



Comisión de Derecho Internacional**72º período de sesiones**Ginebra, 26 de abril a 4 de junio
y 5 de julio a 6 de agosto de 2021**Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 72º período de sesiones***Relator:* Sr. Juan José Ruda Santolaria**Capítulo VI
Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado****Adición**

[...]

C. Texto de los proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento

[...]

2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 72º período de sesiones**Proyecto de artículo 8 *ante*
Aplicación de la cuarta parte**

Las disposiciones y garantías procesales de esta parte se aplicarán en relación con todo procedimiento penal contra un funcionario de un Estado extranjero, antiguo o en ejercicio, que afecte a cualquier proyecto de artículo contenido en las partes segunda y tercera del presente proyecto de artículos, incluida la determinación de si la inmunidad se aplica o no en virtud de cualquiera de los proyectos de artículo.

Comentario

1) El proyecto de artículo 8 *ante* es el primero de los artículos de la cuarta parte del proyecto de artículos, que lleva por título “Disposiciones y garantías procesales”. Su finalidad es definir el ámbito de aplicación de la cuarta parte en relación con las partes segunda y tercera, dedicadas respectivamente a la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*.



2) La cuarta parte está integrada en el proyecto de artículos y, por tanto, las disposiciones contenidas en la misma están llamadas a aplicarse de modo general respecto del resto de preceptos incluidos en él. Sin embargo, el ámbito de aplicación de esta cuarta parte ha sido objeto de interpretaciones distintas por parte de los miembros de la Comisión, en particular por lo que se refiere a su relación con el proyecto de artículo 7 provisionalmente aprobado por la Comisión en su 69º período de sesiones (2017).

3) A juicio de algunos miembros de la Comisión, el título del proyecto de artículo 7 (Crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica) y la reiteración de esta misma idea en el encabezamiento del párrafo 1 del proyecto de artículo¹ dejarían fuera del ámbito de aplicación del proyecto de artículos cualquier cuestión referida a las excepciones a la inmunidad. Por consiguiente, no sería posible aplicar ninguna de las disposiciones y garantías procesales contenidas en la cuarta parte en relación con el proyecto de artículo 7, rompiéndose así el necesario equilibrio entre dicho proyecto de artículo y las garantías procesales que deben ofrecerse al Estado del funcionario. Esa noción de equilibrio ha quedado reflejada en los trabajos de la Comisión mediante la inclusión de una nota a pie de página que acompaña al título de las partes segunda y tercera y advierte de que “[l]a Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos”².

4) Otros miembros de la Comisión señalaron, por el contrario, que no existen razones para concluir que la cuarta parte del proyecto de artículos no se aplica al proyecto de artículo 7. Así, para estos miembros el proyecto de artículo 7 está incluido en la tercera parte del proyecto de artículos y está sometido a las mismas reglas que el resto de los proyectos de artículo, incluidas las disposiciones y garantías procesales definidas en la cuarta parte. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que, como se afirma en el comentario al proyecto de artículo 7, la “nota [antes mencionada] se incluyó como referencia en el título de la segunda parte (Inmunidad *ratione personae*) y en el título de la tercera parte (Inmunidad *ratione materiae*) del proyecto de artículos, ya que las disposiciones y garantías procesales podían referirse a ambas categorías de inmunidad, y debían considerarse además en relación con el proyecto de artículos entendido en su conjunto”³. A juicio de estos miembros, el proyecto de artículo 7 opera como una excepción a la aplicación de las reglas generales relativas a la inmunidad *ratione materiae* y por ello, para determinar si las excepciones a la inmunidad se aplican o no en un caso concreto, deberán tenerse en cuenta todas las disposiciones y garantías procesales incluidas en el proyecto de artículos.

5) Teniendo en cuenta esta discrepancia, y como solución de avenencia, la Comisión ha aprobado el proyecto de artículo 8 *ante*, que indica expresamente que todas las disposiciones y garantías procesales contenidas en la cuarta parte del proyecto de artículos “se aplicarán en relación con todo procedimiento penal contra un funcionario de un Estado extranjero, antiguo o en ejercicio, que afecte a cualquier proyecto de artículo contenido en las partes segunda y tercera del presente proyecto de artículos, incluida la determinación de si la inmunidad se aplica o no en virtud de cualquiera de los proyectos de artículo”.

6) Con la inclusión de la frase “incluida la determinación de si la inmunidad se aplica o no en virtud de cualquiera de los proyectos de artículo”, la Comisión confirma que la cuarta parte, en su totalidad, se aplica también al proyecto de artículo 7. Ello queda de manifiesto, en particular, en la referencia a la determinación de la inmunidad entendida como el proceso que tiene por finalidad decidir si esta se aplica o no y que es objeto del proyecto de

¹ El encabezamiento en cuestión está redactado en los siguientes términos: “La inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional”.

² La nota fue incluida en el 69º período de sesiones de la Comisión, con ocasión de la aprobación provisional del proyecto de artículo 7. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párrs. 140 y 141. Véase, en especial, el párrafo 9) del comentario al proyecto de artículo 7, en el que se afirma que “a fin de expresar la gran importancia que la Comisión atribuye a las cuestiones procesales en el tratamiento del presente tema, se acordó incluir en el texto actual del proyecto de artículos una nota a pie de página redactada en los siguientes términos: ‘La Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos’”.

³ *Ibid.*, párrafo 9) del comentario al proyecto de artículo 7.

artículo 13, que está pendiente de examen por el Comité de Redacción. Para determinar la aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* se deberán tener en cuenta tanto los elementos normativos enumerados en los proyectos de artículo 4, 5 y 6, provisionalmente aprobados por la Comisión, como las excepciones contempladas en el proyecto de artículo 7. Además, en virtud del proyecto de artículo 8 *ante*, para determinar la eventual aplicación de las excepciones deberán respetarse todas las disposiciones y garantías procesales enunciadas en la cuarta parte.

7) Aunque se debatió la propuesta de que el proyecto de artículo 8 *ante* incluyera una referencia expresa al proyecto de artículo 7, a fin de asegurar que las disposiciones y garantías de la cuarta parte se aplicaran al mismo, la Comisión no ha retenido dicha propuesta y ha decidido emplear una formulación más general y neutra referida a “la determinación de si la inmunidad se aplica o no en virtud de cualquiera de los proyectos de artículo”.

8) La cuarta parte se aplica “en relación con todo procedimiento penal contra un funcionario de un Estado extranjero”. En el proyecto de artículo 8 *ante* se ha empleado la expresión “procedimiento penal” para hacer referencia de forma amplia a distintos tipos de actos que se pueden realizar a fin de determinar, en su caso, la responsabilidad penal de un funcionario del Estado, incluso fuera de un juicio propiamente dicho. Teniendo en cuenta las diferencias existentes en la práctica entre los distintos sistemas y tradiciones jurídicas existentes en los Estados, no se ha considerado necesario mencionar de forma expresa la naturaleza de dichos actos, que podrán incluir tanto actos propios del ejecutivo como los realizados por jueces y fiscales. En todo caso, se debe tener en cuenta que el empleo de la expresión “procedimiento penal” deberá ser objeto de examen en la revisión final del proyecto de artículos antes de su aprobación en primera lectura, en especial para asegurar la utilización coherente y sistemática en todo el proyecto de artículos tanto de esta expresión como de la expresión “ejercicio de la jurisdicción penal” y de sus respectivos significados. Dicho examen deberá llevarse a cabo una vez que la Comisión se haya pronunciado sobre la definición del concepto de “jurisdicción penal”, que se encuentra pendiente de examen por el Comité de Redacción.

9) El proyecto de artículo 8 *ante* emplea la expresión “contra un funcionario de un Estado extranjero, antiguo o en ejercicio”. De este modo se refleja la necesidad de que exista una conexión entre el funcionario del Estado extranjero y el procedimiento penal que se pretende seguir en el Estado del foro y respecto del que se podría aplicar la inmunidad. Con la mención expresa de la situación temporal en que se puede encontrar el funcionario en su relación con el Estado extranjero (antiguo o en ejercicio) no se pretende alterar el alcance temporal de la inmunidad de jurisdicción penal, ya que, como ha señalado la Comisión en el comentario al proyecto de artículo 2 *e*), ese elemento es irrelevante para la definición de “funcionario” y “[e]l alcance temporal de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae* es objeto de tratamiento en otros proyectos de artículo”⁴. Por tanto, la expresión “antiguo o en ejercicio” debe entenderse a la luz de lo dispuesto en el proyecto de artículo 4, párrafos 1 y 3, para la inmunidad *ratione personae*, y en el proyecto de artículo 6, párrafos 2 y 3, para la inmunidad *ratione materiae*. La expresión “funcionario de un Estado extranjero” también deberá ser objeto de revisión antes de aprobar el proyecto de artículos en primera lectura, a fin de decidir si se debe usar de manera coherente y sistemática esta expresión o la expresión “funcionario de otro Estado”, que se utiliza igualmente en otros proyectos de artículo.

10) Por último, se ha de señalar que la Comisión entiende que la adopción del proyecto de artículo 8 *ante* se entiende sin perjuicio de la adopción de cualquier garantía procesal, incluida la cuestión de la aplicación o no de garantías específicas en relación con el proyecto de artículo 7.

Proyecto de artículo 8

Consideración de la inmunidad por el Estado del foro

1. Cuando las autoridades competentes del Estado del foro tengan conocimiento de que un funcionario de otro Estado puede verse afectado por el

⁴ *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 157, párrafo 12) del comentario al proyecto de artículo 2 *e*).

ejercicio de su jurisdicción penal deberán considerar sin dilación la cuestión de la inmunidad.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, las autoridades competentes del Estado del foro deberán considerar siempre la cuestión de la inmunidad:

- a) antes de iniciar el procedimiento penal;
- b) antes de adoptar medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado, incluidas aquellas que puedan afectar a cualquier inviolabilidad de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional.

