Capítulo VI
Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

A. Introducción

60. 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. Kolodkin[884]. 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)[885].

61. 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 63er período de sesiones (2011)[886]. La Comisión no pudo examinar el tema en sus períodos de sesiones 61º (2009) y 62º (2010)[887].

62. 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 Comisión[888]. 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), el séptimo informe en el 71er período de sesiones (2019) y el octavo informe en el 72º período de sesiones (2021)[889]. Sobre la base de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial en sus informes segundo, tercero, cuarto, quinto y séptimo, la Comisión ha aprobado provisionalmente 12 proyectos de artículo con sus comentarios. El proyecto de artículo 2, relativo a las definiciones, seguía en proceso de redacción[890].

---

[884] En su 2940ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/62/10), 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 A del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/61/10), párr. 257).

[885] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/62/10), párr. 386. El memorando de la Secretaría figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1.

[886] A/CN.4/601, A/CN.4/631 y A/CN.4/646, respectivamente.

[887] Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/64/10), párr. 207; e *ibid.*, *sexagésimo quinto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/65/10), párr. 343.

[888] *Ibid., sexagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/67/10), párr. 266.

[889] A/CN.4/654, A/CN.4/661, A/CN.4/673, A/CN.4/686, A/CN.4/701, A/CN.4/722, A/CN.4/729 y A/CN.4/739, respectivamente.

[890] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/68/10), párrs. 48 y 49.

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 (*ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/68/10), 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, apartado 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 (*ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/69/10), párrs. 130 a 132).

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

63. La Relatora Especial no presentó a la Comisión ningún informe nuevo en el actual período de sesiones. No obstante, el Comité de Redacción siguió examinando los proyectos de artículo pendientes que le habían sido remitidos anteriormente por la Comisión y que figuraban en los informes segundo (A/CN.4/661), séptimo (A/CN.4/729) y octavo (A/CN.4/739) de la Relatora Especial.

64. En su 3586ª sesión, celebrada el 3 de junio de 2022, la Comisión recibió y examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.969) y aprobó el proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en primera lectura (véase la sección C.1).

65. En sus sesiones 3604ª a 3609ª, celebradas del 29 de julio al 3 de agosto de 2022, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de artículos antes mencionado (véase la sección C.2).

66. En su 3609ª sesión, celebrada el 3 de agosto de 2022, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir a los Gobiernos el proyecto de artículos (véase la sección C), por conducto del Secretario General, para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que los enviaran al Secretario General antes del 1 de diciembre de 2023.

67. En su 3609ª sesión, celebrada el 3 de agosto de 2022, la Comisión expresó su profundo reconocimiento a la Relatora Especial, la Sra. Concepción Escobar Hernández, por la extraordinaria contribución realizada, que había permitido a la Comisión culminar con éxito la primera lectura del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. También reiteró su profundo agradecimiento al anterior Relator Especial, el Sr. Roman A. Kolodkin, por su valiosa contribución a la labor sobre el tema.

C. Texto del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobado por la Comisión en primera lectura

1. Texto del proyecto de artículos

68. El texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura figura a continuación.

En su 3329ª sesión, celebrada el 27 de julio de 2016, la Comisión aprobó de manera provisional los proyectos de artículo 2, apartado 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 (*ibid.*, *septuagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/71/10), párrs. 194, 195 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 sus comentarios (*ibid.*, *septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/72/10), 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 71er 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 (*ibid.*, *septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párr. 125 y nota 1469).

En sus sesiones 3530ª y 3549ª, celebradas el 3 de junio y el 26 de julio de 2021, respectivamente, la Comisión recibió y examinó los informes del Comité de Redacción (A/CN.4/L.940, A/CN.4/L.953 y Add.1) y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 8 *ante*, 8, 9, 10, 11 y 12 (*ibid.*, *septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/76/10), párr. 114).

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.

3. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Estados parte en acuerdos internacionales que establecen cortes y tribunales penales internacionales, en las relaciones entre las partes en esos acuerdos.

Artículo 2
Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entiende por "funcionario del Estado" un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales, y se refiere tanto a los funcionarios en ejercicio como a los antiguos funcionarios;

b) 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.

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 tal, 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
Disposiciones y garantías procesales

Artículo 8
Aplicación de la cuarta parte

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

Artículo 9
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.

Artículo 10
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 dicha 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 la 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 11
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 12
Renuncia a la inmunidad

1. El Estado puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de su funcionario.

2. La renuncia a la inmunidad 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 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.

Artículo 14
Determinación de la inmunidad

1. La determinación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario del Estado será realizada por las autoridades competentes del Estado del foro, de acuerdo con su derecho y sus procedimientos y de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

2. Para realizar la determinación de la inmunidad, dichas autoridades competentes deberán tomar en consideración, en particular:

a) si el Estado del foro ha realizado la notificación prevista en el proyecto de artículo 10;

b) si el Estado del funcionario ha invocado o ha renunciado a la inmunidad;

c) cualquier otra información relevante proporcionada por las autoridades del Estado del funcionario;

d) cualquier otra información relevante proporcionada por otras autoridades del Estado del foro; y

e) cualquier otra información relevante procedente de otras fuentes.

3. Cuando el Estado del foro considere la aplicación del proyecto de artículo 7 para determinar la inmunidad:

a) las autoridades que realicen la determinación deben tener un nivel suficientemente alto;

b) además de lo previsto en el párrafo 2, las autoridades competentes deberán:

i) asegurarse de que existen razones sustanciales para creer que el funcionario cometió alguno de los crímenes de derecho internacional enumerados en el proyecto de artículo 7;

ii) tomar en consideración toda petición o notificación de otra autoridad o tribunal relativa a su ejercicio o su intención de ejercer la jurisdicción penal sobre el funcionario.

4. Las autoridades competentes del Estado del foro deberán determinar siempre la inmunidad:

a) antes de iniciar el procedimiento penal;

b) antes de adoptar medidas coercitivas que puedan afectar al funcionario, incluidas aquellas que puedan afectar a cualquier inviolabilidad de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional. Este subapartado no impide la adopción o el mantenimiento de medidas cuya ausencia impida un posterior proceso penal contra el funcionario.

5. Toda determinación de que un funcionario de otro Estado no goza de inmunidad deberá poder ser impugnada por vía judicial. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la impugnación de cualquier otra determinación de la inmunidad que pueda realizarse en virtud del derecho aplicable en el Estado del foro.

Artículo 15
Remisión del procedimiento penal

1. Las autoridades competentes del Estado del foro podrán, *proprio motu* o a petición del Estado del funcionario, ofrecer al Estado del funcionario la remisión del procedimiento penal.

2. El Estado del foro deberá considerar de buena fe toda petición de remisión del procedimiento penal. Dicha remisión solo tendrá lugar si el Estado del funcionario acepta someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

3. Una vez acordada la remisión, el Estado del foro suspenderá su procedimiento penal, sin perjuicio de la adopción o el mantenimiento de medidas cuya ausencia impida un posterior proceso penal contra el funcionario.

4. El Estado del foro podrá reanudar su procedimiento penal si, tras la remisión, el Estado del funcionario no somete con prontitud y de buena fe el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

5. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier otra obligación del Estado del foro o del Estado del funcionario en virtud del derecho internacional.

Artículo 16
Trato justo del funcionario del Estado

1. Todo funcionario de otro Estado sobre el que se está ejerciendo o se podría ejercer la jurisdicción penal del Estado del foro tendrá garantizado un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos y garantías procesales de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional e internacional, incluidos el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

2. Dicho funcionario, cuando se encuentre en prisión, detenido o recluido en el Estado del foro, tendrá derecho a:

a) comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado del funcionario;

b) recibir la visita del representante de ese Estado; y

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

3. Los derechos mencionados en el párrafo 2 se ejercerán de conformidad con las leyes y normativas del Estado del foro, en el entendido de que dichas leyes y

normativas han de permitir que tenga pleno efecto el propósito de los derechos mencionados en el párrafo 2.

Artículo 17
Consultas

El Estado del foro y el Estado del funcionario celebrarán consultas, cuando sea apropiado, a petición de cualquiera de las partes, sobre las cuestiones relacionadas con la inmunidad del funcionario cubierta por el presente proyecto de artículos.

Artículo 18
Arreglo de controversias

1. En caso de controversia sobre la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos, el Estado del foro y el Estado del funcionario tratarán de buscarle solución mediante la negociación u otros medios pacíficos de su elección.

2. Si no se puede alcanzar una solución mutuamente aceptable en un plazo razonable, la controversia se someterá, a petición del Estado del foro o del Estado del funcionario, a la Corte Internacional de Justicia, a menos que ambos Estados convengan en someter la controversia a arbitraje o a otro medio de solución conducente a una decisión obligatoria.

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 del proyecto de artículos con sus comentarios

69. El texto del proyecto de artículos, con sus comentarios, aprobado por la Comisión en primera lectura en su 73er período de sesiones figura a continuación.

Comentario general

1) El presente proyecto de artículos se ocupa de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Como ocurre siempre con la labor de la Comisión, el proyecto de artículos ha de leerse con sus comentarios.

2) La Comisión de Derecho Internacional se ha ocupado con anterioridad de la inmunidad de los funcionarios del Estado, bien sea en el contexto de las relaciones e inmunidades diplomáticas[891] y consulares[892], las misiones especiales[893], las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales[894], bien sea en el contexto de las inmunidades de los Estados y de sus bienes[895]. Junto a ello, la cuestión de la inmunidad ha sido objeto de consideración por parte de la Comisión al examinar otros temas relacionados con la responsabilidad penal del individuo, incluidos los Principios de Núremberg[896] y los distintos trabajos que han concluido con la aprobación del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[897] y, más recientemente, el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad[898].

3) El presente proyecto de artículos adopta un enfoque diferente a los anteriores, pues aborda específicamente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En el proyecto de artículos se define el régimen jurídico general aplicable a esta categoría de inmunidad, que se caracteriza por los siguientes elementos: a) se limita a la inmunidad de jurisdicción penal; b) se limita a la jurisdicción penal extranjera y no afecta al régimen aplicable ante los tribunales penales internacionales; y c) se extiende a todos los funcionarios del Estado, con independencia de la posición que ocupen o las funciones específicas que desempeñen en el Estado, con la única excepción de aquellos funcionarios del Estado que estén cubiertos por regímenes especiales.

