 7) o de forma implícita, bien sea por la participación directa en un procedimiento que se sigue ante los Estados del foro (art. 8) o como consecuencia de procesos de naturaleza reconvenional (art. 9). Véase *Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 13, párr. 28.

¹⁰⁶ *Ibid.*, págs. 36 y ss., arts. 10 a 17.

resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado a que se refiere el artículo 5¹⁰⁷.

38. Tal como se señaló en el comentario a dicho artículo 6, párrafo 1, la referencia a que el Estado velará por que los tribunales resuelvan de oficio sobre la inmunidad “[t]iene por objeto definir y reforzar la obligación enunciada en la primera parte de la disposición”. Y ello porque “[s]e velará mejor por el respeto de la inmunidad del Estado si los tribunales del Estado del foro, en vez de limitarse a intervenir en virtud de la declaración de otro Estado, determinan de oficio si el proceso está dirigido verdaderamente contra ese Estado y si éste tiene derecho a invocar la inmunidad”¹⁰⁸. Se define así un modelo de determinación de oficio de la inmunidad, sin necesidad de que la misma sea invocada por el Estado extranjero, lo que en cambio “no tiene por objeto [...] disuadir al Estado demandado de comparecer ante el tribunal [del Estado del foro], lo que constituiría la mejor garantía para lograr un resultado satisfactorio”¹⁰⁹.

39. Las citadas provisiones del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes han sido seguidas por la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, tanto en su estructura como en su contenido¹¹⁰. Por tanto, también en este caso cabe entender que la invocación de la inmunidad del Estado es contemplada como una potestad reconocida al mismo, pero sin que pueda concluirse que dicha invocación sea un requisito procesal exigible para poder considerar la aplicabilidad de dicha inmunidad por parte de los tribunales del Estado del foro.

40. Siguiendo en el plano de la inmunidad del Estado, cabe destacar que el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados tampoco regula expresamente la invocación de la inmunidad, limitándose a afirmar que la inmunidad no se puede invocar en relación con determinadas categorías de procedimientos¹¹¹ o en los supuestos de sometimiento voluntario a la jurisdicción del Estado del foro o en los casos de demandas reconventionales¹¹².

41. Por lo que se refiere a la legislación nacional referida a la inmunidad del Estado extranjero, cabe destacar que en la misma se aprecia una línea similar. Así, en varias leyes se establece que la inmunidad debe ser analizada de oficio por el juez del foro¹¹³, previéndose además en la mayoría de estas leyes que el análisis de oficio de la inmunidad se producirá principalmente en caso de incomparecencia del Estado

¹⁰⁷ *Ibid.*, pág. 24.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pág. 25, comentario al artículo 6, párr. 5).

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ 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. Véanse los artículos 6 a 17.

¹¹¹ Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados (Basilea, 16 de mayo de 1972), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1495, núm. 25699, pág. 181. Véanse, en particular, los artículos 4 a 14.

¹¹² Véanse los artículos 1 a 3.

¹¹³ Véase Reino Unido, *State Immunity Act 1978*, secc. 1.2; Singapur, *State Immunity Act 1979*, secc. 3.2; Sudáfrica, *Foreign States Immunities Act 1981*, secc. 2.2; Pakistán, *State Immunity Ordinance 1981*, secc. 3.2; Canadá, *State Immunity Act 1985*, secc. 3.2; Israel, *Foreign States Immunity Law 2008*, secc. 14; España, Ley Orgánica 16/2015, 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, art. 49.

extranjero¹¹⁴, lo que viene a reforzar la idea que la inmunidad es un derecho cuya renuncia no se presume por la mera inacción del Estado interesado.

42. Por último, y aunque en un plano distinto, ha de tenerse igualmente en cuenta que la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe del Estado y del Jefe de Gobierno en derecho internacional, establece que

[l]as autoridades del Estado deben acordar al Jefe de Estado extranjero la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de las medidas de ejecución a las que tiene derecho, desde el instante en que conozcan su condición¹¹⁵.

Esto ha sido igualmente interpretado en el sentido de entender que la inmunidad del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno debe ser apreciada de oficio por el tribunal del Estado del foro.

43. Si se tiene en cuenta la práctica normativa analizada, parece posible llegar a un primer grupo de conclusiones, a saber: a) que la invocación de la inmunidad es una potestad del Estado del funcionario que puede ejercer salvo en los casos expresamente exceptuados; b) que la invocación no constituye un requisito procesal para que el tribunal del Estado del foro tome en consideración la inmunidad de jurisdicción del Estado o de uno de sus funcionarios; y c) que, en consecuencia, los tribunales del Estado del foro deben evaluar y pronunciarse de oficio (*proprio motu*) sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado.

44. Sin embargo, no puede obviarse que la práctica nos ofrece algunos ejemplos en los que la invocación de la inmunidad del funcionario por parte del Estado interesado parece haber sido considerada como un requisito para que la inmunidad se aplique, debiéndose destacar en especial la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*¹¹⁶. Ello obliga a reflexionar sobre si el primer grupo de conclusiones expuesto *supra* es aplicable a todo tipo de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado o si, por el contrario, lo es únicamente a una de las categorías que la integran. A tal fin, resulta útil tener en cuenta algunas consideraciones relacionadas con la naturaleza de la inmunidad a que se refiere la práctica normativa arriba mencionada, así como con algunas dimensiones prácticas que se plantean únicamente en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

45. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, conviene llamar la atención sobre el hecho de que los instrumentos normativos antes mencionados se refieren a la inmunidad del Estado o a la inmunidad *ratione personae* de que gozan algunos funcionarios del Estado, bien sean agentes diplomáticos, ciertos funcionarios consulares, miembros de misiones especiales o representantes ante organizaciones internacionales. En el primero de los casos (inmunidad del Estado), la actuación de oficio de los tribunales nacionales es una consecuencia inmediata del principio de igualdad soberana de los Estados y no genera duda alguna respecto de la identidad

¹¹⁴ Véase Reino Unido, *State Immunity Act 1978*, secc. 1.2; Singapur, *State Immunity Act 1979*, secc. 3.2; Sudáfrica, *Foreign States Immunities Act 1981*, secc. 2.2; Pakistán, *State Immunity Ordinance 1981*, secc. 3.2; Canadá, *State Immunity Act 1985*, secc. 3.2; Israel, *Foreign States Immunity Law 2008*, secc. 14.

¹¹⁵ Sesión de Vancouver, 2001, art. 6 (Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 69, 2000-2001).

¹¹⁶ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 177. Existe una escasa práctica judicial a nivel estatal. En relación con la misma, véase el tercer informe del Relator Especial Roman Kolodkin (A/CN.4/646), notas 33 y 43.

del beneficiario de dicha inmunidad, ya que se trata del Estado entendido en sentido abstracto y la propia Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes define qué se entiende por Estado¹¹⁷, diferenciando su inmunidad de la que pueden gozar algunos de sus funcionarios¹¹⁸, cuya identificación no genera tampoco problemas prácticos.

46. Otro tanto cabe decir respecto de los funcionarios del Estado encargados de participar en la representación internacional, a quienes se reconoce inmunidad precisamente por tal motivo y cuya identidad es siempre conocida suficientemente por las autoridades del Estado del foro, puesto que todos ellos han debido ser acreditados previamente ante dichas autoridades¹¹⁹ o ante la correspondiente organización internacional que, a su vez, ha debido comunicar dicha acreditación a las autoridades del Estado sede¹²⁰. En consecuencia, en ambos supuestos las autoridades del Estado del foro, incluidos los tribunales, pueden valorar de forma autónoma si se encuentran ante un procedimiento dirigido contra un Estado extranjero que pueda beneficiarse de la inmunidad. Igualmente, están en condiciones de conocer sin dificultad la identidad de los funcionarios diplomáticos que se encuentran en su territorio nacional y gozan de alguna forma de inmunidad, así como del alcance de dicha inmunidad.

47. Desde esta perspectiva, requerir al Estado extranjero que invoque su inmunidad, o la de sus funcionarios, como un requisito para aplicar la inmunidad parece una carga innecesaria que, además, podría resultar una exigencia exorbitante a la luz de la finalidad que persigue la inmunidad y de la aplicación del principio de igualdad soberana del Estado¹²¹. Sin duda, en estos argumentos se puede encontrar la razón por la que los instrumentos antes analizados no consideraron preciso establecer un régimen específico para la invocación de la inmunidad y que, por el contrario, se estime que los tribunales del Estado del foro deben considerar y pronunciarse de oficio sobre las citadas formas de inmunidad.

48. Sin embargo, esta misma lógica resulta difícil de trasladar de forma automática a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en la que se aprecian claros elementos distintivos entre la inmunidad *ratione personae* y la

¹¹⁷ Artículo 2, párr. 1 b).

¹¹⁸ Artículo 3, párr. 2. La distinción entre la inmunidad del Estado y la inmunidad de sus funcionarios fue analizada ya por la Relatora Especial en su cuarto informe (A/CN.4/686), párrs. 96 a 117.

¹¹⁹ De acuerdo con el artículo 10, párr. 1 a), de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas “[s]e notificará al Ministerio de Relaciones Exteriores o al Ministerio que se haya convenido del Estado receptor: a) El nombramiento de los miembros de la Misión, su llegada y su salida definitiva o la terminación de sus funciones en la misma”. En el mismo sentido, véase la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 11, párr. 1 a) y b); y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, arts. 11 y 14.

¹²⁰ La Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal contiene, en su artículo 15, párrafo 1, una obligación de notificación similar a la de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Téngase en cuenta que la organización debe notificar los mismos datos al Estado de sede y que el Estado que envía tiene la potestad de hacerlo, por lo que el Estado del foro ante cuyos tribunales se pueda suscitar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal de alguno de los miembros de la Misión Permanente tendrá pleno conocimiento de la identidad de los mismos (véase, el artículo 15, párrafos 3 y 4).

¹²¹ La Comisión así ha parecido entenderlo en relación con la inmunidad del Estado, afirmando en el comentario al proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes que “[I]a comparecencia ante los tribunales extranjeros para invocar la inmunidad tendría importantes consecuencias financieras para el Estado demandado y, por consiguiente, no debe convertirse en condición necesaria para la determinación de la inmunidad del Estado” (Anuario... 1991, vol. II (segunda parte), pág. 25, comentario al artículo 6, párr. 5).

inmunidad *ratione materiae*, tanto desde la perspectiva de la preservación de los derechos e intereses protegidos por la inmunidad como en términos prácticos.

49. En relación con la primera de las categorías ha de recordarse que la inmunidad *ratione personae* se aplica a un número limitado de funcionarios del Estado (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores) cuya identidad es conocida y su condición de representante internacional del Estado es igualmente notoria, por lo que difícilmente puede prestarse a dudas para las autoridades del Estado del foro. Por otro lado, los actos que quedan cubiertos por dicha inmunidad son todos los realizados por dichos funcionarios mientras se encuentren en ejercicio de sus funciones, por lo que tampoco este elemento normativo puede prestarse a una evaluación que requiera la invocación de la inmunidad por parte del Estado extranjero. Además, también ha de presumirse que, como regla, el Estado del funcionario tiene un interés real y actual en defender la inmunidad de jurisdicción de su Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores. Por tanto, en relación con esta categoría, debería ser claro para las autoridades del Estado que pretenden ejercer la jurisdicción que la cuestión de la inmunidad existe y que, por tanto, dicha cuestión debe ser tenida en cuenta y considerada de oficio por los tribunales del Estado del foro sin necesidad de exigir que el Estado del funcionario la invoque.

50. Por el contrario, la situación es diferente en el caso de la inmunidad *ratione materiae*. En relación con la misma ha de tenerse en cuenta que la concurrencia en un individuo de los elementos normativos de dicha categoría no necesariamente pueden ser conocidos de forma autónoma por los órganos del Estado del foro, que no tienen por qué conocer si una determinada persona es un funcionario extranjero o no, si lo era en el momento en que cometió los actos que son objeto de examen por el tribunal del foro, ni tampoco si dichos actos fueron realizados o no a título oficial. A ello ha de añadirse el hecho de que el interés del Estado del funcionario por reclamar la inmunidad de que pudiera gozar uno de sus funcionarios no puede presumirse en los mismos términos en que dicha presunción opera en el caso del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores. Teniendo ello en cuenta, resulta difícil concluir que las autoridades del Estado del foro tengan la obligación de apreciar por sí mismas la concurrencia de un supuesto de inmunidad de jurisdicción penal extranjera y pronunciarse de oficio respecto de la misma. Por el contrario, exigir del Estado del funcionario que invoque la inmunidad no puede considerarse ni como una carga excesiva ni tampoco como un requisito incompatible con la finalidad perseguida por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, ni tampoco con el principio de igualdad soberana del Estado. Por el contrario, se trata más bien de requerir la aplicación de la diligencia debida en el ejercicio de un derecho del Estado.

51. Los argumentos que se acaban de expresar vienen, además, avalados por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Así, se debe recordar que en el asunto sobre *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, la Corte desestimó las pretensiones de Djibouti sobre la inmunidad del Fiscal de la República y del Jefe de Seguridad Nacional, alegando que Djibouti nunca comunicó a Francia que “los actos denunciados [...] fuesen actos del Estado de Djibouti, y que el Fiscal de la República y el Jefe de Seguridad Nacional constituyesen órganos, establecimientos u organismos de aquél encargados de asegurar la ejecución de dichos actos”¹²². Por el contrario, cuando en el mismo asunto se refiere a la inmunidad del Jefe del Estado de Djibouti no hace mención alguna a la obligación de Djibouti de informar a Francia sobre dichos extremos, o, si se prefiere, de invocar su inmunidad. Otro tanto sucede en el asunto *Orden de detención de 11 de abril de 2000*¹²³, en el que la Corte Internacional de Justicia tampoco se refirió en ningún momento a la

¹²² *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (véase la nota 116 *supra*), pág. 244, párr. 196.

¹²³ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, I.C.J. Reports 2002, pág. 3.

obligación de la República Democrática del Congo de notificar a las autoridades belgas la condición de su Ministro de Asuntos Exteriores.

52. En resumen, teniendo en cuenta todos los elementos analizados hasta este momento, cabe concluir que también en este ámbito han de aplicarse reglas distintas a la inmunidad *ratione personae* y a la inmunidad *ratione materiae*. De tal forma, si en el primero de los casos, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado deberá ser apreciada y valorada de oficio por parte de las autoridades competentes del Estado del foro, en el caso de la inmunidad *ratione materiae* dichas autoridades solo estarán obligadas a apreciar y valorar la aplicabilidad de la inmunidad cuando el Estado del funcionario expresamente la invoque. Se mantiene así la misma posición que ya expresó en su día el anterior Relator Especial, Sr. Kolodkin¹²⁴.

53. Partiendo de este planteamiento favorable a un tratamiento diferenciado entre las inmunidades *ratione personae* y *ratione materiae*, ha de concluirse que la invocación adquiere un especial significado respecto de esta última categoría de inmunidad. Ello no impide pensar en la posibilidad de que el Estado del funcionario —por razones varias— invoque también la inmunidad de jurisdicción penal de su Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores. En todo caso, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que la aplicación de este tratamiento diferenciado entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* requiere que el Estado del funcionario tenga conocimiento de la intención de las autoridades del Estado del foro de ejercer alguna forma de jurisdicción sobre uno de sus funcionarios, ya que de lo contrario la exigencia de que el Estado del funcionario invoque la inmunidad *ratione materiae* se convertiría en un requisito de imposible cumplimiento. Ello obliga igualmente a considerar en el presente informe el tema de la comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, lo que se hará más adelante, en el capítulo III, sección A, del presente informe.

2. Competencia para invocar la inmunidad

54. La afirmación de que la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado se reconoce en beneficio del interés del Estado y no del individuo constituye un elemento constante en la práctica¹²⁵, y ha sido claramente establecida por la Comisión a lo largo de sus trabajos sobre el presente tema¹²⁶. Por tanto, parece obvio aceptar que es al Estado mismo y no a sus funcionarios a quien corresponde el derecho de adoptar toda decisión referida a la invocación de la inmunidad, tanto por lo que se

¹²⁴ Véase [A/CN.4/646](#), párrs. 14 a 28.

¹²⁵ Limitándonos a la práctica convencional, cabe citar, a título de ejemplo, la afirmación contenida en el preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, en el sentido de que las “inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados” (cuarto párrafo). Una redacción prácticamente idéntica se contiene en los preámbulos de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (quinto párrafo) de la Convención sobre las Misiones Especiales (séptimo párrafo) y en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (sexto párrafo). En el mismo sentido se ha manifestado el Instituto de Derecho Internacional en el preámbulo de su resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe del Estado y del Jefe de Gobierno en derecho internacional en el que declara que el Jefe del Estado y de Gobierno, en tanto que representante del Estado, debe tener un trato especial “no en su interés personal, sino porque le es necesario para ejercer sus funciones y asumir sus responsabilidades de manera independiente y eficaz, en interés tanto del Estado concernido como de la comunidad internacional en su conjunto” (sesión de Vancouver, 2001, *Annuaire*, vol. 69, pág. 742).

¹²⁶ Así lo afirmó ya el Relator Especial Roman Kolodkin en sus informes ([A/CN.4/631](#), párr. 19, y [A/CN.4/646](#), párr. 15) y ha sido reiterado por la Relatora Especial en sus informes (véase [A/CN.4/661](#), párr. 49).

refiere a la invocación misma como a los términos en que dicha invocación se produzca, incluida la determinación de los actos del funcionario respecto de los que se considera que debe garantizarse la inmunidad de jurisdicción penal. Partiendo de esta base, ha de concluirse que la inmunidad solo puede ser invocada por el Estado y no por el funcionario.

55. Esta conclusión ha de entenderse, en todo caso, en relación con el concepto de invocación en sentido estricto. Es decir, aquel acto formal por el que el Estado del funcionario hace saber a las autoridades del Estado del foro que, a su juicio, su funcionario goza de inmunidad, y del que se derivan necesariamente consecuencias procesales, en especial la obligación para las autoridades del Estado del foro de considerar formalmente la concurrencia de las circunstancias que justificarían la aplicación de dicha inmunidad. Sin embargo, no puede obviarse el hecho de que en la práctica será previsiblemente el funcionario sobre el que se pretende ejercer jurisdicción quien alegue en primer lugar su condición de tal para reclamar que se le reconozca inmunidad de jurisdicción. Esta posibilidad no desvirtúa, sin embargo, la conclusión contenida en el párrafo anterior. Por el contrario, dado que el funcionario no es el titular de los derechos protegidos por la inmunidad, su reclamación de inmunidad no puede entenderse como una auténtica invocación de la misma, sino tan solo como una alegación que las autoridades del foro podrán valorar como un hecho y que, en todo caso, les podría conducir a solicitar al Estado del funcionario la confirmación o no de tal alegación. Sin embargo, dicha alegación no puede producir los efectos procesales de la invocación, que solo se harían efectivos si el Estado del funcionario confirma las alegaciones de su propio funcionario¹²⁷.

56. Admitiendo que la invocación corresponde al Estado del funcionario, no es posible identificar, sin embargo, normas que indiquen de forma clara e inequívoca cuáles son los órganos del Estado que pueden ejercer tal potestad. Así, los instrumentos internacionales analizados previamente no contienen regla alguna al respecto. Por su parte, las leyes nacionales que regulan la inmunidad tampoco dedican una gran atención a esta cuestión, pudiéndose deducir tan solo de las disposiciones relativas a la renuncia, entendidas *a contrario sensu*, que la invocación podrá ser realizada por el jefe de la misión diplomática, o la persona que haya representado al Estado extranjero¹²⁸. Paralelamente, la práctica judicial tampoco es clara ni aporta elementos que sean suficientes para concluir cuáles son los órganos del Estado que pueden invocar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de alguno de sus funcionarios. En consecuencia, parece necesario acudir al principio de reconocimiento del derecho de autoorganización del Estado, que —por lo que ahora nos interesa— obliga a concluir que será el ordenamiento interno de cada Estado el que, en su caso, determine cuál sea el órgano competente para adoptar la decisión de invocar la inmunidad y para hacerla efectiva.

57. Esta conclusión puede generar, sin embargo, un cierto nivel de incertidumbre en las autoridades del Estado del foro, que tendrán que tomar en consideración la validez de la invocación sin tener elementos suficientes para concluir si el órgano que invoca la inmunidad es o no competente para hacerlo a la luz de las normas del derecho interno aplicable. En todo caso, dado que el órgano en cuestión puede variar de un ordenamiento jurídico a otro, no parece aconsejable establecer un listado de órganos competentes, siendo preferible optar por una fórmula en que las autoridades del Estado del foro puedan valorar la validez de la invocación caso por caso y tomando en consideración las distintas circunstancias que concurren en cada situación. La

¹²⁷ En este sentido, véase también el tercer informe del Relator Especial Roman Kolodkin (A/CN.4/646), párr. 15.

¹²⁸ Véase Reino Unido, *State Immunity Act 1978*, secc. 2.7; Singapur, *State Immunity Act 1979*, secc. 4.7; Pakistán, *State Immunity Ordinance 1981*, secc. 4.6; Sudáfrica, *Foreign States Immunities Act 1981*, secc. 3.6; Israel, *Foreign States Immunity Law 2008*, secc. 9 c).

técnica de valoración caso por caso encontraría, no obstante, su límite en el reconocimiento automático de la validez de la invocación realizada por el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores, o por el jefe de la misión diplomática acreditada ante el Estado cuyas autoridades pretenden ejercer jurisdicción.

58. Por lo que se refiere a la validez de la invocación de la inmunidad realizada por uno de los miembros de la *troika*, esta se justifica plenamente por su capacidad, en virtud de normas autónomas de derecho internacional, para representar internacionalmente al Estado. Dicha capacidad no puede ponerse en entredicho ni siquiera por el hecho de que sea su propia inmunidad la que se invoca, salvo que se pueda demostrar de forma fehaciente que otra decisión ha sido adoptada a nivel interno por algún otro órgano del Estado al que estén sometidos el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores, en especial el Parlamento cuando tenga la capacidad de pronunciarse sobre la inmunidad de alguno de estos órganos del Ejecutivo. Aunque esta conclusión podría generar una cierta confusión entre el derecho del Estado para invocar la inmunidad de sus funcionarios y una apariencia de derecho del Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores para invocar su propia inmunidad, dicha confusión es más teórica que real y carece de relevancia práctica, en especial si se considera, como antes se ha concluido, que la invocación únicamente se configura como un requisito procesal en relación con la inmunidad *ratione materiae*. La afirmación de que los miembros de la *troika* son los únicos a los que, por definición, se reconocería la competencia autónoma para invocar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de “otro” funcionario del Estado no genera problema alguno.