Comentario

1) El proyecto de artículo 8 se refiere a la obligación de considerar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal cuando las autoridades del Estado del foro pretenden ejercer o ejercen su jurisdicción penal sobre un funcionario de otro Estado. Por “consideración de la inmunidad” se entiende las medidas necesarias para valorar si un acto de las autoridades del Estado del foro que implique el ejercicio de su jurisdicción penal puede afectar o no a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios de otro Estado. Por tanto, la “consideración” de la inmunidad es un acto preparatorio que marca el inicio de un proceso que terminará con la determinación de si la inmunidad se aplica o no. Sin embargo, aunque están estrechamente relacionadas, la “consideración” y la “determinación” de la inmunidad son categorías distintas. La “determinación de la inmunidad” es objeto de un proyecto de artículo separado que aún no ha sido examinado por el Comité de Redacción.

2) El proyecto de artículo 8 contiene dos párrafos dedicados, respectivamente, a definir una regla general (párr. 1) y una regla particular (párr. 2). En ambos casos la obligación de considerar la cuestión de la inmunidad se predica de las “autoridades competentes” del Estado del foro. La Comisión ha decidido no hacer una mención expresa de los órganos del Estado que responden a esta categoría, ya que la identificación de cuáles sean dichos órganos dependerá del momento en que se suscite la cuestión de la inmunidad, así como del ordenamiento jurídico del Estado del foro. Dado que dichos órganos pueden ser distintos en cada sistema jurídico interno, se ha considerado preferible emplear una terminología que permite dar cobertura a órganos de distinta naturaleza, entre los que se incluyen los órganos del ejecutivo, la policía, la fiscalía o los tribunales. Determinar qué órganos del Estado responden a la categoría de “autoridades competentes” a los efectos del presente proyecto de artículo es una cuestión que deberá plantearse caso por caso.

3) La regla general contenida en el párrafo 1 define la obligación de las autoridades competentes del Estado del foro de “considerar sin dilación la cuestión de la inmunidad” cuando “tengan conocimiento de que un funcionario de otro Estado puede verse afectado por el ejercicio de su jurisdicción penal”.

4) La presencia del funcionario extranjero constituye el requisito esencial para que se desencadene la obligación de considerar la cuestión de la inmunidad. La Comisión ha considerado más adecuado utilizar la expresión “funcionario de otro Estado” en lugar de “funcionario extranjero”. Dicha expresión se utiliza como equivalente de “funcionario de un Estado extranjero”, que se emplea en el proyecto de artículo 8 *ante*, y de “funcionario del Estado”, que se emplea en el título del tema (en plural) y cuya definición se contiene en el proyecto de artículo 2 *e*) provisionalmente aprobado por la Comisión. Bajo esta denominación se incluye, por tanto, a cualquier funcionario del Estado, con independencia de su rango, tanto si está cubierto por la inmunidad *ratione personae* como por la inmunidad *ratione materiae*, y tanto si es un funcionario en ejercicio como si ha dejado de serlo en el momento en que se debe considerar la cuestión de la inmunidad. Por tanto, bajo la denominación de “funcionario de otro Estado” debe incluirse a todo funcionario que podría beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de conformidad con lo previsto en las partes segunda y tercera del presente proyecto de artículos.

5) La obligación de considerar la cuestión de la inmunidad únicamente se producirá cuando un funcionario de otro Estado pueda verse afectado por el ejercicio de la jurisdicción

penal del Estado del foro. En el caso de la regla general, la Comisión ha empleado la expresión “ejercicio de [la] jurisdicción penal”, que ha considerado preferible a “procedimiento penal”, expresión propuesta por la Relatora Especial y que fue considerada como demasiado restrictiva. La expresión “ejercicio de la jurisdicción penal” ha sido empleada también en los proyectos de artículo 3, 5 y 7, aunque no se ha definido su alcance en los comentarios correspondientes. Cabe mencionar que el propio concepto de “jurisdicción penal”, que fue incluido en el segundo informe de la Relatora Especial⁵, no ha sido examinado aún por el Comité de Redacción. En todo caso, y a reserva de la definición de “jurisdicción penal” que adopte en su momento la Comisión, a los efectos del proyecto de artículo 8 por “ejercicio de la jurisdicción penal” se ha de entender aquellos actos que pueden ser llevados a cabo por las autoridades competentes del Estado del foro que puedan ser necesarios para deducir, en su caso, la responsabilidad penal de un individuo o grupo de individuos. Dichos actos pueden tener distinta naturaleza y no se limitan a los propios de la actividad judicial. Por el contrario, bajo la expresión “ejercicio de la jurisdicción penal” pueden incluirse actos gubernativos, de policía, de investigación e instrucción, o de enjuiciamiento.

6) No obstante, no todos los actos que pueden quedar cubiertos bajo la categoría genérica de “ejercicio de la jurisdicción penal” generan la obligación de considerar la cuestión de la inmunidad. Por el contrario, dicha obligación solo surge cuando el funcionario de otro Estado pueda “verse afectado” por alguno de los actos que integran esta categoría. Es decir, cuando el acto que puede ser realizado por las autoridades competentes del Estado del foro tenga incidencia directa sobre el funcionario de otro Estado.

7) La regla general enunciada en el párrafo 1 atribuye una importancia especial al momento en que las autoridades competentes del Estado del foro deben considerar la cuestión de la inmunidad, poniendo el énfasis en que esta se produzca en un momento temprano, ya que en caso contrario la eficacia de la institución de la inmunidad podría verse mermada. Aunque los tratados que han regulado distintas formas de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no han incluido normas específicas sobre esta cuestión, la Corte Internacional de Justicia sí ha declarado de forma expresa que la cuestión de la inmunidad debe ser examinada en un momento temprano y considerada *in limine litis*⁶. Teniendo esto en cuenta, la Comisión ha considerado necesario señalar de modo expreso el momento en que se debe iniciar el examen de la cuestión de la inmunidad, definiéndolo de la siguiente forma: “cuando las autoridades competentes del Estado del foro tengan conocimiento de que un funcionario de otro Estado puede verse afectado por el ejercicio de su jurisdicción penal”. Con la expresión “cuando [...] tengan conocimiento”, que sigue en cierto modo la formulación empleada por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional de 2001⁷, se ha querido poner de relieve que la

⁵ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento [A/CN.4/661](#), págs. 46 y 47, párrs. 36 a 42.

⁶ Esta cuestión ha sido abordada por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos*, en la que se dilucidaba la aplicabilidad de los privilegios e inmunidades contenidos en la 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) en relación con el enjuiciamiento en Malasia del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, que había sido procesado por las declaraciones realizadas en una entrevista. En este contexto, la Corte —a petición del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas— emitió una opinión consultiva en la que declaró que “las cuestiones de inmunidad son cuestiones preliminares que deben ser resueltas cuanto antes *in limine litis*”, y que tal afirmación “[e]s un principio de derecho procesal generalmente reconocido” cuya finalidad es que no se “priv[e] de su razón de ser a la regla relativa a la inmunidad”. En consecuencia, la Corte concluyó por 14 votos contra 1 “[q]ue los tribunales malayos tenían la obligación de tratar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción como una cuestión preliminar que ha de resolverse cuanto antes *in limine litis*” (*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 62 y ss., en especial pág. 88, párr. 63, y pág. 90, párr. 67 2 b).

⁷ En el artículo 6 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional se indica que “[l]as autoridades del Estado deben acordar al Jefe de Estado extranjero, desde el momento en que conocen tal

consideración de la cuestión de la inmunidad se debe producir de modo inmediato, sin necesidad de esperar a un momento ulterior en el que se haya formalizado el procedimiento judicial. Además, la inmediatez en la consideración de la cuestión de la inmunidad viene reforzada por la exigencia de que dicha consideración se debe producir “sin dilación”, empleándose una terminología ya recogida —aunque en un contexto distinto— en los artículos 36 y 37 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

8) El párrafo 2 del proyecto de artículo 8 enuncia una regla especial en la que se identifican dos supuestos particulares en los que las autoridades competentes del Estado del foro deben considerar la cuestión de la inmunidad. El régimen especial establecido en este párrafo se define como una cláusula “sin perjuicio”, a fin de preservar la aplicabilidad de la regla general contenida en el párrafo 1. En este sentido, la expresión “sin perjuicio” se emplea para destacar que la regla general se aplica en cualquier circunstancia y no se puede ver afectada ni perjudicada por la regla especial contenida en el párrafo 2. Por su parte, la regla especial contenida en este párrafo 2 tiene como finalidad llamar la atención de las autoridades competentes del Estado del foro sobre su obligación de considerar la cuestión de la inmunidad antes de adoptar una de las medidas especiales enunciadas en este párrafo, si es que no lo han hecho antes por aplicación de la regla general. El empleo del adverbio “siempre” tiene la finalidad de reforzar esta circunstancia.

9) De conformidad con la regla especial contenida en el párrafo 2, la cuestión de la inmunidad se deberá producir siempre “antes de iniciar el procedimiento penal” (apartado a) y “antes de adoptar medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado” (apartado b). La Comisión ha seleccionado estos dos supuestos por considerar que ambos se refieren a un tipo de actos que afectan siempre y de modo directo al funcionario de otro Estado y que, en caso de producirse, podrían tener consecuencias negativas sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de la que pueda beneficiarse dicho funcionario. Con el empleo del adverbio “antes” se quiere reforzar el principio de que la consideración de la inmunidad debe ser examinada siempre con carácter preliminar *in limine litis*.