4) Al elaborar el presente proyecto de artículos, la Comisión ha tenido en cuenta los distintos elementos que figuran a continuación.

---

[891] Véase el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas aprobado por la Comisión en su décimo período de sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Anuario...), 1958*, vol. II, documento A/3859, págs. 96 y ss., párr. 53. Véanse, en especial, los proyectos de artículo 29, 30 y 36 a 38, y los comentarios correspondientes, *ibid*., págs. 105 a 110.

[892] Véase el proyecto de artículos sobre relaciones consulares aprobado por la Comisión en su 13er período de sesiones, *Anuario… 1961*, vol. II, documento A/4843, págs. 103 y ss., párr. 37. Véanse, en especial, los proyectos de artículo 41 a 45, 53, 57 y 61, y los comentarios correspondientes, *ibid*., págs. 128 a 132, 136, 139 y 140.

[893] Véase el proyecto de artículos sobre las misiones especiales aprobado por la Comisión en su 19º período de sesiones, *Anuario... 1967*, vol. II, documento A/6709/Rev.1 y Rev.1/Corr.1, págs. 361 y ss., párr. 35. Véanse, en especial, los proyectos de artículo 9, 29, 31, 36 a 41 y 44, y los comentarios correspondientes, *ibid*., págs. 365 y 366, 376 y 378 a 380.

[894] Véase el proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales aprobado por la Comisión en su 23er período de sesiones, *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), documento A/8410/Rev.1, págs. 307 y ss., párr. 60. Véanse, en especial, los proyectos de artículo 22, 28, 30, 31, 36 a 38, 50, 53, 59, 61, 62, 67 a 69 y 74, y los comentarios correspondientes, *ibid*., págs. 323, 324, 327 a 329, 332 a 335, 340 a 342, 344 a 346, 348, 349, 351 y 352.

[895] Véase el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes aprobado por la Comisión en su 43er período de sesiones, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 13 y ss., párr. 28. Véanse, en especial, los proyectos de artículo 2 y 3, y los comentarios correspondientes, *ibid*., págs. 14 a 23.

[896] Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg), *Yearbook of the International Law Commission* (*Yearbook...*) *1950*, vol. II, documento A/1316, tercera parte, págs. 374 a 378, párrs. 97 a 127. Véase, en especial, el principio III, con su comentario, *ibid*., pág. 375.

[897] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 50. Véase, en especial, el proyecto de artículo 7, con su comentario, *ibid*., págs. 29 y 30.

[898] El texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en su 71er período de sesiones y los comentarios correspondientes figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 44 y 45. Véase, en especial, el proyecto de artículo 6, párrafo 5, con su comentario

5) El primero de estos elementos es la necesidad de garantizar el respeto del principio de igualdad soberana del Estado, que constituye el fundamento mismo de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En general, el propósito de la concesión de inmunidad en virtud del derecho internacional a un funcionario del Estado es garantizar su capacidad de representar al Estado o ejercer funciones estatales. En efecto, como ha afirmado la Corte Internacional de Justicia, la inmunidad se reconoce a los funcionarios del Estado en su beneficio a fin de proteger sus derechos e intereses y no a título privativo del funcionario[899]. Además, teniendo en cuenta la diversidad de posiciones en que se pueden encontrar distintos funcionarios del Estado, el proyecto de artículos distingue entre dos regímenes jurídicos, a saber: la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*.

6) En segundo lugar, con arreglo al principio de igualdad soberana de los Estados, el Estado del foro tiene derecho a ejercer su propia jurisdicción penal. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia, existe una estrecha relación entre jurisdicción e inmunidad, ya que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera solo puede entenderse en relación con el ejercicio de la jurisdicción penal[900].

7) En tercer lugar, la inmunidad de los funcionarios del Estado se aplica teniendo en cuenta que el derecho internacional es un sistema jurídico congruente[901]. Por tanto, al elaborar este proyecto de artículos se deben tener en cuenta las normas ya existentes en distintas esferas del derecho internacional contemporáneo. En especial, se deben tener en consideración los logros del derecho penal internacional, que se concretan en la tipificación y sanción de los más graves crímenes de derecho internacional y en la definición del principio de rendición de cuentas como uno de sus elementos constitutivos, y en la consolidación de la lucha contra la impunidad como un objetivo de la comunidad internacional[902]. Aunque

[899] *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. 14, párr. 31.

[900] *Ibid*., pág. 19, párr. 46.

[901] Véase la conclusión 1 del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, adoptada por la Comisión en 2006: "1) El derecho internacional como sistema jurídico. El derecho internacional es un sistema jurídico. Sus reglas y principios (es decir, sus normas) surten efectos en relación con otras normas y principios y deben interpretarse en el contexto de estos. Como sistema jurídico, el derecho internacional no es una compilación aleatoria de esas normas. Entre ellas existen útiles relaciones. Así, pueden existir normas de rango superior o inferior, su formulación puede tener mayor o menor generalidad o especificidad y su validez puede remontarse a períodos anteriores o posteriores". *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), cap. XII, párr. 251, pág. 195.

[902] La Asamblea General ha destacado el importante papel de la rendición de cuentas y la lucha contra la impunidad. En la declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, los Estados se "compromete[n] a asegurar que no se tolere la impunidad por el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, ni por las violaciones del derecho internacional humanitario y las violaciones graves de las normas de derechos humanos, y que tales violaciones se investiguen debidamente y reciban las sanciones apropiadas, lo que incluye hacer comparecer ante la justicia a los autores de cualquier delito, mediante mecanismos nacionales o, cuando proceda, mecanismos regionales o internacionales, de conformidad con el derecho internacional". Véase la resolución 67/1 de la Asamblea General, de 24 de septiembre de 2012, párr. 22. Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos ha afirmado la necesidad de "garantizar la rendición de cuentas, hacer justicia [y] brindar vías de recurso a las víctimas" en el preámbulo de su resolución 27/3, de 25 de septiembre de 2014. El principio de responsabilidad también ha sido destacado por la Corte Internacional de Justicia, que ha afirmado que el sistema de supervisión establecido por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes tiene por objeto evitar que los presuntos autores de actos de actos de tortura queden impunes, velando por que no puedan hallar refugio en ningún Estado parte (*Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en especial pág. 461, párr. 120). Los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal se refirieron a la relación entre la inmunidad, por una parte, y la rendición de cuentas y la lucha contra la impunidad, por otra, en su opinión separada en la causa relativa a la *Orden de detención*, señalando que el reconocimiento cada vez mayor de que "los autores de crímenes internacionales graves no quedan impunes ha tenido repercusiones en las inmunidades de las que gozan los altos dignatarios del Estado en virtud del derecho consuetudinario tradicional" (*Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 85, párr. 74).

"inmunidad" e "impunidad" no son términos equivalentes ni intercambiables, es importante evitar que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tenga como consecuencia la impunidad de los más graves crímenes de derecho internacional[903].

8) Por todo ello, la Comisión ha incluido en el proyecto de artículos varias disposiciones relativas, respectivamente, a la excepción a la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado respecto de varios crímenes de derecho internacional; a la separación entre el presente proyecto de artículos y el régimen aplicable a los tribunales penales internacionales; y a la existencia o la definición de mecanismos que permitan el posible ~~el~~ enjuiciamiento de los funcionarios del Estado, bien sea por los tribunales de su propio Estado o de un tercer Estado, bien —cuando ello sea posible— por un tribunal internacional.

9) Por último, la Comisión ha tomado igualmente en consideración que, en determinadas circunstancias, el ejercicio de la jurisdicción penal sobre los funcionarios de otro Estado puede responder a motivaciones políticas o producirse de forma abusiva, generando tensiones no deseables en las relaciones entre el Estado del foro y el Estado del funcionario. Por ello, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado puede contribuir a la estabilidad de las relaciones internacionales.

10) Así pues, el presente proyecto de artículos incluye un conjunto de disposiciones y garantías procesales cuya finalidad es favorecer la confianza, el entendimiento mutuo y la cooperación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, y ofrecer garantías frente al eventual abuso y la politización del ejercicio de la jurisdicción penal contra el funcionario de otro Estado.

11) Estos elementos se reflejan tanto en el contenido como en la estructura del presente proyecto de artículos y contribuyen al equilibrio del proyecto entendido en su conjunto. El proyecto de artículos está dividido en cuatro partes, dedicadas, respectivamente, al ámbito de aplicación y las definiciones (primera parte), la inmunidad *ratione personae* (segunda parte), la inmunidad *ratione materiae* (tercera parte) y las disposiciones y garantías procesales (cuarta parte).

12) Como es habitual en los trabajos de la Comisión, el proyecto de artículos contiene propuestas tanto de codificación como de desarrollo progresivo del derecho internacional. En los comentarios a los proyectos de artículo se hacen las oportunas referencias a esta cuestión, con la finalidad de ofrecer a los Estados información suficiente al respecto y asegurar la transparencia que debe regir los trabajos de la Comisión.

13) Por último, debe tenerse en cuenta que la Comisión no se ha pronunciado aún sobre la recomendación que se deba dirigir en su día a la Asamblea General respecto del presente proyecto de artículos: bien sea someterlo a la consideración de los Estados de forma general, bien sea recomendar que sea utilizado como base para la negociación de un futuro tratado en la materia. Como es habitual, la Comisión deberá adoptar dicha decisión en el momento de aprobar el proyecto de artículos en segunda lectura, beneficiándose así de los comentarios que puedan realizar los Estados sobre esta cuestión.

[903] En el fallo de la causa relativa a la *Orden de detención*, la Corte Internacional de Justicia determinó que "la *inmunidad* de jurisdicción de que disfrutan los Ministros de Relaciones Exteriores en el desempeño de su cargo no significa que disfruten de *impunidad* respecto de los delitos que puedan haber cometido, con independencia de su gravedad. La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos muy distintos. Mientras que la inmunidad jurisdiccional tiene carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo. La inmunidad de jurisdicción puede obstaculizar las acciones penales durante un cierto período o respecto de ciertas infracciones; no puede exonerar de toda responsabilidad penal a la persona que se beneficia de la inmunidad". La Corte añade que "en consecuencia, las inmunidades reconocidas en virtud del derecho internacional a un ministro de relaciones exteriores en ejercicio o a un ex ministro de asuntos exteriores no impide la incoación de un proceso penal en determinadas circunstancias". Véase *Arrest Warrant of 11 April 2000* (nota 899 *supra*), pág. 25, párrs. 60 y 61.