59. El reconocimiento de la capacidad de los jefes de misión diplomática acreditada ante el Estado del foro para invocar la inmunidad de uno de los funcionarios del Estado que envía responde a una razón distinta, vinculada con el desempeño de las funciones propias de la misión. Así, tal y como establece expresamente la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la misión diplomática tiene entre sus funciones el “representar al Estado acreditante ante el Estado acreditado” y “proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales dentro de los límites permitidos por el derecho internacional”¹²⁹. Teniendo en cuenta la forma amplia en que se define esta función, no parece posible excluir de la misma la invocación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de uno de sus funcionarios del Estado acreditante que, sin duda, ha de calificarse como la representación y protección de un interés del Estado. Es cierto que esta competencia guarda una especial relación con el tema de las vías de comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario y que, en principio, habría de entenderse que la competencia para invocar la inmunidad no le corresponde de forma autónoma al jefe de misión, que la ejercerá siguiendo instrucciones de las autoridades competentes del propio Estado. Pero, en cualquier caso, no puede negarse tampoco que la invocación de la inmunidad realizada por un jefe de misión en el ejercicio de sus funciones se beneficia, cuando menos, de una presunción de validez que ha de ser tomada en consideración por las autoridades del Estado del foro que pretenden ejercer la jurisdicción. Por tanto, dichas autoridades deberían considerar la cuestión de la inmunidad tras la recepción de una invocación de la misma formulada por el jefe de misión del Estado del funcionario acreditado en el Estado del foro.

60. Por último, sería igualmente posible que la invocación de la inmunidad sea formulada por algún otro órgano al que se le atribuya tal competencia en virtud de un acuerdo especial existente entre el Estado del foro y el Estado del funcionario o en virtud de acuerdos de cooperación y asistencia judicial mutua en que ambos sean

¹²⁹ Artículo 3, párr. 1 a) y b).

parte. Aunque esta fórmula no será la más generalizada, no puede dejar de destacarse su utilidad, en especial en un momento como el actual en que la cooperación y asistencia judicial mutua está sometida a un importante proceso de desarrollo, tanto a nivel bilateral como multilateral. A esta cuestión se hará referencia más adelante en el capítulo III, secciones A y B, del presente informe.

3. Momento en que ha de invocarse la inmunidad

61. La cuestión del momento en que se ha de invocar la inmunidad no puede ser abordada de forma autónoma, ya que está estrechamente relacionada con el momento en que se debe tomar en consideración la inmunidad por parte de las autoridades del Estado del foro. Como ya se analizó en el sexto informe, ello debe producirse al inicio del procedimiento o tan pronto como las autoridades del Estado del foro pretenden ejercer su jurisdicción, ya que de lo contrario la inmunidad perdería su razón de ser y no podría desarrollar sus plenos efectos¹³⁰. De la misma manera, la invocación de la inmunidad debería realizarse en el momento inicial del procedimiento, en especial si la invocación de la inmunidad se refiere a un funcionario que únicamente goza de la inmunidad *ratione materiae* que, como se ha concluido anteriormente, tan solo operaría previa invocación del Estado del funcionario.

62. Sin embargo, al igual que sucede con la determinación del momento en que debe considerarse la inmunidad, tampoco es posible encontrar reglas relativas al momento procesal en que debe invocarse la inmunidad en los tratados internacionales que reconocen alguna forma de inmunidad de jurisdicción a ciertos funcionarios del Estado, ni tampoco con carácter general en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades de Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, o en el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados. En estos dos últimos instrumentos la cuestión del momento en que se puede invocar la inmunidad se regula implícitamente al ocuparse de la renuncia como consecuencia de la participación del Estado en un proceso ante los tribunales del Estado del foro, al establecer que si el Estado

prueba ante el tribunal que no pudo haber tenido conocimiento de hechos en que pueda fundarse una demanda de inmunidad hasta después de haber [intervenido en el proceso o realizado cualquier otro acto en relación con el fondo], podrá hacer valer la inmunidad basándose en esos hechos, con tal de que lo haga sin dilación¹³¹.

63. La ya mencionada resolución del Instituto de Derecho Internacional tampoco ofrece elementos útiles para resolver expresamente el tema, puesto que únicamente se refiere a los Jefes de Estado y de Gobierno y define una regla de actuación de oficio por parte de los tribunales nacionales. Sin embargo, la provisión en su artículo 6 de que “[l]as autoridades del Estado deben acordar al Jefe de Estado extranjero, desde el momento en que conozcan esta condición, la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución a los que tiene derecho” reviste interés respecto de la invocación de la inmunidad entendida en términos generales. Así, esta provisión podría ser aplicada de forma general *mutatis mutandis* desde dos perspectivas complementarias, a saber: la referencia al momento inicial del procedimiento y la mención expresa del requisito de que el tribunal “tenga

¹³⁰ Véase A/CN.4/722, párrs. 49 a 63.

¹³¹ Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, art. 8, párr. 1 b). El artículo 3, párr. 1, del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados establece que “[u]n Estado contratante no se beneficia de la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado contratante si se pronuncia sobre el fondo antes de invocarla. Sin embargo, si demuestra que solo con posterioridad ha tenido conocimiento de los hechos sobre los que habría podido fundamentar la inmunidad, podrá invocarla si alega estos hechos lo antes posible”.

conocimiento” de la condición del funcionario del Estado sobre el que pretenden ejercer jurisdicción. Ello implicaría que el Estado del funcionario debería invocar la inmunidad tan pronto como sea posible, ya que el tribunal del Estado del foro tan solo estaría obligado a considerar la inmunidad desde el momento en que tenga conocimiento de que la persona sobre la que pretende ejercer jurisdicción es un funcionario extranjero.

64. Sobre la base de los elementos analizados *supra* cabría concluir que no existe regla alguna que limite el momento procesal en que el Estado del funcionario puede invocar la inmunidad de uno de sus funcionarios, pero que para que dicha invocación sea útil y pueda producir los efectos deseados debe hacerlo tan pronto como tenga conocimiento de que las autoridades del Estado del foro quieren ejercer alguna forma de jurisdicción penal respecto de uno de sus funcionarios. Por el contrario, si lo hace con posterioridad, una vez que se ha iniciado el proceso, ha de concluirse —como ya lo hizo también en su día el anterior Relator Especial, Sr. Kolodkin— que los actos que hubiesen sido realizados por las autoridades del Estado del foro serían válidos y no podrían considerarse como una violación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario que se viese afectado por los mismos¹³².

65. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que todo lo dicho anteriormente refuerza la necesidad de que el Estado del funcionario tenga conocimiento de la pretensión de las autoridades del Estado del foro de ejercer la jurisdicción sobre uno de sus funcionarios.

4. Efectos de la invocación de la inmunidad

66. Al invocar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de uno de sus funcionarios, el Estado interesado persigue una doble finalidad. En primer lugar, llamar la atención de las autoridades del Estado del foro que pretenden ejercer su jurisdicción sobre la presencia de un elemento extranjero (el funcionario) que gozaría de inmunidad de jurisdicción. En segundo lugar, expresar formalmente su interés sobre dicha cuestión, reclamar el respeto de la inmunidad y, por consiguiente, requerir a las autoridades del Estado del foro que no ejerzan acto alguno de jurisdicción sobre el funcionario extranjero. Así, cabe concluir que el objetivo perseguido por la invocación de la inmunidad consiste en obtener la paralización de la jurisdicción por parte de las autoridades del Estado del foro.

67. Los efectos de la invocación de la inmunidad han de identificarse en relación con dicho objetivo, aunque no pueden confundirse ni identificarse con el mismo. Por el contrario, tal y como se señaló en el sexto informe, las autoridades del Estado del foro han de prestar atención seriamente a toda comunicación e información procedente del Estado del funcionario, pero ello no puede interpretarse en el sentido de que dichas autoridades (en especial el tribunal competente para determinar la inmunidad) deba aceptar ciegamente cualquier declaración del Estado del funcionario¹³³. En consecuencia, la invocación de la inmunidad no constituye por sí misma un elemento suficiente para paralizar el ejercicio de la jurisdicción penal extranjera, ni puede sustituir a la decisión del tribunal del foro relativa a la aplicación de la inmunidad. A ello ha de añadirse, por otro lado, que dicho tribunal tampoco estará obligado a seguir de forma automática la pretensión formulada por el Estado que invoca la inmunidad de uno de sus funcionarios¹³⁴.

¹³² Véase [A/CN.4/646](#), párr. 13.

¹³³ Véase [A/CN.4/722](#), párr. 107. También el anterior Relator Especial, Sr. Kolodkin, había mantenido esta posición en su tercer informe (véase [A/CN.4/646](#), párr. 30).

¹³⁴ Sobre la determinación de la inmunidad, véase el sexto informe de la Relatora Especial ([A/CN.4/722](#)), párrs. 97 a 108.

68. Lo antedicho no significa, sin embargo, que la invocación de la inmunidad carezca de efectos. Por el contrario, dichos efectos —que revisten un especial interés en el caso de la inmunidad *ratione materiae*— se pueden desplegar especialmente en tres planos distintos. En primer lugar, si tenemos en cuenta que, como antes se ha señalado, la aplicación de la inmunidad *ratione materiae* está condicionada a la invocación de la inmunidad por el Estado del funcionario, ello tendrá como consecuencia que, tras la invocación de la inmunidad, las autoridades del Estado del foro estarán obligadas a tomar en consideración la cuestión de la inmunidad y a pronunciarse sobre la aplicación de la misma. En consecuencia, toda forma de silencio u omisión de los tribunales del Estado del foro sobre la invocación podría constituir una infracción de las normas que rigen la inmunidad. En segundo lugar, la invocación de la inmunidad está llamada a producir igualmente un efecto sustantivo sobre el proceso decisorio de los tribunales del Estado del foro, que estarán obligados a tomar en consideración toda la información y argumentos proporcionados por el Estado del funcionario con ocasión de la invocación de la inmunidad, a fin de decidir si concurren o no los elementos normativos que justificarían la aplicación de la inmunidad. Por último, la invocación de la inmunidad puede constituir el punto de partida para poner en funcionamiento los mecanismos de consulta, cooperación y asistencia judicial mutua entre el Estado del foro y el Estado del funcionario que serán analizados más adelante en el capítulo III. En todo caso, se ha de advertir que los efectos de la invocación de la inmunidad que se acaban de describir pueden operar de manera distinta en relación con la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*, en especial por lo que se refiere a la obligación de considerar la inmunidad. Así, en el caso de la inmunidad *ratione materiae* dicha obligación únicamente nace tras la invocación de la inmunidad, mientras que en el caso de la inmunidad *ratione personae* la obligación debe ser cumplida de oficio, por lo que la invocación tan solo vendrá a reforzar la obligación que ya existía previamente. Por su parte, los efectos de la invocación de la inmunidad que se han de producir en el segundo y tercer planos, operarán indistintamente para cualquier tipo de inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

69. Con base en el análisis anterior se propone el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo 10
Invocación de la inmunidad

1. El Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de cualquiera de sus funcionarios ante el Estado que pretende ejercer la jurisdicción.
2. La invocación de la inmunidad deberá realizarse tan pronto como el Estado del funcionario tenga conocimiento de que el Estado del foro pretende ejercer su jurisdicción penal sobre aquel.
3. La invocación de la inmunidad se realizará por escrito y de forma clara, indicando la identidad del funcionario respecto del que se invoca la inmunidad y el tipo de inmunidad que se invoca.
4. La invocación de la inmunidad se realizará preferentemente a través de los procedimientos establecidos en acuerdos de cooperación y asistencia judicial mutua en que ambos Estados sean partes, o mediante otros procedimientos comúnmente aceptados por dichos Estados. La inmunidad podrá ser invocada también por vía diplomática.
5. En caso de que la invocación de la inmunidad no se realice directamente ante los tribunales del Estado del foro, las autoridades que hayan recibido la comunicación relativa a la invocación de la inmunidad usarán todos los medios a su disposición para dar traslado de la misma a los órganos competentes para determinar la aplicación de

la inmunidad, que deberán pronunciarse sobre la misma tan pronto como tengan conocimiento de la invocación de la inmunidad.

6. En todo caso, los órganos competentes para determinar la inmunidad deberán pronunciarse de oficio sobre su aplicación respecto de los funcionarios del Estado que gocen de inmunidad *ratione personae*, con independencia de que el Estado del funcionario invoque o no la inmunidad.

C. Renuncia a la inmunidad

70. Dado que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se reconoce en beneficio de los derechos e intereses del Estado del funcionario, resulta evidente que dicho Estado puede renunciar a la misma, consintiendo así en que la jurisdicción penal extranjera se ejerza sobre uno de sus funcionarios. En este sentido, la renuncia a la inmunidad por parte del Estado del funcionario invalida cualquier debate sobre la existencia o aplicación de la inmunidad y sobre los límites y excepciones a la misma. Simplemente, el titular y beneficiario último de la inmunidad renuncia a ejercer su derecho a reclamarla. Por tanto, no se trata de una auténtica excepción a la inmunidad, sino de un acto procesal que elimina todo obstáculo que se pudiera oponer a los tribunales del Estado del foro para ejercer su jurisdicción.

71. La propia naturaleza de la renuncia le dota de unos caracteres propios que la diferencian de la invocación de la inmunidad y que obligan a darle un tratamiento autónomo, teniendo en cuenta que no nos encontramos ante el supuesto del ejercicio de un derecho (invocación), sino ante el abandono o no ejercicio del mismo (renuncia), con las consecuencias que antes se han señalado. No es de extrañar, por tanto, que la renuncia a la inmunidad —contrariamente a lo que sucede con la invocación— sí haya sido objeto de regulación expresa en los instrumentos internacionales que se refieren a la inmunidad de jurisdicción, así como en las legislaciones nacionales relevantes y que, además, dicha regulación haya puesto el énfasis en la preservación de la seguridad jurídica y, para ello, en el carácter restrictivo de las formas de renuncia a la inmunidad.

72. La Comisión abordó el tema de la renuncia a la inmunidad de ciertos funcionarios del Estado con ocasión de sus trabajos sobre las relaciones diplomáticas¹³⁵, las relaciones consulares¹³⁶, las misiones especiales¹³⁷ y la representación del Estado ante las organizaciones internacionales de carácter universal¹³⁸. En todos estos casos la Comisión concluyó en la posibilidad de que el

¹³⁵ El artículo 30 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas (*Anuario ... 1958*, vol. II, pág. 106) estaba redactado en los siguientes términos: “*Renuncia a la inmunidad*. 1. El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos. 2. En lo penal, la renuncia ha de ser siempre expresa”.

¹³⁶ El artículo 45 del proyecto de artículos sobre las relaciones e inmunidades consulares (*Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 131) estaba redactado en los siguientes términos: “*Renuncia a las inmunidades*. 1. El Estado que envía puede renunciar, respecto de cualquier miembro del consulado, a las inmunidades prescritas en los artículos 41, 43 y 44. 2. La renuncia ha de ser siempre expresa”.

¹³⁷ El artículo 41 del proyecto de artículos sobre las misiones especiales (*Anuario ... 1967*, vol. II, pág. 379) estaba redactado en los siguientes términos: “*Renuncia a la inmunidad*. 1. El Estado que envía podrá renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus representantes en la misión especial y de los miembros del personal diplomático de ésta, así como de las demás personas que gozan de inmunidad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 a 40. 2. La renuncia habrá de ser siempre expresa”.

¹³⁸ El artículo 31 del proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales (*Anuario ... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 328) estaba redactado en los siguientes términos: “*Renuncia a la inmunidad*. 1. El Estado que envía podrá

Estado del funcionario pudiese renunciar a la inmunidad del mismo y que dicha renuncia debería ser expresa. En todo caso, debe destacarse que la renuncia se concibe en todos los proyectos de artículo como una potestad del Estado del funcionario, sin que se prevea obligatoriedad alguna de renunciar a la citada inmunidad con independencia de la gravedad de los hechos que presuntamente se imputen al funcionario. La obligatoriedad de renunciar a la inmunidad de sus funcionarios fue completada por la Comisión únicamente en relación con las demandas civiles, siguiendo el modelo del artículo IV (sección 14) de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, en la que se establece que

un Miembro no solo tiene el derecho sino la obligación de renunciar a la inmunidad de su representante en cualquier caso en que según su propio criterio la inmunidad entorpecería el curso de la justicia, y cuando pueda ser renunciada sin perjudicar a los fines para los cuales la inmunidad fue otorgada¹³⁹.

73. Este modelo inspiró el artículo 42 del proyecto de artículos sobre las misiones especiales y el párrafo 5 del artículo 31 del proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales, en los que la obligatoriedad de la renuncia fue sustituida por una recomendación. En el primer caso, se preveía que “cuando no renuncie a esa inmunidad, el Estado que envía se esforzará por lograr una justa solución del litigio”. En el segundo caso, se estipulaba que si el Estado que envía “no renuncia a la inmunidad [...] con respecto a una acción civil, deberá esforzarse por lograr una solución equitativa de la cuestión”¹⁴⁰.

74. Idéntico planteamiento se ha mantenido en las convenciones que fueron adoptadas sobre la base de dichos proyectos de artículo, pudiéndose citar como referencia el artículo 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, conforme al cual

1. El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus Agentes diplomáticos y de las personas que gocen de inmunidad conforme al artículo 37.
2. La renuncia ha de ser siempre expresa.

Esta disposición se ha repetido de forma casi inalterada en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (art. 45)¹⁴¹, en la Convención sobre las Misiones Especiales (art. 41) y en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (art. 31). En relación con esta última, ha de llamarse la atención sobre la disposición especial contenida en su artículo 31, párrafo 5, que establece, sin embargo, que “[s]i el Estado que envía no renuncia a la inmunidad [...] con respecto a una acción civil, deberá esforzarse por lograr una solución equitativa de la cuestión”.

renunciar a la inmunidad de jurisdicción del Jefe de misión y de los miembros del personal diplomático de la misión, así como de las personas que gocen de inmunidad conforme al artículo 36. 2. La renuncia habrá de ser siempre expresa”.

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ Respectivamente, artículo 42 (*Anuario ... 1967*, vol. II, pág. 379); y artículo 31, párrafo 5 (*Anuario ... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 329). En el caso de las misiones especiales, esta previsión se recogía bajo la fórmula de “solución de litigios en materia civil”.

¹⁴¹ De conformidad con el párrafo 2 de dicho artículo “[l]a renuncia habrá de ser siempre expresa, excepto en el caso previsto en el párrafo 3 de este artículo [demanda reconvenzional], y habrá de comunicarse por escrito al Estado receptor”.

75. En un plano distinto, la renuncia a la inmunidad ha sido igualmente abordada por la Comisión en relación con la inmunidad del Estado, si bien en este caso la renuncia a la inmunidad tan solo se aborda de modo indirecto, a través de la enumeración de una serie de supuestos en los que se ha de entender automáticamente que el Estado extranjero ha consentido en el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales del Estado del foro¹⁴². Esta aproximación encuentra ya algún antecedente en las Convenciones referidas *supra*¹⁴³ y se ha reflejado en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, en cuyos artículos 7 a 9 se definen supuestos especiales de renuncia tácita a la inmunidad.

76. Ya en un ámbito más cercano al presente tema, el Instituto de Derecho Internacional se ha ocupado del tema de la renuncia (o levantamiento) de la inmunidad en dos resoluciones aprobadas en 2001 y 2009. En la primera, dedicada a las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno, atribuye al Estado de dichos funcionarios el derecho de renunciar a la inmunidad, al tiempo que declara que dicha renuncia podrá ser expresa o tácita, pero siempre cierta¹⁴⁴, y que la inmunidad podrá estar sometida a derogación siempre que la misma haya sido establecida por acuerdo¹⁴⁵. En todo caso, la renuncia es igualmente concebida como un derecho del Estado del funcionario, que solamente se ve limitado en virtud de su propia voluntad individualizada o general (acuerdos especiales). Este planteamiento no ha experimentado cambio alguno como consecuencia de la adopción en 2009 de la resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en el caso de crímenes internacionales, que, sin embargo, incorpora un elemento nuevo al estipular en su artículo II, párrafo 3 que “[l]os Estados deberían considerar el levantamiento de la inmunidad de sus agentes cuando sean sospechosos o estén acusados de haber cometido crímenes internacionales”¹⁴⁶.

¹⁴² El artículo 7 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes establece que: “1. Ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado en relación con una cuestión o un asunto si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con esa cuestión o ese asunto: a) por acuerdo internacional; b) en un contrato escrito; o c) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado” (*Anuario ... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 26 y 270). Véase también los artículos 8 y 9 (*ibid.*, págs. 30 a 35).

¹⁴³ Se trata en todos los casos de la imposibilidad de invocar la inmunidad si se ha presentado una demanda por parte del funcionario del Estado y ello da lugar a una demanda reconvenional. Opera únicamente en el caso de inmunidad de jurisdicción civil o administrativa.

¹⁴⁴ El artículo 7 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe del Estado y del Jefe de Gobierno en derecho internacional (sesión de Vancouver, 2001, *Annuaire*, vol. 69, pág. 748) está redactada en los siguientes términos: “1. El Jefe de Estado no goza de la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción o la inmunidad de ejecución que le son otorgadas en virtud del derecho internacional si su Estado renuncia a las mismas. Esta renuncia puede ser explícita o implícita, siempre que sea cierta. Corresponde al derecho nacional del Estado interesado la determinación del órgano competente para decidir esta renuncia. 2. La renuncia debería ser decidida cuando el Jefe de Estado sea sospechoso de haber cometido infracciones particularmente graves o cuando el ejercicio de sus funciones no parezca estar comprometido por las decisiones que las autoridades del foro deberían adoptar.”

¹⁴⁵ Sesión de Nápoles, 2009, *Annuaire*, vol. 73, pág. 229. Por su parte el artículo 8 de la resolución de 2001 establece: “1. Mediante acuerdo los Estados pueden acordar las derogaciones que estimen oportunas respecto de la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución de sus Jefes de Estado. 2. Si la derogación no es expresa, se ha de presumir que no se han derogado la inviolabilidad y las inmunidades mencionadas en el párrafo anterior; la existencia y el alcance de esta derogación deben ser establecidas sin ambigüedades por cualquier medio jurídico” (sesión de Vancouver, 2001, *Annuaire*, vol. 69, pág. 748).

¹⁴⁶ Esta recomendación corre paralela a lo previsto en el párrafo 2 del mismo artículo II, según el cual “[c]onforme al derecho internacional convencional y consuetudinario, los Estados tienen la

77. La cuestión de la renuncia a la inmunidad ha sido igualmente objeto de tratamiento en las legislaciones nacionales referidas a la inmunidad del Estado. Así, la renuncia puede ser previa o producirse una vez iniciadas las actuaciones; no se presume, aunque se entiende que se ha producido tácitamente al personarse el Estado extranjero en el procedimiento; no es revocable, aunque sí puede estar sujeta a limitaciones o exclusiones en función de su contenido¹⁴⁷.

78. Por último, la cuestión de la renuncia a la inmunidad se ha suscitado también ante los tribunales internacionales y nacionales¹⁴⁸. En este plano, debe citarse de modo especial la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, en la que afirmó de forma taxativa que los funcionarios “dejarán de gozar de inmunidad respecto de las jurisdicciones extranjeras si el Estado al que representan o han representado decide renunciar a dicha inmunidad”¹⁴⁹.

79. Aunque la potestad del Estado del funcionario para renunciar a la inmunidad no ha sido puesta en cuestión en la doctrina ni en la práctica nacional, la delimitación de sus contornos no siempre es sencilla. En todo caso, no puede dejar de señalarse que delimitar el significado y alcance de la renuncia a la inmunidad reviste una especial importancia para el presente tema. Por ello se analizan a continuación algunas cuestiones relacionadas con la renuncia a la inmunidad que revisten una especial dimensión práctica, a saber: a) los órganos competentes para renunciar a la inmunidad, b) la forma que debe revestir la renuncia, y c) los efectos sustantivos y temporales de la misma.