10) Con la expresión “procedimiento penal” se hace referencia al comienzo de las actuaciones judiciales cuya finalidad es la determinación de la eventual responsabilidad penal de un individuo, en este caso un funcionario de otro Estado. Dicha expresión ha de distinguirse de la expresión “ejercicio de la jurisdicción penal” que, como ya se ha señalado anteriormente, tiene un significado más amplio. La Comisión ha preferido emplear la expresión “inici[o] [d]el procedimiento penal” en lugar de los términos “procesamiento”, “imputación” o “acusación”, o las expresiones “inicio de la fase de enjuiciamiento” o “inicio del juicio oral”, por considerar que pueden tener significados distintos en cada ordenamiento jurídico interno. Por ello, se ha optado por utilizar una terminología más general que permite incluir cualquiera de los actos particulares que, conforme al derecho interno del Estado del foro, determinan el inicio de las actuaciones judiciales en el orden penal. La identificación del “inicio del procedimiento penal” como el momento en que, en todo caso, debe considerarse la cuestión de la inmunidad es coherente con la práctica y con la jurisprudencia internacional. Ello no impide, sin embargo, que la cuestión de la inmunidad pueda ser considerada, en su caso, en un momento ulterior, también en la fase de recurso.

11) Con la expresión “medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado” se está haciendo referencia a aquellos actos de las autoridades competentes del Estado del foro que van dirigidos al funcionario y que pueden ser adoptados en cualquier momento en el contexto del ejercicio de la jurisdicción penal, con independencia de que se haya iniciado o no un procedimiento penal. Se trata, esencialmente, de medidas personales que pueden afectar, entre otras cuestiones, a la libertad de movimiento del funcionario, a su comparecencia ante los tribunales a título de testigo o a su extradición a un tercer Estado. Estas medidas no implican necesariamente que se esté llevando a cabo un “procedimiento penal contra el funcionario”, pero pueden estar comprendidas dentro de la categoría de “ejercicio de la jurisdicción penal”. Dado que este tipo de medidas pueden ser distintas en

condición, la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución a que tiene derecho” (*Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 69 (período de sesiones de Vancouver, 2001), pág. 746; puede consultarse en el sitio web del Instituto: www.idi-iil.org, en el apartado “Résolutions”).

cada sistema jurídico interno, se ha considerado preferible emplear la fórmula general de “medidas coercitivas” en lugar de enumerar actos concretos. Se ha elegido la expresión “medidas coercitivas” a fin de seguir la terminología ya empleada por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*⁸.

12) Una de las medidas coercitivas que con mayor frecuencia podrá adoptarse en la práctica es la detención del funcionario. La necesidad de considerar la cuestión de la inmunidad antes de acordar la detención ha sido declarada por el Tribunal Especial para Sierra Leona en el caso *Charles Taylor*, en cuya decisión de 31 de mayo de 2004 la Sala de Apelaciones ha afirmado lo siguiente: “[i]nsistir en que un Jefe de Estado en ejercicio debe primero someterse a encarcelamiento antes de que pueda plantear la cuestión de la inmunidad no solo es contrario, de manera sustancial, a toda la finalidad del concepto inmunidad soberana, sino que también presumiría, sin considerar el fondo, cuestiones relativas a excepciones a dicho concepto que corresponde entrar a determinar después de haber abordado el fondo de la pretensión de inmunidad”⁹. Por ello, la Comisión ha considerado necesario abordar esta cuestión en el contexto de la consideración de la inmunidad.

13) En relación con esta cuestión, es preciso advertir que el presente proyecto de artículos limita su ámbito de aplicación a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y no incluye, por tanto, la cuestión de la inviolabilidad. Sin embargo, aunque inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad son dos categorías distintas y no intercambiables, no es menos cierto que ambas son tratadas al mismo tiempo en distintos tratados internacionales, pudiéndose mencionar en este sentido la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas¹⁰, que establece que “[l]a persona del agente diplomático es inviolable [y] no puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto” (art. 29)¹¹ y que “[e]l agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución” (art. 31, párr. 3)¹². En un sentido similar, cabe citar también la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional (arts. 1 y 4)¹³.

14) Por otro lado, la Comisión ha tenido en cuenta que la detención de un funcionario de otro Estado podría, en determinadas circunstancias, afectar a la inmunidad de jurisdicción. A ello obedece la última frase del apartado b) del párrafo 2 del proyecto de artículo, que “incluye” entre las medidas coercitivas “aquellas que puedan afectar a cualquier inviolabilidad de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional”. Con la expresión “de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional” se quiere llamar la atención sobre el hecho de que no todo funcionario de otro Estado, por el mero hecho de serlo, goza de inviolabilidad, ya que los tratados internacionales antes

⁸ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports* 2002, págs. 3 y ss., en especial pág. 22, párr. 54.

⁹ *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, asunto SCSL-2003-01-I, decisión sobre la inmunidad de jurisdicción, 31 de mayo de 2004, párr. 30. El texto de la decisión puede consultarse en el sitio web del Tribunal Especial: www.scsldocs.org, en “Documents”, “Charles Taylor”.

¹⁰ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, núm. 7310, pág. 95.

¹¹ En un sentido similar se manifiestan la Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969), *ibid.*, vol. 1400, núm. 23431, pág. 231, art. 29; y la 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, o *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales*, Viena, 4 de febrero a 14 de marzo de 1975, vol. II, *Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.75.V.12), pág. 205, documento A/CONF.67/16, arts. 28 y 58. Y, de una manera más matizada, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, núm. 8638, pág. 261, art. 41, párrs. 1 y 2.

¹² En un sentido similar se manifiestan la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 31; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 30 y art. 60, párr. 2.

¹³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 7 *supra*), págs. 744 y 746.

mencionados tan solo reconocen la inviolabilidad de los agentes diplomáticos y otros funcionarios del Estado que gozan de inmunidad *ratione personae*.

Proyecto de artículo 9 Notificación al Estado del funcionario

1. Antes de que las autoridades competentes del Estado del foro inicien el procedimiento penal o adopten medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado, el Estado del foro notificará esa circunstancia al Estado del funcionario. Los Estados considerarán el establecimiento de los procedimientos adecuados para facilitar dicha notificación.

2. La notificación incluirá, *inter alia*, la identidad del funcionario, los motivos para el ejercicio de la jurisdicción penal y la autoridad competente para el ejercicio de jurisdicción.

3. La notificación se realizará por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

Comentario

1) El proyecto de artículo 9 se refiere a la notificación que el Estado del foro debe dirigir a otro Estado a fin de comunicarle que pretende ejercer la jurisdicción penal sobre uno de sus funcionarios.

2) Siendo generalmente aceptado que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se reconoce a los funcionarios del Estado en beneficio de este, 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 del funcionario toda decisión sobre la forma y las vías en que haya de proceder a reclamar el respeto de la inmunidad de su funcionario. Pero, para que pueda ejercer esas potestades, es necesario que tenga conocimiento de que las autoridades de un tercer Estado pretenden ejercer sobre uno de sus funcionarios su propia jurisdicción penal.

3) La Comisión ha constatado que los instrumentos convencionales que contemplan alguna forma de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado 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, con la única excepción del artículo 42 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹⁴. Ello se puede explicar por el hecho de que esta Convención es el único tratado de esta categoría que contempla la inmunidad de jurisdicción desde un enfoque básico de inmunidad *ratione materiae* y, por tanto, al ser posible el ejercicio de la jurisdicción penal en ciertas circunstancias, establece la obligación de notificación como una garantía de la inmunidad. Junto a ello, la Comisión ha tenido igualmente en cuenta que la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes¹⁵ da por supuesto que la notificación de la intención de ejercer la jurisdicción del Estado del foro sobre otro Estado ha de producirse necesariamente, y a tal fin regula en su artículo 22 los medios a través de los cuales se ha de producir la “notificación de la demanda u otro documento por el

¹⁴ El artículo 42 de la Convención está redactado en los siguientes términos: “Cuando 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”. La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 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 no contienen ninguna disposición similar.

¹⁵ 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.

que se incoe un proceso contra un Estado”. Aunque 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 presente proyecto de artículo. Teniendo esto en cuenta, la Comisión ha decidido incluir la notificación entre las garantías procesales que se establecen en la cuarta parte del proyecto de artículos.

4) La notificación se configura como un requisito esencial para garantizar que el Estado del funcionario pueda conocer de manera fehaciente la intención del Estado del foro de ejercer su jurisdicción penal sobre uno de sus funcionarios y, en consecuencia, pueda decidir sobre la invocación o renuncia a la inmunidad. Al mismo tiempo, la notificación facilita que se ponga en marcha el diálogo entre el Estado del foro y el Estado del funcionario y, por ello, se convierte en un requisito igualmente básico para garantizar la correcta determinación y aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Por tanto, la Comisión entiende la notificación como la primera de las garantías procesales que se definen en la cuarta parte del proyecto de artículos. Aunque la notificación pueda tener una estrecha relación con la celebración de consultas entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, los conceptos de “notificación” y “celebración de consultas” no pueden confundirse, ya que las consultas operan en un momento ulterior y son objeto del proyecto de artículo 15, que deberá ser examinado por el Comité de Redacción.

5) El proyecto de artículo 9 está dividido en tres párrafos que se refieren, respectivamente, al momento en que se debe producir la notificación, al contenido de la misma y a las vías que pueden ser utilizadas por el Estado del foro para proceder a la notificación.

6) El párrafo 1 se refiere al momento en que deberá producirse la notificación. Teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la notificación, esta debe realizarse en un momento temprano, ya que solo en ese caso desplegará todos sus efectos. Sin embargo, no se puede obviar que la notificación podría tener efectos no deseados en el ejercicio de la jurisdicción penal por parte del Estado del foro, en particular cuando se encuentre en una fase muy preliminar. Por ello, se ha considerado necesario establecer un equilibrio entre el deber de notificación al Estado del funcionario y el derecho del Estado del foro a llevar a cabo actividades propias de la jurisdicción penal que pueden afectar a múltiples sujetos y hechos y cuya realización no necesariamente ha de afectar al funcionario de otro Estado. Para atender a esta preocupación se han identificado como momentos críticos para proceder a la notificación los siguientes: a) el inicio del procedimiento penal y b) la adopción de medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado. La notificación deberá realizarse antes de que se produzca cualquiera de estas dos circunstancias. Se ha alineado así el párrafo 1 del presente proyecto de artículo con el párrafo 2, apartados a) y b), del proyecto de artículo 8, de tal modo que el momento en que debe producirse la notificación al Estado del funcionario coincide con los supuestos especiales en los que las autoridades competentes del Estado del foro deben considerar la cuestión de la inmunidad si no lo han hecho antes. Las expresiones “procedimiento penal” y “medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado” deben entenderse, por tanto, en el sentido ya descrito en el comentario al proyecto de artículo 8.