Primera parte
Introducción

Comentario

La primera parte, titulada "Introducción", incluye las disposiciones que definen el marco general en el que opera el proyecto de artículos. El proyecto de artículo 1 delimita el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, y el proyecto de artículo 2 recoge las definiciones de "funcionario del Estado" y "acto realizado a título oficial", que, por su propia naturaleza, son de especial relevancia para la correcta comprensión del proyecto de artículos en su conjunto y que se emplean de forma transversal en este.

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.

3. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Estados parte en acuerdos internacionales que establecen cortes y tribunales internacionales, en las relaciones entre las partes en esos acuerdos.

Comentario

1) El proyecto de artículo 1 se dedica a la definición del ámbito de aplicación del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En él se han incorporado en una única disposición las dos perspectivas, positiva y negativa, que determinan los límites del ámbito de aplicación. El párrafo 1 define el supuesto al que se aplica el proyecto de artículos, mientras que el párrafo 2 contiene una cláusula "sin perjuicio" en la que se enumeran las situaciones que, en virtud del derecho internacional, están sometidas a regímenes especiales que no se ven afectados por el presente proyecto de artículos. El párrafo 3 contiene una cláusula referida a las cortes y los tribunales penales internacionales, que quedan igualmente fuera del ámbito de aplicación del proyecto de artículos. Aunque la Comisión ha empleado en el pasado diferentes técnicas para definir esta doble perspectiva del ámbito de aplicación de un proyecto de artículos[904], en esta ocasión

[904] En el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), párr. 28), la Comisión optó por abordar la doble dimensión del ámbito de aplicación en dos proyectos de artículo separados, lo que finalmente se reflejó en la Convención aprobada en 2004 (Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004), resolución 59/38 de la Asamblea General, anexo, arts. 1 y 3). Por el contrario, en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, de 1975 (Viena, 14 de marzo de 1975), Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1975* (núm. de venta: S.77.V.3), pág. 91, o *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, Viena, 4 de febrero a 14 de marzo de 1975*, vol. II, *Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.75.V.12), pág. 205, documento A/CONF.67/16, y en la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2999, núm. 52106, pág. 77), se definieron los diversos aspectos del ámbito de aplicación en un único artículo que se refiere también a los regímenes especiales. Por su parte, el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, aprobado por la Comisión en 2014 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/69/10), párrs. 44 y 45), ha abordado también el ámbito de aplicación en un único artículo

era preferible incluir ambas perspectivas en un único proyecto de artículo, ya que esta fórmula ofrece la ventaja de permitir un tratamiento paralelo de ambas aproximaciones al ámbito de aplicación bajo la cobertura de un solo título.

Párrafo 1

2) El párrafo 1 enuncia el ámbito de aplicación del proyecto de artículos en su dimensión positiva. Para ello, la Comisión ha decidido emplear en este primer párrafo la fórmula "[e]l presente proyecto de artículos se aplica", que se corresponde con una formulación que ha sido empleada recientemente en otros proyectos de artículos adoptados por la Comisión que contienen una disposición referida al ámbito de aplicación[905]. Por otro lado, la Comisión ha considerado que el ámbito de aplicación del proyecto de artículos debe ser definido de la manera más sencilla posible, de tal forma que sirva de marco al resto de proyectos de artículo y que no incida ni prejuzgue el contenido de otras cuestiones que serán abordadas posteriormente en otras disposiciones. Por ello, la Comisión ha decidido referirse al ámbito de aplicación de una forma descriptiva que enuncie los elementos del propio título del tema. Por esta misma razón, se ha excluido de la definición del ámbito de aplicación la expresión "frente al ejercicio de", referida a la jurisdicción penal extranjera, que había sido sugerida inicialmente. Dicha expresión fue interpretada por diversos miembros de la Comisión de manera distinta, e incluso contradictoria, por lo que se refiere a las consecuencias que tendría a la hora de definir el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Además, se ha tenido igualmente en cuenta que la expresión "ejercicio de" se contiene en otros proyectos de artículos. Por ello, la Comisión ha considerado que dicha expresión no es necesaria a los efectos de definir el ámbito general de aplicación del proyecto de artículos y ha reservado su utilización para otros proyectos de artículos en los que encuentra un lugar más adecuado[906].

3) El párrafo 1 recoge los tres elementos que definen el objeto del presente proyecto de artículos, a saber: a) quiénes son los beneficiarios de la inmunidad (los funcionarios del Estado); b) qué tipo de jurisdicción se vería afectada por la inmunidad (la jurisdicción penal); y c) cuál es el plano en el que opera dicha jurisdicción penal (la jurisdicción penal de otro Estado).

4) Por lo que se refiere al primero de los elementos, la Comisión ha optado por circunscribir el proyecto de artículos a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de la que pueden gozar aquellas personas que representan o actúan en nombre del Estado. La referencia a los beneficiarios de la inmunidad se ha reflejado en los trabajos previos de la Comisión con el término "funcionarios"[907]. Sin embargo, el empleo de este término —y sus equivalentes en las otras versiones lingüísticas— suscitó ciertos problemas[908], y debe destacarse que los términos empleados en las distintas versiones lingüísticas no son necesariamente intercambiables entre sí ni tienen el mismo significado. A pesar de ello, por razones de simplificación del texto, la Comisión ha decidido mantener la expresión "funcionario del Estado" para referirse de forma general a todas las personas que se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera a que se refiere el presente proyecto de artículos. Ese concepto ha sido definido en el proyecto de artículo 2, apartado a), a cuyo texto y comentario se remite. La expresión "funcionario de otro Estado" que se utiliza en algunos proyectos de artículo es equivalente a la de "funcionario del Estado".

5) En segundo lugar, la Comisión ha decidido circunscribir el ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos a la inmunidad de jurisdicción penal. Siguiendo su práctica en otros proyectos en los que se ha ocupado de la inmunidad de jurisdicción penal, la Comisión no ha considerado necesario definir qué se entiende por inmunidad y por jurisdicción penal.

---

con dos párrafos, si bien en el mismo proyecto de artículos se incluyen otras disposiciones autónomas cuyo objeto es preservar ciertos regímenes especiales en ámbitos concretos.

905 Esta fórmula ha sido empleada, por ejemplo, en el proyecto de artículo 1 del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros.

906 Véanse los proyectos de artículo 3, 5, 7, 8, 10, 14 y 16.

907 Las expresiones empleadas en las otras versiones lingüísticas son las siguientes: *"المسؤولون"* (árabe), "官员" (chino), *"représentants"* (francés), *"officials"* (inglés) y "должностные лица" (ruso).

908 Informe preliminar, *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654, párr. 66; y segundo informe, *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 32.

Sin embargo, a efectos meramente descriptivos, cabe señalar que el presente proyecto de artículos se refiere a los supuestos en los que, en virtud de la inmunidad, se produce el bloqueo de la jurisdicción penal, entendida esta como la potestad del Estado de realizar actos de distinta naturaleza cuya finalidad última es contribuir a la determinación de la responsabilidad penal de un individuo.

6) En tercer lugar, la Comisión ha decidido circunscribir el ámbito de aplicación del proyecto de artículos a la inmunidad de jurisdicción penal "extranjera", es decir, la que refleja la relación horizontal entre dos Estados. Ello implica que el proyecto de artículos tan solo se aplicará en relación con la inmunidad de jurisdicción penal "de otro Estado".

7) Ha de destacarse que el párrafo 1 se refiere a "la inmunidad [...] respecto de la jurisdicción penal de otro Estado". El empleo de la locución "respecto de" establece una relación entre los conceptos de "inmunidad" y "jurisdicción penal extranjera" (o "de otro Estado") que debe ser debidamente tenida en cuenta. En relación con esta cuestión, la Comisión considera que los conceptos de inmunidad y jurisdicción penal extranjera están estrechamente relacionados entre sí, no siendo posible entender la inmunidad en términos abstractos y sin ponerla en contacto con una jurisdicción penal extranjera que, a pesar de existir, no será ejercida por el Estado del foro precisamente como consecuencia de la presencia de la inmunidad. O, como ha afirmado la Corte Internacional de Justicia, "solo cuando un Estado tiene, en derecho internacional, jurisdicción respecto de una determinada cuestión puede plantearse el problema de la inmunidad respecto del ejercicio de dicha jurisdicción"[909].

8) La Comisión entiende que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera tiene una naturaleza procesal. Por consiguiente, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no constituye un medio de exención de la responsabilidad penal de una persona respecto de las normas sustantivas del derecho penal, pues se trata de una responsabilidad que pervive con independencia de que un Estado no pueda ejercer su jurisdicción para deducir la citada responsabilidad en un momento concreto y respecto de una determinada persona. Por el contrario, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera es, en sentido estricto, un obstáculo o barrera procesal para el ejercicio de la jurisdicción penal de un Estado respecto de los funcionarios de otro Estado. Esa fue la posición adoptada por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*[910], y que es seguida mayoritariamente en la práctica estatal y en la doctrina.

Párrafo 2

9) El párrafo 2 se refiere a aquellos supuestos en los que existen reglas especiales de derecho internacional referidas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Esta categoría de reglas especiales tiene su manifestación más conocida y citada en el régimen de privilegios e inmunidades reconocido por el derecho internacional a los agentes diplomáticos y a los funcionarios consulares[911]. Sin embargo, existen otros ejemplos en el derecho internacional contemporáneo, convencional y consuetudinario, que, a juicio de la Comisión, deben igualmente ser tenidos en cuenta a los efectos de definir el ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos. En relación con los citados regímenes especiales, la Comisión considera que se trata de regímenes jurídicos bien establecidos en derecho internacional y que el presente proyecto de artículos no debe afectar a su contenido y aplicación. Por otro lado, debe recordarse que, aunque en otro plano, la propia Comisión ha reconocido ya la existencia de regímenes especiales en el ámbito de la inmunidad con ocasión de la

[909] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 19, párr. 46. Véanse igualmente los comentarios de la Comisión al artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, en particular los párrafos 1) a 3) (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 24 y 25).

[910] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 25, párr. 60. La misma posición ha sido mantenida por la Corte en relación con la inmunidad del Estado: véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 124, párr. 58, y pág. 143, párr. 100.

