

Capítulo VI

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

A. Introducción

53. La Comisión, en su 59º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin²⁸¹. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema, que se puso a disposición de la Comisión en su 60º período de sesiones (2008)²⁸².

54. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 60º período de sesiones (2008) y los informes segundo y tercero en su 63º período de sesiones (2011)²⁸³. La Comisión no pudo examinar el tema en sus períodos de sesiones 61º (2009) y 62º (2010)²⁸⁴.

55. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que había dejado de ser miembro de la Comisión²⁸⁵. Recibió y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en ese mismo período de sesiones (2012), el segundo informe en el 65º período de sesiones (2013), el tercer informe en el 66º período de sesiones (2014) y el cuarto informe en el 67º período de sesiones (2015). El quinto informe fue examinado por la Comisión en los períodos de sesiones 68º (2016) y 69º (2017), el sexto informe en los períodos de sesiones 70º (2018) y 71º (2019) y el séptimo informe en el 71º período de sesiones (2019)²⁸⁶. Sobre la base de los pro-

²⁸¹ En su 2940ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (véase *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 95, párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 58º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta que figuraba en el anexo I del informe de la Comisión (*Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 203, párr. 257, y págs. 209 a 218).

²⁸² *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 99, párr. 386. El memorando preparado por la Secretaría sobre el tema figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1 (disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones; el texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte)).

²⁸³ *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601 (informe preliminar); *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631 (segundo informe); y *Anuario... 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer informe).

²⁸⁴ Véanse *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), pág. 157, párr. 207; y *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), pág. 207, párr. 343.

²⁸⁵ *Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), pág. 88, párr. 266.

²⁸⁶ *Ibid.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654 (informe preliminar); *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661 (segundo informe); *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte),

yectos de artículo propuestos por la Relatora Especial en sus informes segundo, tercero, cuarto y quinto, la Comisión ha aprobado provisionalmente siete proyectos de artículo con sus comentarios. El proyecto de artículo 2, relativo a las definiciones, sigue en proceso de redacción²⁸⁷.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

56. La Comisión tuvo ante sí el octavo informe (A/CN.4/739) de la Relatora Especial. En el informe se examinaban las relaciones entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales; un mecanismo de solución de controversias entre el Estado del foro y el Estado del funcionario; y la cuestión de las buenas prácticas que podían ayudar a resolver los problemas que se planteaban en el proceso de determinación y aplicación de la inmunidad. Teniendo en cuenta el tratamiento dado a esas cuestiones en el informe, también se presentaron propuestas para los proyectos de artículo 17 y 18.

documento A/CN.4/673 (tercer informe); *Anuario... 2015*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/686 (cuarto informe); *Anuario... 2016*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/701 (quinto informe); *Anuario... 2018*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/722 (sexto informe); y *Anuario... 2019*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/729 (séptimo informe).

²⁸⁷ En su 3174ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4, y en sus sesiones 3193ª a 3196ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2013, aprobó sus comentarios (véase *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 43 y ss., párrs. 48 y 49). En su 3231ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2014, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2 e y 5, y en sus sesiones 3240ª a 3242ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2014, aprobó sus comentarios (véase *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 155 y ss., párrs. 131 y 132). En su 3329ª sesión, celebrada el 27 de julio de 2016, la Comisión aprobó de manera provisional los proyectos de artículo 2 f y 6, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción y de los que la Comisión había tomado nota en su 67º período de sesiones, y en sus sesiones 3345ª y 3346ª, que tuvieron lugar el 11 de agosto de 2016, la Comisión aprobó sus comentarios (véase *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), págs. 221 y 228 y ss., párrs. 194, 195, 249 y 250). En su 3378ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2017, la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7 en votación registrada, y en sus sesiones 3387ª a 3389ª, que tuvieron lugar los días 3 y 4 de agosto de 2017, aprobó su comentario (véase *Anuario... 2017*, vol. II (segunda parte), págs. 125 y 132 y ss., párrs. 74, 76, 140 y 141). En su 3501ª sesión, celebrada el 6 de agosto de 2019, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe provisional del Comité de Redacción sobre la «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», con el proyecto de artículo 8 ante aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en el 71º período de sesiones (A/CN.4/L.940). La Comisión tomó nota del informe provisional del Comité de Redacción sobre el proyecto de artículo 8 ante, que se presentó a la Comisión a título informativo únicamente (*Anuario... 2019*, vol. II (segunda parte), pág. 230, párr. 125 y nota 1438).

57. La Comisión examinó el octavo informe en sus sesiones 3520ª, 3521ª y 3523ª a 3528ª, celebradas del 12 al 21 de mayo de 2021.

58. Tras el debate del informe, la Comisión, en su 3528ª sesión, celebrada el 21 de mayo de 2021, decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 17 y 18 que figuraban en el octavo informe de la Relatora Especial, teniendo en cuenta el debate mantenido y las propuestas formuladas en el seno de la Comisión.

59. En sus sesiones 3530ª y 3549ª, celebradas el 3 de junio y el 26 de julio de 2021, la Comisión recibió y examinó los informes del Comité de Redacción (A/CN.4/L.940²⁸⁸ y A/CN.4/L.953 y Add.1) y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 8 *ante*, 8, 9, 10, 11 y 12 (véase la sección C.1 *infra*).

60. En sus sesiones 3557ª a 3561ª, celebradas del 3 al 5 de agosto de 2021, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de artículo 8 *ante*, 8, 9, 10, 11 y 12 (véase la sección C.2 *infra*).

1. PRESENTACIÓN DEL OCTAVO INFORME POR LA RELATORA ESPECIAL

61. La Relatora Especial recordó que, en el séptimo informe²⁸⁹, que se había sometido a la Comisión en su 71º período de sesiones para su consideración, había completado su examen de las cuestiones incluidas en el plan de trabajo presentado a la Comisión en 2012. No obstante, en el capítulo V del séptimo informe se habían destacado en especial tres cuestiones generales que merecían ser examinadas por la Comisión antes de que concluyera la primera lectura, a saber, la relación existente entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales, la posibilidad de establecer un mecanismo de solución de controversias y la posible incorporación en el proyecto de artículos de recomendaciones de buenas prácticas. Esas cuestiones se estudiaron en el octavo informe.

62. La Relatora Especial explicó que el octavo informe estaba dividido en una introducción y cuatro capítulos. La introducción tenía por objeto describir el tratamiento del tema por parte de la Comisión. En el capítulo I se examinaba la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales. En el capítulo II se estudiaban los problemas relacionados con la solución de controversias y se proponía la creación de un mecanismo específico a tal efecto. En el capítulo III se abordaba la cuestión de la recomendación de buenas prácticas. El capítulo IV se refería al plan de trabajo futuro.

63. En relación con los proyectos de artículo que el Comité de Redacción aún no había examinado, la Relatora Especial señaló que había celebrado dos rondas de consultas oficiosas antes del inicio del actual período de sesiones con el fin de examinar el estado actual de los trabajos de la Comisión y formular propuestas que

permitieran al Comité de Redacción avanzar teniendo en cuenta la dificultad de las circunstancias de la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los métodos de trabajo aprobados para el actual período de sesiones. Dio las gracias a los miembros que habían participado en las consultas.

64. En lo que respecta a la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales, la Relatora Especial recordó que, en el sexto informe, se había referido a la necesidad de abordar en un informe posterior la incidencia que la obligación de cooperar con los tribunales penales internacionales podía tener sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado²⁹⁰. Dos hechos la habían llevado a no abordar la cuestión en el séptimo informe. El primero era que la cuestión de la relación entre la inmunidad y la obligación de cooperar se había planteado ante la Corte Penal Internacional en la remisión de Jordania en relación con la causa *Al Bashir*, que en ese momento se encontraba *sub iudice*. El segundo era que, cuando se había terminado el informe, había un tema en el programa de la Asamblea General relativo a una posible solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la cuestión de la inmunidad de los Jefes de Estado y la relación de esta con el deber de cooperar con la Corte Penal Internacional²⁹¹. La Relatora Especial señaló que la solicitud de una opinión consultiva parecía haber perdido fuerza y que la Corte Penal Internacional había dictado su fallo en la causa mencionada el 6 de mayo de 2019²⁹². Estas circunstancias permitían, por tanto, a la Comisión abordar la relación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales desde una perspectiva general.

65. La cuestión de la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales había sido analizada por los dos Relatores Especiales que se habían ocupado del presente tema. Estaba estrechamente vinculada al ámbito de aplicación del proyecto de artículos, definido en el proyecto de artículo 1 aprobado por la Comisión. Era evidente que el tema no se ocupaba de las inmunidades ante los tribunales penales internacionales. Con todo, tampoco podía negarse que el examen de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no podía realizarse en abstracto y sin tener en cuenta la existencia de tribunales penales internacionales creados para conocer de los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional. Dada la posibilidad de que los crímenes internacionales hubieran sido cometidos por funcionarios del Estado que

²⁹⁰ A/CN.4/722 (véase la nota 286 *supra*), párr. 43.

²⁹¹ Tema 89 del programa, titulado «Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias de las obligaciones jurídicas que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes del derecho internacional con respecto a las inmunidades de los Jefes de Estado y de Gobierno y otros altos funcionarios» (A/73/251 y Add.1).

²⁹² *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al Bashir Appeal*, fallo de la Sala de Apelaciones de 6 de mayo de 2019 (ICC-02/05-01/09-397-Corr). Las decisiones de la Corte Penal Internacional pueden consultarse en el sitio web de la Corte: www.icc-cpi.int.

²⁸⁸ Puede consultarse en el sitio web de la Comisión, documentos del 71º período de sesiones.

²⁸⁹ A/CN.4/729 (véase la nota 286 *supra*).

podrían entonces ser perseguidos ante tribunales penales tanto nacionales como internacionales, no parecía posible negar la existencia de una relación entre el presente tema y la jurisdicción penal internacional. La relación también estaba estrechamente vinculada al principio de rendición de cuentas y a la lucha contra la impunidad de los crímenes según el derecho internacional, que se habían abordado de manera recurrente en los debates de la Comisión.