7) La expresión “funcionario de otro Estado” se emplea en el presente proyecto de artículo como equivalente a “funcionario del Estado” y, por tanto, debe entenderse conforme a la definición contenida en el proyecto de artículo 2 e) provisionalmente aprobado por la Comisión. Tal y como se señaló en el comentario a dicho proyecto de artículo, el empleo de la expresión “funcionario del Estado” no afecta al alcance temporal de la inmunidad¹⁶, que está sometido a las reglas particulares aplicables a la inmunidad *rationae personae* y a la inmunidad *ratione materiae*¹⁷. El comentario resulta igualmente pertinente para el presente proyecto de artículo y, en consecuencia, dentro de la categoría de “funcionario de otro

¹⁶ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 157, párrafo 12) del comentario al proyecto de artículo 2 e).

¹⁷ Véanse el proyecto de artículo 4, párrafos 1 y 3 (inmunidad *ratione personae*), y el proyecto de artículo 6, párrafos 2 y 3 (inmunidad *ratione materiae*).

Estado” debe incluirse a todo funcionario de otro Estado que pueda gozar de inmunidad de conformidad con lo previsto en las partes segunda y tercera del proyecto de artículos. Así, la expresión “funcionario de otro Estado” puede referirse tanto a un funcionario en activo en el momento en que se pretende ejercer la jurisdicción penal del Estado del foro como a un antiguo funcionario, siempre que ambos puedan beneficiarse de alguna forma de inmunidad.

8) La segunda frase del párrafo 1 es una recomendación dirigida a los Estados que se formula a partir de la constatación de que es posible que en algunos ordenamientos internos no existan procedimientos que permitan la comunicación entre las autoridades del ejecutivo, los jueces o la fiscalía¹⁸. En este supuesto, puede verse sensiblemente dificultado el cumplimiento de la obligación de notificar al Estado del funcionario el inicio de un procedimiento penal o la adopción de medidas coercitivas contra uno de sus funcionarios, especialmente si se tiene en cuenta que, en la práctica, en un buen número de casos las comunicaciones relacionadas con la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario de otro Estado se producen por vía diplomática. Por ello, la Comisión ha considerado necesario llamar la atención de los Estados sobre esta problemática, incluyendo esta frase final en el párrafo 1. No obstante, teniendo igualmente en cuenta la diversidad de sistemas y prácticas jurídicas internas, se ha optado por emplear una redacción no prescriptiva, que permita a los Estados valorar si existen o no en sus respectivos ordenamientos los procedimientos antes mencionados y, en su caso, decidir sobre su adopción. A tal fin se ha utilizado el verbo “considerarán”.

9) El párrafo 2 se refiere al contenido de la notificación. Teniendo en cuenta la finalidad que persigue la notificación, dicho contenido puede variar de un caso a otro, pero deberá incluir información suficiente para que el Estado del funcionario pueda formarse un juicio sobre la invocación o la renuncia a la inmunidad de que podría beneficiarse uno de sus funcionarios. Aunque la Comisión ha debatido sobre la inclusión o no de este párrafo, finalmente ha optado por mantenerlo dado que es útil a efectos de garantizar que el Estado del foro proporcione al Estado del funcionario un mínimo de información relevante. No obstante, se ha querido igualmente dejar un margen de apreciación al Estado del foro, teniendo en cuenta que los distintos sistemas y prácticas jurídicas estatales pueden regular de forma diferente la posibilidad de divulgar ciertos elementos de información que, en ocasiones, pueden encontrarse únicamente a disposición del fiscal o de los jueces. En consecuencia, en el párrafo 2 se ha pretendido asegurar un equilibrio entre el reconocimiento al Estado del foro de suficiente discrecionalidad en el ejercicio de su jurisdicción penal y la necesidad de proporcionar al Estado del funcionario información suficiente. A ello obedece el empleo del adverbio latino “*inter alia*” que precede a la enumeración de los elementos de información que deben incluirse —en todo caso— en la notificación a que se refiere el proyecto de artículo 9.

10) La información que debe incluirse necesariamente en la notificación se agrupa en tres categorías: a) la identidad del funcionario, b) los motivos para el ejercicio de la jurisdicción penal y c) la autoridad competente para el ejercicio de la jurisdicción. La identidad del funcionario constituye un elemento básico para que el Estado del funcionario pueda evaluar si es realmente uno de sus funcionarios y decidir sobre la invocación o renuncia a la inmunidad. Respecto de la información sustantiva que se debe notificar al Estado del funcionario, la Comisión ha considerado que no era suficiente limitarla a los “actos del funcionario que podrían ser sometidos al ejercicio de la jurisdicción penal”, tal y como se indicaba en la propuesta original de la Relatora Especial. Por ello, se ha empleado la expresión “motivos para el ejercicio de la jurisdicción penal” que, por su formulación más general, permite incluir en la notificación no solo elementos fácticos referidos al comportamiento del funcionario, sino también información sobre la legislación del Estado del foro en la que se fundamentaría el ejercicio de la jurisdicción. Por último, la Comisión ha considerado conveniente incluir en la lista de información básica la relativa a la autoridad competente para ejercer la jurisdicción en el caso concreto a que se refiere a la notificación. Ello se justifica por el interés que pueda tener el Estado del funcionario en identificar los

¹⁸ Véase el análisis de esta problemática que se contiene en el séptimo informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/729), párrs. 121 a 126.

órganos encargados de pronunciarse sobre el inicio del procedimiento penal o sobre la adopción de medidas cautelares para, en su caso, comunicarse con los mismos y formular las alegaciones sobre la inmunidad que considere oportunas. Teniendo en cuenta que en cada ordenamiento jurídico interno los órganos competentes para realizar este tipo de acciones y examinar la cuestión de la inmunidad pueden ser distintos, se ha empleado la expresión genérica “autoridad competente”, que puede incluir tanto a jueces, fiscales o policías como a otras autoridades gubernativas del Estado del foro. El uso de “autoridad competente” en singular se explica por el hecho de que dicha autoridad ya estará identificada en el caso a que se refiera la notificación, pero no impide que la competencia pueda recaer sobre una pluralidad de autoridades.

11) El párrafo 3 se refiere a las vías de comunicación que el Estado del foro puede utilizar para remitir la notificación al Estado del funcionario. Esta cuestión no ha sido recogida en ninguno de los tratados internacionales que regulan alguna forma de inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado. Sin embargo, en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes sí se han definido las vías a través de las cuales deberá realizarse la notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe un proceso contra un Estado, que, en virtud de lo previsto en su artículo 22, párrafo 1, “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”.

12) La Comisión ha considerado que es útil indicar en el presente proyecto de artículo las vías de comunicación que el Estado del foro puede utilizar para proceder a la notificación. Con este propósito, en el párrafo 3 se define un modelo que incorpora la “vía diplomática” y “cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados”.

13) La comunicación por vía diplomática es la empleada con mayor frecuencia en los casos en que se suscita la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, lo que se explica en buena medida por el hecho de que la cuestión de la aplicación o no de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de un determinado funcionario de otro Estado, que es un tema sensible, constituye un supuesto de “asunto oficial” y, por tanto, resultaría de aplicación lo previsto en el artículo 41, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas¹⁹. Por ello se ha situado en primer lugar la “vía diplomática” para destacar su mayor peso en la práctica. La expresión “por vía diplomática” reproduce la formulación contenida en el artículo 22, párrafo 1 c) i), de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, que ya ha sido utilizada con anterioridad por la Comisión en el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad²⁰. Dado que dicha expresión no es idéntica en todas las versiones oficiales de la Convención, en el presente proyecto de artículo 9 se han mantenido en cada versión lingüística los términos originales empleados en aquella.

14) Junto a la “vía diplomática”, se ha tenido igualmente en cuenta que es posible que los Estados utilicen otras vías de comunicación para realizar notificaciones relativas a la inmunidad, algunas de las cuales se mencionan en el propio artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes. A ello obedece la inclusión en el párrafo 3 de la frase “cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados”. Se define de esta forma una alternativa cuya utilización deberá ser decidida por los Estados interesados caso por caso y que puede reflejarse

¹⁹ Conforme a dicho artículo, “[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”.

²⁰ El texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/74/10)*, párrs. 44 y 45.

tanto en tratados internacionales de alcance general como en otros acuerdos que puedan alcanzar los Estados interesados. Dado que la forma de producirse la comunicación entre Estados puede regularse en instrumentos dedicados a cuestiones muy variadas, se ha incluido la expresión “a tal fin” para destacar que debe tratarse, en todo caso, de acuerdos que resulten relevantes y puedan ser aplicados en los supuestos en que se suscite la cuestión de la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Ello no significa, sin embargo, que dichos acuerdos deban estar dedicados de forma específica a la inmunidad ni deban regular la cuestión de la notificación de la inmunidad de forma expresa. Por último, conviene llamar la atención sobre el hecho de que, con la expresión “aceptadas [...] por los Estados interesados”, se hace referencia a la exigencia de que las otras vías de comunicación hayan sido aceptadas tanto por el Estado del foro como por el Estado del funcionario.