1. Órganos competentes para renunciar a la inmunidad

80. Al igual que sucede con la invocación y por idénticas razones, la renuncia a la inmunidad únicamente puede ser ejercida por el Estado del funcionario y no por el funcionario mismo. Por tanto, se suscita también el problema de cuáles son los órganos competentes para ejercer dicha potestad, ya que ni en los instrumentos internacionales ni en la legislación analizada se indican de forma clara cuáles son los órganos del Estado competentes para decidir sobre la renuncia a la inmunidad¹⁵⁰, con

obligación de prevenir y reprimir los crímenes internacionales. Las inmunidades no deberían constituir un obstáculo para la reparación adecuada a la que tienen derecho las víctimas de crímenes contemplados por la presente resolución” (sesión de Nápoles, 2009, *Annuaire*, vol. 71, pág. 229).

¹⁴⁷ Véase Estados Unidos, *Foreign Sovereign Immunities Act 1976*, secc. 1605.a); Reino Unido, *State Immunity Act 1978*, secc.2; Singapur, *State Immunity Act 1979*, secc. 4; Pakistán, *State Immunity Ordinance 1981*, secc. 4; Sudáfrica, *Foreign States Immunities Act 1981*, secc. 3; Australia, *Foreign States Immunities Act 1985*, seccs. 10, 3 y 6; Canadá, *State Immunity Act 1985*, secc.4.2; Israel, *Foreign States Immunity Law 2008*, seccs. 9 y 10; Japón, *Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State 2009*, art. 6; España, Ley Orgánica 16/2015, arts. 5, 6 y 8.

¹⁴⁸ El tratamiento de la renuncia a la inmunidad de los funcionarios del Estado por parte de los tribunales nacionales fue analizado ya en el memorando de la Secretaría (A/CN.4/596, párrs. 246 y ss.) y en el tercer informe del Relator Especial Roman Kolodkin (A/CN.4/646, párrs. 33 y ss.), a los que la Relatora Especial se remite.

¹⁴⁹ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 123 *supra*), pág. 25, párr. 61.

¹⁵⁰ Ha de tenerse en cuenta que la propia Comisión, en su proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, ya consideró preferible dejar abierto el tema de los órganos competentes para proceder a la renuncia de la inmunidad de los agentes diplomáticos. Así, en el texto del artículo 30 aprobado en segunda lectura decidió modificar la redacción del párrafo 2, suprimiendo la última frase de dicho párrafo aprobado en primera lectura que decía lo siguiente: “y emanar del gobierno del Estado acreditante”. La Comisión explica de la siguiente manera esta decisión: “La Comisión decidió suprimir la cláusula ‘y emanar del gobierno del Estado acreditante’, porque daba a entender erróneamente que la comunicación relativa a la renuncia debía emanar del gobierno del Estado acreditante. Pero, como se hizo observar, el jefe de

la excepción de ciertas leyes que se refieren expresamente a la renuncia realizada por el jefe de misión diplomática acreditado ante el Estado del foro¹⁵¹. Por su parte, las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional guardan igualmente silencio sobre dicha cuestión, limitándose a remitir a la legislación interna del Estado del funcionario¹⁵².

81. Junto a ello, la escasa práctica jurisprudencial existente sobre este tema tampoco permite concluir una regla clara relativa a la identificación de los órganos competentes. Por el contrario, en los pocos casos en que se ha suscitado la cuestión ante los tribunales nacionales, estos han aceptado una declaración de renuncia procedente de distintos órganos entre los que se encuentra el Ministro de Justicia y el Jefe de Misión Diplomática¹⁵³. Además, esta cuestión no se ha suscitado ante los tribunales internacionales que se han ocupado de esta categoría de inmunidad.

82. Por tanto, las conclusiones generales antes enunciadas en relación con la invocación de la inmunidad resultan plenamente aplicables a la renuncia, tanto por lo que se refiere a la primacía del principio de autonomía organizativa del Estado y la necesidad de analizar la cuestión caso por caso, como en lo relativo a la presunción de validez de las declaraciones de renuncia realizadas por el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno, Ministro de Relaciones Exteriores y Jefe de Misión Diplomática¹⁵⁴. Sin embargo, la cuestión de la renuncia formulada por un Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores plantea un problema especial, en la medida en que la renuncia está sometida a reglas comunes, con independencia de que nos encontremos ante la inmunidad *ratione personae* o ante la inmunidad *ratione materiae*. Por tanto, en el caso de la inmunidad *ratione personae* la renuncia formulada por el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores podría llegar a confundirse con la renuncia emitida por el propio funcionario que goza de inmunidad. Aunque esta posibilidad es extremadamente hipotética, no cabe duda de que, si se produjese, ello obligaría a aplicar también en este supuesto el principio de la valoración caso por caso de la competencia del órgano que renuncia, obviando la presunción de la validez de la renuncia. En este caso, como ya señaló en su día el anterior Relator Especial, Sr. Kolodkin, quizás debería presumirse que el Estado del funcionario tiene la misma posición que su Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y

misión es el representante de su gobierno y, cuando comunica una renuncia a la inmunidad, los tribunales del Estado recibiente no pueden sino aceptarla como una declaración del gobierno del Estado acreditante. Así, en el nuevo texto no se menciona la cuestión de la autorización del jefe de la misión para hacer la declaración. Se trata de una cuestión interna que sólo concierne al Estado acreditante y al jefe de la misión” (*Anuario ... 1958*, vol. II, pág. 106, párrafo 2) del comentario al artículo 30). En una línea similar, la Comisión afirmó lo siguiente en relación con el artículo 45 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares: “[e]l texto del artículo no determina cuál será el procedimiento para renunciar a la inmunidad. Cabe suponer que cuando la medida se refiera al jefe de la oficina consular, la declaración de renuncia a la inmunidad deba hacerse por vía diplomática. Si la renuncia atañe a otro miembro del consulado, la declaración puede hacerla el jefe de la oficina consular de que se trate” (*Anuario ... 1961*, vol. II, pág. 132, párrafo 2) del comentario al artículo 45).

¹⁵¹ Véase Reino Unido, *State Immunity Act 1978*, secc. 2.7; Singapur, *State Immunity Act 1979*, secc. 4.7; Pakistán, *State Immunity Ordinance 1981*, secc. 4.6; Sudáfrica, *Foreign States Immunities Act 1981*, secc. 3.6; Israel, *Foreign States Immunity Law 2008*, secc. 9.c).

¹⁵² Véase la resolución de 2001 (sesión de Vancouver, *Annuaire*, vol. 69, pág. 748), art. 7, párr. 1).

¹⁵³ En los Estados Unidos, la renuncia fue formulada por el Secretario de Justicia en el asunto Paul c. Avril (Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Florida, 812 F. Supp. 207) y en Bélgica en el asunto Hissène Habré. Por su parte, en Suiza, en el caso *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, los tribunales no entraron a analizar cuáles eran los ministerios competentes, limitándose a constatar que bastaba con que fueran órganos del gobierno y por ello aceptó una comunicación remitida por la Misión Diplomática de Filipinas acreditada ante los Estados Unidos.

¹⁵⁴ Véase, en este mismo capítulo, la sección A, subsección 2, *supra*.

Ministro de Relaciones Exteriores, salvo que se comunique algo distinto al Estado del foro¹⁵⁵.

2. Forma que debe revestir la renuncia

83. La necesidad de preservar la seguridad jurídica y el efecto limitativo de derechos que tiene la renuncia a la inmunidad para el Estado del funcionario se ha traducido, en la práctica, en la opinión mayoritaria de que la renuncia a la inmunidad ha de ser —como regla— expresa. Así se ha recogido en los trabajos previos de la Comisión, en las convenciones internacionales y en las leyes nacionales que se refieren a la inmunidad¹⁵⁶. Únicamente el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 2001 establece que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción del Jefe de Estado o del Jefe de Gobierno puede ser “expresa o tácita, siempre que sea cierta”¹⁵⁷. Por su parte, la jurisprudencia nacional no aporta elementos útiles, ya que el tema se ha abordado mayoritariamente en el marco de procedimientos civiles. Además, cuando el tema se ha planteado en el marco penal, tampoco puede identificarse una línea concluyente en los tribunales penales nacionales, incluido el tratamiento en el Reino Unido del caso *Pinochet (Nº 3)* ante la Cámara de los Lores, en cuya sentencia se apuntó el tema de la renuncia tácita a la inmunidad, pero sin que dicho argumento fuese apoyado mayoritariamente por los Jueces ni tampoco fuese decisivo para la decisión final adoptada por el tribunal¹⁵⁸.

84. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que, tratándose de un supuesto de inmunidad de jurisdicción penal, los principios de legalidad y seguridad jurídica deben jugar un papel destacado. Desde esta perspectiva, parece razonable concluir que la renuncia a la inmunidad debe ser clara e inequívoca, de forma que no quepa duda alguna sobre el alcance de dicha renuncia ni sobre las personas, actos y categorías de inmunidad a las que se aplica la renuncia del Estado del funcionario¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Véase [A/CN.4/646](#), párr. 38.

¹⁵⁶ La Ley Orgánica 16/2015 de España prevé esta renuncia expresa en su artículo 27 en relación con la inmunidad del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores.

¹⁵⁷ Artículo 7, párr. 1, sesión de Vancouver, 2001, *Annuaire*, vol. 69, pág. 748.

¹⁵⁸ Véase el tratamiento de la renuncia a la inmunidad en el caso *Pinochet (Nº 3)* que se realiza en el memorando de la Secretaría ([A/CN.4/596](#), párrs. 259 a 263).

¹⁵⁹ Como ejemplo de declaraciones claras de renuncia se reproducen a continuación tres ejemplos incluidos en el memorando de la Secretaría ([A/CN.4/596](#), párrs. 252 y 253). En el asunto *Paul c. Avril*, el Ministro de Justicia de Haití afirmó que “Prosper Avril, ex-Teniente General de las fuerzas armadas de Haití y ex Presidente del gobierno militar de la República de Haití, no goza absolutamente de ninguna forma de inmunidad, ya sea la que corresponde a un soberano, a un jefe de Estado o a un ex jefe de Estado; ya sea diplomática, consular, o inmunidad respecto del testimonio, ni de cualquier otra clase de inmunidad, incluidas la inmunidad respecto de una sentencia, o un proceso, la inmunidad frente a la ejecución de sentencias y la inmunidad respecto de la comparecencia ante el tribunal tanto antes como después de la sentencia” (Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Florida, 812 F. Supp. 207, pág. 211). En el asunto *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, la renuncia presentada por Filipinas estaba redactada en los siguientes términos: “El Gobierno filipino renuncia por la presente a toda inmunidad 1) de Estado, 2) de jefe de Estado o 3) diplomática, de la cual el ex Presidente filipino Ferdinand Marcos y su esposa Imelda Marcos podrían gozar o de la cual podrían haber gozado sobre la base del derecho de los Estados Unidos o del derecho internacional. [...] Esta renuncia se extiende al enjuiciamiento de Ferdinand e Imelda Marcos en el asunto mencionado más arriba (investigación llevada a cabo en el distrito meridional del Estado de Nueva York), así como a todo acto criminal o a todo otro asunto conexo en los cuales esas personas trataran de referirse a su inmunidad” (Tribunal Federal suizo, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police (recours de droit administratif)*, sentencia de 2 de noviembre de 1989, ATF 115 Ib 496, págs. 501 y 502). En la causa seguida contra Hissène Habré en Bruselas, el Ministerio de Justicia del Chad renunció expresamente a la inmunidad en los términos siguientes: “La Conferencia Nacional Soberana celebrada en Yamena del 15 de enero al 7 de abril de 1993 había levantado oficialmente toda inmunidad de jurisdicción al Sr. Hissèin Habré. Esa posición fue

Partiendo de estas premisas, y siguiendo los pronunciamientos previos de la Comisión, ha de concluirse que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera ha de ser expresa y formulada de forma fehaciente, siendo preferible que se produzca por escrito. No obstante, no es posible identificar una forma concreta exigible a toda renuncia, dependiendo la misma de las circunstancias concretas en que aquella se produzca. En tal sentido, nada impediría que la renuncia se realice mediante una nota verbal, mediante una carta u otro escrito no diplomático dirigido a las autoridades del Estado del foro, a través de un acto o documento procesal, o incluso mediante cualquier otro documento en el que conste de forma expresa, clara y fehaciente la voluntad del Estado de renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de su funcionario¹⁶⁰.

85. Esta conclusión exige analizar, aunque sea brevemente, tres supuestos en los que cabe preguntarse si nos encontramos o no ante un acto que cumpla los requisitos necesarios para poder ser calificado como renuncia, a saber, la comparecencia ante las autoridades que ejercen la jurisdicción, la inclusión en acuerdos y tratados internacionales de obligaciones que exijan el ejercicio de la jurisdicción penal sobre un extranjero, y la no invocación de la inmunidad.

86. La comparecencia del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro constituye uno de los actos que, tradicionalmente, han sido considerados como una forma de renuncia a la inmunidad de jurisdicción, tanto en el marco de ciertas categorías de inmunidad de funcionarios del Estado como en el marco de la inmunidad del Estado mismo¹⁶¹. Dado que dicha comparecencia implica la realización de actos procesales en el seno de una determinada jurisdicción estatal, la misma ha de entenderse, en principio, como un acto de reconocimiento de aquella. Salvo, lógicamente, en el supuesto de que dicha comparecencia tenga como fin único impugnar la competencia del tribunal a través de una invocación de inmunidad. Sin embargo, en el caso de la jurisdicción penal extranjera será muy difícil en la práctica que se produzca este supuesto de “renuncia implícita” o de “aceptación explícita” de la jurisdicción del Estado del foro. Quizás la única excepción se produciría en el caso de que el proceso se haya iniciado a instancia del Estado del funcionario extranjero, en cuyo caso aunque pudieran concurrir los elementos normativos propios de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*ratione personae* o *ratione materiae*), el interés del Estado por perseguir a su propio funcionario entraría en contradicción con la institución de la inmunidad y anularía plenamente su fundamento mismo, que no es otro que proteger los derechos e intereses del Estado extranjero. Aunque en este supuesto sería discutible si nos encontramos o no ante un supuesto de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, lo cierto es que la denuncia del Estado del funcionario

respaldada por la Ley núm. 010/PR/95, del 9 de junio de 1995, por la que se otorgó amnistía a los detenidos y exiliados políticos y a las personas en oposición armada, con exclusión del ‘ex Presidente de la República, Hisssein Habré, sus coautores y/o sus cómplices’. En consecuencia, está claro que el Sr. Hisssein Habré no puede pretender ninguna clase de inmunidad de parte de las Autoridades del Chad, y ello es así desde la terminación de la Conferencia Nacional Soberana” (carta del Ministro de Justicia del Chad al Juez de Instrucción del distrito de Bruselas, 7 de octubre de 2002).

¹⁶⁰ Así, cabe recordar, a título de ejemplo, que la renuncia a la inmunidad ha sido remitida a los tribunales mediante nota verbal (caso *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédérale de la police*) o por carta o escrito del Ministro de Justicia (asuntos *Paul c. Avril e Hissène Habré*).

¹⁶¹ Véase Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 32, párr. 3; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 45, párr. 3; Convención sobre las Misiones Especiales, art. 41, párr. 3; Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 31, párr. 3, y Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, art. 8.

habría de entenderse, en todo caso, como una renuncia a cualquier forma de inmunidad del funcionario que pudiera suscitarse a lo largo del proceso¹⁶².

87. En segundo lugar, ha de recordarse que tanto en los trabajos previos de la Comisión sobre este tema¹⁶³, como en la doctrina, se ha planteado la posibilidad de que determinadas disposiciones contenidas en tratados internacionales puedan ser consideradas como formas de renuncia a la inmunidad de jurisdicción. La respuesta a esta cuestión debe venir condicionada por la exigencia de que la renuncia a la inmunidad sea clara e inequívoca en el tratado del que se pretende deducir dicha renuncia. Dicha condición se cumpliría si el texto del tratado contiene una cláusula expresa de renuncia a la inmunidad o de anulación o inoponibilidad de la inmunidad frente a la jurisdicción del resto de los Estados partes. También si del tratado se deduce claramente la obligación de los Estados partes de cooperar entre sí de forma irrestricta para proceder al enjuiciamiento de cualquier persona que esté sometida a su jurisdicción o sea su nacional (incluido un funcionario del Estado) y el Estado del funcionario no ejerce su propia jurisdicción. No obstante, resulta más discutible que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera pueda derivarse de disposiciones convencionales de alcance general tales como la obligación de los Estados partes de ejercer su jurisdicción respecto de determinados crímenes (en especial los crímenes de derecho internacional), la obligación *aut dedere aut judicare*, o la obligación de cooperar con un tribunal penal internacional.

88. En el primero de los supuestos, la obligación de ejercer la jurisdicción respecto de determinados casos exige de los Estados partes (en este caso el Estado del foro y el Estado del funcionario) la “criminalización” de ciertas conductas en su derecho interno y el establecimiento de reglas procesales que les permitan el ejercicio de la jurisdicción, pero no implica necesariamente una renuncia por parte del Estado del funcionario a reclamar el derecho de que sea su propia jurisdicción, con exclusión de cualquier otra, la que enjuicie esos crímenes cuando el autor de los mismos haya sido alguno de sus funcionarios que goza de inmunidad. En este caso, a fin de garantizar el adecuado equilibrio entre la protección del principio de igualdad soberana y la protección de otros valores y principios jurídicos, el Estado del funcionario vendrá obligado a ejercer su jurisdicción respecto de sus propios funcionarios, pero parece difícil concluir que de esta obligación general se pueda traducir automáticamente la renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de dichos funcionarios¹⁶⁴.

89. Además, en relación con este tema ha de recordarse que la Corte Internacional de Justicia ha excluido dicha posibilidad al declarar lo siguiente en su fallo en el caso *Orden de detención de 11 de abril de 2000*:

Aun cuando varias convenciones internacionales sobre la prevención y el castigo de determinados crímenes graves imponen a los Estados obligaciones de enjuiciamiento o extradición, con lo cual los obligan a extender su jurisdicción penal, esa extensión de su jurisdicción no afecta en modo alguno a las inmunidades existentes con arreglo al derecho internacional consuetudinario, incluidas las de los ministros de relaciones exteriores. Dichas inmunidades siguen siendo oponibles ante los tribunales de un Estado extranjero, incluso

¹⁶² Véase el análisis que de este tema se hace en el memorando de la Secretaría (A/CN.4/596), párr. 258, y en especial la nota 762 (que remite al informe del Sr. Verhoeven que sirvió de base para la adopción de la resolución de 2001 del Instituto de Derecho Internacional).

¹⁶³ Véase *ibid.*, párrs. 250 a 264, y A/CN.4/646, párr. 44.

¹⁶⁴ En relación con esta cuestión, véase también el tratamiento que a la misma se da en el quinto informe de la Relatora Especial desde la perspectiva de los límites y excepciones a la inmunidad (A/CN.4/701, párrs. 215 y 216).

cuando dichos tribunales ejerzan esa jurisdicción con arreglo a las convenciones mencionadas¹⁶⁵.

90. Esta conclusión resulta igualmente relevante a los efectos de valorar si la obligación *aut dedere aut judicare* incluida en un tratado puede interpretarse como una renuncia a la inmunidad. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*,

si el Estado en cuyo territorio se encuentra el sospechoso es requerido por una demanda de extradición en uno de los casos previstos por las disposiciones de la Convención [contra la Tortura], puede liberarse de su obligación de enjuiciar atendiendo a la demanda de extradición¹⁶⁶.

91. Aunque dicho pronunciamiento se refiere a las obligaciones derivadas de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁶⁷, no es menos cierto que en el mismo se describe adecuadamente el modelo de funcionamiento de la obligación *aut dedere aut judicare*, en tanto que mecanismo que juega un papel especial en el marco de la cooperación internacional y asistencia recíproca. Aplicando dicho modelo al presente tema, cabe deducir que si el Estado del foro solicitase la extradición del funcionario extranjero, el Estado del funcionario incurriría en la obligación de optar entre el enjuiciamiento de este o atender a la petición de extradición que le es dirigida por el Estado del foro. A fin de tomar una decisión, el Estado requerido podrá valorar el hecho de que el individuo cuya extradición se solicita es o ha sido funcionario de un tercer Estado y ofrecer por ello al Estado requirente el traslado del expediente y el ejercicio de la jurisdicción penal por sí mismo. En cierto modo, esta es la situación que se ha producido en Portugal en virtud de la sentencia del Tribunal de Apelación de Lisboa, de 10 de mayo de 2018, que será analizada más adelante¹⁶⁸. Sin embargo, resulta difícil concluir que la mera inclusión en un tratado de la obligación *aut dedere aut judicare* deba interpretarse automáticamente como un acto de renuncia a la inmunidad.

92. Por su parte, evaluar si la obligación de cooperar con un tribunal penal internacional lleva implícita una renuncia a la inmunidad por parte del Estado del funcionario requiere de un análisis más matizado. El tema ha estado presente desde el mismo momento de la adopción del Estatuto de Roma en los debates académicos, convirtiéndose en un auténtico problema práctico con ocasión de las decisiones adoptadas por la Corte Penal Internacional en relación con el incumplimiento por varios Estados de la solicitud de detener y entregar a la Corte al Presidente del Sudán, Omar Al Bashir. Dicha problemática ha terminado finalmente con la interposición de un recurso de apelación por parte de Jordania en relación con la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de remitir a la Asamblea de Estados Partes, en virtud del artículo 87, párrafo 7, del Estatuto de Roma, el alegado incumplimiento por parte de dicho país del deber de cooperar con la Corte¹⁶⁹.

¹⁶⁵ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 123 *supra*), párr. 59.

¹⁶⁶ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en especial pág. 456, párr. 95.

¹⁶⁷ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.

¹⁶⁸ Véase el capítulo III, sección C, *infra*.

¹⁶⁹ Véase el párrafo 17 *supra*. El artículo 87, párrafo 7, establece que “[c]uando, en contravención de lo dispuesto en el presente Estatuto, un Estado Parte se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con el presente Estatuto, ésta podrá hacer una constatación en ese sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto”.

93. En las audiencias celebradas ante la Corte Penal Internacional en septiembre de 2018 respecto de este asunto se ha planteado, entre otros temas, la cuestión relativa a si la acción conjunta de los artículos 98 y 27 del Estatuto de Roma ha dado lugar a la renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Dicha cuestión ya fue examinada en el quinto informe desde la perspectiva de los límites y excepciones a la inmunidad¹⁷⁰, sin que los debates de la Comisión sobre dicho tema puedan ser considerados como concluyentes. Sin embargo, tanto el fiscal de la Corte Penal Internacional, como diversos intervinientes en las audiencias —incluidos algunos miembros de la Comisión— se han pronunciado sobre este tema, refiriéndose en ocasiones a los trabajos de la Comisión con distintas interpretaciones y conclusiones. Dado que el asunto se encuentra todavía *sub judice* al momento de finalizar el presente informe, no se ha considerado oportuno proceder a un análisis detallado de la cuestión enunciada en el párrafo anterior antes de que la Corte dicte sentencia. Sin embargo, la Comisión ha de tener conocimiento de que este debate se ha producido en términos controvertidos, y la Relatora Especial se reserva el derecho de volver sobre esta cuestión en un momento ulterior de los trabajos sobre el presente tema.