66. Se plantearon cuestiones específicas sobre la relación entre los tribunales penales internacionales y el presente tema en dos ámbitos. El primero era la posible definición de una excepción a la inmunidad derivada de la obligación de cooperar con un tribunal penal internacional. El segundo era el lugar que ocupaba la jurisdicción penal extranjera a la luz de la misma obligación de cooperar. La Comisión había abordado la primera cuestión en 2016 y 2017 y había decidido no mantener dicha excepción en el proyecto de artículo 7. La segunda cuestión se abordaba en el fallo de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en la remisión de Jordania en relación con la causa *Al Bashir*, en el que la Corte afirmaba que, cuando un Estado parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional actuaba atendiendo a una solicitud de asistencia de la Corte, prestaba asistencia a la Corte en el ejercicio de su competencia en lugar de ejercer su jurisdicción penal nacional²⁹³.

67. La Relatora Especial reiteró su opinión, que había expresado oralmente en el 71^{er} período de sesiones y en su octavo informe, de que, a los efectos de su labor, no sería útil ni necesario que la Comisión examinara el fallo de la Corte Penal Internacional. El fallo debía considerarse en el contexto del régimen jurídico específico establecido por el Estatuto de Roma, y no parecía posible extrapolarlo al tema que la Comisión tenía ante sí, que era de alcance general y debía ser de aplicación a cualquier Estado respecto de cuya jurisdicción penal pudiera plantearse una cuestión de inmunidad.

68. No obstante, la Relatora Especial consideró que no parecía razonable que la Comisión ignorara la existencia de los tribunales penales internacionales al ocuparse de una cuestión que guardaba cierta relación con dichos tribunales. Si bien el tema se refería únicamente a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, varios miembros de la Comisión y varios Estados habían afirmado que, en su labor en curso, la Comisión no debía ignorar los avances de la comunidad internacional en el ámbito del derecho penal internacional, ni tampoco alterar ni socavar las normas sustantivas e institucionales en ese ámbito.

69. El proyecto de artículo 18²⁹⁴, propuesto a la Comisión para su examen, respondía a ese objetivo. Estaba formulado como una cláusula «sin perjuicio» que salvaguardaría la separación y la independencia de los regímenes aplicables a la inmunidad ante los tribunales

²⁹³ *Al Bashir* (véase la nota 292 *supra*), párr. 4.

²⁹⁴ El texto del proyecto de artículo propuesto por la Relatora Especial en su octavo informe dice lo siguiente:

«Proyecto de artículo 18

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas que rigen el funcionamiento de los tribunales penales internacionales.»

penales nacionales y los tribunales penales internacionales y preservaría las normas especiales que rigen el funcionamiento de los tribunales penales internacionales. La Relatora Especial también observó que existía cierta similitud entre el proyecto de artículo 18 y el párrafo 2 del proyecto de artículo 1 como cláusulas «sin perjuicio», y propuso que el primero se incorporara como párrafo 3 del proyecto de artículo 1.

70. En lo que respecta a la cuestión de la solución de controversias, la Relatora Especial señaló que, como se indicaba en el octavo informe, las disposiciones procesales propuestas en los informes sexto y séptimo tenían por objeto contribuir a fomentar la confianza entre el Estado del funcionario y el Estado del foro, y facilitar de esa manera la solución de las controversias que pudieran surgir en el proceso de determinación y aplicación de la inmunidad. No obstante, seguía siendo posible que una divergencia entre las posiciones jurídicas de los Estados implicados generara una controversia que no pudiera resolverse más que por los medios pacíficos aplicables en el derecho internacional contemporáneo. Por lo tanto, a juicio de la Relatora Especial, era necesario incluir en el presente proyecto de artículos una disposición específica dedicada a la solución de controversias.

71. Era obvio que cualquier controversia que pudiera surgir entre el Estado del foro y el Estado del funcionario podía someterse a un mecanismo de solución de controversias aceptado por los Estados, como de hecho había ocurrido en la práctica. No obstante, esos mecanismos tradicionales de solución de controversias habían funcionado a menudo de manera *ex post facto*, como último recurso para el restablecimiento de la legalidad internacional. No habían ofrecido a los Estados la oportunidad de resolver la controversia en una etapa temprana y evitar así un hecho consumado difícil de revertir posteriormente.

72. Tanto el mecanismo de consulta propuesto en el proyecto de artículo 15 como el sistema de intercambio de información previsto en el proyecto de artículo 13 (numerado nuevamente como proyecto de artículo 12) tenían por objeto facilitar la resolución temprana de las controversias. No obstante, en caso de que ninguno funcionara, también podría ser oportuno establecer un mecanismo para someter la controversia a un tercero neutral e imparcial. La Relatora Especial explicó que, para que fuera de utilidad, el mecanismo debía estructurarse en torno a dos elementos básicos: la supeditación del sometimiento de la controversia a la solución dada por un tercero a la suspensión del ejercicio de la jurisdicción penal por el Estado del foro, y el efecto vinculante de la decisión que adoptara el tercero.

73. En la propuesta presentada a la Comisión se optaba por el recurso al arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia a fin de evitar el largo proceso de negociación necesario para crear un organismo *ad hoc*. Se consideraba que tanto esos mecanismos como sus normas procesales eran bien conocidos por los Estados. La condición de «corte común de derecho internacional» de la Corte Internacional de Justicia haría también que esta resultara especialmente idónea para pronunciarse sobre las complejas cuestiones que podían plantearse en las causas relacionadas con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

74. A partir de esas consideraciones, la propuesta de proyecto de artículo 17²⁹⁵ sometida a la Comisión para su examen establecía un sistema de solución de controversias dividido en tres fases consecutivas: consultas, negociaciones (entendidas ambas como mecanismos obligatorios), y recurso al arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia (como mecanismos alternativos de carácter voluntario). Ese modelo, que estaría sujeto a las normas generales de solución de controversias vigentes en el derecho internacional contemporáneo, ofrecería a los Estados un instrumento útil para la defensa de sus respectivos derechos e intereses y evitaría situaciones de hechos consumados.

75. La Relatora Especial señaló que la Comisión había incluido disposiciones sobre solución de controversias en gran parte de sus últimos trabajos, incluidos proyectos que no seguían el modelo tradicional de proyectos de artículos, por ejemplo el relativo a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)²⁹⁶. No obstante, reconoció que los mecanismos de solución de controversias estaban especialmente vinculados a instrumentos de carácter normativo y que la Comisión aún no había decidido si recomendaría a la Asamblea General que el proyecto de artículos se convirtiera en un tratado. Incluso si no lo hiciera, el proyecto de artículo 17 estaría plenamente justificado en el contexto de la cuarta parte del proyecto de artículos, dedicada a las disposiciones y garantías procesales.

76. En lo que respecta a las buenas prácticas, la Relatora Especial recordó que, en el séptimo informe, había planteado la posibilidad de incorporar en el proyecto de artículos algunas referencias a buenas prácticas cuya adopción pudiera recomendarse a los Estados. Cabía mencionar, en particular, las prácticas consistentes en que una autoridad nacional de alto nivel tomara las decisiones relativas a la determinación y aplicación de la inmunidad y en que los Estados redactaran manuales o guías para su uso por los órganos del Estado que participaran en el proceso de determinación y aplicación de la inmunidad. La Relatora Especial explicó que ese planteamiento obedecía a la constatación de que, en algunos casos, las autoridades estatales competentes no estaban familiarizadas con los problemas especiales que planteaba la inmunidad en el derecho internacional, su relación con los principios fundamentales del derecho internacional o la influencia que

las decisiones sobre la inmunidad de un funcionario de un Estado extranjero podían tener en las relaciones internacionales del Estado del foro.

77. Varios miembros habían abordado la cuestión de las buenas prácticas en el debate celebrado en la Comisión en su 71º período de sesiones, y la Relatora Especial recordó que las opiniones expresadas eran muy diversas. Una de las cosas que se habían propuesto era transformar la cuarta parte del proyecto de artículos en un anexo que pudiera recomendarse a los Estados como buenas prácticas. La Relatora Especial no consideraba que esa opción fuera adecuada. Otros miembros habían indicado que la inclusión de buenas prácticas en el proyecto de artículos carecería de utilidad. Un tercer grupo había considerado que, aunque la inclusión de buenas prácticas podía ser útil, llevaría mucho tiempo redactar el texto correspondiente y retrasaría la finalización de la labor de la Comisión sobre el tema.

78. La Relatora Especial señaló también que solo un Estado había respondido a la solicitud, formulada en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 71º período de sesiones, de información «sobre la existencia de manuales, guías, protocolos o instrucciones operativas dirigidas a los funcionarios y órganos del Estado competentes para adoptar alguna decisión que pueda afectar a los funcionarios extranjeros y a su inmunidad de jurisdicción penal en el territorio del Estado del foro»²⁹⁷. Dicho Estado había respondido que no contaba con ninguna guía de ese tipo.

79. Ante las consideraciones expresadas, la Relatora Especial explicó que el octavo informe no contenía ninguna propuesta específica sobre recomendaciones de buenas prácticas. Sin embargo, ello no impedía incluir las prácticas que había señalado en el proyecto de artículos, ya fuera en la cuarta parte o en el comentario general.

2. RESUMEN DEL DEBATE

a) *Observaciones generales*

80. Los miembros elogiaron a la Relatora Especial por su amplia labor con el octavo informe, en el que, a su juicio, se trataban de manera clara, bien documentada, sucinta y completa las cuestiones de la relación entre el tema y la jurisdicción penal internacional, la posibilidad de añadir una cláusula sobre solución de controversias y la recomendación de buenas prácticas. Los miembros le agradecieron que hubiera organizado varias rondas de consultas informales, tanto antes como en el curso del período de sesiones. Se señaló que las consultas oficiosas habían permitido al Comité de Redacción avanzar en sus trabajos en el actual período de sesiones.