15) La última frase del párrafo 3 prevé que las otras vías de comunicación aceptadas “a tal fin” por los Estados interesados “podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables”. El empleo de esta vía de comunicación, que había sido sugerida por la Relatora Especial en su propuesta original, ha generado un intenso debate en el que se han suscitado cuestiones tales como el propio concepto de “tratado de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua”, el hecho de que este tipo de tratados no están dedicados a regular la cuestión de la inmunidad, o la circunstancia de que, dado el tipo de autoridades del Estado que podrían emitir y recibir la notificación de conformidad con dichos tratados, ello podría excluir del proceso de notificación al que se refiere el proyecto de artículo 9 a los Ministerios de Relaciones Exteriores y otros órganos encargados de las relaciones internacionales. Sin embargo, la Comisión ha decidido mantener una referencia a esta vía de comunicación entre Estados en el entendimiento de que, en ocasiones, se ha empleado por los Estados y puede ser un instrumento útil para facilitar la notificación.

16) A los efectos del presente proyecto de artículo, por “tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua” se entienden aquellos instrumentos concluidos con la finalidad de facilitar la cooperación y asistencia jurídica mutua en materia penal entre los Estados, que pueden revestir carácter multilateral o bilateral. Sin afán de exhaustividad, entre los primeros cabe citar el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal²¹ y sus dos protocolos adicionales²²; el Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal²³; el Convenio Europeo de Extradición²⁴ y sus cuatro protocolos adicionales²⁵; la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal²⁶; la Convención Interamericana sobre Extradición²⁷; el Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea²⁸; la Decisión

²¹ Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 20 de abril de 1959), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 472, núm. 6841, pág. 185.

²² Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 17 de marzo de 1978), *ibid.*, vol. 1496, núm. 6841, pág. 350; y Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 8 de noviembre de 2001), *ibid.*, vol. 2297, núm. 6841, pág. 22.

²³ Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal (Estrasburgo, 15 de mayo de 1972), *ibid.*, vol. 1137, núm. 17825, pág. 29.

²⁴ Convenio Europeo de Extradición (París, 13 de diciembre de 1957), *ibid.*, vol. 359, núm. 5146, pág. 273.

²⁵ Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 15 de octubre de 1975), *ibid.*, vol. 1161, núm. 5146, pág. 450; Segundo Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 17 de marzo de 1978), *ibid.*, vol. 1496, núm. 5146, pág. 328; Tercer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 10 de noviembre de 2010), *ibid.*, vol. 2838, núm. 5146, pág. 181; y Cuarto Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (Viena, 20 de septiembre de 2012), Consejo de Europa, *Council of Europe Treaty Series*, núm. 212.

²⁶ Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (Nassau, 23 de mayo de 1992), Organización de los Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 75.

²⁷ Convención Interamericana sobre Extradición (Caracas, 25 de febrero de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1752, núm. 30597, pág. 177.

²⁸ Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea (Bruselas, 29 de mayo de 2000), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 197, de 12 de julio de 2000, pág. 3.

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 penales²⁹; la Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa³⁰; y la Convención de Extradición entre los Países Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa³¹. Respecto de los tratados bilaterales, su elevado número hace imposible incluir una lista en este comentario, pero sí es posible referirse al menos a la existencia de tratados modelos que han sido elaborados en el seno de diversas organizaciones internacionales y que constituyen la base de un número importante de acuerdos bilaterales, entre los cuales se encuentran el Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales³²; el Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal³³; y el Tratado Modelo de Extradición³⁴. Todos ellos contienen disposiciones relativas a las vías de comunicación entre los Estados que podrían ser utilizadas en relación con la notificación regulada en el proyecto de artículo 9.

17) Las vías de comunicación establecidas en los acuerdos de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua se definen en el proyecto de artículo 9 como una subcategoría de las “otras vías de comunicación”, y su utilización se condiciona a que sean “aplicables”, lo que ha de entenderse en el sentido de que tanto el Estado del foro como el Estado del funcionario sean partes en los acuerdos antes mencionados y que el sistema diseñado en ellos sea susceptible de producir efectos en los casos en que se pueden plantear cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Estado.

18) En todo caso, se ha de destacar que el párrafo 3 del proyecto de artículo 9 no impone a los Estados nuevos requisitos relativos a las vías de comunicación distintos de los ya establecidos en los tratados aplicables.

19) Por último, respecto de la forma de la notificación, los miembros de la Comisión han expresado distintas opiniones sobre si esta debe realizarse por escrito, valorándose tanto la necesidad de evitar el abuso en el proceso de notificación como la flexibilidad que a veces requiere el propio acto de notificar. Finalmente no se ha considerado necesario establecer expresamente que la notificación deba realizarse por escrito. Así, aunque se considera que la notificación se deberá producir preferentemente en forma escrita, no se han querido excluir otras posibilidades, en particular teniendo en cuenta que con una cierta frecuencia la notificación —especialmente por vía diplomática— se produce en un primer momento de forma oral y va seguida ulteriormente por notificaciones escritas, con independencia de cuál sea su forma (nota verbal, carta o similar).

Proyecto de artículo 10 **Invocación de la inmunidad**

1. El Estado podrá invocar la inmunidad de su funcionario cuando tenga conocimiento de que la jurisdicción penal de otro Estado se puede ejercer o se está ejerciendo sobre el funcionario. La invocación de la inmunidad debe realizarse a la mayor brevedad posible.

²⁹ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 328, de 15 de diciembre de 2009, pág. 42.

³⁰ Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (Praia, 23 de noviembre de 2005), *Diário da República I*, núm. 177, de 12 de septiembre de 2008, pág. 6635.

³¹ Convención de Extradición entre los Países Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (Praia, 23 de noviembre de 2005), *ibid.*, núm. 178, de 15 de septiembre de 2008, pág. 6664.

³² Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, resolución 45/117 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo (enmendado posteriormente por la resolución 53/112 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998, anexo I).

³³ Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal, resolución 45/118 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo.

³⁴ Tratado Modelo de Extradición, resolución 45/116 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo (enmendado posteriormente por la resolución 52/88 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1997, anexo).

2. La invocación de la inmunidad se realizará por escrito, indicando la identidad y el cargo que ocupa el funcionario y los motivos por los que se invoca la inmunidad.

3. La inmunidad se puede invocar por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

4. Las autoridades ante quienes se ha invocado la inmunidad informarán inmediatamente de ese hecho a las demás autoridades interesadas.

Comentario

1) El proyecto de artículo 10 aborda la cuestión de la invocación de la inmunidad desde una doble perspectiva, a saber: el reconocimiento del derecho del Estado del funcionario a invocar la inmunidad, por un lado; y los aspectos procedimentales relativos al momento, contenido y vía de comunicación de la invocación de la inmunidad, por otro. Junto a ello, el proyecto de artículo 10 se refiere también a la información sobre el hecho de que se ha producido la invocación dirigida a las autoridades competentes del Estado del foro. Este proyecto de artículo no se refiere a los efectos de la invocación, que serán abordados ulteriormente. Por ello, no se ha incluido en el proyecto de artículo aprobado por la Comisión el párrafo 6 originalmente propuesto por la Relatora Especial relativo al examen de oficio de la cuestión de la inmunidad³⁵ ni una nueva propuesta de un miembro del Comité de Redacción que se refería al posible efecto suspensivo de la invocación de la inmunidad.

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 10 recoge los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo originalmente propuesto por la Relatora Especial. Su contenido parte del reconocimiento de que el Estado del funcionario tiene derecho a invocar la inmunidad de sus funcionarios cuando otro Estado pretende ejercer sobre ellos su jurisdicción penal. Aunque los tratados que regulan alguna forma de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no se refieren de forma expresa a la invocación de la inmunidad ni al correlativo derecho del Estado del funcionario, la invocación de la inmunidad de los funcionarios del Estado es una práctica común que se entiende cubierta por el derecho internacional. La invocación de la inmunidad cumple una doble finalidad, ya que, por un lado, sirve como instrumento para que el Estado del funcionario pueda reclamar el respeto de la inmunidad y, por otro, facilita que el Estado que pretende ejercer su jurisdicción tome conocimiento de esta circunstancia y pueda tener en cuenta la información proporcionada por el Estado del funcionario en el proceso de determinación de la inmunidad.

3) El derecho a invocar la inmunidad corresponde al Estado del funcionario. Ello se justifica fácilmente si se tiene en cuenta que la finalidad perseguida por la inmunidad es preservar la soberanía del Estado del funcionario, lo que se traduce en que la inmunidad se reconoce en beneficio del interés del Estado y no del individuo³⁶. Por tanto, es al Estado

³⁵ El texto del párrafo 6 del proyecto de artículo inicialmente propuesto por la Relatora Especial en su séptimo informe es el siguiente: “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” (A/CN.4/729, párr. 69).

³⁶ Ello constituye una cuestión incontrovertida que se ha reflejado incluso en diversos tratados, entre los que cabe citar, a título de ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, cuyo preámbulo contiene una afirmación 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), la Convención sobre las Misiones Especiales (séptimo párrafo) y 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 de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional, en el que indica 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

mismo y no a sus funcionarios al que corresponde invocar la inmunidad y tomar todas las decisiones relacionadas con una eventual invocación. En todo caso, se trata de un derecho de naturaleza potestativa, por lo que se ha empleado la oración “[e]l Estado podrá invocar la inmunidad de su funcionario”.

4) La potestad para invocar la inmunidad se predica del Estado del funcionario, sin que se haya considerado necesario identificar las autoridades que tienen competencia para tomar las decisiones referidas a la invocación ni las autoridades que tienen competencia para invocar la inmunidad. Los tratados relevantes no se refieren a esta cuestión y, por tanto, las autoridades competentes a tal fin serán las que determine el derecho interno en virtud del principio de autoorganización del Estado. En todo caso, es innegable que esa competencia debe reconocerse, al menos, a los órganos del Estado encargados de las relaciones internacionales en virtud del derecho internacional, lo que incluye al Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno, el Ministro de Relaciones Exteriores y los Jefes de Misión Diplomática. No obstante, ello no impide que, en determinadas circunstancias, pueda invocar la inmunidad una persona a la que el Estado otorga un mandato específico a tal fin, especialmente en el contexto de un procedimiento penal en sentido estricto que se desarrolle ante los tribunales.