[911] Véanse Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, núm. 7310, pág. 95, art. 31; y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963), *ibid*., vol. 596, núm. 8638, pág. 261, art. 43.

elaboración del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, refiriéndose expresamente a ellos en el artículo 3, que lleva el título de "Privilegios e inmunidades no afectados por los presentes artículos"[912]. La relación entre el régimen de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado contenido en el presente proyecto de artículos y los regímenes especiales que han sido mencionados ha sido definida por la Comisión mediante la incorporación en el párrafo 2 de una cláusula "sin perjuicio", en virtud de la cual lo previsto en el proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de lo establecido en los citados regímenes especiales, siguiendo así la fórmula que ya fue empleada en su día por la Comisión en el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

10) La Comisión ha utilizado la expresión "reglas especiales" como sinónimo de la de "regímenes especiales" empleada en trabajos anteriores. Aunque la Comisión no ha dado una definición del concepto de "régimen especial", debe llamarse la atención sobre las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, en especial las conclusiones 2 y 3[913]. A los efectos del presente proyecto de artículos, la Comisión entiende por "reglas especiales" aquellas normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, que regulan la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de personas adscritas a actividades de determinados sectores de las relaciones internacionales. La Comisión considera que esas "reglas especiales" coexisten con el régimen definido en el presente proyecto de artículos, aplicándose preferentemente el régimen especial en caso de conflicto potencial de ambos regímenes[914]. En todo caso, la Comisión considera que los regímenes especiales en cuestión son únicamente aquellos establecidos por "reglas [...] de derecho internacional", constituyendo esta referencia al derecho internacional un elemento esencial a los efectos de definir el alcance de la cláusula "sin perjuicio"[915].

11) Los regímenes especiales que han sido incluidos en el párrafo 2 se refieren, en particular, a tres bloques de la práctica internacional en los que se ha identificado la existencia de normas que regulan la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, a saber: a) la presencia exterior del Estado a través de las misiones diplomáticas, las oficinas consulares y las misiones especiales; b) las diversas actividades de representación y de otro tipo vinculadas con las organizaciones internacionales; y c) la presencia de las fuerzas armadas de un Estado en el extranjero. Aunque en los tres sectores es posible identificar normas de naturaleza convencional que establecen un régimen de inmunidad de jurisdicción penal extranjera, la Comisión no ha considerado necesario incluir en el párrafo 2 una referencia expresa a tales convenciones e instrumentos convencionales[916].

12) En el primer grupo se incluyen las reglas especiales referidas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera aplicables a las personas adscritas al desempeño de una función de representación o protección de los intereses del Estado en otro Estado, sea de forma permanente o no, mediante su adscripción a una misión diplomática, una oficina consular o una misión especial. En este ámbito, la Comisión ha considerado, en particular, las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de

[912] *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 21 a 23, proyecto de artículo 3 y su comentario.

[913] *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 251.

[914] En su comentario al artículo 3 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, la Comisión se refirió a este efecto en los siguientes términos: "[e]sta disposición tiene por objeto impedir que los presentes artículos afecten a los regímenes especiales vigentes, especialmente con respecto a las personas adscritas a las misiones mencionadas" (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párrafo 5) del comentario). Véase igualmente el párrafo 1) del comentario.

[915] Esta referencia al sometimiento al derecho internacional fue incluida también por la Comisión en el ya citado artículo 3 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Se debe destacar que la Comisión llamó especialmente la atención sobre ese extremo en su comentario a dicho proyecto de artículo, en especial en los párrafos 1) y 3).

[916] Téngase en cuenta que la Comisión tampoco enumeró esas convenciones en el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Sin embargo, en el comentario al proyecto de artículo 3, párrafo 2), se refirió a los ámbitos en los que existen dichos regímenes especiales, citando expresamente algunas de las convenciones que establecen esos regímenes.

Viena sobre Relaciones Consulares y la Convención sobre las Misiones Especiales[917], así como las reglas de derecho internacional consuetudinario aplicables en este ámbito.

13) En el segundo grupo se incluyen aquellas reglas especiales aplicables a la inmunidad de jurisdicción penal de que gozan las personas vinculadas a una actividad llevada a cabo en relación o en el marco de una organización internacional. En este ámbito se incluyen las reglas especiales aplicables a las personas adscritas a una misión ante una organización internacional, a las delegaciones ante los órganos de organizaciones internacionales o a una delegación en una conferencia internacional[918]. La Comisión entiende que no es necesario incluir en este grupo de reglas especiales las que se aplican con carácter general a las organizaciones internacionales en sí mismas consideradas. Por el contrario, ha entendido que sí forman parte de esta categoría las normas que se aplican a los agentes de la organización internacional, en especial en aquellos supuestos en que el agente haya sido puesto a disposición de la organización por un Estado y siga disfrutando de la condición de funcionario del Estado durante el período de tiempo en que actúa en nombre y por cuenta de la organización. En relación con este segundo grupo de regímenes especiales, la Comisión ha tenido en cuenta la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas[919] y la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados[920], así como otras normas convencionales y consuetudinarias aplicables en este ámbito.

14) En el tercer grupo de reglas especiales se han incluido aquellas normas que reconocen la inmunidad de jurisdicción penal aplicables a las personas adscritas a las fuerzas armadas de un Estado cuando se encuentren en otro Estado. Esa categoría incluye el conjunto de reglas que rigen en los supuestos de estacionamiento de tropas en el territorio de un tercer Estado, bien sean las incluidas en los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas, bien las incluidas en acuerdos de sede o en convenios de cooperación militar que contemplen el estacionamiento de tropas. Igualmente se incluyen en este grupo aquellos acuerdos celebrados con ocasión de actividades puntuales de las fuerzas armadas en un Estado extranjero.

15) La enumeración de las reglas o regímenes especiales descritos en el párrafo 2 está matizada por la expresión “en particular” para indicar que la cláusula no se aplica de manera exclusiva a esos tres grupos de reglas especiales. En ese sentido, varios miembros de la Comisión han llamado la atención sobre el hecho de que en la práctica es posible encontrar reglas especiales que se aplican en otros ámbitos, en particular en el marco del establecimiento en el territorio de un Estado de instituciones y centros extranjeros dedicados a la cooperación económica, técnica, científica o cultural, habitualmente sobre la base de acuerdos de sede específicos. Sin embargo, aunque la Comisión reconoce en términos generales esos regímenes especiales, ha considerado que no es necesario mencionarlos en el párrafo 2.

16) Por último, ha de señalarse que la Comisión consideró la posibilidad de hacer referencia en el párrafo 2 a la práctica consistente en que un Estado conceda a un funcionario extranjero una inmunidad de jurisdicción penal extranjera de forma unilateral. Sin embargo, la Comisión decidió no hacerlo.

17) Por otro lado, la Comisión ha considerado que la formulación del párrafo 2 debe seguir un paralelismo con el párrafo 1. Por ello, ha de tenerse en cuenta el hecho de que el presente proyecto de artículos se refiere a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de ciertas personas calificadas como “funcionarios del Estado” y, por consiguiente, este elemento subjetivo debe reflejarse también en la cláusula “sin perjuicio”. A ello obedece la mención

[917] Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1400, núm. 23431, pág. 231.

[918] Esta enumeración sigue la formulada ya en su día por la Comisión en el proyecto de artículo 3, párrafo 1 a), del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

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

[920] Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados (Nueva York, 21 de noviembre de 1947), *ibid*., vol. 33, núm. 521, pág. 261.

expresa de “las personas adscritas” que se contiene en el párrafo 2. Se ha empleado la expresión “personas adscritas” siguiendo la terminología de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes (art. 3). El alcance del concepto de “personas adscritas” dependerá de lo dispuesto en las reglas que definan el régimen especial que les resulta aplicable, por lo que no es posible establecer *a priori* una definición única de dicha categoría. Ello resulta igualmente aplicable respecto del personal civil adscrito a las fuerzas armadas de un Estado, que quedará incluido en el régimen especial únicamente en la medida en que así lo establezca el instrumento jurídico aplicable en cada caso.

18) La combinación del concepto de “personas adscritas” y del concepto de “reglas especiales” es imprescindible para determinar el alcance y significado de la cláusula “sin perjuicio” contenida en el párrafo 2. Así, la Comisión entiende que las personas contempladas en el citado párrafo (agentes diplomáticos, funcionarios consulares, miembros de una misión especial, agentes de una organización internacional o miembros de las fuerzas armadas del Estado) no quedan automáticamente fuera del ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos por el mero hecho de pertenecer a esta categoría de funcionarios, sino por el hecho de que en una situación concreta se les aplica uno de los regímenes especiales a que se hace referencia en el párrafo 2 del proyecto de artículo 1. Cuando concurra dicha circunstancia, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de que puedan beneficiarse dichas personas en virtud de los regímenes especiales que les sean aplicables no resultará afectada por lo establecido en el presente proyecto de artículos.

Párrafo 3

19) El párrafo 3 se refiere a la relación entre el presente proyecto de artículos y los derechos y obligaciones de los Estados parte en acuerdos internacionales que establecen cortes y tribunales internacionales, en las relaciones entre las partes en esos acuerdos.

20) Como se ha señalado en el párrafo 6) *supra*, el presente proyecto de artículos se refiere a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado ante la jurisdicción de otro Estado. En consecuencia, quedan fuera de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a la inmunidad ante las cortes y tribunales penales internacionales, que están sometidas a su propio régimen jurídico.

21) Sin embargo, a lo largo de los trabajos de la Comisión sobre el presente tema se han suscitado distintas cuestiones que guardan relación con la actuación de las cortes y tribunales penales internacionales, incluida la incidencia que pudiera tener en el presente proyecto de artículos la existencia de normas internacionales que imponen a los Estados la obligación de cooperar con aquellos. Junto a ello, a lo largo de los debates en la Comisión se ha llamado la atención en múltiples ocasiones sobre la necesidad de preservar los logros alcanzados en las últimas décadas en el marco del derecho penal internacional, en especial la creación de cortes y tribunales penales internacionales y, en particular, la Corte Penal Internacional como jurisdicción penal internacional permanente, habiéndose puesto énfasis por miembros de la Comisión en que el presente proyecto de artículos no perjudique tales logros. Por su parte, también algunos Estados en la Sexta Comisión han destacado la necesidad de preservar dichos logros, de modo que su valor y significado no se vean disminuidos como consecuencia de la elaboración del presente proyecto de artículos.