81. Se recordó que la Relatora Especial ya había completado su plan de trabajo sobre el tema, incluidas las cuestiones adicionales tratadas en el octavo informe. Varios miembros expresaron su deseo de que la Comisión concluyera su primera lectura en el actual período de sesiones o durante el quinquenio. Se destacó la importancia de dar a los Estados la oportunidad de formular observaciones

²⁹⁵ El texto del proyecto de artículo propuesto por la Relatora Especial en su octavo informe dice lo siguiente:

«Proyecto de artículo 17. *Solución de controversias*

1. Si tras la celebración de consultas entre el Estado del foro y el Estado del funcionario subsisten diferencias respecto de la determinación y aplicación de la inmunidad, ambos Estados procurarán resolver la controversia mediante negociaciones a la mayor brevedad posible.

2. Si en un plazo razonable, que no podrá exceder de [6] [12] meses, no se alcanzase una solución negociada, tanto el Estado del foro como el Estado del funcionario podrán ofrecer a la otra parte el someter la controversia a arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia.

3. En el caso de que la controversia se someta a arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia, el Estado del foro suspenderá el ejercicio de su jurisdicción hasta que el órgano competente adopte una decisión definitiva.»

²⁹⁶ El texto del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) aprobado por la Comisión en primera lectura en 2019, con sus comentarios, figura en *Anuario... 2019*, vol. II (segunda parte), págs. 112 y ss., párrs. 56 y 57.

²⁹⁷ *Ibíd.*, pág. 22, párr. 29.

sobre un conjunto completo de proyectos de artículo al término de la primera lectura. También se señaló que el tema figuraba en el actual programa de trabajo de la Comisión desde 2007, lo que lo convertía en uno de los temas de los que la Comisión llevaba más tiempo ocupándose. Se consideró que el tiempo que la Comisión llevaba trabajando en él reflejaba su complejidad y el carácter controvertido de algunos de sus aspectos fundamentales. A ese respecto, se afirmó que los Estados habían pedido a la Comisión que encontrara una forma de avanzar en el tema. En este sentido, varios miembros indicaron que la Comisión tendría que superar la divergencia de opiniones de sus miembros sobre el proyecto de artículo 7 antes de completar su primera lectura sobre el tema. También se recordó la necesidad de estudiar la cuestión de la inviolabilidad y las definiciones pendientes del proyecto de artículo 2 (anteriormente proyecto de artículo 3).

b) *Observaciones específicas*

Proyecto de artículo 18

82. Los miembros estuvieron de acuerdo en que cualquier cuestión relacionada con la inmunidad ante los tribunales penales internacionales quedaba fuera del alcance del presente tema. Varios miembros señalaron que la inmunidad ante un determinado tribunal penal internacional se regía por el instrumento que establecía su respectivo régimen jurídico. No obstante, algunos miembros consideraban importante que la Comisión abordara esa relación de forma específica en el proyecto de artículos. Se señaló que las dos ramas del derecho compartían los importantes objetivos de promover la rendición de cuentas e impedir la impunidad de los crímenes más graves según el derecho internacional. Se argumentó que, a menudo, los tribunales penales internacionales debían recurrir a los Estados para ejercer su competencia. Varios miembros señalaron la importancia de no cuestionar la interpretación y aplicación de las normas sustantivas e institucionales del derecho penal internacional. En particular, se recordó la importancia de la obligación de los Estados partes en el Estatuto de Roma de cooperar con la Corte Penal Internacional y de las obligaciones de cooperación impuestas a los Estados en virtud de las resoluciones del Consejo de Seguridad 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, y 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994. Algunos miembros también dijeron que, en su práctica anterior, el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, había establecido obligaciones horizontales para que los Estados prestaran asistencia en las investigaciones penales de otros Estados. No obstante, varios miembros destacaron asimismo la importancia de que el proyecto de artículo se redactase de manera que se aplicara por igual a los Estados partes en el Estatuto de Roma y a los que no lo eran.

83. Algunos miembros apoyaban la inclusión del proyecto de artículo 18, pues compartían el punto de vista de la Relatora Especial sobre la utilidad de contar con una cláusula «sin perjuicio» para abordar la relación del proyecto de artículos con las normas que rigen el funcionamiento de los tribunales penales internacionales. Se consideraba que el proyecto de artículos dejaba claro que este no era de aplicación a los regímenes autónomos de los tribunales penales internacionales ni los abordaba. Se

indicó que el proyecto de artículo 18 aclararía a los Estados que el proyecto de artículos no afectaba a ninguna otra obligación que los Estados pudieran haber aceptado o asumido anteriormente. También se afirmó que la Comisión había utilizado con frecuencia cláusulas «sin perjuicio» en sus trabajos anteriores, y que estas habían servido para delimitar el alcance de un tema, y no para crear relaciones jerárquicas.

84. Otros miembros se oponían a la aprobación del proyecto de artículo 18. Se expresó la opinión de que la posibilidad de que hubiera un solapamiento entre jurisdicciones nacionales e internacionales no era suficiente para establecer la existencia de una relación entre ellas. Algunos miembros consideraban que la relación entre el tema y los tribunales penales internacionales había quedado clara en el proyecto de artículo 1, párrafo 1, y en el comentario. Varios miembros también temían que, si se aprobaba sin el proyecto de artículo 18, el proyecto de artículos pudiera frenar el desarrollo del derecho penal internacional. Se expresó preocupación por que pudiera interpretarse que una cláusula «sin perjuicio» creaba una relación jerárquica entre las normas que regían los tribunales penales internacionales y el derecho de la inmunidad de los funcionarios del Estado frente a los tribunales nacionales. También se señaló que la priorización de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre la competencia de los tribunales nacionales sería contraria al principio de complementariedad. Se insistió en que una disposición sobre la relación entre el tema y los tribunales penales internacionales no debía crear una excepción a la inmunidad que no existiera en el derecho internacional consuetudinario. Varios miembros destacaron que, aunque unos Estados podían acordar no reconocer inmunidades en sus relaciones mutuas, no podían hacer extensivas esas normas a otros Estados. En lo que respecta a las autorizaciones del Consejo de Seguridad, se recordó la necesidad de analizar cuidadosamente el texto de esas autorizaciones para determinar su contenido. Se indicó que los instrumentos anteriores en que se abordaba la competencia de los tribunales nacionales respecto de crímenes internacionales, como el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad²⁹⁸ y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, no contenían cláusulas «sin perjuicio» similares. Además, algunos miembros señalaron que la complejidad del examen del proyecto de artículo 18 podía demorar de manera innecesaria la finalización de la primera lectura sobre el tema.

85. Varios miembros hicieron referencia al fallo de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en la remisión de Jordania en relación con la causa *Al Bashir*²⁹⁹. Algunos señalaron que el fallo se había basado en un razonamiento deficiente y había sido controvertido. Por consiguiente, estos miembros afirmaron que era importante no redactar una cláusula «sin perjuicio» que pudiera respaldar el fallo y que, en el comentario, no debía establecerse ningún vínculo entre el fallo y el proyecto de artículo 18. Por el contrario, algunos miembros no estuvieron de acuerdo con este argumento. Se afirmó

²⁹⁸ El texto del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad aprobado por la Comisión en 2019, con sus comentarios, figura en *ibid.*, págs. 24 y ss., párrs. 44 y 45.

²⁹⁹ *Al Bashir* (véase la nota 292 *supra*).

que no correspondía a la Comisión pronunciarse sobre la resolución de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en la remisión de Jordania en relación con la causa *Al Bashir* sobre una cuestión jurídica respecto de la que únicamente la Corte tenía competencia. En todo caso, en general los miembros estuvieron de acuerdo en que la Comisión no necesitaba ni debía analizar el fallo en su labor sobre el presente tema.

86. Por lo que se refiere al texto del proyecto de artículo 18, se hicieron varias propuestas concretas. A fin de tomar en consideración la existencia de tribunales híbridos, cuya naturaleza no era enteramente nacional ni internacional, varios miembros apoyaron la propuesta de hablar de «tribunales penales internacionalizados» en lugar de «tribunales penales internacionales». También se propuso complementar la expresión «las normas que rigen [...] los tribunales penales internacionales» al añadir «y prácticas», tomando como inspiración el texto de las cláusulas de salvaguardia de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Asimismo, se apoyó la inclusión de una referencia explícita a las obligaciones derivadas de decisiones del Consejo de Seguridad. Algunos miembros expresaron su preocupación por el hecho de que el alcance de las normas a que se hacía referencia en el proyecto de artículo 18 era demasiado amplio o poco claro. Se señaló que la cláusula «sin perjuicio» propuesta en el proyecto de artículo 18 tenía un alcance mayor que el comentario pertinente al proyecto de artículo 1, ya que la primera se refería al «funcionamiento» de los tribunales penales internacionales y el segundo a las inmunidades ante ellos. Se propuso afinar el texto para que dijera: «El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la aplicabilidad de la inmunidad ante los tribunales penales internacionales en virtud de los instrumentos constitutivos pertinentes por los que se establecen dichos tribunales penales internacionales». También se propuso hacer referencia a las obligaciones de derecho internacional anteriores de los Estados. Otros miembros señalaron que el término apropiado sería más bien «jurisdicción», habida cuenta de que no existían inmunidades ante los tribunales penales internacionales. A ese respecto, se destacó que en el texto debía tenerse en cuenta la existencia de múltiples jurisdicciones de ese tipo. También se afirmó que sería preferible una cláusula que estableciera que el proyecto de artículos «no se ocupa de» la cuestión de los tribunales penales internacionales.

87. En lo que respecta a la ubicación del texto propuesto, varios miembros manifestaron su preferencia por que la disposición se incluyera como un nuevo párrafo 3 del proyecto de artículo 1. En opinión de algunos miembros, así se pondría de relieve la relación entre la cláusula «sin perjuicio» que ya figuraba en el párrafo 2 del proyecto de artículo 1 y el proyecto de artículo 18. Otros miembros consideraban aceptable cualquiera de las dos ubicaciones para la disposición. Se insistió en que, en cualquier caso, ambas disposiciones tendrían que leerse conjuntamente.