5) La invocación de la inmunidad ha de entenderse, por tanto, como un acto oficial del Estado del funcionario por el que hace saber al Estado que pretende ejercer su jurisdicción penal que el individuo en cuestión es su funcionario y que, a su juicio, goza de inmunidad, con las consecuencias que de ello podrían derivarse. Por tanto, la invocación de la inmunidad será tanto más útil cuanto antes se produzca. A ello responde la afirmación de que el Estado del funcionario podrá invocar la inmunidad “cuando tenga conocimiento de que la jurisdicción penal de otro Estado se puede ejercer o se está ejerciendo sobre el funcionario”. La expresión “otro Estado” se ha considerado preferible a la de “Estado del foro” por ser más amplia y comprensiva, en especial teniendo en cuenta que la invocación podría realizarse antes de que se inicie el procedimiento penal en sentido estricto. La expresión “cuando tenga conocimiento” reproduce la que se ha empleado en el proyecto de artículo 8. Por lo que se refiere a la forma en que el Estado del funcionario puede llegar a tener conocimiento de la situación, la Comisión ha tenido en cuenta, en primer lugar, la relación que existe entre “notificación” e “invocación”. La notificación tiene entre sus finalidades informar al Estado del funcionario de la intención de las autoridades competentes del Estado del foro de ejercer la jurisdicción penal y, por tanto, se configura como una fuente privilegiada a través de la cual el Estado del funcionario puede llegar a tener conocimiento de dicha situación. Sin embargo, no se ha querido excluir la posibilidad de que el Estado del funcionario tenga conocimiento de la misma por otra vía, ya sea a través de información recibida de su propio funcionario o por cualquier otra fuente de información. Por ello, no se ha incluido una referencia a la notificación regulada en el proyecto de artículo 9 como el acto relevante para determinar el momento en que se puede invocar la inmunidad.

6) El párrafo 1 contempla la posibilidad de que el Estado del funcionario invoque la inmunidad cuando tenga conocimiento de que “se puede ejercer o se está ejerciendo sobre el funcionario” la jurisdicción penal de otro Estado. Con esta formulación alternativa se ha querido dar respuesta al hecho de que, en ocasiones, es posible que el Estado del funcionario solo tenga conocimiento de las acciones emprendidas respecto de su funcionario en un momento tardío, lo que —sin embargo— no puede privar al Estado del funcionario de su derecho a invocar la inmunidad, en especial cuando ya se han realizado actos de jurisdicción que pueden afectar al funcionario. En relación con esta cuestión, se debe tener en cuenta que el reconocimiento del derecho del Estado del funcionario a invocar la inmunidad no puede

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” (*Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 7 *supra*), pág. 742, tercer párrafo). De la misma manera se han manifestado los dos Relatores Especiales que se han ocupado de este tema en la Comisión (véanse *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento [A/CN.4/631](#), págs. 427 y ss., en especial pág. 434, párr. 19; *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento [A/CN.4/646](#), págs. 237 y ss., en especial pág. 242, párr. 15; y *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento [A/CN.4/661](#), págs. 39 y ss., en especial pág. 49, párr. 49).

interpretarse automáticamente en el sentido de que la invocación de la inmunidad impida la continuación de un procedimiento penal cuando la jurisdicción haya sido establecida.

7) La última frase del párrafo 1 establece que “[l]a invocación de la inmunidad debe realizarse a la mayor brevedad posible”. La expresión “a la mayor brevedad posible” se ha empleado teniendo en cuenta que el Estado del funcionario deberá analizar diversos elementos relevantes (jurídicos y políticos) para tomar la decisión de invocar o no la inmunidad, y para determinar, en su caso, el alcance que quiere dar a la invocación. Dado que para ello el Estado del funcionario necesitará un tiempo que puede variar de un caso a otro, se ha preferido utilizar esta expresión en lugar de “tan pronto como sea posible” o “en un plazo razonable”, cuya interpretación puede resultar ambigua. Además, con la expresión “a la mayor brevedad posible”, se llama la atención sobre la importancia que tiene el hecho de que la invocación de la inmunidad se realice en un momento temprano.

8) En todo caso, ha de tenerse en cuenta que, si bien la invocación de la inmunidad constituye una garantía para el Estado del funcionario, que, por esa razón, será el primer interesado en realizarla “a la mayor brevedad posible”, ello no impide que el Estado invoque la inmunidad en cualquier otro momento. El empleo del verbo “podrá” se ha de entender en este sentido. La invocación de la inmunidad será conforme a derecho, con independencia de que puedan variar, en su caso, sus efectos.

9) El párrafo 2 está dedicado a la forma en que se debe invocar la inmunidad y el contenido de la misma. La Comisión ha tenido en cuenta que la invocación de la inmunidad por parte del Estado del funcionario está llamada a influir en el proceso de determinación de la inmunidad y en el posible bloqueo del ejercicio de su jurisdicción por parte del Estado del foro. Por ello se ha considerado que la invocación deberá realizarse por escrito, con independencia de la forma que dicho escrito revista. En él se deberán mencionar explícitamente la identidad del funcionario y el cargo que ocupa, así como los motivos por los que se invoca la inmunidad.

10) Con la expresión “el cargo que ocupa” se está haciendo referencia al título, rango o nivel del funcionario (por ejemplo, Jefe del Estado, Ministro de Relaciones Exteriores o asesor jurídico). En todo caso, debe tenerse en cuenta que la referencia al cargo que ocupa el funcionario no debe interpretarse en ningún caso en el sentido de que se excluye de la cobertura de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera a los funcionarios de menor nivel, ya que, como ha afirmado la propia Comisión, “el concepto de ‘funcionario del Estado’ depende únicamente de que el individuo en cuestión represente al Estado o ejerza funciones estatales, [por lo que] el rango jerárquico que el mismo ocupe resulta irrelevante a los meros efectos de la definición”³⁷.

11) La Comisión ha considerado que no era conveniente establecer que el Estado del funcionario deba identificar el tipo de inmunidad que invoca (*ratione personae* o *ratione materiae*), ya que ello podría constituir una exigencia técnica excesiva. La referencia al cargo que ocupa el funcionario y a los motivos para invocar la inmunidad puede constituir la base para que el Estado del foro pueda valorar si serían de aplicación las reglas contenidas en la segunda o en la tercera parte del presente proyecto de artículos.

12) El párrafo 3 identifica las vías a través de las cuales se puede invocar la inmunidad. Este párrafo sigue el modelo del párrafo 3 del proyecto de artículo 9, a cuyos comentarios cabe remitirse por lo que se refiere su significado general. Sin embargo, se debe destacar que la Comisión ha introducido algunos cambios en la redacción del párrafo 3 del presente proyecto de artículo a fin de adaptarlo a las características propias de la invocación. En particular, se ha utilizado la formulación “[l]a inmunidad se puede invocar” en lugar de “se realizará”, a fin de señalar que no se excluye que la inmunidad de jurisdicción penal del funcionario se pueda invocar por otras vías, especialmente cuando se produce en un procedimiento penal a través de los actos judiciales permitidos por la legislación del Estado del foro.

³⁷ *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 158, párrafo 14) del comentario al proyecto de artículo 2 e).

13) El párrafo 4 tiene como objeto asegurar que la invocación de inmunidad formulada por el Estado del funcionario será conocida por las autoridades competentes del otro Estado que están concernidas por la cuestión de la inmunidad y que deberían considerar o determinar su aplicación. Su finalidad es evitar que la invocación de la inmunidad no produzca efectos por el simple hecho de que no se ha realizado ante las autoridades que deben examinar o pronunciarse sobre la inmunidad. Este párrafo recoge el espíritu del párrafo 5 del proyecto de artículo 10 propuesto por la Relatora Especial en su séptimo informe³⁸, aunque con una redacción más sencilla y prescriptiva, conforme a la cual “[l]as autoridades ante quienes se ha invocado la inmunidad informarán inmediatamente de ese hecho a las demás autoridades interesadas”. Esta disposición refleja el principio de que la obligación de examinar y determinar la cuestión de la inmunidad corresponde al Estado, que deberá adoptar las medidas necesarias para cumplir con esta obligación, y, por tanto, se define como una garantía procesal que beneficia tanto al Estado del funcionario como al Estado cuya jurisdicción penal se pretende ejercer. Sin embargo, teniendo en cuenta la diversidad de sistemas y prácticas jurídicas existentes en los Estados, así como la necesidad de respetar el principio de autoorganización, no se ha considerado necesario identificar cuáles son las autoridades obligadas a informar ni tampoco las autoridades que deberán recibir noticia de la invocación. Esto es así, lógicamente, en el entendimiento de que en ambos casos se trata de autoridades del Estado que pretende ejercer o ha ejercido su jurisdicción penal sobre un funcionario de otro Estado, y que por “las demás autoridades interesadas” se está haciendo referencia a aquellas autoridades que tienen competencia para participar en los procesos de consideración o determinación de la inmunidad. En ambos casos es irrelevante que se trate de autoridades del ejecutivo, del poder judicial o de la fiscalía, e incluso de autoridades policiales.

Proyecto de artículo 11
Renuncia a la inmunidad

1. El Estado puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios.
2. La renuncia ha de ser siempre expresa y por escrito.
3. La renuncia a la inmunidad se puede comunicar por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.
4. Las autoridades a las que se ha comunicado la renuncia informarán inmediatamente a las demás autoridades interesadas de que se ha renunciado a la inmunidad.
5. La renuncia a la inmunidad es irrevocable.