94. Por último, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que en ocasiones la no invocación de la inmunidad ha sido entendida como una renuncia implícita, empleando para ello el argumento de que el Estado tiene derecho a la inmunidad y que si no la invoca es porque ha decidido renunciar a la misma. Aunque el argumento puede parecer sugerente y podría pensarse que es útil para contribuir en parte a resolver alguna cuestión presente en el debate sobre el alcance de la inmunidad¹⁷¹, no es menos cierto que esta conclusión se enfrenta con serias dificultades. En particular porque no toma en consideración la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* y obvia igualmente la problemática del significado y efecto jurídico del silencio o inacción del Estado.

95. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, es evidente que la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* ha de tener necesariamente consecuencias sobre la relación entre invocación y renuncia a la inmunidad. Así, en el caso de la inmunidad *ratione personae* la no invocación de la inmunidad no puede entenderse en ningún caso como una renuncia a la misma, ya que los tribunales del Estado del foro deben apreciarla de oficio. Por tanto, en este tipo de inmunidad, la renuncia no guarda relación alguna con la invocación y deberá ser expresa. Por el contrario, en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, admitiendo que los tribunales del Estado del foro solo deberán considerar y aplicar la inmunidad en caso de que el Estado del funcionario la invoque, cabría identificar un principio de relación entre renuncia e invocación. Sin embargo, tal relación no puede traducirse necesariamente en la calificación de la falta de invocación como una renuncia implícita¹⁷². Por el contrario, para que ello se produzca sería preciso, en primer lugar, que el Estado del funcionario tenga conocimiento de que las autoridades del Estado del foro pretenden ejercer la jurisdicción penal sobre uno de sus funcionarios. En segundo lugar, que el mismo considere que en ese caso concreto su funcionario goza de inmunidad. Solo en ese caso, la inactividad del Estado del funcionario podría ser interpretada como una renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de su

¹⁷⁰ Véase A/CN.4/701, párrs. 156 a 169.

¹⁷¹ En particular, apoyando la tesis de que la inmunidad es absoluta y que su único límite se encuentra en la renuncia del Estado del funcionario bien sea de forma explícita, bien por la vía implícita de no invocarla en un caso concreto.

¹⁷² En un sentido similar, véase el tercer informe del Relator Especial Roman Kolodkin, en el que se llama la atención sobre el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, en el que la Corte se refiere a la no invocación de la inmunidad de ciertos funcionarios de Djibouti, pero en ningún caso lo identifica como una renuncia a la misma (A/CN.4/646, párr. 54).

funcionario, ya que aquel conoce que dicha jurisdicción se pretende ejercer y que la inmunidad no se considerará ni aplicará si el Estado no la invoca. En otro caso, resulta difícil concluir que la no invocación equivalga a una renuncia a la inmunidad y, por tanto, quedaría expedita la vía para invocarla.

96. Teniendo en cuenta lo expuesto *supra*, cabe concluir que la renuncia a la inmunidad ha de ser expresa y cierta, con independencia de que la misma pueda producirse a través de diferentes formulaciones.

3. Efectos de la renuncia a la inmunidad

97. Como ya se ha señalado, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera tiene como efecto inmediato que el Estado consiente en que la jurisdicción penal extranjera se ejerza sobre uno de sus funcionarios y, por tanto, invalida cualquier debate sobre la existencia o aplicación de la inmunidad y sobre los límites y excepciones a la misma. Dado que ello implica la renuncia a un derecho del Estado, el alcance de dicho efecto deberá ser analizado caso por caso a la luz del instrumento de renuncia, a fin de identificar el funcionario y los actos jurisdiccionales a los que se refiere¹⁷³.

98. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la renuncia se ha de entender referida al proceso y actuaciones penales entendidas como un todo. Por tanto, a partir del momento en que se produzca la renuncia se proyectará tanto sobre los actos de investigación judicial como sobre las distintas fases del procedimiento penal, que comprende la jurisdicción de instancia, pero también la jurisdicción que se pueda ejercer como consecuencia de recursos contra la sentencia de instancia. Esta conclusión fue mantenida en su día por la Comisión¹⁷⁴ y no parece posible identificar elementos nuevos que justifiquen un cambio de posición. Este principio de continuidad de los efectos de la renuncia adquiere, además, un significado especial en el caso de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, en la que la distinción entre inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución no puede ser entendida en términos similares a como se entiende en el supuesto de la inmunidad del Estado. Así, parece razonable concluir que, una vez que se produce la renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, la misma se aplicará tanto al enjuiciamiento del funcionario en sentido estricto como a otros actos que impliquen algún tipo de ejecución sobre la persona del funcionario y sus bienes que se produzcan con ocasión y en el marco del ejercicio de la jurisdicción penal. Esta conclusión es evidente en el caso de las medidas derivadas de una sentencia condenatoria sobre el fondo, pero también será aplicable respecto de determinadas medidas que ya fueron analizadas en el sexto informe, en especial la detención del funcionario y las medidas cautelares que durante el proceso judicial puedan dictarse respecto del funcionario y sus bienes¹⁷⁵.

99. Dicho lo anterior, conviene señalar que una correcta delimitación de los efectos de la renuncia a la inmunidad aconseja analizar en este contexto el momento en que la renuncia debe producirse. A tal fin, ha de destacarse en primer lugar que los distintos tratados y otros instrumentos internacionales que se refieren a la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no especifican el momento en que la misma debe producirse, y lo mismo sucede en las leyes nacionales referidas a la inmunidad. Por

¹⁷³ Véase el memorando de la Secretaría (A/CN.4/596), párr. 269.

¹⁷⁴ En el comentario al proyecto de artículos sobre las relaciones diplomáticas se afirmó que “[h]uelga decir que el proceso, en cualquier instancia en que se encuentre, se considera como un todo y que la excepción de inmunidad no se ha de poder invocar en la apelación si se ha renunciado a ella, expresa o tácitamente, en la primera instancia” (*Anuario... 1958*, vol. II, pág. 107, párrafo 5) del comentario al artículo 30).

¹⁷⁵ A/CN.4/722, párrs. 60 a 79 y 90 a 96.

su parte, la jurisprudencia (nacional e internacional) tampoco se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión, y los comentarios proporcionados por los Estados tampoco añaden elementos de utilidad sobre este tema. Por consiguiente, ha de concluirse que la renuncia a la inmunidad puede producirse en cualquier momento, aunque solo desarrollará sus efectos plenos si tiene lugar en un momento temprano de las actuaciones penales. De lo contrario, las autoridades del Estado del foro habrán de considerar la cuestión de la inmunidad y pronunciarse sobre su aplicación. Ello no impide, sin embargo, que la renuncia pueda producirse ulteriormente, bien sea por propia iniciativa del Estado del funcionario o a petición del Estado del foro, bien como consecuencia de algún tipo de acuerdo alcanzado entre ambos Estados.

100. En cualquier caso, la renuncia a la inmunidad no producirá efectos más que a partir del momento en que la misma se produzca. Por tanto, hasta ese momento, las autoridades del Estado deberán tomar en consideración la cuestión de la inmunidad del funcionario extranjero en relación con cualquier forma de ejercicio de su jurisdicción penal. Por el contrario, una vez que la renuncia se ha producido, su efecto se proyecta hacia el futuro y la cuestión de la inmunidad dejará de actuar como una barrera en el ejercicio de la jurisdicción penal por parte de las autoridades del foro. En este contexto se ha suscitado en los trabajos previos de la Comisión si dicha renuncia puede ser revocada o no. Aunque no existe práctica al respecto, si se tienen en cuenta la naturaleza de la renuncia a la inmunidad, los efectos que la misma produce sobre el derecho del Estado del foro a ejercer su jurisdicción y la necesidad de garantizar el respeto del principio de seguridad jurídica, no cabe sino concluir el carácter irrevocable de la renuncia a la inmunidad. Dicha conclusión solo será aplicable para el supuesto concreto al que se refiere la renuncia a la inmunidad, por lo que en caso de que se pretenda ejercer la jurisdicción penal respecto de nuevos hechos distintos a aquellos a que se refiere la renuncia, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario del Estado deberá ser tomada nuevamente en consideración por las autoridades del Estado del foro.

101. Para finalizar con el tratamiento de la renuncia a la inmunidad, ha de reiterarse que solo la renuncia está llamada a producir efectos, no pudiéndose deducir ningún efecto jurídico autónomo (distinto de la obligación de considerar la aplicación de la inmunidad por parte del Estado del foro) a partir de la decisión del Estado del funcionario de no renunciar a la inmunidad a pesar de que el Estado del foro le haya instado a ello. En relación con dicha cuestión, conviene, no obstante, recordar la propuesta presentada por un miembro de la Comisión en 2017, con ocasión del debate sobre los límites y excepciones a la inmunidad. La propuesta fue formulada oralmente por el Sr. Nolte en los siguientes términos:

El Estado del funcionario renunciará a la inmunidad o someterá el asunto a sus propios tribunales a efectos de enjuiciamiento en relación con los siguientes presuntos crímenes:

- a) El crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra o la tortura;
- b) [otros posibles crímenes]¹⁷⁶.

102. Dicha propuesta constituía, de hecho, una alternativa al proyecto de artículo 7 propuesto por la Relatora Especial en el quinto informe. Desde dicha perspectiva podría atribuir a la decisión de no renunciar a la inmunidad una eficacia que, sin embargo, carece de significado una vez que la Comisión ha aprobado provisionalmente el proyecto de artículo 7. Por esta razón, la citada propuesta no ha sido considerada en el presente informe.

¹⁷⁶ A/CN.4/SR.3365.

103. Sobre la base del análisis previo se propone el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo 11
Renuncia a la inmunidad

1. El Estado podrá renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios.
2. La renuncia deberá ser expresa y clara, con mención del funcionario a cuya inmunidad se renuncia y, en su caso, los actos a que dicha renuncia se refiere.
3. La renuncia se realizará preferentemente a través de los procedimientos establecidos en acuerdos de cooperación y asistencia judicial mutua en que ambos Estados sean partes, o mediante otros procedimientos comúnmente aceptados por dichos Estados. La renuncia a la inmunidad se podrá comunicar por vía diplomática.
4. Se entenderá como renuncia expresa la que se pueda deducir de forma clara e inequívoca de un tratado internacional en el que el Estado del foro y el Estado del funcionario sean partes.
5. En caso de que la renuncia a la inmunidad no se realice directamente ante los tribunales del Estado del foro, las autoridades que hayan recibido la comunicación relativa a la renuncia usarán todos los medios a su disposición para dar traslado de la misma a los órganos competentes para determinar la aplicación de la inmunidad.
6. La renuncia a la inmunidad es irrevocable.

Capítulo III
**Garantías procesales que operan entre el Estado del foro
y el Estado del funcionario**

104. Tanto los miembros de la Comisión como los Estados han incorporado en los debates sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado la necesidad de incorporar garantías procesales en los trabajos sobre el tema, tanto de manera general como, en particular, en relación con la posible aplicación de los límites y excepciones enumerados en el proyecto de artículo 7. Sin embargo, el empleo del término “garantías procesales” no se ha producido siempre con un mismo significado, lo que dificulta la identificación de cuales sean los instrumentos que deban ser incluidos bajo esa denominación genérica y que, por tanto, deban reflejarse en el proyecto de artículos.

105. A juicio de la Relatora Especial, la identificación de las garantías procesales que han de ser incorporadas en el proyecto de artículos debe hacerse a la luz de la finalidad que se persigue al establecerlas. Desde una perspectiva general, dicha finalidad no es otra que asegurar el necesario equilibrio entre el respeto del principio de igualdad soberana respecto del Estado del funcionario (que se concreta en la reclamación de inmunidad de su funcionario) y el respeto del mismo principio respecto del Estado del foro (que se concreta en el derecho a ejercer su jurisdicción). A ello se ha de añadir la necesidad de evitar que el Estado del foro ejerza su jurisdicción de forma abusiva o con una finalidad o motivación política, y que el Estado del funcionario utilice fraudulentamente la institución de la inmunidad con la única finalidad de liberar a su funcionario, en cualquier circunstancia, de toda forma de responsabilidad penal.

106. Las garantías procesales se han de entender, por tanto, como elementos instrumentales de naturaleza procedimental que permitan lograr los objetivos antes enunciados que, a los efectos que ahora nos interesan, se concretan en un conjunto de finalidades u objetivos específicos que pueden ser resumidos de la siguiente manera:

a) Facilitar que el Estado del funcionario tenga cumplido conocimiento de la pretensión del Estado del foro de ejercer sobre aquel alguna forma de jurisdicción penal extranjera, a fin de que pueda fijar su posición al respecto;

b) Facilitar que el Estado del funcionario pueda obtener de las autoridades del Estado del funcionario la información necesaria para poder pronunciarse sobre la aplicabilidad de la inmunidad;

c) Facilitar el recurso a instrumentos procesales que permitan, en su caso, el ejercicio alternativo de la jurisdicción penal bien sea por parte del Estado del foro bien sea por parte del Estado del funcionario; y

d) Facilitar la celebración de consultas entre el Estado del foro y el Estado del funcionario respecto de cualquier cuestión o diferencia que pueda suscitarse durante el proceso de determinación y aplicación de la inmunidad.

107. El logro de dichos objetivos exige analizar cuatro tipos de actividades que pueden ser calificadas como “garantías procesales”, a saber:

a) La notificación al Estado del funcionario de la intención de las autoridades del foro de ejercer su jurisdicción penal;

b) La solicitud e intercambio de información;

c) La remisión del procedimiento penal al Estado del funcionario; y

d) La celebración de consultas entre el Estado del foro y el Estado del funcionario.

108. El tratamiento de dichas “garantías procesales” ha de realizarse, principalmente, en el marco de los sistemas internacionales de cooperación jurídica internacional y asistencia mutua. Ello permitirá definir estas garantías a partir de categorías e instituciones que resultan conocidas y familiares a los Estados, facilitando así la eventual aplicación de las mismas. Por esta razón, el presente capítulo se ha elaborado a partir de un estudio comparativo de los principales instrumentos internacionales sobre cooperación y asistencia mutua en materia penal existentes tanto a nivel universal como regional. Así, se han tomado en consideración los siguientes instrumentos:

- Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959¹⁷⁷, y sus dos protocolos adicionales¹⁷⁸;
- Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, de 15 de mayo de 1972¹⁷⁹;
- Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957¹⁸⁰, y sus cuatro protocolos adicionales¹⁸¹;
- Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, de 23 de mayo de 1992¹⁸²;
- Convención Interamericana sobre Extradición, de 25 de febrero de 1981¹⁸³;

¹⁷⁷ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 472, núm. 6841, pág. 185.

¹⁷⁸ Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núms. 99 y 182.

¹⁷⁹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1137, núm. 17825, pág. 29.

¹⁸⁰ *Ibid.*, vol. 359, núm. 5146, pág. 273.

¹⁸¹ Protocolo Adicional, *ibid.*, vol. 1161, núm. 5146, pág. 450; Segundo Protocolo Adicional, *ibid.*, vol. 1496, núm. 5146, pág. 328; Tercer Protocolo Adicional, *ibid.*, vol. 2838, núm. 5146, pág. 183; Cuarto Protocolo Adicional, *ibid.*, núm. 5146.

¹⁸² Organización de los Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 75.

¹⁸³ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1752, núm. 30597, pág. 177.

- Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000¹⁸⁴;
- Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales¹⁸⁵;
- Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, de 23 de noviembre de 2005¹⁸⁶;
- Convención de Extradición entre los Países Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, de 23 de noviembre de 2005¹⁸⁷;
- Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990¹⁸⁸;
- Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal, de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990¹⁸⁹;
- Tratado Modelo de Extradición, de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990¹⁹⁰.

109. Además, se han tomado en consideración diversos tratados internacionales dedicados a la prevención y sanción de crímenes internacionales que, aunque no se refieren exclusivamente a la cooperación y asistencia jurídica internacional, contienen disposiciones que son de interés para el tratamiento de las garantías procesales que se analizan en el presente capítulo. Entre ellas, cabe destacar la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹⁹¹, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*¹⁹², la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas¹⁹³. Con un enfoque similar se han tomado en consideración los trabajos de la Comisión sobre cuestiones específicas que pueden tener alguna relevancia para el presente tema, en particular, los trabajos sobre el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional y sobre los crímenes de lesa humanidad, a los que se hace referencia oportuna cuando alguna de sus previsiones o los comentarios de la Comisión se han considerado relevantes. Igualmente se ha tenido en cuenta el Estatuto de Roma que, si bien se refiere a la cooperación entre la Corte Penal Internacional y los tribunales de los Estados partes, contiene un desarrollado modelo de cooperación que puede ser útil a los efectos del presente informe.

¹⁸⁴ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C 197/1, 12 de julio de 2000.

¹⁸⁵ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 328/42, 15 de diciembre de 2009.

¹⁸⁶ Disponible en portugués en www.cplp.org.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Resolución 45/117 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, modificado por la resolución 53/112, de 9 de diciembre de 1998.

¹⁸⁹ Resolución 45/118 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990.

¹⁹⁰ Resolución 45/116 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, enmendada por la resolución 52/88 de la Asamblea General, de 4 de febrero de 1998.

¹⁹¹ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277.

¹⁹² Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973), *ibid.*, vol. 1015, núm. 14861, pág. 243.

¹⁹³ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006), *ibid.*, vol. 2716, núm. 48088, pág. 3.

110. Sobre dicha base se examinan a continuación las siguientes cuestiones: a) la notificación al Estado del funcionario de la pretensión de ejercer la jurisdicción penal; b) el intercambio de información entre el Estado del foro y el Estado del funcionario; c) la remisión del procedimiento penal al Estado del funcionario, y d) la celebración de consultas. El recurso a cualquiera de estos instrumentos parte de la base de que existen vías de comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario. Por ello no se ha considerado necesario analizar esta cuestión de manera autónoma, optando por un tratamiento específico de dicha cuestión, cuando ha sido necesario, en relación con cada uno de los temas antes señalados.

A. Notificación al Estado del funcionario de la pretensión de ejercer la jurisdicción penal

111. Es generalmente aceptado que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se reconoce a los funcionarios del Estado en beneficio de este. Por tanto, como ya se ha analizado *supra*, será el Estado y no el funcionario el que tenga que decidir sobre la invocación y la renuncia a la inmunidad, correspondiéndole también al Estado toda decisión sobre la forma y las vías en que haya de proceder a reclamar el respeto de la inmunidad de uno de sus funcionarios. Pero para que pueda ejercer dichas potestades es necesario que conozca que las autoridades de un tercer Estado pretenden ejercer sobre uno de sus funcionarios su propia jurisdicción penal. Por ello, es necesario examinar en el contexto de las garantías procesales la cuestión de la notificación al Estado del funcionario de la pretensión del Estado del foro de ejercer su jurisdicción penal sobre dicho funcionario.

112. Como punto de partida de dicho análisis, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que los instrumentos convencionales que contemplan alguna forma de inmunidad de jurisdicción penal extranjera no contienen ninguna norma que imponga al Estado del foro una obligación de notificar al Estado del funcionario su intención de ejercer la jurisdicción penal sobre el mismo. La única excepción a esta afirmación la encontramos en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, cuyo artículo 42 prevé que

[c]uando se arreste o detenga preventivamente a un miembro del personal consular, o se le instruya un procedimiento penal, el Estado receptor estará obligado a comunicarlo sin demora al jefe de la oficina consular. Si esas medidas se aplicasen a este último, el Estado receptor deberá poner el hecho en conocimiento del Estado que envía, por vía diplomática.

113. El hecho de que la obligación de notificación se incluya tan solo en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares se debe, sin duda, a la clara diferencia existente entre la misma y las otras tres convenciones relevantes, ya que tanto la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, como la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal y la Convención sobre las Misiones Especiales contemplan la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en términos de inmunidad *ratione personae*, por lo que no será posible ninguna forma de ejercicio de la jurisdicción penal extranjera sobre los funcionarios contemplados en las mismas. Por el contrario, el carácter predominantemente *ratione materiae* de la inmunidad que se reconoce a los funcionarios consulares y otros miembros de la oficina consular no impide de manera absoluta el ejercicio sobre los mismos de la jurisdicción penal extranjera, por lo que este deber de notificación puede operar como garantía para el Estado del funcionario.

114. Esta misma finalidad de garantizar que el Estado conozca el inicio de un procedimiento que puede afectar a la inmunidad (en este caso la del propio Estado) se refleja en el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, que identifica los medios a través de los cuales se ha de producir la “notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe un proceso contra un Estado” (párr. 1), asumiendo por tanto que la notificación de dichos actos ha de producirse. Aunque es evidente que esta disposición responde a un modelo distinto del propio de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, no es menos cierto que la notificación de la demanda se convierte en el requisito indispensable para que el Estado pueda invocar su inmunidad, por lo que el citado artículo puede ser tomado en consideración *mutatis mutandis* a los efectos del tema que ahora nos ocupa.

115. En apoyo de esta interpretación de la notificación como una garantía para el Estado del funcionario —entendido como Estado que tiene la competencia primaria para ejercer la jurisdicción sobre sus funcionarios— cabe citar lo previsto en el artículo 6 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁹⁴, el artículo 10 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas¹⁹⁵, y en el artículo 18 del Estatuto de Roma¹⁹⁶, fórmula que ha sido reproducida en el artículo 9 del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, aprobado por la Comisión en primera lectura en 2017¹⁹⁷. Aunque en las citadas disposiciones no se hace referencia a la inmunidad, la finalidad que se persigue con las mismas es similar a la que inspiraría la eventual obligación de notificar al Estado del funcionario que se analiza en esta sede, a saber, informar a los Estados que son potencialmente competentes para ejercer la jurisdicción sobre dichos delitos de que las autoridades del Estado que notifica (en nuestro caso, el Estado del foro) han llevado a cabo actos de investigación previos y que pretenden adoptar medidas de naturaleza jurisdiccional

¹⁹⁴ El artículo 6 dispone en su parte pertinente: “4. Cuando un Estado, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 5. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción”.

¹⁹⁵ El artículo 10 estipula en su parte pertinente: “2. El Estado Parte que haya adoptado las medidas contempladas en el párrafo 1 del presente artículo [detención del sospechoso] procederá inmediatamente a una investigación preliminar o averiguación de los hechos. Informará a los Estados Partes a los que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 9, sobre las medidas adoptadas en aplicación del párrafo 1 del presente artículo, especialmente sobre la detención y las circunstancias que la justifican, y sobre las conclusiones de su investigación preliminar o averiguación, indicándoles si tiene intención de ejercer su jurisdicción”.

¹⁹⁶ El artículo 18 dispone en su parte pertinente: “1. Cuando se haya remitido a la Corte una situación en virtud del artículo 13 a) y el Fiscal haya determinado que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación, o el Fiscal inicie una investigación en virtud de los artículos 13 c) y 15, éste lo notificará a todos los Estados Partes y a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate. El Fiscal podrá hacer la notificación a esos Estados con carácter confidencial y, cuando lo considere necesario a fin de proteger personas, impedir la destrucción de pruebas o impedir la fuga de personas, podrá limitar el alcance de la información proporcionada a los Estados”.