88. Como la Relatora Especial no había propuesto un título para el proyecto de artículo 18, se sugirió que se aprobara «Relación con los tribunales internacionalizados» si la disposición se mantenía como un proyecto de artículo independiente. También se propusieron títulos

como «Sin perjuicio», «Relación con los regímenes de tratados especializados», «Casos que escapan al ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos» y «Relación entre el presente proyecto de artículos y los instrumentos por los que se establecen tribunales penales internacionales».

Proyecto de artículo 17 (Solución de controversias)

89. Varios miembros se mostraron de acuerdo con la inclusión de un proyecto de artículo relativo a la solución de controversias. Se afirmó que una cláusula sobre solución de controversias podía considerarse una garantía procesal definitiva sobre la base de los proyectos de artículo 8 a 16. Los mecanismos procesales propuestos en el proyecto de artículos podrían considerarse como un todo destinado a establecer un delicado equilibrio entre los intereses del Estado del foro y los del Estado del funcionario. Se señaló que la inclusión de dicha cláusula podía ser bien recibida por los Estados, algunos de los cuales habían estado contemplando el establecimiento de un mecanismo internacional para resolver las controversias relacionadas con la inmunidad de los funcionarios del Estado. Además, a nivel práctico, varios miembros indicaron que, si se incluía una cláusula sobre solución de controversias en primera lectura, los Estados tendrían la posibilidad de hacer observaciones que podrían resultar de utilidad. No obstante, también se expresó la opinión de que la adición de una cláusula sobre solución de controversias al proyecto de artículos en general no sería apropiada. En particular, se afirmó que los Estados podían mostrarse reacios a adherirse a un mecanismo que pudiera considerarse que restringía su respectivo ejercicio de la jurisdicción penal nacional.

90. Varios miembros opinaron que una cláusula de solución de controversias solo sería pertinente si el proyecto de artículos estuviera destinado a convertirse en un tratado. Algunos miembros consideraban que la inclusión de una cláusula de solución de controversias no dependía de la naturaleza del resultado final de los trabajos de la Comisión. Se afirmó que, como aún no podía descartarse que el proyecto de artículos se convirtiera en un tratado, era conveniente incluir una cláusula de solución de controversias. Varios miembros consideraban necesario aclarar el objetivo de la disposición a fin de determinar una formulación adecuada. Para algunos miembros, una cláusula compromisoria típica sería más apropiada si el proyecto de artículos estuviera destinado a convertirse en un tratado. Sin embargo, si el proyecto de artículos no estuviera destinado a convertirse en un tratado, convendría incluir una cláusula más general con recomendaciones procesales.

91. Varios miembros consideraban que las disposiciones sobre solución de controversias aprobadas por la Comisión en sus últimos trabajos relativos a otros temas podían servir de modelo para esa disposición. En particular, se citaron el proyecto de conclusión 21 del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) aprobado por la Comisión en primera lectura en su 71º período de sesiones, en 2019³⁰⁰, y el proyecto de artículo 15 del proyecto de artículos sobre la

³⁰⁰ *Anuario... 2019*, vol. II (segunda parte), págs. 152 y 153.

prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad aprobado por la Comisión en ese mismo período de sesiones³⁰¹. Se señaló que el primero podía servir de modelo para las recomendaciones procesales a los Estados, y que el segundo podía ser un buen modelo de cláusula compromisoria eficaz. No obstante, varios miembros recomendaron que en el presente proyecto de artículos se omitieran los párrafos 3 y 4 del proyecto de artículo 15 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, relativos a las reservas a la solución de controversias. También se expresó la opinión de que el proyecto de conclusión 21 no sería un modelo adecuado porque los trabajos de la Comisión sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) aún no habían concluido. Se recordó que el proyecto de conclusión 21 había sido motivado por los antecedentes particulares de la negociación del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que no era de aplicación al presente tema.

92. Varios miembros expresaron su opinión sobre los medios de solución de controversias mencionados en el proyecto de artículo 17. Se afirmó que el proyecto de artículo se centraba en la negociación, el arbitraje y el arreglo judicial, sin hacer referencia a los demás medios de arreglo pacífico de controversias establecidos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Varios miembros se mostraron partidarios de incluir otros medios en el proyecto de artículo. Se señaló que la mención de más opciones de medios haría que la disposición reflejara mejor la práctica de los Estados. Se citó como modelo la parte XV de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

93. También se insistió en la importancia de destacar la obligación que incumbía a todos los Estados, en virtud de los Artículos 2, párrafo 3, y 33 de la Carta, de arreglar cualquier controversia entre ellos por medios pacíficos. Varios miembros resaltaron la importancia de que los Estados tuvieran libertad para elegir los medios de solución de controversias. Se señaló que podía incorporarse en el proyecto de artículo un párrafo adicional que hiciera referencia expresa a ese principio o que esa cuestión podía explicarse en el comentario. También se observó que, más que contrario al principio de libre elección de medios, el proyecto de artículo 17 podía considerarse un ejercicio de dicha libertad.

94. Con respecto al párrafo 1, algunos miembros pidieron más aclaraciones sobre la distinción entre consultas y negociaciones. Se propuso que se modificara el párrafo 1 para añadir «por cualquier otro medio de su elección» después de «negociaciones». Se sugirió cambiar «a la mayor brevedad posible» por «a la mayor brevedad viable» para ofrecer a los Estados un grado de flexibilidad adecuado. En su defecto, se propuso establecer plazos para las consultas y negociaciones con el fin de facilitar la solución de las controversias.

95. Por lo que se refiere al párrafo 2, se dijo que no estaba claro si se pretendía que el recurso a medios judiciales o arbitrales para solucionar las controversias fuera obligatorio. Algunos miembros eran partidarios de

utilizar términos imperativos y convertir el proyecto de artículo 17 en una cláusula compromisoria. No obstante, otros preferían el texto actual. Se indicó que, si la disposición pretendía servir de recordatorio a los Estados, debía ser de carácter general. Así, en opinión de algunos miembros, incluir un plazo de 6 o 12 meses solo tendría sentido si la disposición se hiciera obligatoria. También se afirmó que, dado el carácter delicado de las controversias en materia de inmunidad, incluso un plazo de 6 meses podía ser demasiado largo. Se pidió que se aclarase si una controversia podía someterse a arreglo judicial o arbitral antes de que expirase el plazo de 6 o 12 meses, por ejemplo si las negociaciones no tenían perspectivas razonables de prosperar. Varios miembros sugirieron que se hiciera referencia a otros foros judiciales, incluidos, en su caso, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y una posible Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos. También se propuso añadir la conciliación, la mediación y la interposición de buenos oficios a la lista de medios disponibles. Algunos miembros propusieron que el proyecto de artículo 17 aclarase las consecuencias de que un Estado no aceptase la invitación de otro Estado a solucionar una controversia. Varios miembros también señalaron que no veían aconsejable crear un nuevo órgano permanente que se ocupara de las controversias en materia de inmunidad.

96. Algunos miembros apoyaban el párrafo 3 del proyecto de artículo 17, pero otros expresaron dudas sobre la disposición. Se indicó que los tratados vigentes en materia de inmunidades no prevenían la suspensión de los procedimientos nacionales mientras se solucionaba una controversia entre Estados. Se afirmó que la suspensión de los procedimientos nacionales mientras se solucionaba una controversia internacional supondría una especial deferencia hacia el Estado del funcionario. Algunos miembros consideraban que el proyecto de artículo no abordaba la situación del funcionario del Estado cuya inmunidad se estuviera examinando. Se propuso que el proyecto de artículo prohibiera que el procedimiento penal siguiera su curso y dejara abierta la cuestión de la continuidad de la detención. Varios miembros señalaron que la cuestión de la suspensión debía ser tratada caso por caso por la corte o el tribunal arbitral en el contexto de la adopción de medidas provisionales. Se afirmó que, en causas anteriores en que se habían planteado reclamaciones relativas a la inmunidad de funcionarios del Estado ante la Corte Internacional de Justicia, esta no había señalado medidas provisionales para ordenar la suspensión de los procedimientos nacionales. También se indicó que sería necesario asegurarse de que los ordenamientos jurídicos nacionales contaran con disposiciones que permitieran hacer efectiva cualquier suspensión. Por otra parte, varios miembros sugirieron que el proyecto de artículo especificara cuáles serían los efectos de una decisión de la Corte Internacional de Justicia o de un tribunal arbitral en los procedimientos nacionales. También se indicó que la cláusula de solución de controversias podría establecer un tipo de procedimiento de remisión preliminar que permitiera a los tribunales nacionales recabar la orientación de un mecanismo de solución de controversias por terceros.

97. Se señaló que había un riesgo de que el proyecto de artículo 17 propuesto pudiera interferir con las cláusulas compromisorias existentes. Se propuso añadir una cláusula «sin perjuicio» para evitarlo.

³⁰¹ *Ibid.*, pág. 103.

98. En lo que respecta al título del proyecto de artículo, se señaló que «requisitos procesales» podría ser un título más apropiado para la disposición, ya que «solución de controversias» parecía indicar el establecimiento de una obligación vinculante para los Estados.

Buenas prácticas recomendadas

99. En general, los miembros estuvieron de acuerdo con la Relatora Especial en que no era necesario formular nuevas propuestas sobre buenas prácticas recomendadas. Aunque varios miembros apoyaban la idea de reflejar las buenas prácticas en principio, algunos consideraban que dicha inclusión no encajaría con la forma del proyecto de artículos. Otros miembros también consideraban que, si se dedicaba mucho esfuerzo a recomendar buenas prácticas, se retrasaría innecesariamente la conclusión de la primera lectura de la Comisión sobre el tema. También se señaló la dificultad que podía tener establecer un conjunto de buenas prácticas que fuera de fácil aplicación en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales. Varios miembros manifestaron su apoyo a la propuesta de la Relatora Especial de que se abordaran las buenas prácticas que ya pudieran encontrarse en los proyectos de artículos que la Comisión tuviera ante sí o, más probablemente, en los comentarios. También se indicó que podían determinarse las buenas prácticas recomendadas por los Estados a partir de las observaciones de estos, por lo que no sería necesario mencionarlas directamente en los trabajos de la Comisión.