Comentario

1) El proyecto de artículo 11 se refiere a la renuncia a la inmunidad desde una doble perspectiva, a saber: el reconocimiento del derecho del Estado del funcionario a renunciar a la inmunidad, por un lado; y los aspectos procedimentales relativos a la forma que debe revestir la renuncia y las vías empleadas para comunicarla, por otro. Junto a ello, el proyecto de artículo 11 se refiere también a la información sobre el hecho de que se ha producido la renuncia, que ha de dirigirse a las autoridades competentes del Estado del foro. Aunque la estructura del proyecto de artículo 11 sigue el modelo del proyecto de artículo 10, el contenido de ambos no es idéntico, ya que invocación y renuncia son instituciones distintas que no pueden confundirse.

2) Contrariamente a lo que sucede con la invocación, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción ha sido examinada de forma detallada por la Comisión en varios de sus anteriores

³⁸ A/CN.4/729, párr. 69.

proyectos de artículos³⁹ y se ha reflejado en los tratados internacionales que, basados en dichos proyectos de artículos, regulan alguna de las formas de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de ciertos funcionarios del Estado, en particular, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (art. 32), la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (art. 45), la Convención sobre las Misiones Especiales (art. 41) y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (art. 31). A ello se ha de añadir que la cuestión de la renuncia a la inmunidad también ha sido objeto de tratamiento en los proyectos de codificación privada sobre este tema, en especial las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional de 2001 y 2009⁴⁰. Otro tanto sucede con la renuncia a la inmunidad del Estado, que ha sido contemplada tanto en la Convención de las Naciones Unidas sobre las

³⁹ La Comisión abordó el tema de la renuncia a la inmunidad de ciertos funcionarios del Estado con ocasión de sus trabajos sobre las relaciones diplomáticas, las relaciones consulares, las misiones especiales y la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales. El artículo 30 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas 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” (*Anuario... 1958*, vol. II, documento A/3859, pág. 106). Por su parte, el artículo 45 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares establecía lo siguiente: “*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” (*Anuario... 1961*, vol. II, documento A/4843, pág. 131). El artículo 41 del proyecto de artículos sobre las misiones especiales 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” (*Anuario... 1967*, vol. II, documento A/6709/Rev.1 y Rev.1/Corr.2, pág. 379). Y, finalmente, el artículo 31 del proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales señalaba lo siguiente: “*Renuncia a la inmunidad*. 1. El Estado que envía podrá 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” (*Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), documento A/8410/Rev.1, pág. 328).

⁴⁰ El artículo 7 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional está redactado 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” (*Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 7 *supra*), pág. 748). Por su parte, el artículo 8 de la resolución establece lo siguiente: “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” (*ibid.*). 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”. 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 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” (*Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 73-I-II (período de sesiones de Nápoles, 2009), pág. 229; puede consultarse en el sitio web del Instituto: www.idi-iil.org, en el apartado “*Résolutions*”).

Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes⁴¹ como en las leyes nacionales sobre la inmunidad del Estado⁴².

3) La renuncia a la inmunidad por parte del Estado del funcionario es un acto oficial de dicho Estado por el que renuncia a su derecho a reclamar la inmunidad, en virtud del cual se elimina todo obstáculo que se pudiera oponer a los tribunales del Estado del foro para ejercer su jurisdicción. Por tanto, la renuncia a la inmunidad invalida cualquier debate sobre la aplicación de la inmunidad y sobre sus límites y excepciones. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado este efecto de la renuncia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, en cuyo fallo 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”⁴³.

4) En el párrafo 1 se reconoce el derecho del Estado del funcionario a renunciar a la inmunidad. Este párrafo reproduce, con pequeñas adaptaciones, la redacción del artículo 32, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 11 se indica que “[e]l Estado puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios”. De esta manera se pone el énfasis en el titular del derecho a la renuncia, que es el Estado del funcionario y no el funcionario mismo, lo que es una consecuencia lógica de que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se reconozca en beneficio de los derechos e intereses del Estado del funcionario. Por tanto, solo este puede renunciar a la inmunidad y consentir de esta forma en que la jurisdicción penal de otro Estado se ejerza sobre uno de sus funcionarios. Se ha empleado el verbo “puede” para señalar que la renuncia es un derecho del Estado del funcionario y no una obligación. De esta manera se ha seguido la práctica anterior de la Comisión, que, en los distintos proyectos de artículos en los que se ha ocupado de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, ha considerado que no existe una obligación de renunciar a la inmunidad.

5) La potestad para renunciar a la inmunidad se predica del Estado del funcionario, sin que se haya considerado necesario identificar las autoridades que tienen competencia para tomar las decisiones referidas a la renuncia ni las que tienen competencia para comunicar la renuncia a la inmunidad. Ni las convenciones ni las legislaciones nacionales antes referidas regulan de forma general esta cuestión, mencionando al Estado en términos abstractos⁴⁴. La propia Comisión ya consideró en trabajos anteriores que era preferible no mencionar expresamente los órganos del Estado competentes para renunciar a la inmunidad⁴⁵. Además,

⁴¹ No obstante, ha de tenerse en cuenta que en el caso de la Convención de 2004, 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 foro. Véanse, al respecto, los artículos 7 y 8 de la Convención.

⁴² Véanse Estados Unidos de América, *Foreign Sovereign Immunities Act 1976*, secc. 1605.a); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, *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; y España, *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, 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*, arts. 5, 6 y 8.

⁴³ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 8 *supra*), pág. 25, párr. 61.

⁴⁴ Excepcionalmente, algunas leyes nacionales se refieren a la renuncia comunicada por el Jefe de Misión. Véanse 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; e Israel, *Foreign States Immunity Law 2008*, secc. 9.c).

⁴⁵ En el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, la Comisión 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

la práctica estatal es reducida y no concluyente⁴⁶. Por tanto, resultan plenamente aplicables a la renuncia los comentarios ya formulados en el caso de la invocación por lo que se refiere al respeto del principio de autoorganización del Estado y a la competencia del Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno, el Ministro de Asuntos Exteriores y los Jefes de Misión Diplomática para comunicar la renuncia a la inmunidad. Todo ello, se entiende sin perjuicio de la posibilidad de que la renuncia sea comunicada por una persona a la que el Estado del funcionario otorga ese mandato, en especial cuando la renuncia se produce ante los tribunales de otro Estado.

6) Contrariamente a lo que sucede con la invocación, la Comisión no ha considerado necesario incluir en este proyecto de artículo ningún elemento temporal, ya que la renuncia se puede producir en cualquier momento.

7) El párrafo 2 se refiere a la forma de la renuncia, estableciendo que “ha de ser siempre expresa y por escrito”. Esta redacción sigue el modelo del artículo 32, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, conforme al cual “[l]a renuncia ha de ser siempre expresa”, y del artículo 45, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que establece que “[l]a renuncia habrá de ser siempre expresa, excepto en el caso previsto en el párrafo 3 de este artículo [demanda reconvenional], y habrá de comunicarse por escrito al Estado receptor”. Con la afirmación de que la renuncia debe ser “expresa y por escrito” se refuerza el principio de seguridad jurídica.

8) El carácter expreso de la renuncia ha sido mantenido de forma constante por la Comisión en otros trabajos previos⁴⁷, y se recoge tanto en los tratados internacionales relevantes⁴⁸ como en leyes nacionales⁴⁹. Teniendo esto en cuenta, se ha suprimido el párrafo 4 del proyecto de artículo original propuesto por la Relatora Especial en su séptimo informe, que estaba redactado en los siguientes términos: “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”⁵⁰. Aunque los miembros de la Comisión han considerado de forma general que la renuncia a la inmunidad se puede establecer

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 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 solo concierne al Estado acreditante y al jefe de la misión” (*Anuario... 1958*, vol. II, documento A/3859, 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: “El 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, documento A/4843, pág. 132, párrafo 2) del comentario al artículo 45).

⁴⁶ Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, la renuncia fue formulada por el Secretario de Justicia en el asunto *Paul v. Avril* (Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Florida, sentencia de 14 de enero de 1993, 812 F. Supp. 207) y en Bélgica en el asunto *Hissène Habré* por el Ministro de Justicia. Por su parte, en Suiza, en el caso *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (Tribunal Federal, sentencia de 2 de noviembre de 1989, ATF 115 Ib 496), 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 se aceptó una comunicación remitida por la Misión Diplomática de Filipinas.

⁴⁷ Véase la nota 39 *supra*.

⁴⁸ Véanse la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 32, párr. 2; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 45, párr. 2; la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 41, párr. 2; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 31, párr. 2.

⁴⁹ Así, la *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, 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*, 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.

⁵⁰ A/CN.4/729, párr. 103.

expresamente en un tratado⁵¹, se han expresado opiniones críticas sobre el empleo de la expresión “se pueda deducir”, que ha sido entendida por algunos miembros como el reconocimiento de una forma de renuncia implícita.

9) La posibilidad de que la renuncia a la inmunidad se pueda derivar de obligaciones impuestas a los Estados en virtud de disposiciones contenidas en tratados se ha suscitado, en particular, en el asunto *Pinochet (No. 3)*⁵², sin que ello haya constituido la base de la decisión adoptada por la Cámara de los Lores. Y se ha suscitado igualmente, aunque desde una perspectiva distinta, en relación con la interpretación de los artículos 27 y 98 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁵³ y el deber de los Estados partes de cooperar con la Corte. Sin embargo, la Comisión ha considerado que no hay razones suficientes que le permitan concluir que la existencia de dichas obligaciones convencionales pueda ser entendida automáticamente y de forma general como una renuncia a la inmunidad de los funcionarios del Estado, en especial teniendo en cuenta que la Corte Internacional de Justicia concluyó lo siguiente en la sentencia recaída en la causa relativa a la *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 cuando dichos tribunales ejerzan esa jurisdicción con arreglo a las convenciones mencionadas”⁵⁴.

10) Además de ser expresa, la renuncia a la inmunidad debe ser formulada por escrito. Ello no afecta, sin embargo, a la forma concreta que deba revestir el escrito de renuncia, que dependerá no solo de la voluntad del Estado del funcionario, sino también de la vía que se emplee para comunicar la renuncia e, incluso, del marco en que se formule. Así, nada impide que la renuncia se realice mediante una nota verbal, 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 por medio de 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 funcionario.