¹⁹⁷ El artículo 9 establece en su parte pertinente: “3. Cuando un Estado, de conformidad con el presente proyecto de artículo, haya detenido a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados mencionados en el proyecto de artículo 7, párrafo 1. El Estado que realice la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente proyecto de artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción” (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 45).

que podrían afectar al ejercicio de sus competencias por parte de los Estados que reciben la notificación (en nuestro caso, el Estado del funcionario).

116. Por consiguiente, ha de concluirse que la primera de las garantías procesales que debería incluirse en el proyecto de artículos es la obligación del Estado del foro de notificar al Estado del funcionario que ha realizado o pretende realizar actos propios de la jurisdicción penal respecto del funcionario extranjero. El contenido de dicha notificación podrá variar de un caso a otro, pero es evidente que ha de contener los elementos suficientes para permitir que el Estado del funcionario tenga conocimiento de la identidad del funcionario, los actos realizados por el mismo sobre los que se pretende ejercer jurisdicción y las medidas que pretenden adoptar las autoridades competentes del Estado del foro. Solo de esta manera el Estado del funcionario podrá tener un conocimiento cabal de la situación y decidir, en consecuencia, sobre la invocación o renuncia a la inmunidad. Dicha notificación puede incluir también la solicitud de renuncia de la inmunidad del funcionario¹⁹⁸.

117. La vía a través de la que haya de producirse la notificación y la autoridad competente para ello deberá ser aceptable para ambos Estados. A ese respecto, ha de tenerse en cuenta que los tratados que regulan algún tipo de inmunidad de los funcionarios del Estado no se ocupan de esta cuestión, ni siquiera en el caso del artículo 42 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares antes mencionado. Por el contrario, la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes sí regula las vías de notificación que pueden ser utilizadas por los Estados, al establecer en su artículo 22 que:

1. La notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe un proceso contra un Estado se practicará:

- a) De conformidad con cualquier convenio internacional aplicable que obligue al Estado del foro y al Estado interesado; o
- b) De conformidad con cualquier arreglo especial de notificación entre el demandante y el Estado interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro; o
- c) A falta de tal convenio o arreglo especial:
 - i) Transmitiéndola por vía diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado interesado; o
 - ii) Por cualquier otro medio aceptado por el Estado interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro.

2. La notificación por el medio a que se refiere el inciso i) del apartado c) del párrafo 1 se entenderá hecha cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores haya recibido los documentos.

118. Teniendo en cuenta la naturaleza de la disposición, nada impediría que la misma sea aplicada *mutatis mutandis* en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario del Estado, pudiéndose concluir que en este caso la notificación podría realizarse a través de alguna de las siguientes vías:

- a) Los mecanismos de comunicación expresamente previstos en los acuerdos de cooperación jurídica internacional y asistencia mutua vigentes entre ambos Estados;
- b) De conformidad con lo previsto en cualquier acuerdo especial que se pudiera celebrar entre ellos si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro;

¹⁹⁸ Véase el capítulo II, sección C, *supra*.

- c) Por cualquier otra vía que sea admisible de acuerdo con la legislación del Estado del foro; y
- d) Por defecto, por vía diplomática.

119. Parece obvio que los acuerdos y convenios de cooperación jurídica internacional y asistencia mutua están llamados a ocupar un lugar central a la hora de identificar el medio que podría utilizarse en cada caso. Todos los instrumentos de cooperación y asistencia judicial internacional contienen disposiciones al efecto¹⁹⁹. En ese contexto, se ha de mencionar la tendencia emergente a incorporar progresivamente en dichos convenios fórmulas de cooperación directa entre las autoridades competentes del Estado requirente y las autoridades del Estado requerido, que llegan incluso al establecimiento de sistemas de comunicación directa entre jueces²⁰⁰. No obstante, a pesar de ello no es menos cierto que en la práctica se siguen encontrando convenios en los que la comunicación se sigue realizando por vía administrativa (normalmente entre los respectivos Ministerios de Justicia) e, incluso, por conducto diplomático.

120. En especial, se ha de destacar que la comunicación por vía diplomática sigue siendo la preferida por un buen número de Estados en materia de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua; y que —como han destacado algunos Estados— es la empleada con frecuencia en los casos en que se suscita la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado²⁰¹. Además, el recurso a la vía diplomática ocupa un lugar privilegiado en relación con nuestro tema, ya que la cuestión de la aplicación o no de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un determinado funcionario constituye un supuesto innegable de “asunto oficial” y, por tanto, en caso de no existir otra vía de comunicación aceptada por el Estado del foro y el Estado del funcionario, parece obvio concluir que resultaría de aplicación lo previsto en el artículo 41, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, conforme al cual

[t]odos los asuntos oficiales de que la misión esté encargada por el Estado acreditante han de ser tratados con el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor por conducto de él o con el Ministerio que se haya convenido.

121. En todo caso, la notificación al Estado del funcionario exige de manera inequívoca que las autoridades que hayan de proceder a esta notificación tengan conocimiento de la actividad de los órganos competentes para llevar a cabo actos jurisdiccionales, lo que no necesariamente ha de ocurrir en la práctica. Es evidente que este problema no se plantea si la notificación fuera realizada directamente por las autoridades judiciales o, incluso, a través de los órganos encargados de la investigación. Sin embargo, este supuesto no es el más común en la práctica y en el resto de casos (por ejemplo, comunicación administrativa a través de los Ministerios de Justicia o comunicación por vía diplomática) no puede darse por descontado que

¹⁹⁹ Por ejemplo, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, art. 15; Convenio Interamericano sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, art. 13; Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea, art. 6; Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 8; y Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 3.

²⁰⁰ Véase el capítulo II, sección B, *supra*.

²⁰¹ Así lo han confirmado de forma expresa en sus comentarios escritos Suiza y los Países Bajos. En el caso de España, el artículo 53 de la Ley Orgánica 16/2015 establece lo siguiente: “Comunicaciones de los Estados extranjeros y de las organizaciones internacionales. Las comunicaciones de los Estados extranjeros por las que se haga constar expresamente su consentimiento al ejercicio de la jurisdicción por órganos jurisdiccionales españoles o la renuncia a la inmunidad en todos los casos previstos en la presente Ley Orgánica, así como las de las organizaciones internacionales que tengan la misma finalidad, se cursarán por vía diplomática, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación”.

los órganos judiciales responsables de decidir sobre la inmunidad del funcionario extranjero tengan la obligación de informar de dicha circunstancia a los órganos del Ejecutivo o que estos puedan dirigirse a los tribunales para obtener información al respecto. Se plantea de esta manera una problemática cuya importancia no es menor, a saber, la existencia o no en el ordenamiento jurídico del Estado del foro de vías que permitan la comunicación e información entre los órganos del Ejecutivo y los órganos que han de ejercer la jurisdicción, en especial tribunales y fiscales. Se trata, además, de una problemática que se puede producir en relación con el resto de las garantías procesales, por lo que parece necesario analizarla con cierto detenimiento.

122. Las respuestas de los Estados a las preguntas de la Comisión sobre esta cuestión ponen de manifiesto la variedad de fórmulas existentes en los ordenamientos estatales. En algunos de ellos los órganos del ejecutivo no pueden dirigirse en ningún caso a los tribunales para transmitirles sus opiniones sobre la inmunidad, ni para solicitarles información al respecto o para remitirles la que hayan recibido de un tercer Estado, salvo que la ley expresamente lo autorice. En otros, se han arbitrado mecanismos que permiten a los órganos judiciales dirigirse a las administraciones públicas para solicitar su opinión respecto de la inmunidad, o bien permiten a los órganos del ejecutivo remitir opiniones jurídicas a los tribunales. Y, por fin, en un tercer grupo se integran aquellos Estados cuyas legislaciones imponen a los órganos judiciales la obligación de comunicar a la administración el inicio o pretensión de iniciar un proceso penal que pueda afectar a un Estado tercero o a uno de sus funcionarios y que definen las vías de comunicación que han de utilizarse al efecto.

123. Entre los primeros se ha de destacar en particular el caso de Alemania, que en su escrito de 6 de abril de 2017 comunicó expresamente que “el derecho alemán contiene límites para la transmisión de información a los tribunales nacionales por el Ministerio de Asuntos Exteriores”, añadiendo que conforme a lo declarado por el Tribunal Constitucional Federal “toda ‘influencia evitable’ está prohibida”, concluyendo que “por tanto, cualquier tipo de opinión jurídica sobre asuntos jurídicos emitida por el Gobierno es ilegítima, salvo que esté expresamente permitida por ley”²⁰². Por su parte, los Países Bajos han informado de la inexistencia en su sistema jurídico interno de mecanismos que permitan a los órganos del ejecutivo transmitir documentos o información a los tribunales en relación con casos de inmunidad.

124. En el segundo bloque cabe incluir, en primer lugar, la legislación de los Estados Unidos relativa a la “sugerencia de inmunidad” que ya fue examinada en el sexto informe²⁰³, que permite a los órganos del Ejecutivo trasladar *motu proprio* a los tribunales su calificación sobre la inmunidad. Una práctica similar se sigue en el Reino Unido, cuyos tribunales pueden solicitar al Ministerio de Asuntos Exteriores información sobre el estatuto de la persona que podría estar afectada por la inmunidad²⁰⁴ y, a su vez, ese Ministerio podría ser parte en el procedimiento seguido ante un tribunal o incluso podría designar a una persona para que interviniese como *amicus curiae* ante el tribunal si en el mismo se suscitasen cuestiones relativas a la

²⁰² El texto completo de la información proporcionada por Alemania puede consultarse en el sitio web de la Comisión.

²⁰³ Véase A/CN.4/722, párrs. 100 y 101.

²⁰⁴ Conforme a la información proporcionada por el Reino Unido, la respuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores, bajo la forma de certificado de estatus, se refiere únicamente a cuestiones de hecho, correspondiendo a los tribunales la decisión sobre cualquier cuestión jurídica relativa a la determinación de la inmunidad. Véase el escrito de 1 de enero de 2019, remitido por el Reino Unido en respuesta a las preguntas de la Comisión, en especial el apartado titulado “Certificados del Ejecutivo relevantes para establecer el estatus del acusado”. El texto completo de la información proporcionada por el Reino Unido puede consultarse en el sitio web de la Comisión.

inmunidad de jurisdicción penal de un funcionario extranjero²⁰⁵. Por su parte, de acuerdo con la información proporcionada por Suiza, la Dirección de Derecho Internacional Público del Departamento Federal de Asuntos Exteriores, tiene entre sus funciones “velar por que las autoridades suizas interpreten y apliquen correctamente las reglas de derecho internacional público”²⁰⁶ y en esta condición “puede ser invitada a pronunciarse sobre cuestiones legales relativas a la inmunidad de los funcionarios del Estado, especialmente en el marco de los procedimientos judiciales”, lo que hace “habitualmente bajo la forma de dictámenes”²⁰⁷. En el mismo sentido han informado Chequia²⁰⁸ y México²⁰⁹, cuyos tribunales —en aplicación de normas penales y procesales de alcance general— pueden dirigirse a los órganos de la administración y solicitar cualquier tipo de información que sea de su interés y estos están obligados a remitirla. En el caso de España, los tribunales están obligados a solicitar del Ministerio de Asuntos Exteriores informes sobre las cuestiones de inmunidad de las que se ocupen (si bien dichos informes no son vinculantes) y están obligados igualmente a recibir las comunicaciones procedentes del Estado extranjero que les sean remitidas por el Ministerio de Asuntos Exteriores²¹⁰. Por último, en el caso de Austria, “si un tribunal tiene dudas sobre si una persona goza de inmunidad frente a la jurisdicción penal nacional, ha de obtener la opinión del Ministerio de Justicia, que aclarará el estatuto de dicha persona en consulta con el Ministerio de Asuntos Exteriores”²¹¹.

125. En el tercer grupo de Estados cabe mencionar en especial a España y Austria. Así, de conformidad con la información proporcionada por Austria, “si una persona que goza de inmunidad es sospechosa de haber cometido un acto penal, la oficina del Fiscal, después de haber completado las investigaciones preliminares, ha de informar sobre los hechos del caso y sobre las medidas que pretende adoptar el Ministerio de Justicia”²¹². En el caso de España, la Ley Orgánica 16/2015 regula en su artículo 54 un procedimiento de comunicación entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y de

²⁰⁵ *Ibid.* Véanse, en particular los apartados titulados “El Ejecutivo como parte en los procedimientos relevantes para la determinación de la inmunidad” y “Participación en el procedimiento como *amicus* y como parte”.

²⁰⁶ Orden sobre la organización del Departamento de Asuntos Exteriores, artículo 8.1.a) (RS 172 211). El texto se reproduce en el escrito de 31 de enero de 2017 remitido por Suiza en respuesta a las preguntas de la Comisión.

²⁰⁷ En todo caso, dichos dictámenes no tienen efectos jurídicos en el proceso, no vinculan a los tribunales y tampoco le confieren a la Dirección de Derecho Internacional Público la condición de parte en el proceso. La información general proporcionada por Suiza en relación con los aspectos procesales de la inmunidad puede consultarse en el sitio web de la Comisión.

²⁰⁸ Las disposiciones del Código de Procedimiento Penal de Chequia son analizadas de forma detallada en la respuesta de dicho Estado a las preguntas formuladas en 2016, que puede ser consultada en el sitio web de la Comisión.

²⁰⁹ La solicitud de información puede provenir tanto de los órganos que llevan a cabo la investigación de los hechos como de los tribunales competentes. La información general proporcionada por México en relación con los aspectos procesales de la inmunidad puede consultarse en el sitio web de la Comisión.

²¹⁰ Ambas obligaciones se han establecido mediante la Ley Orgánica 16/2015 y aunque están referidas a la jurisdicción civil, por analogía resultarán igualmente aplicables a los casos en que sean los tribunales penales los que se hayan de pronunciar sobre las cuestiones de inmunidad. Véanse, en particular, los artículos 52 y 54. En especial, resulta relevante lo previsto en los párrafos 2 y 3 de este último artículo. La información general proporcionada por España en relación con los aspectos procesales de la inmunidad puede consultarse en el sitio web de la Comisión.

²¹¹ Reglamento sobre Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal, secc. 57. La información general proporcionada por Austria en relación con los aspectos procesales de la inmunidad puede consultarse en el sitio web de la Comisión.

²¹² Véase *ibid.*, secc. 56, al que se refiere el escrito de respuesta de Austria.

Cooperación y los órganos jurisdiccionales españoles, que está redactado en los siguientes términos:

1. El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación remitirá el emplazamiento o la notificación del órgano jurisdiccional a la misión diplomática o a la representación permanente española correspondiente, a los efectos de su traslado al Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado extranjero o al órgano competente de la organización internacional.
2. El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación dará traslado al órgano jurisdiccional competente del informe no vinculante previsto en el artículo 27 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y de cualquier comunicación que, en materia de inmunidad, le remita por vía diplomática un Estado extranjero o una organización internacional en relación con un proceso incoado en España.
3. El órgano jurisdiccional competente, a la mayor brevedad posible, dará traslado al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de las peticiones del informe previsto en el artículo 27 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y de las comunicaciones que dirija al Estado extranjero.

126. De todo lo anterior cabe deducir la existencia de una dificultad práctica a la que se puede enfrentar el Estado del foro en el momento de proceder a la notificación que se viene analizando en esta sección. Por ello, parece necesario que la Comisión considere en sus trabajos sobre las garantías procesales, incluyendo en los respectivos proyectos de artículo, propuestas que permitan superarlas.

127. En todo caso, a la luz del análisis que se contiene en los párrafos anteriores, ha de concluirse a modo de resumen que proceder a la notificación al Estado del funcionario de la intención de los órganos competentes del Estado del foro de ejercer su jurisdicción penal sobre dicho individuo es un requisito básico para garantizar la correcta determinación y aplicación de la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado. Por ello, la Comisión podría considerar la inclusión de un proyecto de artículo dedicado a esta cuestión, y a tal fin se formula la siguiente propuesta:

Proyecto de artículo 12
Notificación al Estado del funcionario

1. Cuando las autoridades competentes del Estado del foro tengan elementos suficientes para concluir que un funcionario extranjero podría ser sometido a su jurisdicción penal, el Estado del foro notificará dicha circunstancia al Estado del funcionario. A tal fin, los Estados considerarán el establecimiento en su derecho interno de los procedimientos adecuados para facilitar dicha notificación.
2. La notificación incluirá la identidad del funcionario, los actos del funcionario que podrían ser sometidos al ejercicio de la jurisdicción penal y la autoridad que, de acuerdo con el derecho del Estado del foro, es competente para el ejercicio de dicha jurisdicción.
3. La notificación se realizará por cualquiera de las vías de comunicación aceptadas por ambos Estados o por las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua en que ambos sean partes. En caso de que no existan o no sean aceptadas dichas fórmulas, la notificación se realizará por vía diplomática.

B. Intercambio de información

128. A los efectos de determinar la aplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en especial en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, los tribunales y otros órganos competentes del Estado del foro han de evaluar una serie de elementos que ya fueron analizados en el sexto informe²¹³. Para ello necesitarán contar con información que no siempre obra en poder del Estado del foro ni puede ser obtenida directamente por sus órganos, en especial por lo que se refiere a la condición de funcionario del individuo sobre el que se pretende ejercer la jurisdicción, así como a la naturaleza de los actos realizados por el mismo que son objeto de investigación o enjuiciamiento por parte de los tribunales del Estado del foro. Dicha información podrá ser proporcionada *motu proprio* por el Estado del funcionario tras recibir la notificación a que se refiere la sección anterior. Sin embargo, es posible que el Estado del funcionario no proporcione dicha información o que la información proporcionada sea insuficiente para que los tribunales del Estado del foro puedan adoptar una decisión fundada sobre la aplicabilidad o no de la inmunidad. Además, es igualmente posible que el Estado del funcionario desee proporcionar información que considere relevante para garantizar el respeto de la inmunidad aunque la misma no haya sido requerida por el Estado del foro, o que considere necesario obtener información complementaria a fin de tomar una decisión sobre la invocación o la renuncia a la inmunidad. En ambos supuestos, la posibilidad de que se pueda producir un intercambio de información entre el Estado del foro y el Estado del funcionario constituye igualmente una garantía procesal que debe ser examinada en el presente informe.

129. A tal fin es útil partir del análisis de los instrumentos internacionales relativos a la cooperación y asistencia jurídica mutua, ya que en todos ellos se regula de forma detallada el procedimiento relativo a la solicitud e intercambio de información entre dos Estados que pretenden ejercer su jurisdicción penal y que afecten a “investigaciones, juicios y actuaciones en materia penal”²¹⁴. Aunque cada uno de estos instrumentos presentan especialidades que les diferencian de los restantes, en todos ellos se contienen elementos comunes que son de utilidad para nuestro tema. Dichos elementos pueden ser resumidos de la siguiente forma:

- a) La solicitud de asistencia mutua podrá referirse a la obtención de información que obre en poder del Estado requerido y que pueda ser relevante para el Estado requirente²¹⁵;
- b) La solicitud deberá contener una serie de elementos variables, entre los que se mencionan con carácter general la autoridad que formula la solicitud, el objeto

²¹³ Véase [A/CN.4/722](#), párr. 108.

²¹⁴ Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, art. 2. En el mismo sentido, véase el Tratado modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 1 (“Las Partes se prestarán [...] la máxima asistencia posible en las investigaciones o las actuaciones judiciales”). El sistema establecido por dichos instrumentos se basa en el compromiso general de que Los Estados se comprometen a “prestarse mutuamente [...] la asistencia judicial más amplia posible en los procedimientos relativos a infracciones cuya represión [...] sea de la competencia de las autoridades judiciales de la parte requirente” (Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, art. 1. En el mismo sentido, véase la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, art. 1: “Los Estados Partes se comprometen a brindarse asistencia mutua en materia penal”).

²¹⁵ Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, art. 3; Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, art. 7; Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 1, párrs. 1 y 2; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 1, párr. 2.

y motivo de la solicitud, una breve descripción de los hechos que motivan la solicitud y, si es posible, la identidad y nacionalidad de la persona a la que se refiere²¹⁶;

c) La solicitud y el intercambio de información podrá realizarse a través de alguna de las siguientes vías: comunicación directa entre las autoridades judiciales de los Estados interesados²¹⁷, comunicación entre las autoridades centrales designadas por dichos Estados²¹⁸, comunicación directa entre los respectivos Ministros de Justicia²¹⁹, cualquier otra vía de comunicación que sea expresamente fijada por las partes o establecida por el Estado requerido²²⁰;

d) El cumplimiento de la solicitud se producirá, en todo caso, “en la forma que su legislación establezca”²²¹;

e) El Estado requerido podrá denegar la solicitud de información en determinadas circunstancias, entre las que se mencionan en todos los instrumentos que la solicitud se refiera a delitos políticos o conexos y que la parte requerida estime que la ejecución de la solicitud podría causar perjuicios a la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales de su país²²²; o cuando considere que la investigación se ha iniciado con el objeto de procesar, castigar o discriminar en cualquier forma contra personas o grupos de personas por razones de sexo, raza, condición social, nacionalidad, religión o ideología. La denegación de asistencia será

²¹⁶ Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, art. 14; Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, art. 26; Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 9; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 5, párr. 1.

²¹⁷ Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, art. 15 (véase también el artículo 15 modificado por el artículo 4 del Protocolo Segundo al Convenio Europeo); Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea, art. 6, párr. 1; Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 7.

²¹⁸ Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, art. 3; Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea, art. 6; Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 7; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 3 (en la nota al artículo 2 se sugiere la posibilidad de contactos directos entre autoridades competentes como medio complementario).

²¹⁹ Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, art. 15.

²²⁰ *Ibid.*; Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea, art. 6; Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 7.

²²¹ Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, art. 3, párr. 1; Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, art. 10; Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 4; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 6. Por su parte, el Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea prevé que el Estado requerido “observará los trámites y procedimientos indicados expresamente por el Estado requirente, [...] siempre que dichos trámites y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del derecho del Estado miembro requerido” (art. 4, párr. 1).

²²² Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, art. 2; Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, art. 9; Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 3, párr. 1; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 4.

siempre motivada²²³. En todo caso, antes de proceder a la denegación de la solicitud de información podrá considerar someter su entrega a condiciones²²⁴;

f) El Estado requirente podrá establecer condiciones de confidencialidad respecto de la solicitud misma y el Estado requerido podrá establecer igualmente condiciones de confidencialidad respecto de la información y pruebas que entregue²²⁵. En ambos casos, los Estados requirente y requerido deberán consultarse mutuamente en caso de que no resulte posible para alguno de ellos cumplir con la condición de confidencialidad²²⁶.

130. Aunque las reglas que se acaban de señalar se aplican con carácter general a una solicitud de información por parte del Estado que ya está ejerciendo la jurisdicción y no tienen en cuenta la cuestión de la inmunidad, nada impide que las mismas se puedan tomar como referencia para definir *mutatis mutandis* un procedimiento susceptible de ser aplicado respecto del intercambio de información necesaria para la determinación de la inmunidad por parte del Estado del foro o para que el Estado del funcionario decida sobre la invocación o renuncia a la inmunidad. La aplicación de los elementos descritos puede plantear, sin embargo, dos dificultades que merecen ser mencionadas, a saber, los motivos de denegación de la solicitud de información y las vías de comunicaciones empleadas para la solicitud y transmisión de la misma.

131. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, ha de destacarse que la potestad de denegar la solicitud de información constituye un elemento presente en todos los instrumentos de cooperación y asistencia mutua, sin que pueda encontrarse razón jurídica alguna para excluirla en relación con el intercambio de información relativo a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que los instrumentos analizados prevén que la negativa a prestar asistencia solo se podrá producir cuando concurren ciertos motivos expresamente enumerados. A los efectos del presente tema resultan de especial interés la calificación como delito político o conexo de los hechos afectados por la inmunidad y la posibilidad de que la transmisión de la información solicitada pueda perjudicar la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales del Estado del funcionario. El primero de los motivos está llamado a tener un reducido margen de aplicación, en particular teniendo en cuenta la tendencia del derecho internacional contemporáneo²²⁷, incluidos los instrumentos de cooperación y asistencia judicial, a excluir de la calificación de delito político o conexo los crímenes de derecho internacional y otros delitos de trascendencia o proyección

²²³ Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, art. 19; Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 3, párr. 3; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 4, párr. 5.

²²⁴ Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea, art. 4, párr. 3; Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 32; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 4, párr. 4.

²²⁵ Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, art. 25; Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 5; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 9.

²²⁶ Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, art. 25; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 9.

²²⁷ Véanse los siguientes instrumentos: Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. VII; Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. XI; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 8; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 13, párr. 1. Una disposición similar se ha incluido en el proyecto de artículo 13, párr. 2, del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad aprobado en primera lectura por la Comisión.

internacional²²⁸. Por el contrario, el segundo de los motivos puede tener un efecto más amplio, especialmente si se tiene en cuenta que, en relación con el presente tema, la información solicitada puede ser considerada por el Estado del funcionario como “información sensible” que afectaría a algunos de los elementos antes mencionados. En todo caso, nada impediría tampoco en este caso que el Estado del funcionario proporcionase dicha información sometida a condición de confidencialidad.

132. Dicho lo anterior, resulta obvio que la omisión de respuesta o el rechazo de la solicitud de asistencia pueden influir en la capacidad de los tribunales del Estado del foro para pronunciarse sobre la inmunidad de jurisdicción del funcionario. Sin embargo, la propia naturaleza de la institución de la inmunidad no permite concluir que la mera falta de asistencia pueda tener como consecuencia una declaración de no aplicabilidad de la inmunidad. Por el contrario, dicha declaración dependerá únicamente de que concurren los elementos normativos previstos en los proyectos de artículo 3, 4, 5 y 6 del proyecto de artículos en su forma actual, así como de que —en el caso de la inmunidad *ratione materiae*— la pretensión de ejercer la jurisdicción penal por el Estado del foro se refiera a uno de los crímenes de derecho internacional enumerados en el proyecto de artículo 7. En todo caso, este supuesto de silencio o denegación de la asistencia mutua sería uno de los motivos que aconsejarían el celebrar consultas entre el Estado del foro y el Estado del funcionario.

²²⁸ La exclusión de los crímenes internacionales de la definición de delito político se contiene habitualmente en los convenios sobre extradición. Así, el primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición establece en su artículo 1 que “no se considerará que son delitos políticos:

a) Los crímenes de lesa humanidad previstos en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio aprobado el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas;

b) Las infracciones previstas en los artículos 50 del Convenio de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, 51 del Convenio de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, 130 del Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato de los prisioneros de guerra y 147 del Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra;

c) Cualesquiera violaciones análogas de las leyes de la guerra, en vigor cuando empiece a aplicarse el presente Protocolo y de las costumbres de la guerra existentes en ese momento, que no estén ya previstas por las susodichas disposiciones de los Convenios de Ginebra”.

La Convención de Extradición entre los Estados miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa ofrece un listado más amplio en su artículo 3, párr. 2, que no considera como delitos políticos los siguientes: “a) Los crímenes contra la vida de los titulares de órganos de soberanía o de altos cargos políticos o de las personas a las que se deba una especial protección según el derecho internacional; b) Los actos de piratería aérea o marítima; c) Los actos a los que se haya retirado la naturaleza de infracción política por las convenciones internacionales en las que sea parte el Estado requerido; d) El genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra e infracciones graves según las Convenciones de Ginebra de 1949; e) Los actos a que se refiere la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984”. Además, en el párrafo 1 b) del mismo artículo establece que “la mera alegación de un fin o motivo político no implicará que el crimen sea calificado necesariamente como tal”.

Por su parte, el Tratado Modelo de Extradición da una definición más genérica de la excepción de delito político, afirmando en su artículo 3 a) que “[e]l concepto de delito de carácter político no se extenderá a los delitos que entrañen para las Partes, en virtud de un convenio multilateral, la obligación de emprender acciones procesales cuando no concedan la extradición, ni tampoco otros delitos que las Partes hayan convenido en no considerar delitos de carácter político a efectos de la extradición”.

133. Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones antes señaladas, ha de recordarse nuevamente que la información proporcionada por el Estado del funcionario tiene como objetivo facilitar a las autoridades competentes del Estado del foro pronunciarse sobre la inmunidad. Por ello, será necesario que dicha información sea puesta a disposición de los órganos judiciales competentes (o en su caso del Ministerio Fiscal), bien sea porque se remita directamente a dichas autoridades, bien porque en caso de ser remitida al Estado del foro por otra vía, el órgano receptor tenga competencia para remitirla a los tribunales. Ello nos sitúa de nuevo ante la problemática analizada *supra* en relación con la notificación. Es cierto, sin embargo, que en el caso del intercambio de información los sistemas de cooperación y asistencia judicial en materia penal facilitan la resolución del problema mediante la identificación de los órganos competentes para formular la solicitud de información que deberán remitirla, en su caso, a los órganos competentes. Es de destacar en especial lo previsto en el artículo 18 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal que establece lo siguiente:

Si la autoridad que reciba una solicitud de asistencia no tiene competencia para darle curso, remitirá de oficio dicha solicitud a la autoridad competente de su país y, en el caso de que la solicitud se hubiera cursado por vía directa, informará de ello por la misma vía a la Parte requirente.

En todo caso, la dificultad apuntada deberá ser tenida en cuenta en la redacción del proyecto de artículo que se presenta *infra*.

134. Para finalizar el tratamiento de este tema, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que, en el contexto del presente informe, la participación del Estado del funcionario en este proceso de intercambio de información no puede interpretarse en ningún caso como un supuesto de reconocimiento de la competencia de los tribunales del Estado del foro ni de renuncia implícita a la inmunidad de jurisdicción penal de su funcionario.

135. Sobre la base de lo que antecede, se propone el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo 13 Intercambio de información

1. El Estado del foro podrá solicitar del Estado del funcionario la información que considere relevante a los efectos de pronunciarse sobre la aplicación de la inmunidad.
2. Dicha información podrá solicitarse por los procedimientos previstos en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua en que ambos Estados sean partes o a través de cualquier otro procedimiento que acepten de común acuerdo. En caso de que no exista ningún procedimiento aplicable, la información se podrá solicitar por vía diplomática.
3. En caso de que la información no sea remitida directamente a los órganos judiciales competentes para decidir sobre la inmunidad, las autoridades del Estado del foro que la hayan recibido, de acuerdo con lo previsto en su derecho interno, darán traslado de la misma a los tribunales competentes. A tal fin, los Estados considerarán el establecimiento en su derecho interno de los procedimientos adecuados para facilitar dicha comunicación.
4. El Estado del funcionario podrá denegar la solicitud de información si considera que la misma afecta a su soberanía, al orden público, a la seguridad o a intereses públicos fundamentales. Antes de proceder a la denegación de la solicitud de información, el Estado del funcionario considerará la posibilidad de someter la entrega de la información a condiciones.

5. La información recibida estará sometida, en su caso, a las condiciones de confidencialidad fijadas por el Estado del funcionario, que deberán cumplirse de conformidad con lo previsto en los tratados de asistencia mutua que sirvan de base para la solicitud y entrega de la información o que, en su defecto, sean fijadas por el Estado del funcionario al realizar la entrega de la información.

6. La negativa del Estado del funcionario a entregar la información solicitada no podrá ser considerada como causa suficiente para declarar que la inmunidad de jurisdicción no se aplica.

C. Remisión del procedimiento penal

136. Siguiendo el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera impide que los tribunales del Estado del foro ejerzan su competencia sobre un funcionario extranjero que se beneficie de dicha inmunidad, pero no impide que dicho funcionario pueda ser sometido a los tribunales de su propio Estado a los efectos de deducir la responsabilidad penal en que hubiera podido incurrir²²⁹. Desde esta perspectiva, la remisión del procedimiento al Estado del funcionario se configura como un instrumento procesal que permite garantizar el equilibrio entre el respeto de la igualdad soberana del Estado del funcionario, el respeto del derecho del Estado del foro a ejercer su jurisdicción penal y el aseguramiento de que el funcionario rendirá cuentas por los presuntos delitos que le puedan ser imputados, circunstancia esta última que resulta de especial importancia en el caso de los crímenes internacionales.

137. La institución de la remisión del procedimiento penal opera en aquellos casos en que las jurisdicciones penales de dos Estados son competentes, en términos abstractos, para enjuiciar los mismos hechos presuntamente cometidos por la misma persona. A través de la misma, el Estado que está considerando el inicio o ha iniciado el ejercicio de la jurisdicción puede solicitar de otro Estado competente que asuma dicha responsabilidad, lo que se producirá a la luz de las circunstancias especiales que concurran en el caso y en beneficio de la buena administración de justicia. Aunque tanto la decisión de solicitar u ofrecer la remisión del procedimiento como la decisión de aceptarla responde a la libre voluntad de cada uno de los Estados, la institución actúa como mecanismo de reparto de competencias jurisdiccionales concurrentes, cuya finalidad es facilitar que ejerza la jurisdicción aquel Estado que se encuentra en una mejor posición para hacerlo.

138. Por tanto, la remisión del procedimiento no es sino un instrumento que funciona en el marco de la cooperación judicial internacional y asistencia mutua, y por tanto ha sido incluida de forma indirecta en algunos instrumentos sobre la materia²³⁰. Sin embargo, la peculiaridad de la institución se ha reflejado en la adopción de normas *ad hoc*. Así, se ha de destacar que en el seno del Consejo de Europa se ha adoptado el Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, de 1972²³¹, y que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1990 el Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal. En el seno de la Unión Europea se presentó en 2009 una iniciativa con vistas a una decisión marco del Consejo sobre la transmisión de procedimientos penales en materia penal que no llegó

²²⁹ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 123 *supra*), párr. 61.

²³⁰ Así ha sido interpretado, por ejemplo, por el artículo 21 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, dedicado a la transmisión de denuncias a fines procesales.

²³¹ El Convenio fue adoptado el 15 de mayo 1972 y entró en vigor el 30 de marzo de 1978. Está abierto tanto a los Estados miembros del Consejo de Europa como a Estados no miembros. Hasta la fecha ha sido ratificado por 25 Estados, todos ellos miembros del Consejo de Europa.

a ser aprobada²³². Dicha iniciativa pretendía completar la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales, estableciendo en el marco de la Unión Europea un sistema común de remisión de procesos sobre la base del Convenio del Consejo de Europa.

139. Los dos primeros instrumentos internacionales regulan de manera detallada los distintos elementos que están presentes en la institución de la remisión del procedimiento penal, definiendo —entre otras cuestiones— los supuestos en que la misma puede producirse, los criterios que han de ser tenidos en cuenta tanto para solicitar u ofrecer la remisión como para admitirla o rechazarla, la forma en que se debe producir la comunicación entre los Estados interesados, los efectos de la solicitud y de la aceptación de la remisión, el derecho aplicable y la participación en el proceso del individuo afectado por la remisión. Dicha regulación presenta elementos diferenciales en uno y otro instrumento y, además, no todos los elementos contenidos en dichos instrumentos revisten interés para el presente informe. Sin embargo, en ambos se contienen elementos generales que pueden ser tomados como criterios informadores a los efectos de identificar en qué forma la remisión del procedimiento penal puede operar como una garantía procesal en el marco de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

140. Los elementos comunes que son relevantes a los efectos del presente informe pueden resumirse de la siguiente forma:

a) La solicitud de remisión de un procedimiento penal puede realizarse por un Estado que tiene competencia para ejercer la jurisdicción y se dirige a un Estado que sería igualmente competente²³³;

b) El Estado requirente habrá de valorar la posibilidad y la oportunidad de remitir el procedimiento penal en el caso en cuestión²³⁴. Entre las razones que puede tener en consideración a los efectos de solicitar la remisión se encuentran las siguientes: i) que el acusado sea nacional o tenga su residencia en el Estado requerido; ii) que la transmisión se justifica por el interés de descubrir la verdad y, en particular, que los elementos de prueba más importantes se encuentran en el Estado requerido; iii) que la presencia del acusado no puede ser asegurada en la audiencia en el Estado requirente, mientras que su presencia puede ser asegurada en la audiencia en el Estado requerido; y iv) que no está en condiciones de ejecutar por sí mismo una eventual condena, incluso recurriendo a la extradición, y que el Estado requerido está en condiciones de hacerlo²³⁵;

c) El Estado requerido examina la solicitud²³⁶ y puede rechazar la solicitud de comisión cuando concurren ciertos motivos entre los que cabe destacar los siguientes: i) si el delito puede calificarse como político; ii) si tiene razones serias para creer que la persecución está motivada por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas; iii) si la persecución es contraria a los

²³² Véase Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República Checa, el Reino de Dinamarca, la República de Estonia, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República de Lituania, la República de Letonia, la República de Hungría, el Reino de los Países Bajos, Rumania, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y el Reino de Suecia con vistas a una Decisión marco 2000/.../JAI del Consejo de... sobre la transmisión de procedimientos en materia penal, *Diario Oficial de la Unión Europea* C 219, 12 de septiembre de 2009.

²³³ Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, art. 3; Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal, art. 1.

²³⁴ Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, art. 6.

²³⁵ *Ibid.*, art. 8, párr. 1 e), g) y h).

²³⁶ *Ibid.*, art. 9; Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal, art. 5.

compromisos internacionales del Estado requerido; iv) si es contrario a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado requerido²³⁷;

d) La remisión del procedimiento penal se realizará siempre sobre la base del consentimiento de los Estados interesados, respetando el principio de doble incriminación y en beneficio de la buena administración de justicia²³⁸;

e) La solicitud de remisión tiene como efecto inmediato para el Estado requirente la obligación de suspender el procedimiento que se pudiese seguir ante sus propios tribunales y autoridades nacionales, hasta que el Estado requerido le comunique la decisión de aceptar o no el procedimiento²³⁹;

f) Las actuaciones judiciales en el Estado requerido se desarrollarán siempre conforme a su derecho nacional²⁴⁰;

g) En caso de que el Estado requerido se vea impedido de aceptar la solicitud o deba renunciar al ejercicio de la jurisdicción con posterioridad, el Estado requirente podrá ejercer de nuevo su propia jurisdicción²⁴¹;

h) La solicitud se realizará por vía diplomática, a través de los Ministros de Justicia, o mediante otros organismos acordados por los Estados interesados²⁴².

141. Como se puede deducir de las reglas generales que se acaban de resumir, la remisión del procedimiento penal se basa en el concepto de jurisdicciones subsidiarias, que es utilizado en otros ámbitos de la cooperación judicial internacional en materia penal y que —bajo la forma de la complementariedad— se utiliza también para definir el sistema de distribución de competencias entre la Corte Penal Internacional y los tribunales nacionales. Este modelo de jurisdicciones subsidiarias puede ser plenamente trasladado al régimen de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, que se construye sobre la idea del “bloqueo” de una jurisdicción penal competente (la del Estado del foro) por la presencia de un elemento extranjero al que se otorga una protección especial (el funcionario) a fin de proteger el correcto desempeño de sus funciones y el derecho de igualdad soberana de otro Estado (el Estado del funcionario) que, a los efectos que ahora nos interesan, se concreta en el derecho a que sean sus tribunales nacionales los que se pronuncien sobre la eventual responsabilidad penal del funcionario. Desde esta perspectiva, cabe concluir que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario del Estado no se vería afectada si, en el momento de consideración de la misma o posteriormente, los tribunales del Estado del foro concluyen que no es posible u oportuno ejercer su propia jurisdicción respecto de dicho funcionario y ponen en marcha el procedimiento para remitir el procedimiento penal al Estado del funcionario.

142. Es cierto que dicho mecanismo ha sido concebido originalmente para ser aplicado en el entorno ordinario del ejercicio de jurisdicciones penales concurrentes y no en el supuesto extraordinario en el que se suscita la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del sospechoso. En tal sentido, ha de tenerse en cuenta que en el caso del Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal uno de los motivos para denegar la solicitud de remisión es el respeto de los “compromisos

²³⁷ Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, art. 11; Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal, art. 7.

²³⁸ Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, art. 7; Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal, art. 6.

²³⁹ Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, art. 21, párr. 1; Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal, art. 10.

²⁴⁰ Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, art. 25; Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal, art. 11, párr. 1.

²⁴¹ Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, art. 21, párr. 2.

²⁴² Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal, art. 11, párr.1.

internacionales” del Estado requerido, entre los que el informe explicativo del Convenio menciona la inmunidad diplomática²⁴³. Sin embargo, esta limitación no invalida la posibilidad de que la remisión del procedimiento penal se pueda utilizar como garantía procesal en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en especial por dos razones. En primer lugar, porque la limitación antes mencionada ha de entenderse lógicamente en relación con una solicitud en la que se pretende transferir un procedimiento que se sigue contra un funcionario de un tercer Estado que se encuentra en el territorio del Estado requerido y se beneficia de la inmunidad diplomática. En segundo lugar, porque en el caso de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera la remisión del procedimiento representaría, en todo caso, el reconocimiento del carácter preferente de la jurisdicción del Estado del funcionario y, por tanto, un beneficio para dicho Estado, al que se garantizaría por esta vía que serán sus propios tribunales los que, en su caso, se pronunciarán sobre la eventual responsabilidad penal de su funcionario.

143. La remisión del procedimiento penal resultará de muy difícil aplicación en el caso de la inmunidad *ratione personae* en la que el margen de discrecionalidad de los tribunales del Estado del foro para determinar la inmunidad de jurisdicción penal del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio es prácticamente nulo. Sin embargo, sí podría operar en relación con cualquier supuesto en el que se suscite la inmunidad *ratione materiae*, ya que en estos casos los tribunales nacionales han de considerar los tres elementos normativos que definen dicho tipo de inmunidad y es precisamente en dicho contexto donde pueden valorar la posibilidad y oportunidad de remitir el procedimiento penal al Estado del funcionario a la luz de la información disponible y de las circunstancias que concurran en el caso.

144. Pero, sin duda, la remisión del procedimiento penal puede desplegar su máximo efecto como garantía procesal en los supuestos en que los tribunales del Estado del foro consideren que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica, bien sea porque los actos incriminados no pueden ser calificados como actos realizados a título oficial, bien porque puedan subsumirse en uno de los crímenes de derecho internacional respecto de los cuales dicha inmunidad no se aplica en virtud de lo previsto en el proyecto de artículo 7 provisionalmente aprobado por la Comisión. En esas circunstancias, definir un modelo de cooperación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario a través de la fórmula de la remisión del procedimiento penal puede contribuir a eliminar las críticas de posibles abusos de jurisdicción o del uso de la jurisdicción penal del Estado del foro con una finalidad o motivación política. Ello, sin duda, contribuiría tanto a garantizar la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales como a reforzar el principio de igualdad soberana del Estado. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que los instrumentos analizados permiten al Estado requerido rechazar la solicitud de remisión del procedimiento si considera que los delitos a los que se refiere pueden ser calificados como delitos de naturaleza política o conexa, algo que podría pretender si los actos constitutivos de delito han sido realizados por el funcionario en tal condición y con carácter oficial, o —al menos— con apariencia de oficialidad. Sin embargo, ello no perjudicaría la posibilidad de utilizar en esos supuestos el instrumento de la remisión del procedimiento penal, ya que —como se ha señalado *supra*— existe una clara tendencia en el derecho internacional contemporáneo a no considerar en ningún caso como delitos políticos o conexos los enumerados en el proyecto de artículo 7²⁴⁴.

²⁴³ Véase *Explanatory Report to the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters* (STE-073), comentario al artículo 11 i), pág. 22.

²⁴⁴ Véase *supra* la sección B de este mismo capítulo.

145. En este contexto de remisión del procedimiento penal ha de analizarse la sentencia de 10 de mayo de 2018 del Tribunal de Apelación de Lisboa²⁴⁵, recaída en un procedimiento penal por corrupción que afecta a un antiguo Vicepresidente de Angola. En la sentencia el Tribunal se pronuncia en primer lugar sobre la pretensión de inmunidad de jurisdicción penal extranjera formulada por el investigado, diferenciando claramente entre inmunidad de jurisdicción *ratione personae* y *ratione materiae*. Sobre dicha base concluye que si bien el funcionario habría gozado en su momento de inmunidad *ratione personae*, dado que sus funciones como Vicepresidente permitirían equipararle a las figuras de Jefe de Estado o Jefe de Gobierno, en el momento en que el Tribunal de Apelación de Lisboa considera la cuestión de la inmunidad, el funcionario angoleño habría terminado su mandato como Vicepresidente, por lo que tan solo podría beneficiarse de una inmunidad *ratione materiae* en relación con los actos que hubiese realizado a título oficial durante el período en que ejerció la Vicepresidencia. Sin embargo, dado que los actos de corrupción no pueden ser calificados como “actos realizados a título oficial”, el Tribunal concluye que el antiguo funcionario angoleño tampoco puede beneficiarse de inmunidad *ratione materiae* y declara su competencia para ejercer la jurisdicción penal respecto del mismo²⁴⁶.

146. Esta declaración de competencia permite al Tribunal de Apelación de Lisboa pronunciarse sobre la segunda pretensión del investigado, consistente en solicitar la separación de su causa respecto del resto del proceso seguido ante los tribunales portugueses y pedir la remisión de la misma a los tribunales angoleños, sobre la base del mecanismo de remisión del procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Penal portugués. Para ello toma en consideración diversas circunstancias, entre las que se encuentran las dificultades vinculadas con la puesta en marcha de los sistemas de cooperación y asistencia mutua entre Portugal y Angola (en especial la imposibilidad de obtener la extradición del antiguo Vicepresidente que continúa gozando de inmunidad residual en su país), la incertidumbre sobre la posibilidad de que el proceso en Portugal llegue a su fin, y el interés del investigado en que el procedimiento se siga en Angola a fin de facilitar su rehabilitación ulterior. Sobre dicha base concluye que las exigencias de la buena administración de justicia y el interés del investigado justifican la remisión del procedimiento penal a los tribunales

²⁴⁵ Asunto 333/14.9TELSB-U.L1-9, disponible en <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/88e2a666e33779ce802582b8003567f3?OpenDocument>.