3. OBSERVACIONES FINALES DE LA RELATORA ESPECIAL

100. La Relatora Especial expresó su agradecimiento a los miembros por sus observaciones sobre el octavo informe. En su opinión, los comentarios, observaciones, críticas y sugerencias de los miembros contribuirían al avance de la labor de la Comisión.

101. Para responder en primer lugar a las preocupaciones expresadas sobre la evolución de la labor sobre el tema, la Relatora Especial señaló que, antes de aprobar el proyecto de artículos en primera lectura, la Comisión tenía pendientes varias cuestiones de fondo cuyo examen adecuado requeriría un esfuerzo adicional. Afirmó que, en ese contexto, algunos miembros habían mencionado el proyecto de artículo 7, relativo a las excepciones a la inmunidad *ratione materiae*. No obstante, destacó que la Comisión estaba avanzando de manera efectiva en el tratamiento de una cuestión que entrañaba dificultades jurídicas y sensibilidad política. Ese avance se debía en gran medida a un plan de trabajo y una metodología que habían recibido un amplio apoyo en la Comisión durante el presente quinquenio y el anterior. Expresó su confianza en que, de acuerdo con el espíritu de colegialidad que la caracterizaba, la Comisión pudiera resolver los problemas que surgían de manera inevitable en el proceso de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional.

102. Con respecto al futuro resultado de la labor de la Comisión sobre el tema, la Relatora Especial opinaba que esta se había desarrollado en forma de proyecto de artículos con objeto de ofrecer a los Estados una propuesta para la regulación general del tema, de conformidad con el mandato de la Comisión de promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. No veía

ninguna razón para cambiar el formato de la labor de la Comisión en este momento, en especial habida cuenta de la dimensión normativa de dicha labor, y señaló que estaba convencida de que la Comisión opinaba lo mismo. Por ese motivo, la labor de la Comisión sobre el tema adoptaría la forma de proyecto de artículos, con independencia de que la Comisión recomendara en segunda lectura que la Asamblea General lo utilizara como base para un posible tratado. En su opinión, la naturaleza del instrumento que se estaba elaborando y la recomendación que pudiera hacerse a la Asamblea General sobre el tratamiento que debiera darse posteriormente al proyecto de artículos eran dos cuestiones que debían permanecer separadas.

103. En relación con el proyecto de artículo 18, la Relatora Especial observó que las declaraciones de los miembros, si bien ponían de manifiesto opiniones diversas, reflejaban la importancia de la cuestión.

104. En cuanto al alcance del proyecto de artículos, la Relatora Especial recordó que varios miembros no consideraban necesario que la Comisión examinara la relación entre el tema y los tribunales penales internacionales, ya que la cuestión quedaba fuera del alcance del tema. No obstante, también observó que la mayoría de los miembros se había pronunciado a favor de examinar la cuestión y mantener el proyecto de artículo 18. La Relatora Especial suscribía esta opinión y consideraba que sería difícil justificar la exclusión intencionada de una referencia a la autonomía de los regímenes aplicables a los tribunales penales internacionales a la luz de la evolución del derecho internacional. Esto era especialmente cierto si se tenía en cuenta el número de casos en la práctica en los que se había planteado la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de crímenes que eran competencia de tribunales penales internacionales. El reconocimiento de esa relación y la declaración formal de la autonomía de los regímenes jurídicos aplicables a dichos tribunales no socavaría el alcance del tema y permitiría que la Comisión evitara entrar en el debate sobre la inmunidad ante los tribunales penales nacionales y los tribunales penales internacionales.

105. Por lo que se refiere al fallo de la Corte Penal Internacional en la remisión de Jordania en relación con la causa *Al Bashir*, la Relatora Especial recordó que algunos miembros expresaron su oposición al proyecto de artículo 18 porque les preocupaba que este guardara una relación directa con el fallo de la Corte y pudiera interpretarse en el sentido de que lo validaba o apoyaba. La Relatora Especial consideraba que esas preocupaciones no estaban justificadas. Aunque había esperado a que la Corte dictara su fallo antes de abordar la cuestión, siempre se había reservado el derecho de volver a tratar la cuestión de la relación entre el tema y los tribunales penales internacionales. Como ya había indicado en 2019, no era necesario que la Comisión examinara el fallo, ya que este no era pertinente para el tema. Por ese motivo, en el octavo informe se había limitado a recordar las principales conclusiones del fallo y a explicar por qué este carecía de pertinencia para la labor de la Comisión. Reiteró su opinión de que no podía considerarse que el proyecto de artículo 18 validara, respaldara o apoyara el fallo de la Corte Penal Internacional y confiaba en que el Comité de Redacción tuviera en cuenta las preocupaciones de los miembros al examinar el proyecto de artículo.

106. Por otra parte, la Relatora Especial observó que, aunque varios miembros habían hecho valer que en la traducción al inglés del octavo informe se afirmaba que la acogida del fallo «*has not been kind*» («no ha sido pacífica») (párr. 23), en su opinión habría sido preferible traducir la expresión por «*has been contentious*».

107. En lo que respecta a la cuestión del efecto de la cláusula «sin perjuicio» propuesta, la Relatora Especial observó que existía la opinión de que la aprobación del texto propuesto para el proyecto de artículo 18 equivaldría a reconocer que las normas que regían el funcionamiento de los tribunales penales internacionales eran jerárquicamente superiores a las que regían la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. La Relatora Especial también consideraba que las normas convencionales por las que se regía un tribunal penal internacional por lo general solo eran de aplicación a los Estados partes en la convención correspondiente, pero no creía que el proyecto de artículo 18 afectara en modo alguno a ese principio. Recordó que la Comisión había utilizado con frecuencia cláusulas «sin perjuicio» en sus trabajos sin entender que dichas cláusulas establecieran relaciones jerárquicas. En cambio, estaba de acuerdo con los miembros que consideraban que el proyecto de artículo 18 se limitaba a separar diferentes regímenes jurídicos para preservar su validez y sus distintos ámbitos de aplicación.

108. En cuanto a la ubicación del proyecto de artículo 18, la Relatora Especial observó que prácticamente todos los miembros que apoyaban la inclusión del proyecto de artículo 18 opinaban que sería mejor que la disposición se incluyera como párrafo 3 del proyecto de artículo 1. Esa ubicación era más apropiada porque el proyecto de artículo 18 estaba estrechamente relacionado con el ámbito de aplicación del proyecto de artículos y podía complementar la cláusula «sin perjuicio» contenida en el párrafo 2 del proyecto de artículo 1. La Relatora Especial manifestó su intención de hacer las propuestas pertinentes al Comité de Redacción a ese respecto.

109. En respuesta a propuestas de redacción específicas formuladas por los miembros, la Relatora Especial destacó en particular la sugerencia de hablar de tribunales penales «internacionalizados» en lugar de «internacionales», pero consideró que sería más adecuado dejar el estudio de todas esas propuestas al Comité de Redacción.

110. En relación con el proyecto de artículo 17, la Relatora Especial destacó que la propuesta de incluir un proyecto de artículo dedicado a la solución de controversias había sido respaldada por la mayoría de los miembros de la Comisión. También observó que algunos miembros habían vinculado la inclusión de un proyecto de artículo sobre solución de controversias a la idea de que el resultado final de la labor de la Comisión sería un tratado. Otros, sin embargo, habían considerado que una disposición sobre solución de controversias también podría entenderse como una ampliación de las garantías procesales incluidas en la cuarta parte del proyecto de artículos y que, por lo tanto, sería conveniente incluir dicha cláusula con independencia del resultado final de los trabajos. El proyecto de artículo 17 reflejaba esta última perspectiva, lo que también explicaba la ubicación de la disposición inmediatamente después de las demás disposiciones propuestas en

la cuarta parte. No obstante, la Relatora Especial convino en que el resultado final de los trabajos de la Comisión podría ser pertinente para el contenido del proyecto de artículo 17. Una cláusula compromisoria tradicional podría ser más apropiada para un proyecto de tratado y, si la Comisión no tenía intención de proponer un tratado, lo más adecuado sería una disposición que ofreciera orientación a los Estados sobre la forma de resolver una controversia. La Relatora Especial no había tenido la intención de que el proyecto de artículo se convirtiera en una cláusula compromisoria, pero estaba dispuesta a debatir las observaciones y sugerencias de los miembros en el Comité de Redacción. Asimismo, recordó que, cualquiera que fuera la decisión final de la Comisión sobre la naturaleza de su labor sobre el tema, sería útil incluir una cláusula sobre solución de controversias en la primera lectura para que los Estados pudieran dar su opinión al respecto.

111. Con respecto a los medios de solución de controversias que figuraban en el proyecto de artículo 17, la Relatora Especial tomó nota de las propuestas de incluir otros medios de solución de controversias u otros foros judiciales en el proyecto de artículo. No obstante, consideraba que la disposición pretendía ofrecer un modelo sencillo y útil para la solución de controversias. Si bien era evidente que los Estados podían utilizar cualquier otro medio de solución de controversias, no aportaría nada repetir esa lista de medios disponibles en la disposición. Con todo, la Relatora Especial estaba abierta a la posibilidad de incluir otros medios específicos que fueran especialmente útiles para el objetivo perseguido en el proyecto de artículo 17. También consideraba apropiado limitar la referencia a los medios judiciales a la Corte Internacional de Justicia, habida cuenta del enfoque general del proyecto de artículos. En cuanto a la referencia al arbitraje, la Relatora Especial explicó que, si bien convenía que dicha referencia fuera general para respetar el principio de libre elección de medios, era evidente por el contexto que se aludía al arbitraje entre Estados. La Relatora Especial también tomó nota de la opinión compartida por los miembros de que la creación de un órgano especializado no tendría ninguna utilidad.