22) La Comisión ha considerado necesario incluir una referencia expresa a la cuestión de los tribunales penales internacionales como parte del proyecto de artículo 1, dedicado al ámbito de aplicación del proyecto de artículos. El párrafo 3 destaca la separación e independencia entre el proyecto de artículos y los regímenes especiales aplicables a las cortes y tribunales penales internacionales. De ese modo, la Comisión reconoce el importante papel que desempeñan las cortes y tribunales penales internacionales en el derecho internacional.

23) El párrafo 3 se inspira en el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, que, bajo el título “Otros acuerdos internacionales”, establece lo siguiente: “[l]o dispuesto en la presente Convención se entenderá sin perjuicio de los derechos y deberes enunciados en los acuerdos internacionales vigentes suscritos por Estados partes, relacionados con cuestiones a que se refiere la presente Convención”. Esta formulación se ha considerado idónea para abordar la

relación existente entre el proyecto de artículos y las cortes y tribunales penales internacionales. Su finalidad es dejar a salvo "los derechos y obligaciones de los Estados parte en acuerdos internacionales que establecen cortes y tribunales penales internacionales, en las relaciones entre las partes en esos acuerdos".

24) Con la expresión "los derechos y obligaciones de los Estados parte", se hace referencia a cualquiera de los derechos y obligaciones derivados de un acuerdo internacional concreto por el que se establece una corte o tribunal penal internacional. La Comisión ha considerado preferible esta redacción frente a otras propuestas tales como "la cuestión de la inmunidad" regulada en esos acuerdos o "las normas que rigen el funcionamiento de los tribunales penales internacionales", que fueron consideradas, respectivamente, como demasiado restrictiva o demasiado amplia a los efectos del fin perseguido por el párrafo 3 del proyecto de artículos.

25) Con la expresión "acuerdos internacionales que establecen cortes y tribunales penales internacionales" se hace referencia a las normas internacionales que se consideran como regímenes especiales a los efectos del párrafo 3 del proyecto de artículo 1, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la misma. Por ello, no se ha seguido en este punto la redacción del artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, ya que la frase "relacionados con cuestiones a que se refiere la presente Convención" no era suficientemente clara para reflejar la cuestión de la relación entre el presente proyecto de artículos y los regímenes aplicables a las cortes y tribunales penales internacionales. Por "acuerdos internacionales" se entiende el instrumento constitutivo de cada tribunal penal internacional, celebrado entre Estados o entre Estados y organizaciones internacionales, incluido el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[921]. Sin embargo, se ha cuestionado por algún miembro de la Comisión que el empleo del término "acuerdos internacionales" sea adecuado para referirse a este tipo de instrumentos, ya que algunos tribunales penales internacionales —como el Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991 y el Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Genocidio y Otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de Rwanda y de los Ciudadanos Rwandeses Presuntamente Responsables de Genocidio y Otras Violaciones de Esa Naturaleza Cometidas en el Territorio de Estados Vecinos entre el 1 de Enero y el 31 de Diciembre de 1994— han sido creados por resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y otros, en particular los tribunales híbridos o internacionalizados, han sido creados a menudo por normas de derecho interno, en ocasiones a raíz de iniciativas provenientes de organizaciones internacionales universales o regionales.

26) El párrafo 3 termina con la frase "en las relaciones entre las partes en esos acuerdos". De esta manera se quiere destacar que los regímenes jurídicos convencionales aplicables a los tribunales penales internacionales, como cuestión de derecho de los tratados, se aplican únicamente en las relaciones entre las partes en el acuerdo que establece la corte o tribunal penal internacional. Esa expresión no implica, sin embargo, pronunciamiento alguno sobre cualquier otra obligación que se pueda imponer a los Estados con arreglo al derecho internacional, en particular por el Consejo de Seguridad o cualquier otra organización internacional.

Artículo 2
Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entiende por "funcionario del Estado" un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales, y se refiere tanto a los funcionarios en ejercicio como a los antiguos funcionarios;

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

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 2 se dedica a las definiciones de las expresiones "funcionario del Estado" (apartado a)) y "acto realizado a título oficial" (apartado b)), que constituyen dos categorías esenciales para el proyecto de artículos entendido en su conjunto[922].

2) El proyecto de artículo lleva por título "Definiciones". Este título se utiliza como equivalente al de "Uso de términos" que ha sido empleado por la Comisión en otros proyectos de artículos. El uso de un título distinto no introduce ningún significado diferente respecto de la naturaleza de la disposición.

Apartado a)

3) El apartado a) del proyecto de artículo 2 está dedicado a definir a las personas a quienes se aplica el presente proyecto de artículos, a saber, los "funcionarios del Estado". La definición del concepto de funcionario del Estado favorece la comprensión de uno de los elementos normativos de la inmunidad: los beneficiarios inmediatos de la inmunidad. La mayoría de los miembros de la Comisión consideraban útil contar con una definición de funcionario del Estado a los efectos del presente proyecto de artículo, ya que la inmunidad penal extranjera se aplica a los individuos. Algunos miembros de la Comisión expresaron dudas sobre la necesidad de incluir esta definición.

4) La definición del concepto de "funcionario del Estado" contenida en el apartado a) del proyecto de artículo 2 tiene un carácter general, aplicándose a cualquier persona que se beneficie de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en virtud del presente proyecto de artículos, tanto si se trata de inmunidad *ratione personae* como de inmunidad *ratione materiae*. En consecuencia, no debe confundirse la naturaleza y objeto del proyecto de artículo 2, apartado a), con la naturaleza y objeto de los proyectos de artículo 3 y 5, dedicados a definir quiénes son los beneficiarios de cada categoría de inmunidad[923]. La determinación de los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae* se realiza partiendo de la definición de "funcionario del Estado", que es común a ambas categorías.

5) El derecho internacional no ha definido el concepto de "funcionario del Estado" o "funcionario" con alcance general, aunque esos términos aparecen en ocasiones en determinados tratados e instrumentos internacionales[924]. Por otro lado, el concepto de

[922] La Comisión ha considerado también las definiciones de "inmunidad", "jurisdicción penal", "ejercicio de la jurisdicción penal" e "inviolabilidad", que fueron presentadas por la Relatora Especial en su segundo informe (*Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661) y en el marco de los trabajos del Comité de Redacción. Sin embargo, siguiendo la práctica de trabajos anteriores, la Comisión no ha considerado necesario incluir estas definiciones en el proyecto de artículo 2.

[923] En el proyecto de artículo 3 se establece que "[l]os 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" En el proyecto de artículo 5 se establece que "[l]os funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera".

[924] Esos términos son empleados en los siguientes tratados multilaterales: Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1035, núm. 15410, pág. 167; Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948), *ibid*., vol. 78, núm. 1021, pág. 277; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), *ibid*., vol. 1465, núm. 24841, pág. 85; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003), *ibid*., vol. 2349, núm. 42146, pág. 41; Convenio Penal sobre la Corrupción (Consejo de Europa) (Estrasburgo, 27 de enero de 1999), *ibid*., vol. 2216, núm. 39391, pág. 225; Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996), E/1996/99; y Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción

"funcionario del Estado", o simplemente "funcionario", puede tener significados o alcances distintos en cada ordenamiento jurídico interno. Por consiguiente, la definición de "funcionario del Estado" a la que se refiere este comentario es autónoma y ha de entenderse a los fines del presente proyecto de artículos.

6) La definición de "funcionario del Estado" utiliza el término "individuo" para indicar que el presente proyecto de artículos solo se aplica a las personas físicas. El proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas aplicables a las personas jurídicas.

7) Como se ha señalado *supra*, el término "funcionario del Estado" ha de entenderse en el sentido de que comprende tanto a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* como a los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*. En relación con ellos, ha de destacarse que la Comisión ha identificado a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* mediante la técnica de elaborar una lista de individuos que son citados *eo nomine* en el proyecto de artículo 3, a saber: el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores. Sin embargo, se ha optado por no mencionarlos expresamente en el apartado a) del proyecto de artículo 2 por considerar que dichos individuos son *per se* funcionarios del Estado en el sentido del presente proyecto de artículos y que, por esa razón, no deben ser diferenciados del resto de funcionarios del Estado a los efectos de la definición.

8) Por lo que se refiere a los "funcionarios del Estado" a los que se aplica la inmunidad *ratione materiae*, la Comisión no considera posible utilizar la técnica de identificación *eo nomine*. Teniendo en cuenta tanto la diversidad de cargos de los individuos a los que se podría aplicar la inmunidad como la variedad de los sistemas jurídicos estatales que definen quiénes son sus funcionarios, la Comisión considera que no es posible elaborar una lista exhaustiva que incluya a todos los individuos cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*. Por los mismos motivos, la Comisión tampoco ha considerado posible ni adecuado elaborar una lista orientativa en un proyecto de artículo de los cargos de los individuos a los que se puede aplicar dicha inmunidad. En ambos casos, la lista sería necesariamente incompleta ya que no podría recoger todos los cargos de los funcionarios del Estado contemplados en los derechos internos, debería ser actualizada permanentemente y, por todo ello, podría generar confusión entre los órganos estatales encargados de aplicar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En consecuencia, la identificación de los individuos a los que se puede calificar como "funcionarios del Estado" a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* deberá realizarse caso por caso, aplicando los criterios que se incluyen en la definición, que permiten concluir la existencia de un vínculo específico entre el Estado y el funcionario, a saber: representar al Estado o ejercer funciones estatales.

9) Sin embargo, a efectos meramente de ejemplo, se enumeran a continuación algunos "funcionarios del Estado" mencionados en la jurisprudencia nacional e internacional en relación con la inmunidad de jurisdicción penal y, en la medida en que pueda ser pertinente, de jurisdicción civil: un antiguo Jefe de Estado; un Ministro de Defensa y un antiguo Ministro de Defensa; un Vicepresidente y Ministro de Bosques; un Ministro del Interior; un Fiscal General del Estado y un Fiscal de la República; un Jefe de Seguridad Nacional y un antiguo jefe de un servicio de inteligencia; un director de una Autoridad Marítima; un Fiscal General y varios funcionarios de menor rango de un Estado federado (un fiscal, sus asistentes legales, un detective vinculado a la Fiscalía y un jurista de una agencia del Gobierno); militares de distintos rangos y varios miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, incluido un director de policía; agentes fronterizos; el subdirector de un centro penitenciario; y un responsable de archivos estatales[925].