²⁴⁶ En relación con unos actos que pueden ser calificados como actos de corrupción, el Tribunal de Apelación de Lisboa afirma lo siguiente: “los actos imputados en el proceso 333/14.9TELSB para los cuales el recurrente pretende ver reconocida su impunidad frente a la jurisdicción portuguesa son de naturaleza privada. No fueron realizados en nombre, en interés o por orden del Estado angoleño, ni en el ejercicio de funciones de agente o funcionario del Estado angoleño, ni durante el mandato de Vicepresidente de la República. El recurrente realizó dichos actos en su interés personal y antes de asumir las funciones de Vicepresidente de la República de Angola.

Por tanto, en relación a esos actos, el recurrente no puede gozar de inmunidad *ratione materiae* frente a la jurisdicción portuguesa, ya que los actos imputados habían sido realizados en interés personal.

Tampoco puede beneficiarse de inmunidad *ratione personae* frente a la jurisdicción penal portuguesa, ya que la inmunidad *ratione personae* solo funciona durante el período de ejercicio del cargo de Vicepresidente de la República de Angola, del 26 de septiembre de 2012 al 26 de septiembre de 2017”.

Añade que la inmunidad *ratione personae* tampoco se habría violado ya que los actos procesales que se realizaron en Portugal “no interfirieron ni pudieron interferir en el ejercicio independiente y eficiente de las funciones” de Vicepresidente. Además, ha de destacarse que la sentencia diferencia claramente entre la inmunidad de derecho internacional y la inmunidad reconocida en virtud del derecho interno del Estado.

angoleños, aplicando de este modo el modelo de jurisdicciones subsidiarias que se ha mencionado anteriormente.

147. A través de esta fórmula, el Tribunal de Apelación de Lisboa adopta una solución que, siendo conforme a su derecho interno, permite establecer un equilibrio entre, por un lado, el enjuiciamiento de hechos que no quedan cubiertos por la inmunidad y respecto de los cuales el funcionario extranjero debe rendir cuentas y, por otro, el reconocimiento de una suerte de primacía a favor de los tribunales del Estado del funcionario por considerar que son estos los que se encuentran en mejor condición de proceder a su enjuiciamiento. Sin embargo, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el Tribunal portugués no se pronuncia sobre las consecuencias que pudieran derivarse del hecho de que los tribunales angoleños no puedan ejercer o decidan no ejercer su jurisdicción respecto del antiguo Vicepresidente. En especial porque se beneficia de una inmunidad residual ante los tribunales angoleños durante cinco años desde el término de su mandato, y —en segundo lugar— por la existencia de una Ley de Amnistía que podría aplicarse eventualmente al antiguo Vicepresidente. Aunque dichos elementos habían sido tenidos en cuenta por el Tribunal de Instancia para denegar la petición de remisión del procedimiento, el Tribunal de Apelación de Lisboa si bien los analiza en su sentencia, considera que no son suficientes para impedir la remisión del asunto, ya que se trata de normas adoptadas por Angola en ejercicio de su soberanía, no siendo posible, además, concluir en términos abstractos que la Ley de Amnistía haya de aplicarse necesariamente al antiguo funcionario angoleño, y que dichas circunstancias constituyan en sí mismas un ataque a la buena administración de justicia.

148. A pesar de las dudas que puede generar este último aspecto de la sentencia, no es menos cierto que la misma ofrece un interesante ejemplo de la forma en que podría operar la remisión del procedimiento penal en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que, como antes se ha señalado, puede operar tanto en el supuesto en que los tribunales del Estado del foro estimen que debe aplicarse la inmunidad como, sobre todo, cuando desestimen dicha pretensión y declaren expresamente su competencia. Aunque el Tribunal portugués ha empleado este mecanismo a instancia del funcionario por aplicación de su propio derecho interno, nada impediría que —de modo general y al margen de disposiciones internas más específicas— la remisión del proceso penal pudiera producirse por ofrecimiento del Estado del foro o a instancia del Estado del funcionario.

149. A tal fin, los instrumentos internacionales analizados *supra* ofrecen elementos de utilidad para definir un modelo de remisión del procedimiento penal que pueda ser utilizado de modo general en los casos en que se suscita la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Junto a ellos, el principio de complementariedad establecido en el Estatuto de Roma proporciona igualmente elementos que pueden ser tenidos en cuenta para la definición de dicho modelo, en especial por lo que se refiere a los motivos que han de valorarse a efectos de que la Corte Penal Internacional se inhíba en el ejercicio de su jurisdicción a favor de un tribunal nacional competente y a la posibilidad de revisar la decisión de inhibición.

150. En este sentido, ha de recordarse que el Estatuto de Roma prevé que el Estado que se considera competente puede reclamar el ejercicio de su jurisdicción en tres supuestos distintos que operan sucesivamente: a) si el tribunal nacional ya se ha pronunciado sobre el asunto; b) si ya se ha iniciado una investigación sobre los mismos hechos que puede concluir en un proceso penal; y c) si el Estado está dispuesto a iniciar una investigación que podría concluir en un proceso penal. En todo caso, si la Corte decide inhibirse en el ejercicio de su jurisdicción, conservará la potestad de revisar dicha decisión y recuperar su jurisdicción si los tribunales del Estado no ejercen finalmente su jurisdicción o si la ejercen de forma no compatible

con los principios de justicia definidos en el Estatuto de Roma²⁴⁷. En dicho esquema cabe destacar el valor privilegiado atribuido al comportamiento del Estado que reclame su competencia y a su voluntad de proceder al enjuiciamiento de los hechos.

151. Sobre la base de lo que antecede, la Comisión puede considerar útil definir un modelo de remisión del procedimiento penal al Estado del funcionario en conexión con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. A tal fin se propone el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo 14

Remisión del procedimiento al Estado del funcionario

1. Las autoridades del Estado del foro podrán considerar inhibirse en el ejercicio de su jurisdicción a favor del Estado del funcionario, remitiendo al mismo el procedimiento penal que se haya iniciado o se pretenda iniciar contra el funcionario.
2. A partir de la solicitud de remisión, el Estado del foro suspenderá el procedimiento penal hasta que el Estado del funcionario se pronuncie sobre aquella.
3. La remisión del procedimiento al Estado del funcionario se realizará de conformidad con lo previsto en la legislación nacional del Estado del foro y en los convenios de cooperación internacional y asistencia judicial mutua en que sean partes el Estado del foro y el Estado del funcionario.

D. Consultas

152. La celebración de consultas entre los Estados interesados está contemplada en la práctica totalidad de los instrumentos internacionales relativos a la cooperación y asistencia judicial mutua. Dichas consultas pueden operar en relación con alguno de los instrumentos de asistencia mutua contemplados en el tratado o configurarse como un mecanismo para solventar los problemas y dificultades que pueden surgir en el proceso de aplicación del sistema de cooperación y asistencia mutua entendido en su conjunto. En la primera de las categorías deben incluirse las consultas que ya han sido mencionadas *supra* en relación con el intercambio de información. En la segunda cabe referirse a lo previsto en el artículo 18 de la Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, conforme al cual “[l]os Estados Contratantes realizarán consultas mutuas para la resolución de las dudas resultantes de la aplicación de la presente Convención”. Esta disposición se recoge en términos similares en el Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, cuyo artículo 21 establece lo siguiente:

Las Partes celebrarán consultas sin dilación, a petición de cualquiera de ellas, en relación con la interpretación, la aplicación o el cumplimiento del presente Tratado de modo general o en circunstancias particulares.

153. En el marco de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado la celebración de consultas entre el Estado del foro y el Estado del funcionario puede jugar también un papel en el contexto de las garantías procesales, pudiendo operar, en particular, en tres planos distintos, a saber: a) la mejor identificación de las posiciones mantenidas por ambos Estados respecto de la inmunidad del funcionario; b) el intercambio de información de manera oficiosa e informal; y c) la búsqueda de una solución consensuada a los problemas que se susciten en la aplicación de las garantías procesales antes analizadas y, en general, respecto de la determinación y aplicación de la inmunidad del funcionario en un caso concreto.

²⁴⁷ Artículos 17 a 20.

154. El recurso a las consultas ofrece la ventaja de la escasa formalización y flexibilidad del instrumento, lo que permitiría utilizarlo como mecanismo alternativo o complementario respecto de alguna de las garantías procesales analizadas anteriormente. Además, dado que las consultas no tienen que limitarse necesariamente a las celebradas entre los órganos competentes para determinar o aplicar la inmunidad, el recurso a las mismas deja expedita la vía de las consultas a nivel diplomático que —como algunos Estados han señalado— es un ámbito de actuación común en relación con el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

155. Teniendo en cuenta lo anterior, se propone incluir en el proyecto de artículos una disposición general sobre las consultas redactada en términos amplios. A tal fin se propone el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo 15
Consultas

El Estado del foro y el Estado del funcionario celebrarán consultas, a petición de cualquiera de las partes, sobre las cuestiones relacionadas con la determinación de la inmunidad del funcionario extranjero de conformidad con lo previsto en el presente proyecto de artículos.

Capítulo IV

Derechos y garantías procesales del funcionario

156. Como ya se señaló en el sexto informe²⁴⁸, el examen de los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debe incluir también la cuestión relativa a los derechos y garantías procesales del funcionario, ya que, en definitiva, todo intento de ejercer la jurisdicción penal extranjera sobre el mismo puede afectar a sus derechos y no puede ignorarse la afirmación obvia de que cualquier funcionario que se enfrente al ejercicio de una jurisdicción penal en otro Estado diferente al que le otorga la condición de funcionario, ha de disfrutar, como cualquier otra persona, de los derechos y garantías procesales reconocidas por el derecho internacional que integran el concepto de “juicio justo e imparcial”. Además, no puede obviarse tampoco el hecho de que a lo largo de los debates tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión —en especial en relación con las excepciones a la inmunidad—, se ha expresado una seria preocupación por la incidencia que el ejercicio de la jurisdicción sobre un funcionario extranjero pudiera tener sobre el respeto de las reglas del debido proceso, bien sea desde la perspectiva específica del respeto de los derechos y garantías procesales del funcionario extranjero en un caso concreto, bien desde la perspectiva más general de la existencia de un sistema de respeto de los derechos y garantías procesales del acusado en el ordenamiento jurídico del Estado que pretende ejercer su jurisdicción.

157. La inclusión de esta cuestión en el tratamiento del presente tema fue objeto de un breve debate dentro de la propia Comisión en el marco de las consultas informales celebradas en 2017 sobre la cuestión de los aspectos procesales de la inmunidad que no fue conclusiva, aunque un cierto número de miembros han venido apoyando el tratamiento de esta problemática en el marco de los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Por su parte, en el debate que tuvo lugar en la Sexta Comisión en 2018, algunos Estados

²⁴⁸ A/CN.4/722, párr. 41.

apoyaron el tratamiento de los derechos y garantías procesales del funcionario²⁴⁹, y solo un Estado se manifestó en contra²⁵⁰. La Relatora Especial considera que sigue siendo oportuno analizar los derechos y garantías procesales del funcionario en conexión con los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, cerrando así el círculo de los aspectos y garantías procesales que deben aplicarse en relación con este tipo de inmunidad.

158. El tratamiento de esta cuestión se ha de referir necesariamente a la delimitación de los derechos y garantías procesales que han de asegurarse al funcionario extranjero, pero también guarda relación con otras cuestiones más próximas a la cooperación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, entre las que cabe incluir la capacidad del Estado del foro para asegurar el respeto de las garantías del juicio justo y los derechos de la defensa, la posibilidad por parte del Estado del funcionario que renuncia a la inmunidad de poner condiciones respecto de la pena que se pudiese imponer y la posibilidad de contemplar derogaciones al principio de publicidad de las actuaciones penales, en especial mediante la aplicación de reglas especiales de confidencialidad de determinados actos procesales a fin de garantizar los intereses fundamentales del Estado del funcionario vinculados con su soberanía o seguridad nacional, así como la aplicación de reglas especiales a la información y los elementos de prueba que hayan sido proporcionados por aquel bajo condición de confidencialidad. Algunos de estos aspectos relacionados con la cooperación han sido ya analizados *supra*²⁵¹, por lo que el presente capítulo se centrará esencialmente en el alcance de los derechos y garantías procesales entendidas en sentido estricto. Además, se analizará la forma en que la Comisión ha tratado anteriormente este tipo de cuestiones y su posible utilización en el presente tema.

A. Alcance y contenido de los derechos y garantías procesales

159. Como es comúnmente admitido, las garantías del juicio justo y los derechos de la defensa constituyen un conjunto de normas y principios bien establecidos en el derecho internacional contemporáneo, que se han definido esencialmente en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, pero también en el seno del derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario. A través de dichas normas se define un “derecho al debido proceso” que constituye el núcleo central de los derechos y garantías procesales del funcionario extranjero en el contexto del presente tema. A ellas se deben añadir aquellas disposiciones referidas al derecho a la libertad personal que sean relevantes para nuestro tema, en especial respecto de los actos de detención que han sido analizados en el sexto informe²⁵².

160. Desde esta perspectiva, los derechos y garantías procesales encuentran su expresión normativa de alcance universal más clara en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966²⁵³, en especial en sus artículos 9 (derecho a la libertad y seguridad personal), 14 (derecho a un juicio justo) y 15 (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Similares salvaguardias se pueden encontrar en los artículos 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), 6 (derecho a un proceso equitativo), 7 (no hay pena sin ley), 13 (derecho a un recurso efectivo) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las

²⁴⁹ Irlanda, Israel, Suiza y Suecia (en nombre de los países nórdicos).

²⁵⁰ China.

²⁵¹ Véase el capítulo III *supra*.

²⁵² Véase A/CN.4/722, párrs. 69 a 79.

²⁵³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171.

Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos)²⁵⁴ de 1950; en los artículos 3, 7, 8, 9, 10, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)²⁵⁵ de 1969; en los artículos 3, 6, 7 y 26 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²⁵⁶ de 1981; y en los artículos 12 a 16, 19 y 22 de la Carta Árabe sobre Derechos Humanos²⁵⁷. Se trata, por tanto, de un contenido aceptado de forma amplia por la comunidad internacional, tanto a nivel universal como regional.

161. De un modo similar, de acuerdo con las reglas del derecho internacional humanitario, en tiempo de conflicto armado internacional los miembros de las fuerzas armadas del Estado que son hechos prisioneros de guerra no pueden ser perseguidos penalmente por el mero hecho de haber participado en las hostilidades²⁵⁸. Si bien no disfrutaban de inmunidad de jurisdicción que los proteja de ser perseguidos y enfrentarse a un proceso judicial se benefician, sin embargo, de un mínimo de protección derivados de las garantías que contienen los artículos 99 a 108 del Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III)²⁵⁹. Los no combatientes que se enfrenten a procesos judiciales y que se consideran personas protegidas en los términos del artículo 4 del Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV)²⁶⁰ se benefician de las garantías de dicha Convención, en particular el encabezamiento de los artículos 37 y 38 y los artículos 64 a 77 de dicho Convenio, que se aplican —respectivamente— en el propio territorio del Estado y en los territorios ocupados. Además, el artículo 75 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)²⁶¹ establece salvaguardias relevantes, hoy en día también aplicables a las personas no protegidas por el artículo 4 del Convenio IV de Ginebra. En el marco de los conflictos armados sin carácter internacional, los individuos que se enfrenten a procesos judiciales están protegidos por las salvaguardias que contiene el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra, y el artículo 6 del Protocolo Adicional relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II)²⁶². Las disposiciones del derecho internacional humanitario no pueden ser derogadas en ninguna circunstancia²⁶³. Por último, se debe señalar que, al menos según algunos autores, aun en supuestos de conflicto armado, en lo relativo a las cuestiones procesales y de

²⁵⁴ Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 4 de noviembre de 1950), *ibid.*, vol. 213, núm. 2889, pág. 221.

²⁵⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969), *ibid.*, vol. 1144, núm. 17955, pág. 123.

²⁵⁶ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981), *ibid.*, vol. 1520, núm. 26363, pág. 217.

²⁵⁷ [ST/HR/]CHR/NONE/2004/40/Rev.1. Véase también *Boston University International Law Journal*, vol. 24, núm. 2, segundo trimestre de 2006, pág. 147.

²⁵⁸ J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I: *Normas*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, pág. 437.

²⁵⁹ Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 972, pág. 135.

²⁶⁰ Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid.*, núm. 973, pág. 287.

²⁶¹ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Ginebra, 8 de junio de 1977), *ibid.*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3.

²⁶² Protocolo Adicional relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Ginebra, 8 de junio de 1977), *ibid.*, vol. 1125, núm. 17513, pág. 609.

²⁶³ Véase Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 29 (2001) sobre estados de emergencia (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11), párr. 15; y observación general núm. 32 (2007) sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (CCPR/C/GC/32), párr. 11.

salvaguardia judiciales el derecho de los derechos humanos debe ser considerado *lex specialis*²⁶⁴.

162. Por último, también el derecho penal internacional recoge la obligación de respetar las garantías del juicio justo y reconocer los derechos de la defensa a cualquier persona que sea sometida a un procedimiento penal. A este respecto, baste ahora con señalar los artículos 55 (derechos de las personas durante la investigación), 66 (presunción de inocencia) y 67 (derechos del acusado) del Estatuto de Roma, que recogen estándares ampliamente aceptados en el derecho internacional contemporáneo. A lo que hay que añadir que dichos estándares son contemplados también en el Estatuto de Roma entre los criterios que permiten a la Corte Penal Internacional decidir sobre el principio de complementariedad (art. 17, párr. 2) y ejercer su jurisdicción incluso en el caso de que un tribunal penal nacional ya se hubiese ocupado del mismo asunto (art. 20, párr. 3 b)).

163. La importancia de los derechos y garantías procesales ha sido destacada de forma continua por los distintos órganos internacionales de protección de derechos humanos, entre ellos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁶⁵ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶⁶. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha puesto de relieve de manera reiterada el lugar destacado que ocupa en toda sociedad democrática el derecho a las garantías judiciales (derecho a un juicio equitativo)²⁶⁷. En palabras del Tribunal, esta garantía es “uno de los principios fundamentales de cualquier sociedad democrática”²⁶⁸; ello incluso aunque esta garantía pueda quedar sujeta a restricciones en muy excepcionales circunstancias²⁶⁹. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló, con relación al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Garantías judiciales), que su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la

²⁶⁴ Véase, por ejemplo, M. Sassòli, A. A. Bouvier y A. Quintin, *How Does Law Protect in War?*, vol. I, *Outline of International Humanitarian Law*, 3ª ed., Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2011, parte I, caps. 12 y 14.

²⁶⁵ Véanse, entre otras, las sentencias en los asuntos *Yakuba v. Ukraine*, núm. 1452/09, 12 de febrero de 2019; *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* [GC], núm. 5809/08, 21 de junio de 2016; *Beuze v. Belgium* [GC], núm. 71409/10, 9 de noviembre de 2018; y *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal*, núms. 55391/13, 57728/13 y 74041/13, 6 de noviembre de 2018. Una visión de conjunto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 6 del Convenio se encuentra en la *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Estrasburgo, Consejo de Europa/Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2014. Para una versión actualizada, véase *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Estrasburgo, Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2018. Véase también D. Vitkauskas y G. Dikov, *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe human rights handbooks, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2012.

²⁶⁶ Véanse los casos *Tribunal Constitucional vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C núm. 71; *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Serie A núm. 9, párr. 27; *Ivcher Bronstein vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C núm. 74, párr. 102; *Yatama vs. Nicaragua*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C núm. 127.

²⁶⁷ Véase *Airey v. Ireland*, núm. 6289/73, 9 de octubre de 1979, párr. 24; *Stanev v. Bulgaria*, 17 de enero de 2012, núm. 36760/06 [GC], párr. 231.

²⁶⁸ *Pretto and others v. Italy*, 8 de diciembre de 1983, núm. 7984/77, párr. 21.

²⁶⁹ Véase *Adorisio and others v. the Netherlands*, núm. 47315/13, de 17 de marzo de 2015, párr. 44.

Convención”²⁷⁰. Añade la Corte que el artículo 8 “reconoce el llamado ‘debido proceso legal’, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”²⁷¹. El concepto de debido proceso legal recogido por el artículo 8 de la Convención “debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma”²⁷².

164. A nivel universal, el Comité de Derechos Humanos se ha ocupado de los derechos y garantías procesales a las que se ha hecho referencia *supra* en varias de sus observaciones generales, en especial las observaciones generales núm. 32 sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, y núm. 35 (2014) sobre la libertad y seguridad personales ²⁷³. En la primera de ellas el Comité ha declarado que “[e]l derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley”²⁷⁴ y que “[e]l artículo 14 establece garantías que los Estados Partes deben respetar, independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno”²⁷⁵.

165. Aunque el presente capítulo no tiene como objetivo llevar a cabo un análisis detallado del contenido de los derechos y garantías procesales, sí se considera útil que la Comisión cuente, a título indicativo, con un listado de los derechos que se incluyen bajo dicha categoría. Así, siguiendo el esquema general del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷⁶, los derechos de que debe gozar un funcionario extranjero frente a las autoridades competentes del Estado del foro que pretenden ejercer su jurisdicción sobre el mismo pueden enumerarse de la siguiente forma:

- a) Derecho a no estar sujeto a detención arbitraria y no ser privado de libertad salvo por los motivos y de acuerdo al procedimiento establecido por ley²⁷⁷;
- b) Derecho a ser informado, en el momento de su detención, de las razones de la detención y el derecho a ser informado, de forma adecuada y en detalle, en un idioma que pueda entender, de la naturaleza y la causa de los delitos que se le imputan²⁷⁸;
- c) En caso de arresto o detención, el derecho a ser puesto a disposición de un juez o de otro funcionario autorizado por ley para el ejercicio del poder jurisdiccional, y el derecho a tener un juicio en un tiempo razonable o, en su defecto, a ser puesto en libertad²⁷⁹;

²⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías judiciales en estados de emergencia*, opinión consultiva OC-9/87, párr. 27; *Ivcher Bronstein c. Perú*, párr. 102, y *Yatama vs. Nicaragua*.

²⁷¹ *Garantías judiciales en estados de emergencia*, opinión consultiva OC-9/87, párr. 28.

²⁷² *Ibid.*, párr. 29.

²⁷³ CCPR/C/GC/35.

²⁷⁴ CCPR/C/GC/32, párr. 2.

²⁷⁵ Párrafo 4. En el mismo párrafo, el Comité ha reafirmado esta declaración al afirmar que “[s]i bien los Estados Partes deben informar sobre la interpretación que dan a estas garantías en sus respectivos ordenamientos jurídicos, el Comité observa que el contenido esencial de las garantías del Pacto no puede dejarse exclusivamente a la discreción del derecho interno”.

²⁷⁶ La Comisión ya siguió este mismo modelo en el artículo 11 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 50, comentario al artículo 11, párr. 6).

²⁷⁷ Artículo 9, párr. 1.

²⁷⁸ Artículos 9, párr. 2, y 14, párr. 3 a).