112. Por lo que respecta a las características del mecanismo de solución de controversias propuesto y en respuesta a una pregunta planteada en el debate, la Relatora Especial explicó que su propuesta se estructuraba en tres fases: consulta, negociación y arreglo judicial o arbitral. Tras observar que las consultas y las negociaciones podían solaparse, aclaró que lo que las diferenciaba era el grado de formalismo y el objetivo concreto de la negociación de encontrar una solución bilateral. La Relatora Especial también observó las cuestiones planteadas por los miembros en relación con la suspensión del ejercicio de la jurisdicción nacional en caso de que los Estados de que se tratara decidieran someter una controversia a arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia. No obstante, explicó que la disposición pretendía servir de salvaguardia para el Estado del funcionario frente a enjuiciamientos abusivos o por motivos políticos. Señaló que sería necesario tener en cuenta la necesidad de garantizar un equilibrio adecuado entre la protección de los intereses del Estado del foro y los del Estado del funcionario, a fin de evitar un hecho consumado que pudiera privar al Estado del foro del derecho a ejercer la jurisdicción penal o al Estado del

funcionario de inmunidad. En relación con las cuestiones planteadas sobre el efecto jurídico del resultado de un mecanismo de solución de controversias en el ordenamiento jurídico del Estado del foro, la Relatora Especial expresó la opinión de que la cuestión era importante y debía ser examinada por el Comité de Redacción, junto con las consecuencias prácticas que podrían derivarse del carácter facultativo del recurso a la Corte Internacional de Justicia o al arbitraje.

113. En cuanto a la cuestión de las buenas prácticas, la Relatora Especial observó que los miembros habían apoyado prácticamente por unanimidad su propuesta de no incluir una disposición a ese respecto en el proyecto de artículos. Indicó que, atendiendo a la sugerencia de algunos miembros, tenía la intención de incluir una referencia a los ejemplos de buenas prácticas en el comentario que presentaría a la Comisión.

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

1. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULO

114. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

Artículo 1. *Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos*

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado.

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

Artículo 2. *Definiciones*

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[...]

e) se entiende por «funcionario del Estado» un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales;

f) se entiende por «acto realizado a título oficial» un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal.

SEGUNDA PARTE

INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE**

Artículo 3. *Beneficiarios de la inmunidad ratione personae*

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

* La Comisión examina las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos en la cuarta parte.

Artículo 4. *Alcance de la inmunidad ratione personae*

1. Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato.

2. Esta inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial, por los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores durante su mandato o con anterioridad a este.

3. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*.

TERCERA PARTE

INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE**

Artículo 5. *Beneficiarios de la inmunidad ratione materiae*

Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Artículo 6. *Alcance de la inmunidad ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* únicamente respecto de los actos realizados a título oficial.

2. La inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado.

3. Los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* en virtud del proyecto de artículo 4, cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato.

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

1. La inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional:

- a) crimen de genocidio;
- b) crímenes de lesa humanidad;
- c) crímenes de guerra;
- d) crimen de *apartheid*;
- e) tortura;
- f) desapariciones forzadas.

2. A los efectos del presente proyecto de artículo, los crímenes de derecho internacional arriba mencionados se entienden conforme a la definición de los mismos contenida en los tratados enumerados en el anexo al presente proyecto de artículos.

CUARTA PARTE**

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.

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

** La Comisión aún no ha aprobado el título de esta parte.

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.

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.

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.

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.

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.

Artículo 12 [13]^{***}. Solicitudes de información

1. El Estado del foro podrá solicitar al Estado del funcionario la información que considere pertinente a los efectos de decidir si la inmunidad se aplica o no.

2. El Estado del funcionario podrá solicitar al Estado del foro la información que considere pertinente a los efectos de decidir sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella.

3. La información podrá ser solicitada 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. El Estado requerido considerará toda solicitud de información de buena fe.

ANEXO

LISTA DE LOS TRATADOS A QUE SE HACE REFERENCIA EN EL PROYECTO DE ARTÍCULO 7, PÁRRAFO 2

Crimen de genocidio

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 6.

Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, artículo II.

Crímenes de lesa humanidad

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

Crímenes de guerra

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

Crimen de *apartheid*

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

Tortura

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

Desapariciones forzadas

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

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULOS, CON LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES, APROBADOS PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 72º PERÍODO DE SESIONES

115. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 72º período de sesiones.

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. Su

^{***} El número que figura entre corchetes remite al número original que llevaba el proyecto de artículo en el informe de la Relatora Especial.

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* de los funcionarios del Estado, antiguos o en ejercicio, respecto de la jurisdicción penal extranjera. Al hacer referencia a la vinculación entre la cuarta parte, por un lado, y las partes segunda y tercera, por otro, el proyecto de artículo 8 *ante* tiene en cuenta la noción de equilibrio reflejada en la labor anterior de la Comisión, que incluyó una nota a pie de página en los títulos de las partes segunda y tercera en la que se afirmaba que «[l]a Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos»³⁰².

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, ha habido divergencia de opiniones entre los miembros de la Comisión con respecto al ámbito de aplicación de esta cuarta parte, 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, las garantías y salvaguardias procesales que figuran en la cuarta parte eran de aplicación únicamente cuando podía haber inmunidad, lo que no parecía ser el caso respecto de los crímenes enumerados en el proyecto de artículo 7, ya que este se había redactado en términos absolutos y establecía que la inmunidad *ratione materiae* «no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional». Por el contrario, varios miembros apoyaban una interpretación más amplia de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial y veían factible que las garantías y salvaguardias procesales tuvieran una función que desempeñar incluso en situaciones en que el proyecto de artículo 7 fuera de aplicación.

4) Teniendo en cuenta esta discrepancia, la Comisión ha aprobado provisionalmente 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». El proyecto de artículo 8 *ante* no prejuzga la adopción de cualesquiera garantías y salvaguardias procesales adicionales, incluida la aplicación o no de salvaguardias específicas al proyecto de artículo 7, y se entiende sin perjuicio de estas cuestiones.

³⁰² La decisión de incluir la nota se adoptó en el 69º período de sesiones de la Comisión (2017), cuando se aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7. Véase *Anuario... 2017*, vol. II (segunda parte), pág. 134. Véase, en particular, 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: “[l]a Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos”» (ibíd., pág. 138).

5) Con 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 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.

6) 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».

7) 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 las distintas medidas que el Estado del foro puede adoptar para ejercer su jurisdicción penal. Teniendo en cuenta las diferencias existentes en la práctica entre los distintos sistemas y tradiciones jurídicas en los Estados, no se ha considerado necesario mencionar de forma expresa la naturaleza de dichas medidas, 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.

8) 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»³⁰³. Por tanto, la expresión «antiguo o en ejercicio» debe entenderse a la luz de lo dispuesto en el proyecto de artículo 4 para la inmunidad *ratione personae*, y en el proyecto de artículo 6 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.

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 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» será 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 que sea de aplicación a situaciones específicas (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 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, en consecuencia, 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 consiguiente, 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 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 Especial³⁰⁴, 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,

³⁰³ *Anuario...* 2014, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 157, párrafo 12 del comentario al proyecto de artículo 2 *e*.

³⁰⁴ *Anuario...* 2013, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, págs. 46 y 47, párrs. 36 a 42.

en su caso, la responsabilidad penal de uno o varios individuos. Dichos actos pueden tener distinta naturaleza y no se limitan a los propios de la actividad judicial, y pueden incluir 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. Como se desprende de los fallos de la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*³⁰⁵ y a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*³⁰⁶, una determinada medida procesal penal solo puede afectar a la inmunidad de un funcionario extranjero si le impide ejercer sus funciones por el hecho de imponerle obligaciones. Por ejemplo, no puede considerarse que el inicio de una investigación preliminar o la incoación de una causa penal, no solo con respecto al presunto hecho delictivo sino también contra la propia persona en cuestión, violan su inmunidad si no le imponen alguna obligación de conformidad con el derecho nacional aplicable. El Estado del foro también puede proceder, al menos, al acopio preliminar de las pruebas del caso (es decir, a recabar testimonios, documentos o pruebas materiales, entre otras cosas) aplicando al funcionario extranjero medidas que no sean de carácter vinculante ni obligatorio.

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*³⁰⁷.

³⁰⁵ *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, párrs. 54 y 55.

³⁰⁶ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, págs. 177 y ss., en especial págs. 236 y 237, párrs. 170 y 171.

³⁰⁷ 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 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

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 2001³⁰⁸, se ha querido poner de relieve que la consideración de la cuestión de la inmunidad se debe producir a la mayor brevedad posible, sin necesidad de esperar a que se haya formalizado el procedimiento judicial. Para reforzar esta idea, se ha empleado la expresión «sin dilación», recogida 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 al funcionario de otro Estado y que, en caso de producirse, podrían violar 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*.

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).

³⁰⁸ 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 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»).

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 cada sistema jurídico interno, se ha considerado preferible emplear la fórmula general de «medidas coercitivas» para referirse al «acto de autoridad» del que habla la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, que se inspira en el razonamiento de la Corte en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*³⁰⁹.

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 de

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»³¹⁰. 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 Diplomáticas, 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)³¹¹ y que «[e]l agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución» (art. 31, párr. 3)³¹². 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)³¹³.

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.

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.

³¹⁰ *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 Residual para Sierra Leona: <https://rscsl.org>, «*The SCSL*», «*Cases*».

³¹¹ En un sentido similar se manifiestan la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 29, y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, arts. 28 y 58. Y, de una manera más matizada, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 41, párrs. 1 y 2.

³¹² 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.

³¹³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 308 *supra*), págs. 744 y 746.

³⁰⁹ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 305 *supra*), pág. 22, párr. 54; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (véase la nota 306 *supra*), págs. 236 y 237, párr. 170.

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 otro 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 Consulares³¹⁴. 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 Bienes 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 se regulan en el artículo 22 de la Convención los medios a través de los cuales se ha de producir la «notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe un proceso contra un Estado». 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

³¹⁴ 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.

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 una de las garantías procesales que se definen en la cuarta parte del proyecto de artículos. 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 inmunidad³¹⁵, que está sometido a las reglas particulares aplicables a la inmunidad *rationae personae* y a la inmunidad *ratione materiae*³¹⁶. El comentario resulta igualmente pertinente para el presente proyecto de artículo y, en consecuencia, dentro de la categoría de «funcionario de otro 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 se dirige a los Estados y 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 fiscalía³¹⁷. 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 de la locución latina «*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 la notificación. Ello se justifica por el interés que pueda tener el Estado del funcionario en identificar los órganos encargados de pronunciarse sobre el inicio del procedimiento penal o sobre la adopción de medidas coercitivas 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

³¹⁵ Véase *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 157, párrafo 12 del comentario al proyecto de artículo 2 e.