(Maputo, 11 de julio de 2003), *International Legal Materials*, vol. 43 (2004), pág. 5. Véase un análisis de estos instrumentos a los efectos de la definición de "funcionario del Estado" en el tercer informe de la Relatora Especial (A/CN.4/673), párrs. 51 a 93.

[925] Véanse Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "FENVAC SOS Catastrophe"; Association des familles des victimes du Joola et al., Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 19 de enero de 2010 (09-84.818) (*Bulletin des Arrêts, Chambre criminelle*, núm. 1 (enero de 2010), pág. 41); *Jones v. Saudi Arabia, Cámara de los Lores* (Reino Unido), 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26 (*International Law Reports*, vol. 129, pág. 744); *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 23 de noviembre de 2004 (*Bulletin criminel 2004*, núm. 292, pág. 1096);

10) En todo caso, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores pueden beneficiarse tanto de la inmunidad *ratione personae* como de la inmunidad *ratione materiae*, en virtud del presente proyecto de artículos. El primero de los supuestos se contempla expresamente en el proyecto de artículo 3. El segundo se refleja en el párrafo 3 del proyecto de artículo 4, conforme al cual "[l]a 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*". Las condiciones en que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores se beneficien de la inmunidad *ratione personae* o de la inmunidad *ratione materiae* dependerán de las reglas aplicables a cada una de estas categorías de inmunidad que se contienen en el presente proyecto de artículos[926].

Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom, The Commissioner of the Metropolitan Police and David Jones, Corte Suprema (Irlanda), sentencia de 24 de abril de 1997, [1997] 2IR 121; *Iglesia de la Cienciología*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, sentencia de 26 de septiembre de 1978 (*International Law Reports*, vol. 65, pág. 193); *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, Sección Séptima, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013; *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza) (BB.2011.140), sentencia de 25 de julio de 2012; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others – Ex Parte Pinochet*, Cámara de los Lores (Reino Unido), fallo de 24 de marzo de 1999 (*International Legal Materials*, vol. 38 (1999), pág. 581); *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Administrativo, Corte Superior de Justicia (Reino Unido), sentencia de 29 de julio de 2011 ([2011] EWHC 2029 (Admin), *International Law Reports*, vol. 147, pág. 633); *Fiscal c. Adler y otros*, Tribunal de Milán, Sección Penal Cuarta (Italia), sentencia de 1 de febrero de 2010 (puede consultarse en http://opil.ouplaw.com, International Law in Domestic Courts [ILDC 1492 (IT 2010)]); *United States of America v. Noriega*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito (Estados Unidos de América), sentencia de 7 de julio de 1997, 117 F.3d 1206 (*International Law Reports*, vol. 121, pág. 591); *Enjuiciamiento de guardias fronterizos*, Corte Suprema Federal (Alemania), sentencia de 3 de noviembre de 1992 (asunto núm. 5 StR 370/92, *ibid*., vol. 100, pág. 364); *Mr. and Mrs. Doe*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito (Estados Unidos de América), sentencia de 19 de octubre de 1988 (860 F. 2d 40 (1988), *ibid*., vol. 121, pág. 567); *R. c. Lambeth Justices, ex parte Yusufu*, Tribunal Divisional (Reino Unido), sentencia de 8 de febrero de 1985 (*ibid*., vol. 88, pág. 323); *Estate of the late Zahra (Ziba) Kazemi and Stephan (Salman) Hashemi v. the Islamic Republic of Iran, Ayatollah Ali Khamenei, Saeed Mortazavi and Mohammad Bakhshi*, Tribunal Superior, Sección Mercantil (Canadá), sentencia de 25 de enero de 2011; *Ali Saadallah Belhas* et al. *v. Moshe Ya'alon*, Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia (Estados Unidos de América), sentencia de 15 de febrero de 2008, 515 F.3d 1279 (*International Legal Materials*, vol. 47 (2008), pág. 144); *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar* et al. *v. Avraham Dichter*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York (Estados Unidos de América), sentencia de 2 de mayo de 2007, 500 F. Supp. 2d 284; *Jaffe v. Miller and Others*, Tribunal de Apelaciones de Ontario (Canadá), sentencia de 17 de junio de 1993 (*International Law Reports*, vol. 95, pág. 446); y asunto núm. 3 StR 564/19, Tribunal Federal de Justicia de Alemania *(Bundesgerichtshof)*, sentencia de 28 de enero de 2021. Respecto de los tribunales internacionales, véanse *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 177; *Jones and Others v. the United Kingdom*, demandas núms. 34356/06 y 40528/06, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions* (ECHR) 2014; *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, causa núm. IT-95-14-AR 108 *bis*, fallo de 29 de octubre de 1997, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Judicial Reports 1997, vol. 1, pág. 1099; e *In the matter of an arbitration before an Arbitral Tribunal constituted under annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (the Italian Republic v. the Republic of India) concerning the "Enrica Lexie" incident*, Corte Permanente de Arbitraje, caso núm. 2015-28, laudo de 21 de mayo de 2020, párrs. 839 y 841 (puede consultarse en https://pca-cpa.org/, en el apartado "Cases"). Véase también la declaración del Magistrado Kittichaisaree en relación con el asunto núm. 26 del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *Detention of three Ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, medidas provisionales, auto de 25 de mayo de 2019, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, vol. 18 (2018-2019), pág. 283. La jurisprudencia del Tribunal puede consultarse en el sitio web del Tribunal (www.itlos.org/), en francés e inglés.

[926] En este sentido, debe recordarse que en el párrafo 15) del comentario del proyecto de artículo 4 *infra* se dice lo siguiente: "La Comisión entiende que la cláusula "sin perjuicio" se limita a reconocer la aplicabilidad de las reglas relativas a la inmunidad *ratione materiae* a un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores. El párrafo 3 no prejuzga el

11) Ha de destacarse que la definición de "funcionario del Estado" se refiere únicamente al beneficiario de la inmunidad, sin que ello prejuzgue ni implique pronunciamiento alguno sobre la cuestión de cuáles sean los actos que pueden quedar cubiertos por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Desde esta perspectiva, el elemento esencial que debe tenerse en cuenta para identificar a un individuo como funcionario del Estado a los fines del presente proyecto de artículos es la existencia de un vínculo entre esa persona y el Estado. Dicho vínculo se refleja en el apartado a) del proyecto de artículo 2 mediante la referencia a que el individuo en cuestión "representa al Estado o […] ejerce funciones estatales". Se trata de una fórmula clara y sencilla sobre los criterios identificativos del concepto de funcionario, y que reitera el planteamiento ya aceptado por la Comisión en relación con el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 1 al declarar que el presente proyecto de artículos se refiere a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de la que pueden gozar aquellas personas que representan o actúan en nombre del Estado[927]. Por último, ha de destacarse que un funcionario del Estado puede cumplir los dos requisitos —representar al Estado y ejercer funciones estatales— o solo uno de ellos.

12) Las palabras "que representa al Estado" han de entenderse en un sentido amplio, incluyendo a cualquier "funcionario del Estado" que ejerza funciones representativas. La referencia a la representación reviste un especial significado respecto del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, ya que —como se señala en el comentario al proyecto de artículo 3— las personas que ocupan esos tres cargos, por el solo hecho del ejercicio de sus funciones, representan al Estado en el ámbito de las relaciones internacionales de forma directa y sin necesidad de una atribución específica de poderes por parte del Estado[928]. Sin embargo, la referencia a la representación del Estado puede resultar igualmente de aplicación a otros funcionarios del Estado distintos de la denominada "troika", en virtud de reglas o actos propios de los sistemas estatales. En consecuencia, la determinación de si un funcionario representa o no al Estado deberá realizarse caso por caso. Por último, ha de destacarse que la referencia autónoma a la "representación del Estado" como uno de los criterios para definir la existencia de un vínculo con el Estado permite dar cobertura a algunas personas, por ejemplo algunos Jefes de Estado, que no suelen ejercer funciones estatales en sentido estricto pero representan al Estado de forma inequívoca.

13) Por la expresión "ejerce funciones estatales" ha de entenderse, en un sentido amplio, el ejercicio de las actividades propias del Estado. Bajo esta denominación se incluyen las funciones legislativas, judiciales, ejecutivas o de otra índole que son propias del Estado. En consecuencia, el "funcionario del Estado" es el individuo que está en situación de realizar estas funciones estatales. Con la referencia al ejercicio de funciones estatales se define con mayor precisión el vínculo que debe existir entre el funcionario y el Estado, permitiendo que se tome suficientemente en consideración que la inmunidad se otorga al individuo en beneficio último del Estado. Aunque se han considerado diversas expresiones para reflejar esta idea, tales como "prerrogativas del poder público", "funciones públicas", "autoridad soberana", "autoridad gubernativa" o "funciones inherentes del Estado", la Comisión ha mantenido "funciones estatales" como la expresión más adecuada. Dicha elección obedece a dos razones: en primer lugar, refleja suficientemente la existencia de un vínculo entre el Estado y el funcionario, que se relaciona con las tareas propias de aquel; y, en segundo lugar, al emplear "funciones" y no "actos realizados en nombre del Estado" se evita la posible confusión entre los elementos subjetivo (funcionario) y sustantivo (acto) de la inmunidad. En todo caso, estos términos deben entenderse en el sentido más amplio posible, teniendo en cuenta que el contenido preciso de qué se entiende por "funciones estatales" depende, en buena medida, de las leyes y del propio poder de autoorganización del Estado. No obstante, algunos miembros de la Comisión dijeron que la expresión elegida no era afortunada.

14) Ha de advertirse que el empleo de los verbos "representa" y "ejerce" en presente no debe interpretarse como un pronunciamiento respecto del alcance temporal de la inmunidad. El uso de este tiempo verbal obedece a la intención de identificar de modo genérico el vínculo que une al Estado con el funcionario, y no se refiere a si el funcionario del Estado debe

contenido del régimen propio de la inmunidad *ratione materiae*, que es objeto de desarrollo en la tercera parte del presente proyecto de artículos".