²⁷⁹ Artículo 9, párr. 3.

d) Cuando sea arrestado o detenido, el derecho a iniciar acciones ante un tribunal de modo que dicho tribunal pueda decidir sin demora sobre la legalidad de su detención y ordene su liberación si la detención no fue ajustada a derecho²⁸⁰;

e) Cuando sea privado de libertad, el derecho a ser tratado de forma humanitaria y de acuerdo con el respeto a la dignidad humana inherente a toda persona²⁸¹;

f) Derecho a tener acceso a los tribunales, y de actuar frente a ellos en igualdad de condiciones, incluyendo el derecho a ser tratado sin discriminación²⁸²;

g) Derecho a una audiencia justa y pública, llevada a cabo por jueces competentes, independientes e imparciales establecidos según la ley²⁸³;

h) Derecho a la presunción de inocencia hasta que se pruebe la culpabilidad según criterios legales²⁸⁴;

i) Derecho a tener un tiempo suficiente y unos medios adecuados para la preparación de su defensa y a poder comunicarse con un abogado de su libre elección²⁸⁵;

j) Derecho a ser juzgado sin demora injustificada²⁸⁶;

k) Derecho a ser juzgado en su presencia, y a defenderse por sí mismo o a través de un abogado de su libre elección; a ser informado, en caso de no contar con asistencia letrada, de este derecho; y a tener asistencia letrada designada por sí mismo en todo caso que razones de justicia así lo requieran, y sin necesidad de que sea a costa suya si no dispone de medios suficientes para ello²⁸⁷;

l) Derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo²⁸⁸;

m) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal²⁸⁹;

n) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable²⁹⁰;

o) Derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley²⁹¹;

p) Derecho a ser compensado cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido²⁹²;

²⁸⁰ *Ibid.*, párr. 4.

²⁸¹ Artículo 10, párr. 1.

²⁸² Artículo 14, párr. 1.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ *Ibid.*, párr. 2.

²⁸⁵ *Ibid.*, párr. 3 b).

²⁸⁶ *Ibid.*, párr. 3 c).

²⁸⁷ *Ibid.*, párr. 3 d).

²⁸⁸ *Ibid.*, párr. 3 e).

²⁸⁹ *Ibid.*, párr. 3 f).

²⁹⁰ *Ibid.*, párr. 3 g).

²⁹¹ *Ibid.*, párr. 5.

²⁹² *Ibid.*, párr. 6.

q) Derecho a no ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país²⁹³;

r) Derecho a no ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, pudiéndose beneficiar en todo caso de una pena más leve que se establezca con posterioridad para el mismo delito²⁹⁴.

166. La importancia de los derechos y garantías antes enumeradas viene avalada, además, por el hecho de que algunos de ellos no pueden ser objeto de suspensión en ninguna circunstancia²⁹⁵, y que los enunciados en el artículo 14, aunque pueden ser suspendidos no podrán serlo si ello se traduce en una derogación *de facto* de los derechos reconocidos. Así, el Comité de Derechos Humanos ha declarado que es inherente a la protección de los derechos reconocidos expresamente como no derogables su aseguramiento a través de garantías procesales y judiciales y por ello las cláusulas del Pacto relativas a las garantías del debido proceso y salvaguardas procesales nunca pueden estar sujetas a medidas que puedan afectar o reducir la protección de estos derechos inderogables²⁹⁶. En resumen, en ningún caso se puede justificar la derogación de los principios de legalidad y estado de derecho, y por tanto los siguientes requisitos fundamentales ligados al juicio justo son inderogables y no pueden ser objeto de suspensión:

- a) Solo un tribunal puede juzgar y condenar a una persona por un delito;
- b) Se debe respetar la presunción de inocencia;
- c) No se puede socavar el derecho a interponer acciones procesales ante un tribunal para que este decida sin demora sobre la legalidad de una detención.

167. Los derechos y garantías procesales que se acaban de mencionar están concebidos, en principio, para su operación en el caso de que un Estado ejerza su jurisdicción penal sobre una persona independientemente de su condición, lo que podría llevar a la pregunta de si los mismos son relevantes a los efectos de un tema dedicado a la inmunidad de jurisdicción. No obstante, dicha pregunta ha de tener una respuesta afirmativa. En primer lugar, porque algunos de estos derechos y garantías procesales operan antes de que se inicie el ejercicio pleno de la jurisdicción. En segundo lugar, porque los derechos y garantías procesales han de respetarse tanto en el marco del proceso en que el tribunal del Estado del foro haya de pronunciarse sobre la aplicación de la inmunidad, como posteriormente si concluye que la inmunidad no se aplica en el proceso que se pueda seguir contra un funcionario extranjero. Contemplar expresamente esta cuestión en el proyecto de artículos constituye, pues, una garantía añadida tanto para el funcionario como para su Estado.

168. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que los derechos y garantías procesales deberán ser considerados a la luz de su conexión con el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, lo que determinará la mayor o menor relevancia de cada uno de ellos. En tal sentido, debe llamarse especialmente la atención sobre la importancia de los derechos y garantías procesales relacionados con la detención, el derecho de acceso a los tribunales, la representación letrada y la asistencia consular,

²⁹³ *Ibid.*, párr. 7.

²⁹⁴ Artículo 15, párr. 1.

²⁹⁵ Véase el artículo 4, párr. 2, del Pacto.

²⁹⁶ Véase la observación general núm. 29 sobre los estados de emergencia, párr. 15, y la observación general núm. 32 sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, párr. 6. Véase también, en la observación general núm. 32, el análisis de la relación del artículo 14 con otras disposiciones del Pacto (párrs. 58 a 65).

la problemática especial de los juicios *in absentia* y las cuestiones relacionadas con la publicidad del proceso. No obstante, la determinación y el respeto de los derechos y garantías procesales en juego corresponderán a las autoridades del Estado del foro, que deberán tomarlas en consideración caso por caso.

B. Trabajos previos de la Comisión

169. La Comisión se ha ocupado ya con anterioridad de los derechos y garantías procesales que se vienen analizando en este capítulo, pudiéndose citar entre los ejemplos más recientes el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros (art. 26: Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión)²⁹⁷ y el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad (art. 11 [10]: Trato justo del presunto infractor)²⁹⁸. Con anterioridad, la Comisión había incluido artículos referidos a esta cuestión al examinar la protección y la inviolabilidad de los agentes diplomáticos y otras personas con derecho a protección especial de conformidad con el derecho internacional que resultó en el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas (art. 8)²⁹⁹ y en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (art. 11)³⁰⁰.

170. En los dos proyectos de artículos más recientes, la Comisión ha seguido fórmulas claramente distintas. Así, mientras que en el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros ha optado por la enumeración de los derechos procesales que han de reconocerse al extranjero sujeto a expulsión³⁰¹, en el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad aprobado en primera lectura, la Comisión ha elegido un modelo de declaración genérica del derecho al trato justo del presunto infractor de un crimen de lesa humanidad³⁰². El proyecto de artículos sobre los

²⁹⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 44.

²⁹⁸ *Ibid.*, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10), párr. 45.

²⁹⁹ *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 350.

³⁰⁰ Véase la nota 276 *supra*.

³⁰¹ “Artículo 26. *Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión*

1. El extranjero objeto de expulsión goza de los siguientes derechos procesales:
 - a) derecho a ser notificado de la resolución de expulsión;
 - b) derecho a recurrir la resolución de expulsión, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello;
 - c) derecho a ser oído por una autoridad competente;
 - d) derecho de acceso a vías efectivas para recurrir la resolución de expulsión;
 - e) derecho a estar representado ante la autoridad competente; y
 - f) derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por la autoridad competente.

2. Los derechos enunciados en el párrafo 1 se entienden sin perjuicio de otros derechos o garantías procesales previstas por la ley.

3. El extranjero objeto de expulsión tiene derecho a solicitar asistencia consular. El Estado expulsor no impedirá el ejercicio de este derecho ni la prestación de asistencia consular.

4. Los derechos procesales previstos en este artículo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la legislación del Estado expulsor relativa a la expulsión de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en su territorio desde hace poco tiempo.”

³⁰² “Artículo 11 [10]. *Trato justo del presunto infractor*

1. Toda persona respecto de la cual se adopten medidas en relación con uno de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos tendrá garantizados en todas las etapas del procedimiento un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional e internacional, incluido el derecho de los derechos humanos.
2. Toda persona que esté en prisión, detenida o recluida en un Estado que no sea el de su nacionalidad tendrá derecho a:

crímenes de lesa humanidad se inspira así en la fórmula empleada en 1972 por la Comisión en el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, que se limita a establecer en su artículo 8 que

[t]oda persona respecto de la cual se sustancie un procedimiento en relación con uno de los delitos previstos en el artículo 2 gozan de las garantías de un trato imparcial en todas las fases del procedimiento³⁰³.

Esta fórmula fue luego recogida en la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973³⁰⁴.

171. La elección de esta formulación se entiende bien a la luz de los comentarios de la Comisión al citado artículo 8, que se reproducen a continuación:

[e]l artículo 8 [...] tiene por objeto salvaguardar los derechos del presunto culpable desde el momento en que es encontrado y se adoptan medidas para asegurar su presencia hasta que se adopta una decisión final en el asunto. La expresión “trato imparcial” se prefirió, debido a su generalidad, a las expresiones más corrientes de “las debidas garantías procesales”, “enjuiciamiento imparcial”, etc., que podrían interpretarse en un sentido técnico estricto. La expresión “trato imparcial” tiene por objeto incorporar todas las garantías que se reconocen generalmente al detenido o acusado. Como ejemplo de tales garantías puede citarse el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁰⁵.

172. El supuesto ante el que nos encontramos ahora presenta peculiaridades que han de ser tenidas en cuenta. En primer lugar, no puede olvidarse que se trata de la protección de derechos y garantías procesales en el contexto de actuaciones y procedimientos penales y en conexión con una situación en la que se suscita la cuestión de la inmunidad. Junto a ello, ha de tomarse igualmente en consideración que, como ya se ha señalado, estos derechos y garantías procesales deberían operar en cualquier fase de dichas actuaciones, tanto en relación con la determinación de la aplicación de la inmunidad como con posterioridad si finalmente la inmunidad no se aplica y los tribunales del Estado del foro ejercen su jurisdicción penal. Teniendo ello en cuenta, parece preferible optar por una fórmula general y exhaustiva que incluya la totalidad de los derechos y garantías procesales arriba mencionados cuya aplicación específica deberá producirse caso por caso.

a) comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado o los Estados de que sea nacional o al que competa por otras razones la protección de sus derechos o, si dicha persona es apátrida, del Estado que, a solicitud de esa persona, esté dispuesto a proteger sus derechos;

b) recibir la visita de un representante de ese Estado o esos Estados; y

c) ser informado sin demora de los derechos que la asisten de conformidad con el presente párrafo.

3. Los derechos mencionados en el párrafo 2 se ejercerán de conformidad con las leyes y normativas del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre la persona, en el entendido de que dichas leyes y normativas han de permitir que tenga pleno efecto el propósito de los derechos reconocidos en el párrafo 2.”

³⁰³ Véase la nota 299 *supra*.

³⁰⁴ Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1035, núm. 15410, pág. 167. De conformidad con el artículo 9 de la Convención “[t]oda persona respecto de la cual se sustancie un procedimiento en relación con uno de los delitos previstos en el artículo 2 gozará de las garantías de un trato equitativo en todas las fases del procedimiento”.

³⁰⁵ Véase la nota 299 *supra*.

173. Con base en lo que se ha señalado *supra*, se propone el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo 16
Trato justo e imparcial del funcionario

1. El funcionario del Estado cuya inmunidad de jurisdicción penal extranjera esté siendo examinada por las autoridades del Estado del foro gozará de todas las garantías de un trato justo, incluyendo los derechos y garantías procesales propios del juicio justo e imparcial.
2. Estas garantías deberán aplicarse tanto en el proceso de determinación de la aplicación de la inmunidad de jurisdicción, como en todo proceso judicial que se siga contra el funcionario en caso de que la inmunidad de jurisdicción no se aplique.
3. Entre las garantías del trato justo e imparcial se incluirá en todo caso la obligación de comunicar sin demora al representante más próximo del Estado del funcionario la detención o cualquier otra medida que afecte a la libertad personal del funcionario, a fin de que pueda recibir la asistencia a que tiene derecho de conformidad con el derecho internacional.
4. El trato justo e imparcial del funcionario se ejercerá de conformidad con las normas internacionales aplicables, así como de las leyes y demás normativa del Estado del foro.

Capítulo V
Plan de trabajo futuro

174. Con el tratamiento en el presente informe de los aspectos procesales de la inmunidad se ha finalizado el análisis de los distintos temas que la Relatora Especial incluyó en el programa de trabajo sometido a la consideración de la Comisión en 2012. Por tanto, tras el debate del mismo la Comisión estaría en condiciones de aprobar en primera lectura el proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, antes de remitirlo a los Estados para que formulen comentarios.

175. Sin embargo, no ha sido posible incluir en el presente informe el análisis de las relaciones entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales, cuestión que la Relatora Especial anunció en su sexto informe que debía ser abordado antes de finalizar el tratamiento del tema. Como ya se ha señalado³⁰⁶, ello se ha debido al hecho de que al momento de finalizar el presente informe la Corte Penal Internacional no ha dictado su sentencia en el procedimiento sobre la obligación de Jordania de cooperar con la Corte. A pesar de ello, ha de llamarse la atención de la Comisión sobre el hecho de que en el citado asunto se han suscitado cuestiones de diversa naturaleza que pueden afectar al presente tema y que, por ello, deberán ser examinadas en su momento. Por tanto, la Relatora Especial se propone volver sobre el tema de la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales una vez que la Corte haya dictado sentencia.

176. Además, la Relatora Especial tendría interés en conocer la opinión de los miembros de la Comisión sobre la posible inclusión en el proyecto de artículos de dos cuestiones nuevas, a saber: a) la definición de un mecanismo de arreglo de controversias entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, tal y como ha sido propuesto por algún Estado durante los debates en la Sexta Comisión; y b) la

³⁰⁶ Véanse los párrafos 17, 92 y 93 *supra*.

incorporación en el proyecto de artículos de alguna recomendación de buenas prácticas que pueda facilitar la resolución de los problemas que surgen en la práctica en el proceso de determinación de la inmunidad, tales como la elaboración de guías o manuales dirigidos a los distintos órganos del Estado que pueden entrar en contacto con funcionarios extranjeros. La Relatora Especial agradecería los comentarios de los miembros de la Comisión al respecto.

177. Sobre la base de los comentarios recibidos en el presente período de sesiones de la Comisión, y una vez que la Corte Penal Internacional dicte su sentencia en el procedimiento pendiente ante ella, la Relatora Especial se propone elaborar un último informe en 2020. Ello permitirá a la Comisión que, tras la consideración en el presente período de sesiones del séptimo informe (incluidos los nuevos proyectos de artículo propuestos), pueda adoptar en primera lectura en el próximo período de sesiones el proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

Anexo I

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*.

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

- 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.

Anexo II

Proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado propuestos para la consideración de la Comisión en su 71^{er} período de sesiones

Cuarta parte Disposiciones y garantías procesales

Proyecto de artículo 8

Consideración de la inmunidad por el Estado del foro

1. Las autoridades competentes del Estado del foro deberán considerar la inmunidad tan pronto como tengan conocimiento de que un funcionario extranjero puede verse afectado por un procedimiento penal.
2. La consideración de la inmunidad se deberá producir en un momento temprano de procedimiento, antes del procesamiento del funcionario y del inicio de la fase de enjuiciamiento.
3. La consideración de la inmunidad deberá producirse en todo caso si las autoridades competentes del Estado pretenden adoptar respecto del funcionario extranjero una medida coercitiva que pueda afectar al desempeño de sus funciones.

Proyecto de artículo 9

Determinación de la inmunidad

1. La determinación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado corresponderá a los tribunales del Estado del foro competentes para ejercer la jurisdicción, sin perjuicio de la participación de otros órganos del Estado que, de acuerdo con la legislación nacional, puedan cooperar con aquellos.
2. La determinación de la inmunidad del Estado extranjero se realizará de conformidad con lo previsto en el presente proyecto de artículos y a través de los procedimientos establecidos por el derecho nacional.
3. El tribunal competente deberá tener en cuenta si el Estado del funcionario ha invocado la inmunidad o ha renunciado a la misma, así como la información que le sea proporcionada por otras autoridades del Estado del foro y por las autoridades del Estado del funcionario cuando ello sea posible.

Proyecto de artículo 10

Invocación de la inmunidad

1. El Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de cualquiera de sus funcionarios ante el Estado que pretende ejercer la jurisdicción.
2. La invocación de la inmunidad deberá realizarse tan pronto como el Estado del funcionario tenga conocimiento de que el Estado del foro pretende ejercer su jurisdicción penal sobre aquel.
3. La invocación de la inmunidad se realizará por escrito y de forma clara, indicando la identidad del funcionario respecto del que se invoca la inmunidad y el tipo de inmunidad que se invoca.

4. La invocación de la inmunidad se realizará preferentemente a través de los procedimientos establecidos en acuerdos de cooperación y asistencia judicial mutua en que ambos Estados sean partes, o mediante otros procedimientos comúnmente aceptados por dichos Estados. La inmunidad podrá ser invocada también por vía diplomática.

5. En caso de que la invocación de la inmunidad no se realice directamente ante los tribunales del Estado del foro, las autoridades que hayan recibido la comunicación relativa a la invocación de la inmunidad usarán todos los medios a su disposición para dar traslado de la misma a los órganos competentes para determinar la aplicación de la inmunidad, que deberán pronunciarse sobre la misma tan pronto como tengan conocimiento de la invocación de la inmunidad.

6. En todo caso, los órganos competentes para determinar la inmunidad deberán pronunciarse de oficio sobre su aplicación respecto de los funcionarios del Estado que gocen de inmunidad *ratione personae*, con independencia de que el Estado del funcionario invoque o no la inmunidad.

Proyecto de artículo 11 Renuncia a la inmunidad

1. El Estado podrá renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios.

2. La renuncia deberá ser expresa y clara, con mención del funcionario a cuya inmunidad se renuncia y, en su caso, los actos a que dicha renuncia se refiere.

3. La renuncia se realizará preferentemente a través de los procedimientos establecidos en acuerdos de cooperación y asistencia judicial mutua en que ambos Estados sean partes, o mediante otros procedimientos comúnmente aceptados por dichos Estados. La renuncia a la inmunidad se podrá comunicar por vía diplomática.

4. Se entenderá como renuncia expresa la que se pueda deducir de forma clara e inequívoca de un tratado internacional en el que el Estado del foro y el Estado del funcionario sean partes.

5. En caso de que la renuncia a la inmunidad no se realice directamente ante los tribunales del Estado del foro, las autoridades que hayan recibido la comunicación relativa a la renuncia usarán todos los medios a su disposición para dar traslado de la misma a los órganos competentes para determinar la aplicación de la inmunidad.

6. La renuncia a la inmunidad es irrevocable.

Proyecto de artículo 12 Notificación al Estado del funcionario

1. Cuando las autoridades competentes del Estado del foro tengan elementos suficientes para concluir que un funcionario extranjero podría ser sometido a su jurisdicción penal, el Estado del foro notificará dicha circunstancia al Estado del funcionario. A tal fin, los Estados considerarán el establecimiento en su derecho interno de los procedimientos adecuados para facilitar dicha notificación.

2. La notificación incluirá la identidad del funcionario, los actos del funcionario que podrían ser sometidos al ejercicio de la jurisdicción penal y la autoridad que, de acuerdo con el derecho del Estado del foro, es competente para el ejercicio de dicha jurisdicción.

3. La notificación se realizará por cualquiera de las vías de comunicación aceptadas por ambos Estados o por las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua en que ambos sean partes. En caso de que

no existan o no sean aceptadas dichas fórmulas, la notificación se realizará por vía diplomática.

Proyecto de artículo 13
Intercambio de información

1. El Estado del foro podrá solicitar del Estado del funcionario la información que considere relevante a los efectos de pronunciarse sobre la aplicación de la inmunidad.
2. Dicha información podrá solicitarse por los procedimientos previstos en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua en que ambos Estados sean partes o a través de cualquier otro procedimiento que acepten de común acuerdo. En caso de que no exista ningún procedimiento aplicable, la información se podrá solicitar por vía diplomática.
3. En caso de que la información no sea remitida directamente a los órganos judiciales competentes para decidir sobre la inmunidad, las autoridades del Estado del foro que la hayan recibido, de acuerdo con lo previsto en su derecho interno, darán traslado de la misma a los tribunales competentes. A tal fin, los Estados considerarán el establecimiento en su derecho interno de los procedimientos adecuados para facilitar dicha comunicación.
4. El Estado del funcionario podrá denegar la solicitud de información si considera que la misma afecta a su soberanía, al orden público, a la seguridad o a intereses públicos fundamentales. Antes de proceder a la denegación de la solicitud de información, el Estado del funcionario considerará la posibilidad de someter la entrega de la información a condiciones.
5. La información recibida estará sometida, en su caso, a las condiciones de confidencialidad fijadas por el Estado del funcionario, que deberán cumplirse de conformidad con lo previsto en los tratados de asistencia mutua que sirvan de base para la solicitud y entrega de la información o que, en su defecto, sean fijadas por el Estado del funcionario al realizar la entrega de la información.
6. La negativa del Estado del funcionario a entregar la información solicitada no podrá ser considerada como causa suficiente para declarar que la inmunidad de jurisdicción no se aplica.

Proyecto de artículo 14
Remisión del procedimiento al Estado del funcionario

1. Las autoridades del Estado del foro podrán considerar inhibirse en el ejercicio de su jurisdicción a favor del Estado del funcionario, remitiendo al mismo el procedimiento penal que se haya iniciado o se pretenda iniciar contra el funcionario.
2. A partir de la solicitud de remisión, el Estado del foro suspenderá el procedimiento penal hasta que el Estado del funcionario se pronuncie sobre aquella.
3. La remisión del procedimiento al Estado del funcionario se realizará de conformidad con lo previsto en la legislación nacional del Estado del foro y en los convenios de cooperación internacional y asistencia judicial mutua en que sean partes el Estado del foro y el Estado del funcionario.

Proyecto de artículo 15
Consultas

El Estado del foro y el Estado del funcionario celebrarán consultas, a petición de cualquiera de las partes, sobre las cuestiones relacionadas con la determinación de la inmunidad del funcionario extranjero de conformidad con lo previsto en el presente proyecto de artículos.

Proyecto de artículo 16
Trato justo e imparcial del funcionario

1. El funcionario del Estado cuya inmunidad de jurisdicción penal extranjera esté siendo examinada por las autoridades del Estado del foro gozará de todas las garantías de un trato justo, incluyendo los derechos y garantías procesales propios del juicio justo e imparcial.
 2. Estas garantías deberán aplicarse tanto en el proceso de determinación de la aplicación de la inmunidad de jurisdicción, como en todo proceso judicial que se siga contra el funcionario en caso de que la inmunidad de jurisdicción no se aplique.
 3. Entre las garantías del trato justo e imparcial se incluirá en todo caso la obligación de comunicar sin demora al representante más próximo del Estado del funcionario la detención o cualquier otra medida que afecte a la libertad personal del funcionario, a fin de que pueda recibir la asistencia a que tiene derecho de conformidad con el derecho internacional.
 4. El trato justo e imparcial del funcionario se ejercerá de conformidad con las normas internacionales aplicables, así como de las leyes y demás normativa del Estado del foro.
-