³¹⁶ 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*).

³¹⁷ 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) (nota 286 *supra*), párrs. 121 a 126.

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 Diplomáticas³¹⁸. 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 humanidad³¹⁹. 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 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 que 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 Penal y sus dos protocolos adicionales; el Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal; el Convenio Europeo de Extradición y sus cuatro protocolos adicionales; la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal; la Convención Interamericana sobre Extradición; el Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea; la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales³²⁰; la Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa; la Convención de Extradición entre los Países Miembros de

³¹⁸ 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».

³¹⁹ El texto del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad aprobado por la Comisión en 2019, con sus comentarios, figura en *Anuario... 2019*, vol. II (segunda parte), págs. 24 y ss., párrs. 44 y 45.

³²⁰ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 328, 15 de diciembre de 2009, pág. 42.

la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa; la Convención de Minsk sobre la Asistencia Judicial y las Relaciones Jurídicas en Materia de Derecho Penal, Civil y de Familia; y la Convención de Chisinau sobre la Asistencia Judicial y las Relaciones Jurídicas en Materia de Derecho Penal, Civil y de Familia. 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 modelo 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 Penales³²¹; el Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal³²²; y el Tratado Modelo de Extradición³²³. 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 de los funcionarios 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 posteriormente por notificaciones escritas, con independencia de cuál sea su forma (nota verbal, carta o similar).

³²¹ 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).

³²² Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal, resolución 45/118 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo.

³²³ 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).

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.

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 posteriormente. Por ello, no se han 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 inmunidad³²⁴ 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

³²⁴ 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 (véase la nota 286 *supra*), párr. 69).

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 individuo³²⁵. Por tanto, es al Estado 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. Es el derecho interno el que determina quiénes son esas autoridades, quedando entendido que en esta categoría se incluye a las que se encargan de las relaciones internacionales en virtud del derecho internacional. No obstante, ello no impide que 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.

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

³²⁵ 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 de Estado y de Gobierno, en tanto que representante del Estado, debe tener un trato especial «no en su interés personal, sino porque le es necesario para ejercer sus funciones y asumir sus responsabilidades de manera independiente y eficaz, en interés tanto del Estado concernido como de la comunidad internacional en su conjunto» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 308 *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).

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.

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»³²⁶.

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 a 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.

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 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 consiguiente, 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.

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

³²⁶ *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 158, párrafo 14 del comentario al proyecto de artículo 2 e.

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 proyectos de artículos³²⁷ 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 2009³²⁸. Otro

³²⁷ 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 esta, 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).

³²⁸ 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 308 *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

tanto sucede con la renuncia a la inmunidad del Estado, que ha sido contemplada tanto en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes³²⁹ como en las leyes nacionales sobre la inmunidad del Estado³³⁰.

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 este obstáculo 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 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»³³¹.

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

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 establecidos sin ambigüedades por cualquier medio jurídico» (ibíd.). 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-iiil.org, en el apartado «*Résolutions*»).

³²⁹ No obstante, ha de tenerse en cuenta que, en el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes 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.

³³⁰ Véanse Estados Unidos de América, *Foreign Sovereign Immunities Act 1976*, seccs. 1605 a 1), 1610 a 1), b 1) y d 1), y 1611 b 1); 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.

³³¹ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 305 *supra*), pág. 25, párr. 61.

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 específica esta cuestión, mencionando al Estado en términos abstractos³³². La propia Comisión ya consideró en trabajos anteriores que era preferible no mencionar expresamente los órganos del Estado competentes para renunciar a la inmunidad³³³. Además, la práctica estatal es reducida y no concluyente³³⁴. Es el derecho interno el que determina

³³² 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.

³³³ 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 proyecto de artículo 30 aprobado en segunda lectura decidió modificar la redacción del párrafo 2, suprimiendo la última frase de dicho párrafo aprobado en primera lectura, que decía lo siguiente: «y emanar del gobierno del Estado acreditante». La Comisión explica de la siguiente manera esta decisión: «La Comisión decidió suprimir la cláusula “y emanar del gobierno del Estado acreditante”, porque daba a entender erróneamente que la comunicación relativa a la renuncia debía emanar del gobierno del Estado acreditante. Pero, como se hizo observar, el jefe de misión es el representante de su gobierno y, cuando comunica una renuncia a la inmunidad, los tribunales del Estado recipiente 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 proyecto de 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 proyecto de artículo 45).

³³⁴ Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, la renuncia fue formulada por el Ministro de Justicia de Haití 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 del Chad (Tribunal de Apelaciones de Dakar

quiénes son las autoridades competentes para renunciar a la inmunidad, quedando entendido que en esta categoría se incluye a las que se encargan de las relaciones internacionales en virtud del derecho internacional. No obstante, ello no significa que la renuncia a la inmunidad no pueda ser comunicada por cualquier otra persona a la que el Estado otorga un mandato específico a tal fin, especialmente en el contexto de un procedimiento judicial.

6) Contrariamente a lo que sucede con el proyecto de artículo 10, relativo a la invocación de la inmunidad, 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 reconvenzional], 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 previos³³⁵, y se recoge tanto en los tratados internacionales relevantes³³⁶ como en leyes nacionales³³⁷. Teniendo esto en cuenta, no se ha mantenido 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»³³⁸. Aunque los miembros de la Comisión han considerado de forma general que la renuncia a la inmunidad se puede establecer expresamente en

(Senegal), sentencia de 4 de julio de 2000, y Tribunal de Casación, sentencia de 20 de marzo de 2001, *International Law Reports*, vol. 125, págs. 571 y 577). 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, parcialmente reproducido en *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht/Revue suisse de droit international et européen* (1991), págs. 534 a 537 (versión inglesa en *International Law Reports*, vol. 102, pág. 198)), 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.

³³⁵ Véase la nota 327 *supra*.

³³⁶ 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.

³³⁷ 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.

³³⁸ A/CN.4/729 (véase la nota 286 *supra*), párr. 103.

un tratado³³⁹, 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)*³⁴⁰, 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 Internacional 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»³⁴¹.

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 renuncia³⁴². Para ello, se entiende que el 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.

³⁴² 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 (véase la nota 282 *supra*), párrs. 252 y 253). En el asunto *Paul v. Avril*, el Ministro de Justicia de Haití afirmó que «Prosper Avril, ex Teniente General de las Fuerzas Armadas de Haití y ex-Presidente del Gobierno Militar de la República de Haití, no goza absolutamente de ninguna forma de inmunidad, ya sea la que corresponde a un soberano, a un jefe de Estado o a un ex jefe de Estado; ya sea diplomática, consular, o inmunidad respecto del testimonio, ni de cualquier otra clase de inmunidad, incluidas la inmunidad respecto de una sentencia, o un proceso, la inmunidad frente a la ejecución de sentencias y la inmunidad respecto de la comparecencia ante el tribunal tanto antes como después de la sentencia» (*Paul v. Avril* (véase la nota 334 *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 et 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 334 *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, de 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).

³³⁹ 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 308 *supra*), pág. 748).

³⁴⁰ *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.

³⁴¹ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 305 *supra*), págs. 24 y 25, párr. 59.

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 de 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 4 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. 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 cierto 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 haya 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 excepcionales 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 irrevocabilidad de la renuncia a la inmunidad, así como la escasa práctica referida a este tema³⁴³. 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»³⁴⁴. 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 salvaguardia 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, se señaló 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 Comisión en 2006,

³⁴³ Sobre la renuncia a la inmunidad y el sometimiento del Estado extranjero a la jurisdicción del Estado del foro, véanse: Estados Unidos, *Foreign Sovereign Immunities Act 1976*, seccs. 1605 a 1), 1610 a 1), b 1) y d 1), y 1611 b) 1); 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*, secc. 10; Canadá, *State Immunity Act 1985*, secc. 4; 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*, arts. 5 y 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 a 8. Tan solo las leyes de Australia y España contemplan la irrevocabilidad de la renuncia a la inmunidad. Conforme a la *Foreign States Immunities Act 1985* de Australia, «[a]n agreement by a foreign State to waive its immunity under this Part has effect to waive that immunity and the waiver may not be withdrawn except in accordance with the terms of the agreement» (secc. 10.5). Por su parte, la Ley Orgánica 16/2015 de España establece que «[e]l consentimiento del Estado extranjero al que se refieren los artículos 5 y 6 no podrá ser revocado una vez iniciado el proceso ante un órgano jurisdiccional español» (art. 8 (Revocación del consentimiento)).

³⁴⁴ *Anuario...* 1958, vol. II, documento A/3859, pág. 107, párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 30.

en especial el principio 10³⁴⁵. 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 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 comentarios.

Artículo 12 [13]. Solicitudes de información*

1. El Estado del foro podrá solicitar al Estado del funcionario la información que considere pertinente a los efectos de decidir si la inmunidad se aplica o no.

2. El Estado del funcionario podrá solicitar al Estado del foro la información que considere pertinente a los efectos de decidir sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella.

3. La información podrá ser solicitada 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. El Estado requerido considerará toda solicitud de información de buena fe.

Comentario

1) El proyecto de artículo 12 se refiere a la posibilidad de que tanto el Estado del foro como el Estado del funcionario puedan solicitar información al otro Estado. Es la última de las disposiciones de carácter procedimental

³⁴⁵ 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).

* El número que figura entre corchetes remite al número original que llevaba el proyecto de artículo en el informe de la Relatora Especial.

que se incluye en la cuarta parte del proyecto de artículos antes de referirse a la determinación de si la inmunidad se aplica o no, cuestión de la que se ocupa el proyecto de artículo 13, que aún no ha sido examinado por el Comité de Redacción. El proyecto de artículo 12 está estructurado en cuatro párrafos dedicados al derecho de los Estados interesados a solicitar información (párrs. 1 y 2), al procedimiento para solicitar la información (párr. 3) y a la forma en que el Estado requerido «considerará» la solicitud (párr. 4).