11) Por último, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que, contrariamente a lo que sucede con el párrafo 2 del proyecto de artículo 10, la Comisión no ha considerado necesario referirse de forma expresa en este proyecto de artículo al contenido de la renuncia. Aunque las opiniones de los miembros han estado divididas respecto de la conveniencia o no de incluir una referencia al contenido, finalmente se ha considerado preferible dejar un margen de discrecionalidad al Estado del funcionario. En consecuencia, se ha suprimido la frase “con mención del funcionario a cuya inmunidad se renuncia y, en su caso, los actos a que dicha renuncia se refiere”, que estaba incluida en la propuesta original de la Relatora Especial. En todo caso, la Comisión desea hacer constar que el contenido de la renuncia deberá ser lo suficientemente claro para permitir que el Estado ante cuyas autoridades se presenta pueda identificar sin lugar a dudas el alcance de dicha renuncia⁵⁵. Para ello, se entiende que el

⁵¹ En este sentido se había manifestado el Instituto de Derecho Internacional en su resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional, de 2001, al afirmar en su artículo 8, párrafo 1, que “[m]ediante 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” (*Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 7 *supra*), pág. 748).

⁵² *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, Reino Unido, Cámara de los Lores, decisión de 24 de marzo de 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147; véase también *International Law Reports*, vol. 119 (2002), pág. 135.

⁵³ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3.

⁵⁴ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 8 *supra*), págs. 24 y 25, párr. 59.

⁵⁵ Se reproducen a continuación tres ejemplos de declaraciones claras de renuncia incluidos en el memorando de la Secretaría sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/596 y Corr.1 (disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones), párrs. 252 y 253). En el asunto *Paul v. Avril*, el Ministro de Justicia de Haití

Estado del funcionario deberá mencionar de forma expresa el nombre del funcionario a cuya inmunidad se renuncia, así como, en su caso, el alcance sustantivo que pretende dar a la renuncia, en especial cuando el Estado no desee renunciar a la inmunidad de forma absoluta, sino limitarla a ciertos actos o excluir ciertos actos que presuntamente haya realizado el funcionario. En el supuesto de que la renuncia a la inmunidad tenga un alcance limitado, el Estado del funcionario podrá invocar la inmunidad respecto de los actos no cubiertos por la misma, es decir, cuando las autoridades del otro Estado pretendan ejercer o ejerzan su jurisdicción penal respecto del mismo funcionario por hechos distintos a los que motivaron la renuncia o que han sido conocidos después de que la renuncia se haya producido.

12) El párrafo 3 se refiere a las vías que el Estado del funcionario puede utilizar para comunicar la renuncia a la inmunidad de su funcionario. Siendo paralelo al párrafo 3 del proyecto de artículo 10, se ha reproducido en lo esencial la redacción de este, con la única excepción del empleo del verbo “comunicar” a fin de alinear el párrafo 3 del proyecto de artículo 11 con el texto del artículo 45 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Teniendo en cuenta el paralelismo entre el párrafo 3 aquí comentado y el párrafo 3 del proyecto de artículo 10, se remite a los comentarios de este último por lo que se refiere a la cuestión de las autoridades del Estado del funcionario competentes para decidir sobre la renuncia a la inmunidad y para comunicarla. En particular, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que el empleo del tiempo verbal “se puede”, referido a las vías de comunicación, tiene como objeto dejar abierta la posibilidad de que la renuncia a la inmunidad sea comunicada directamente a los tribunales del Estado del foro.

13) El párrafo 4 establece que “[l]as autoridades a las que se ha comunicado la renuncia informarán inmediatamente a las demás autoridades interesadas de que se ha renunciado a la inmunidad”. Este párrafo es el equivalente al párrafo 4 del proyecto del artículo 10, en el que se han introducido ciertos cambios únicamente de redacción. Dado que ambos párrafos obedecen a la misma lógica y a la misma finalidad, los comentarios sobre este tema referidos al proyecto de artículo 10 son aplicables también al párrafo 3 del presente proyecto de artículo.

14) El párrafo 5 establece que “[l]a renuncia a la inmunidad es irrevocable”. Este precepto parte de la constatación de que una vez que la renuncia a la inmunidad 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 Estado del foro.

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” (*Paul v. Avril* (véase la nota 46 *supra*), pág. 211). En el asunto *Ferdinand et Imelda Marcos*, 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” (*Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (véase la nota 46 *supra*), 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. Hissène Habré. Esa posición fue 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, Hissène Habré, sus coautores y/o sus cómplices’. En consecuencia, está claro que el Sr. Hissène 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).

Por consiguiente, teniendo en cuenta los efectos de la renuncia a la inmunidad y su propia naturaleza, parece evidente concluir que la misma no es revocable, ya que —en caso contrario— la institución perdería todo su significado. A pesar de ello, el párrafo 5 del presente proyecto de artículo ha dado lugar a un intenso debate entre los miembros de la Comisión.

15) Dicho debate no afecta a los motivos que justifican el carácter irrevocable de la renuncia a la inmunidad, sino a la posibilidad de que se puedan definir excepciones a la irrevocabilidad. Así, debe destacarse en primer lugar que, en general, los miembros de la Comisión aceptan que el párrafo 5, en su redacción actual, refleja una regla general que es manifestación del principio de buena fe y responde a la necesidad de respetar la seguridad jurídica. Sin embargo, algunos miembros han expresado igualmente su opinión de que esta regla general podría admitir ciertas excepciones, habiéndose mencionado, en particular, el hecho de que tras la renuncia aparezcan hechos nuevos que no eran conocidos por el Estado del funcionario, que con ocasión del ejercicio de la jurisdicción por el Estado del foro en un caso concreto se constate que no se respetan las reglas básicas del derecho a un juicio justo, o que se produzcan circunstancias sobrevenidas de alcance general, entre las que se mencionaron un cambio de gobierno o un cambio de sistema jurídico que puedan tener como consecuencia que el derecho a un juicio justo deje de estar garantizado en el Estado que pretende ejercer su jurisdicción penal.

16) Ello ha dado lugar a un debate sobre la utilidad y conveniencia de incluir este párrafo en el proyecto de artículo 11. Algunos miembros se han expresado a favor de su supresión, en particular teniendo en cuenta que ni los tratados relevantes ni la legislación interna de los Estados se han referido expresamente a la irretroactividad de la renuncia a la inmunidad, así como la escasa práctica referida a este tema⁵⁶. Frente a ello, otros miembros han considerado útil mantener el párrafo 5 por razones de seguridad jurídica y considerando que la propia Comisión, refiriéndose a la renuncia a la inmunidad contemplada en su proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, afirmó en su día 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”⁵⁷. Sin embargo, otros miembros señalaron que de dicha afirmación no cabía deducir el carácter irrevocable de la renuncia a la inmunidad.

17) Para atender a la problemática de las posibles excepciones a la irrevocabilidad de la renuncia algunos miembros de la Comisión sugirieron modificar la redacción del párrafo 5 a fin de introducir expresiones de salvaguarda tales como “salvo en circunstancias excepcionales” o “en principio”. A su juicio, ello permitiría reconocer que la renuncia puede ser revocada en circunstancias especiales tales como las que se han mencionado *supra*. Otros miembros consideraron, por el contrario, que la introducción de estas expresiones complicaría aún más la interpretación del párrafo 5 y que, por tanto, era preferible no modificar su redacción si finalmente se decidía mantenerlo en el proyecto de artículo 11. En relación con este tema, algún miembro de la Comisión llamó la atención sobre el hecho de que, en última instancia, la renuncia a la inmunidad es un acto unilateral del Estado cuyo alcance debería definirse a la luz de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, aprobados por la

⁵⁶ Sobre la cuestión de la irrevocabilidad de la renuncia a la inmunidad y la posibilidad de someterla a condiciones, véase la siguiente legislación interna: 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; y España, *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, 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*, arts. 5, 6 y 8.

⁵⁷ *Anuario... 1958*, vol. II, documento A/3859, pág. 107, párrafo 5) del comentario al artículo 30.

Comisión en 2006, en especial el principio 10⁵⁸. Por último, se destacó la dificultad de identificar las circunstancias excepcionales que podrían justificar la revocación de la renuncia a la inmunidad, aunque se reiteró que el cambio de gobierno o de sistema jurídico que perjudique el respeto de los derechos humanos y del derecho al juicio justo del funcionario podría incluirse dentro de esta categoría. Por otro lado, se expresaron dudas sobre la posibilidad de incluir en la categoría de circunstancias excepcionales la aparición de nuevos hechos que no eran conocidos en el momento de la renuncia o el ejercicio de la jurisdicción del Estado del foro respecto de hechos que no estén cubiertos por la renuncia, ya que los mismos no constituyen circunstancias excepcionales, sino supuestos respecto de los que el Estado del funcionario no ha formulado renuncia alguna y, por tanto, la inmunidad se podría aplicar en virtud de las reglas generales contenidas en el presente proyecto de artículos.

18) Teniendo en cuenta el debate que se ha resumido en los párrafos anteriores y la práctica generalmente seguida en casos similares de división de opiniones entre sus miembros durante la primera lectura del proyecto de artículos, la Comisión ha decidido mantener el párrafo 5 en el proyecto de artículo 11, facilitando así que los Estados tengan adecuado conocimiento del debate y puedan formular los comentarios que estimen oportunos.

⁵⁸ El principio 10 está redactado en los siguientes términos: “Una declaración unilateral que ha creado obligaciones jurídicas para el Estado que hace la declaración no puede ser revocada arbitrariamente. Para determinar si una revocación sería arbitraria, habrá que tener en cuenta: a) todos los términos de la declaración que se refieran específicamente a la revocación; b) la medida en que los sujetos a quienes se deba el cumplimiento de las obligaciones se hayan basado en ellas; c) la medida en que se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias” (*Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 177, párr. 176).