927 Véase *supra* el párrafo 4) del comentario al proyecto de artículo 1.

928 Véase *infra* el párrafo 2) del comentario al proyecto de artículo 3.

continuar siéndolo en el momento en que se alega la inmunidad. El alcance temporal de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae* es objeto de tratamiento en otros proyectos de artículo.

15) A los efectos de la definición de "funcionario del Estado" lo relevante es la existencia de un vínculo entre el individuo y el Estado, siendo irrelevante la forma que revista. En ese sentido, la Comisión considera que dicho vínculo puede revestir múltiples formas, dependiendo de la legislación nacional y de la práctica seguida por cada Estado. No obstante, la mayoría de los miembros de la Comisión entiende que ese vínculo no puede ser interpretado extensivamente, hasta el punto de dar cobertura a todos los funcionarios *de facto*. El término "funcionario *de facto*" se emplea para referirse a múltiples supuestos, y dependerá de cada caso concreto que pueda o no considerársele como funcionario del Estado a los efectos del presente proyecto de artículos. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que las cuestiones relacionadas con los funcionarios *de facto* pueden ser abordadas más adecuadamente en el marco de una definición de "acto realizado a título oficial".

16) Dado que el concepto de "funcionario del Estado" depende únicamente de que el individuo en cuestión represente al Estado o ejerza funciones estatales, el rango jerárquico que ocupe en su Estado resulta irrelevante a los meros efectos de la definición. Así, aunque en muchos casos las personas que han sido reconocidas como funcionarios del Estado a los efectos de la inmunidad se encuadran en un nivel jerárquico alto o medio, también es posible encontrar algunos ejemplos de personas que se sitúan en un nivel jerárquico bajo. El nivel jerárquico no es, por tanto, un elemento integrante de la definición de funcionario del Estado.

17) Por último, ha de tenerse en cuenta que la definición de "funcionario del Estado" no se refiere al tipo de actos cubiertos por la inmunidad. En consecuencia, las palabras "representar" y "ejercer funciones estatales" no pueden interpretarse en el sentido de que definen en forma alguna el alcance sustantivo de la inmunidad.

18) Por lo que se refiere a la cuestión terminológica, para referirse a los beneficiarios de la inmunidad la Comisión ha decidido emplear los términos "مسؤول الدولة" en árabe, "国家官员" en chino, "funcionario del Estado" en español, *"représentant de l'État"* en francés, *"State official"* en inglés y "должностное лицо государства" en ruso. Aunque la Comisión entiende que no son términos que tengan un significado necesariamente idéntico ni sean intercambiables entre sí, ha considerado preferible continuar con el empleo de esos términos, en especial teniendo en cuenta que el término en inglés *"State official"*, que se emplea profusamente en la práctica, es adecuado para referirse a todas las categorías de personas a las que se refiere el presente proyecto de artículos. No obstante, debe advertirse de que el empleo de diferentes términos en cada una de las versiones lingüísticas no tiene valor semántico alguno. Por el contrario, los distintos términos empleados en cada una de las versiones lingüísticas tienen idéntico significado a los fines del presente proyecto de artículos y no guardan relación alguna con el significado que cada uno pueda tener en los sistemas jurídicos nacionales.

19) Tal como se indica en la frase final del apartado, la expresión "funcionario del Estado" se refiere tanto a los funcionarios en ejercicio como a los antiguos funcionarios. De esta manera, se llama la atención sobre el hecho de que la inmunidad puede aplicarse tanto a un individuo que es "funcionario del Estado" cuando se suscita la cuestión de la inmunidad como a un individuo que lo fue pero que ya no continúa teniendo esta condición en el momento en que la cuestión de la inmunidad se plantea. Sin embargo, se debe destacar que con esta frase tan solo se quiere hacer mención expresa a la situación temporal en que se puede encontrar el funcionario en su relación con el Estado (antiguo o en ejercicio), y que ello no impide que se pueda beneficiar de la inmunidad, aunque haya dejado de serlo. Por el contrario, la inclusión de la referencia a "los funcionarios en activo" y a los "antiguos funcionarios" no altera el alcance temporal de la inmunidad de jurisdicción penal, que se ha de determinar en virtud de lo previsto en el proyecto de artículo 4, párrafo 1, respecto de la inmunidad *ratione personae*, y en los proyecto de artículo 6, párrafos 2 y 3, y el proyecto de artículo 4, párrafo 3, respecto de la inmunidad *ratione materiae*. Por tanto, aunque la expresión "funcionario del Estado" incluye tanto a "los funcionarios en ejercicio como a los antiguos funcionarios" a los efectos de su definición, se debe destacar que "los antiguos funcionarios" únicamente se beneficiarán de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*.

20) En el mismo sentido, se debe llamar la atención sobre el hecho de que la referencia expresa al "funcionario [...] antiguo o en ejercicio" en el proyecto de artículo 8 es equivalente a la frase "tanto a los funcionarios en ejercicio como a los antiguos funcionarios", por lo que ha de interpretarse conforme a lo antes señalado. La mención expresa de esta circunstancia en el proyecto de artículo 8 se justifica únicamente por el especial significado que la Comisión atribuye a dicho proyecto de artículo, pero no altera el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, que se sigue rigiendo por los artículos citados en el párrafo anterior.

Apartado b)

21) El apartado b) del proyecto de artículo 2 define el concepto de "acto realizado a título oficial" a los efectos del presente proyecto de artículos. A pesar de la duda expresada por algunos de sus miembros sobre la necesidad de esta disposición, la Comisión ha considerado útil incluir la definición en el proyecto de artículos teniendo en cuenta el lugar central que el concepto de "acto realizado a título oficial" ocupa en el régimen de la inmunidad *ratione materiae.*

22) En la definición contenida en el apartado b), la Comisión ha incorporado los elementos que permiten identificar un determinado acto como "realizado a título oficial" a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Con el empleo del término "actos", la Comisión entiende que se hace referencia tanto a las acciones como a las omisiones. Aunque la terminología que se debe emplear ha sido objeto de debate, la Comisión ha decidido usar el término "actos" siguiendo la versión inglesa de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que en su artículo 1 utiliza el término *"act"*, en el entendimiento de que un acto "puede consistir en una o varias acciones u omisiones o en una combinación de ambas cosas"[929]. Además, el empleo del término "acto" es común en el ámbito del derecho internacional penal para definir las conductas (activas y omisivas) de las que se deriva la responsabilidad penal. Así, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se emplea el término "actos" de forma general en los artículos 6, 7, 8 y 8 *bis*, sin que ello haya generado dudas respecto de la inclusión bajo esta denominación tanto de las acciones como de las omisiones, dependiendo ello únicamente de cada concreto tipo penal. Por su parte, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia[930] y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda[931] emplean igualmente el término "acto" para referirse a los comportamientos, tanto activos como omisivos, que constituyen un crimen de la competencia de dichos tribunales. El término "acto" ha sido utilizado igualmente en tratados que definen conductas de las que se puede derivar responsabilidad penal. Así sucede, por ejemplo, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. II), y en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes (art. 1).

23) Mediante la expresión "en ejercicio de la autoridad estatal", la Comisión quiere expresar la necesidad de que exista un vínculo entre el acto y el Estado. En otras palabras, quiere poner de manifiesto que no es suficiente que un funcionario del Estado realice un acto para que el mismo sea considerado automáticamente un "acto realizado a título oficial". Por el contrario, es igualmente necesario que dicho acto tenga una conexión directa con el ejercicio de funciones y poderes del Estado, ya que es esa conexión lo que justifica el reconocimiento de la inmunidad a fin de preservar el principio de igualdad soberana del Estado.

---

929 *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 33, comentario al artículo 1, párr. 1). Ha de advertirse que si bien las versiones española y francesa utilizan un término distinto para referirse a la misma categoría ("hecho" y *"fait"*, respectivamente), la parte del comentario de la Comisión que se reproduce *supra* es idéntico en las tres versiones lingüísticas.

930 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, aprobado por el Consejo de Seguridad en su resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, y contenido en el informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad (S/25704 y Corr.1 [y Add.1]), anexo.

931 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994, anexo.

24) En este sentido, la Comisión considera que, para calificar un acto como "acto realizado a título oficial", es preciso, en primer lugar, que pueda ser atribuido al Estado. No obstante, ello no implica necesariamente que solo el Estado pueda ser considerado como responsable de ese acto. Por el contrario, la atribución al Estado del acto es un requisito necesario para calificar un acto como realizado a título oficial, pero no impide que pueda ser atribuido igualmente al individuo, conforme al modelo "un acto, dos responsabilidades" (doble atribución), que ya ha sido recogido por la Comisión en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 (art. 4)[932], en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (art. 58)[933] y en los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (art. 66)[934]. Conforme a este modelo, un mismo acto puede generar tanto la responsabilidad del Estado como la responsabilidad individual de su autor, especialmente en el ámbito penal.

25) A los efectos de la atribución de un acto al Estado es preciso tomar en consideración, como punto de partida, las reglas que se incluyen en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53er período de sesiones. No obstante, ha de tenerse en cuenta que dichas reglas fueron definidas por la Comisión en el contexto y a los efectos de la responsabilidad del Estado. En consecuencia, su aplicación al proceso de atribución del acto de un funcionario a un Estado a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debe ser analizada de forma cuidadosa. En este sentido, a los efectos de la inmunidad, no parecen aplicables con carácter general los criterios de atribución contenidos en los artículos 7 a 11 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En especial, la Comisión entiende que, como regla, no podrán ser considerados actos realizados a título oficial los actos realizados por un funcionario en beneficio e interés exclusivamente propios, aunque puedan tener apariencia de haber sido realizados a título oficial. En tales actos no resulta posible identificar un interés propio del Estado y, por tanto, no se justifica el reconocimiento de una inmunidad cuyo objetivo es, en último extremo, proteger el principio de igualdad soberana del Estado[935]. No obstante, ello

[932] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 25 y 26.

[933] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 152 y 153. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53er período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

[934] *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 115. Los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobados por la Comisión en su 63er período de sesiones figuran en la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011.