2) En los párrafos 1 y 2 se indica que tanto el Estado del foro como el Estado del funcionario pueden solicitar información. Aunque la Comisión considera que la solicitud de información por parte de ambos Estados responde a una misma lógica, por razones de claridad se ha preferido incluir en párrafos separados cada una de las situaciones. No obstante, se debe destacar que ambos párrafos siguen un mismo modelo en su redacción, con la única diferencia del objetivo último perseguido por el Estado solicitante, que en el caso del Estado del foro será «decidir si la inmunidad se aplica o no» y en el caso del Estado del funcionario será «decidir sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella».

3) La solicitud de información a que se refieren los párrafos 1 y 2 tiene una naturaleza finalista que ha de entenderse en el contexto del proceso que debe seguir un Estado a fin de pronunciarse sobre la inmunidad en un caso concreto, ya sea desde la perspectiva del Estado del foro (consideración y determinación de la inmunidad) o desde la del Estado del funcionario (invocación de la inmunidad o renuncia a ella). A ello obedece el empleo de la expresión «a los efectos de decidir» en ambos párrafos, que pone de manifiesto que en los dos supuestos la decisión final es el resultado de un proceso que puede estar integrado por distintas fases y actos.

4) Al aprobar el proyecto de artículo 12, la Comisión ha tenido en cuenta que, para determinar la aplicación o no de la inmunidad, el Estado del foro necesitará tener información referida al funcionario (nombre, cargo en el Estado, competencias, etc.) y sobre la vinculación del Estado del funcionario con sus actos, que, en su caso, podrían ser la base para el ejercicio de la jurisdicción penal. Esta información es importante para que el Estado del foro pueda tomar una decisión sobre la inmunidad (en especial en el caso de la inmunidad *ratione materiae*), pero es posible que únicamente sea conocida por el Estado del funcionario. Lo mismo sucede desde la perspectiva del Estado del funcionario a los efectos de decidir sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella, ya que el Estado del funcionario puede necesitar obtener información sobre la legislación estatal, los órganos competentes del Estado del foro o sobre el estadio en que se encuentra la actividad emprendida por el Estado del foro. El proyecto de artículo 12 tiene como finalidad facilitar el acceso a dicha información.

5) Nada impide que la información mencionada en el párrafo anterior pueda estar ya en posesión del Estado del foro o del Estado del funcionario, en especial si con anterioridad a la solicitud de información se han aplicado las disposiciones previstas en los proyectos de artículo 9 (sobre la notificación), 10 (sobre la invocación)

y 11 (sobre la renuncia). Sin duda, a través de dichas disposiciones el Estado del foro y el Estado del funcionario habrán proporcionado información al otro Estado. No obstante, no puede ignorarse la posibilidad de que, en un cierto número de casos, la información recibida por esas vías no sea suficiente para alcanzar los objetivos antes mencionados. Por ello, y especialmente en esta circunstancia, la solicitud de información se convierte en un instrumento útil y necesario para asegurar el correcto funcionamiento de la inmunidad, que coadyuva además al fortalecimiento de la cooperación entre los Estados interesados y a la creación de condiciones de confianza mutua. Por tanto, el sistema de solicitud de información previsto en el proyecto de artículo 12 constituye una garantía procesal para ambos Estados.

6) La solicitud de información puede venir referida a cualquier elemento que el Estado requirente considere útil para adoptar una decisión sobre la inmunidad. Dada la variedad de elementos que pueden ser tenidos en cuenta por los Estados a los efectos de decidir sobre la aplicación de la inmunidad o sobre su invocación o renuncia, no es posible elaborar una lista exhaustiva. La Comisión ha optado por emplear la expresión «la información que considere pertinente», que ha juzgado preferible a «la información necesaria», ya que el adjetivo «necesaria» podría tener un significado restrictivo y formal, especialmente en inglés. Por el contrario, mediante el empleo del término «pertinente» se reconoce al Estado solicitante (ya sea el Estado del foro o el Estado del funcionario) el derecho a decidir en cada caso sobre la información pertinente que desea solicitar, conforme a lo dispuesto en varios instrumentos internacionales³⁴⁶.

7) El párrafo 3 se refiere a las vías a través de las cuales se puede solicitar la información. Este párrafo sigue el mismo modelo que el párrafo 3 de los proyectos de artículo 9, 10 y 11, cuya redacción reproduce *mutatis mutandis*, por lo que le resultan de aplicación los comentarios ya realizados respecto de esos proyectos de artículo.

8) Sin embargo, la Comisión desea llamar la atención sobre su decisión de no incluir en el proyecto de artículo 12 un párrafo dedicado a la comunicación interna entre las autoridades del Estado del foro o del Estado del funcionario, similar al párrafo 4 de los proyectos de artículo 10 y 11. Ello se explica por el hecho de que la solicitud de información se ha de entender fundamentalmente referida a una información que, en un buen número de casos, será complementaria o adicional respecto de la información que ya obre en poder del Estado del foro o del Estado del funcionario y que, por tanto, está llamada a producirse esencialmente en un momento más avanzado del procedimiento. Por ello, cabe pensar que la autoridad competente para tomar las decisiones en cualquiera de los dos Estados ya será conocida por el otro y, por tanto, no sería necesario introducir este elemento que opera como cláusula de salvaguardia. En todo caso, si la solicitud

de información se produjese en un momento incipiente del tratamiento de la cuestión de la inmunidad, ha de entenderse que no existe ninguna razón para no aplicar el principio de la obligación de comunicación entre las autoridades competentes del mismo Estado.

9) El párrafo 4 sustituye a los párrafos 4 y 5 propuestos inicialmente por la Relatora Especial, en los que se enumeraban las posibles causas de rechazo de la solicitud y las condiciones a que se podría someter tanto la solicitud de información como la información proporcionada, en especial la confidencialidad³⁴⁷. La Comisión ha considerado preferible incluir en el proyecto de artículo 12 un párrafo más sencillo que se limite a enunciar el principio de que toda solicitud de información será examinada de buena fe por el Estado requerido, ya sea el Estado del foro o el Estado del funcionario. Para ello se han tenido en cuenta varias razones. En primer lugar, que la propuesta original, en la que se enumeraban las causas de denegación permitidas, podría ser interpretada *a contrario* como el reconocimiento de una obligación de proporcionar la información solicitada, que, sin embargo, no existe en el ordenamiento internacional, salvo por lo que se refiere a las obligaciones específicas que se puedan contener en los tratados de cooperación y asistencia jurídica mutua o en otros tratados. En segundo lugar, que la propuesta original podría entrar en colisión con sistemas de solicitud e intercambio de información establecidos en acuerdos de cooperación y asistencia jurídica mutua, que, en todo caso, resultarían de aplicación entre los Estados partes. En tercer lugar, que el establecimiento de una regla de confidencialidad podría entrar en colisión con las normas estatales que regulan la confidencialidad. Y, en cuarto lugar pero no por ello menos importante, que la finalidad perseguida por el proyecto de artículo 12 es favorecer la cooperación y el intercambio de información entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, y dicha finalidad podría verse perjudicada o cuestionada si el proyecto de artículo enumerase de forma expresa causas de denegación y reglas de condicionalidad.

10) No obstante, la Comisión considera que las razones antes indicadas no son justificación suficiente para ignorar la cuestión de los criterios que deberían seguir los Estados para evaluar la solicitud de información. Por ello, ha optado por una redacción en la que, de forma sencilla, se señala la obligación del Estado requerido de examinar de buena fe toda solicitud que le sea dirigida. El término «Estado requerido» se ajusta a la terminología comúnmente empleada en los acuerdos de cooperación y asistencia jurídica mutua, que es familiar a los Estados.

11) La expresión «considerará [...] de buena fe» que figura en el párrafo 4 remite a la obligación general de los Estados de actuar de buena fe en sus relaciones con terceros. El alcance de esta obligación, por su propia naturaleza, no puede analizarse en abstracto, siendo necesario determinarlo caso por caso. Su inclusión en el proyecto de artículo 12 ha de entenderse en el contexto definido por el propio proyecto de artículo, es decir, la definición de un instrumento procedimental que favorezca la cooperación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario a los

³⁴⁶ Véanse, por ejemplo, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, art. 3; la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, art. 7; la Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 1, párrs. 1 y 2; y el Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales (nota 321 *supra*), art. 1, párr. 2.

³⁴⁷ Véase el séptimo informe de la Relatora Especial (A/CN.4/729) (nota 286 *supra*), anexo II.

efectos de que cada uno de ellos pueda formarse un juicio correcto que le permita adoptar las decisiones a que se refieren los párrafos 1 y 2. En consecuencia, la expresión «considerará [...] de buena fe» ha de entenderse a la luz de dos elementos que operan de manera conjunta, a saber: en primer lugar, la obligación de examinar la solicitud, y, en segundo lugar, el requisito de que ese examen se realice con la intención de facilitar al otro Estado la adopción de una decisión informada y razonada sobre si la inmunidad se aplica o no, o sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella. Así, la expresión «considerará [...] de buena fe» refleja una obligación de comportamiento y no una obligación de resultado.

12) El Estado requerido deberá tener en cuenta en su respuesta estos elementos como punto de partida para examinar toda solicitud de información, pero nada impide que pueda considerar, además, otros elementos o

circunstancias para tomar una decisión al respecto, como, entre otras cosas, cuestiones que afecten a la soberanía, al orden público, a la seguridad y a intereses públicos fundamentales. En cualquier caso, la Comisión no ha considerado necesario hacer referencia expresa a estos elementos en el proyecto de artículo 12, reconociendo que corresponde al Estado requerido identificar los motivos que justifican su decisión.

13) Por otro lado, se debe señalar que la Comisión no ha considerado necesario hacer una referencia expresa en el párrafo 4 a la posibilidad de someter a condiciones la entrega de la información solicitada. Sin embargo, nada impediría que el Estado requerido pudiera valorar la formulación de condiciones como parte del proceso de «considerar de buena fe» toda solicitud de información, en particular si ello facilitara o favoreciera la entrega de la información solicitada.