[935] Especialmente clarificadora de los motivos que explican la exclusión de los actos *ultra vires* es la siguiente argumentación formulada por un tribunal de los Estados Unidos de América: "[c]uando los poderes de los funcionarios están limitados por ley, sus acciones más allá de dichos límites han de ser consideradas acciones individuales y no soberanas. El funcionario no está haciendo las tareas para las que el soberano le ha otorgado poder". Para el citado tribunal, "la Ley de Inmunidad de Soberanía Extranjera no otorga inmunidad respecto de las conductas ilegales de los funcionarios del Gobierno" y, por tanto, "[u]n funcionario que actúa bajo la apariencia de autoridad *[under color of authority]*, pero no dentro de un mandato oficial, puede violar el derecho internacional y no tener derecho a la inmunidad en virtud de la Ley" (*Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation; Hilao and Others v. Estate of Marcos*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, sentencia de 16 de junio de 1994, 25 F.3d 1467 (9th Cir.1994), *International Law Reports*, vol. 104, págs. 119 y ss., en particular págs. 123 y 125). En un sentido similar, otro tribunal ha concluido que los actos *ultra vires* no pueden beneficiarse de inmunidad soberana, ya que sus autores han actuado más allá de su autoridad al violar los derechos humanos de los demandantes: "si los funcionarios realizan actos que no tienen cobertura oficial del Estado, es decir, si no se trata de 'funcionarios que actúan a título oficial mediante actos dentro del ámbito de su autoridad', no podrán beneficiarse de la inmunidad" (In re *Doe I,* et al. *v. Liu Qi,* et al., *Plaintiff A,* et al. *v. Xia Deren,* et al., Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, para el Distrito Norte de California (2004), 349 F. Supp.2d 1258 C 02-0672 CW (EMC), C 02-0695 CW). Cabe señalar que antes de *Samantar v. Yousuf*, 560 U.S. 305 (2010), muchos tribunales de los Estados Unidos examinaban la inmunidad de los funcionarios extranjeros en casos civiles con arreglo a la Ley de Inmunidad de Soberanía Extranjera. En *Samantar*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostuvo que la inmunidad de los funcionarios de Estados extranjeros no se regía por esa Ley, sino por las normas de *common law*. No obstante, las decisiones anteriores en que los tribunales de los Estados Unidos analizaban la inmunidad con arreglo a la Ley

no significa que un acto ilícito, como tal, no pueda beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae*. Varios tribunales han concluido que los actos ilícitos no pierden la cobertura de la inmunidad por el mero hecho de ser ilícitos[936], ni siquiera en el caso de que el acto sea contrario al derecho internacional[937].

26) La calificación de un acto como "realizado a título oficial" requiere además la existencia de una especial conexión entre el acto y el Estado. Esa vinculación se ha definido en el apartado b) del proyecto de artículo 2 con la fórmula "autoridad estatal", que ha sido considerada por la Comisión como suficientemente amplia para referirse de modo general a los actos realizados por los funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones y en interés del Estado, y que debe entenderse que da cobertura a las funciones enunciadas en el apartado a) del proyecto de artículo 2, referido a los individuos "que representa[n] al Estado o que ejerce[n] funciones estatales".

27) Esta fórmula ha sido considerada preferible a la inicialmente propuesta ("en ejercicio de prerrogativas del poder público") y a otras que han sido sucesivamente consideradas por la Comisión, en especial las de "autoridad gubernamental" (en inglés *governmental authority*) o "autoridad soberana". Aunque todas ellas reflejan igualmente el requisito de la especial conexión que debe existir entre el acto y el Estado, presentan la dificultad de que se puede interpretar que se refieren exclusivamente a un tipo de actividad estatal (gubernamental o ejecutiva), o generar el problema añadido de tener que definir las prerrogativas del poder público o de soberanía, lo que sería extremadamente difícil y no se considera una función de la Comisión. También se ha considerado preferible no utilizar la expresión "funciones estatales", que fue empleada en el apartado a) del proyecto de artículo 2, a fin de favorecer la clara diferenciación entre las definiciones contenidas en los apartados a) y b) de este proyecto de artículo. En este sentido, se debe recordar que la expresión "funciones estatales", junto con la de "representación del Estado", se empleó en el apartado a) del proyecto de artículo 2 como un término neutro que define el vínculo entre el funcionario y el Estado, sin que ello implique un pronunciamiento sobre el tipo de actos que quedan cubiertos por la inmunidad[938]. El empleo del término "autoridad" en lugar del de "funciones" ofrece, además, la ventaja de evitar el debate sobre si los crímenes de derecho internacional son o no "funciones del Estado". Sin embargo, un miembro de la Comisión consideró que habría sido más adecuado emplear la expresión "funciones estatales" en el apartado b) del proyecto de artículo 2.

28) La Comisión no ha considerado apropiado incluir en la definición de "acto realizado a título oficial" una referencia a que haya de tener una naturaleza o carácter penal. Se trata de evitar así una eventual interpretación de que todo acto realizado a título oficial es, por definición, un acto de naturaleza penal. En cualquier caso, el concepto de "acto realizado a título oficial" debe interpretarse en el contexto del presente proyecto de artículos, dedicado a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

29) Por último, aunque la definición contenida en el apartado b) del proyecto de artículo 2 está dedicada al "acto realizado a título oficial", la Comisión ha considerado necesario incluir en dicha definición una referencia expresa al autor del acto, es decir, al funcionario del Estado. Con ello se llama la atención sobre el hecho de que solo un funcionario del Estado puede realizar un acto a título oficial, expresando de esa manera la necesidad de una

---

de Inmunidad de Soberanía Extranjera siguen ofreciendo una valiosa perspectiva sobre el alcance de dicha inmunidad, ya que el razonamiento en que se basan sigue siendo válido.

936 *Jaffe v. Miller and Others*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, 17 de junio de 1993 (véase la nota 925 *supra*); *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation and Others*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 23 de enero de 1989, 488 U.S. 428, *International Law Reports*, vol. 81, pág. 658; *McElhinney v. Williams*, Tribunal Supremo de Irlanda, 15 de diciembre de 1995, *ibid.*, vol. 104, pág. 691.

937 *I Congreso del Partido*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 16 de julio de 1981, [1983] A.C. 244, *International Law Reports*, vol. 64, pág. 307. En el asunto *Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 14 de junio de 2006 (véase la nota 925 *supra*), Lord Hoffmann rechazó el argumento de que un acto contrario al *ius cogens* no puede ser un acto oficial.

938 Véase *supra* el párrafo 13) del presente comentario. En este marco, la Comisión ha entendido que en las funciones estatales "se incluyen las funciones legislativas, judiciales, ejecutivas o de otra índole que son propias del Estado".

vinculación entre el autor del acto y el Estado. Además, la referencia al funcionario del Estado favorece una continuidad lógica con la definición de "funcionario del Estado" contenida en el apartado a) del proyecto de artículo 2.

30) La Comisión considera que no es posible establecer una lista exhaustiva de actos realizados a título oficial. Por el contrario, la identificación de dichos actos deberá realizarse caso por caso, teniendo en cuenta los criterios antes analizados, a saber: que sea un acto realizado por un funcionario del Estado, que pueda ser atribuido de modo general al Estado y que se haya realizado "en ejercicio de la autoridad estatal". No obstante, la práctica judicial nos ofrece ejemplos de actos o categorías de actos que pueden considerarse realizados a título oficial, con independencia de la denominación específica con que los tribunales se refieran a ellos. Estos ejemplos pueden ayudar al juez y a otros operadores jurídicos nacionales a identificar si un determinado acto entra dentro de esta categoría.

31) De manera general, los tribunales nacionales han considerado como actos que encajan dentro de la categoría de actos realizados a título oficial los siguientes: actividades militares o relacionadas con las fuerzas armadas[939], actos relacionados con el ejercicio del poder de policía[940], actividades diplomáticas y propias de las relaciones exteriores[941], actos legislativos (incluidas las nacionalizaciones)[942], actos de la administración de justicia[943], actos administrativos de distinta naturaleza (tales como expulsión de extranjeros o abanderamiento de buques)[944], actos referidos a préstamos públicos[945] y actos de naturaleza política de distinto tipo[946].

---

[939] *Empire of Iran*, Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, 30 de abril de 1963, *International Law Reports*, vol. 45, pág. 57; *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes*, US 336 F 2d 354 (Segundo Circuito, 1964), *ibid.*, vol. 35, pág. 110; *Saltany and Others v. Reagan and Others*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, sentencia de 23 de diciembre de 1988, 702 F. Supp 319, *ibid.*, vol. 80, pág. 19; *Holland v. Lampen-Wolfe* (Reino Unido), [2000] 1 WLR 1573; *Lozano v. Italy*, caso núm. 31171/2008, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 24 de julio de 2008 (puede consultarse en http://opil.ouplaw.com, International Law in Domestic Courts [ILDC 1085 (IT 2008)]). El Tribunal Arbitral constituido en el seno de la Corte Permanente de Arbitraje para examinar el caso *"Enrica Lexie"* ha considerado que los actos realizados por marines italianos para proteger un buque comercial constituyen un acto realizado a título oficial. Véase *In the matter of an arbitration before an Arbitral Tribunal constituted under annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea* (nota 925 *supra*), párrs. 839 y 841.

[940] *Empire of Iran* (véase la nota 939 *supra*); *Iglesia de la Cienciología*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, 26 de septiembre de 1978 (véase la nota 925 *supra*); *Saudi Arabia and Others v. Nelson*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos (1993): 507 U.S. 349, *International Law Reports*, vol. 100, pág. 544; Propend *Finance Pty Ltd. v. Sing*, Tribunal de Apelaciones del Reino Unido, *ibid*., vol. 111, pág. 611; *Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom*, The *Commissioner of the Metropolitan Police and David Jones*, Corte Suprema de Irlanda, 24 de abril de 1997 (véase la nota 925 *supra*); *First Merchants Collection v. Republic of Argentina*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Florida, 31 de enero de 2002, 190 F. Supp. 2d 1336 (S.D. Fla. 2002).

[941] *Empire of Iran* (véase la nota 939 *supra*); *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (véase la nota 939 *supra*).

[942] *Empire of Iran* (véase la nota 939 *supra*); *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (véase la nota 939 *supra*).

[943] *Empire of Iran* (véase la nota 939 *supra*); asunto núm. 12-81.676, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 19 de marzo de 2013, y asunto núm. 13-80.158, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 17 de junio de 2014 (véase www.legifrance.gouv.fr/). En el mismo sentido se han manifestado los tribunales suizos en el caso ATF 130 III 136, referido a una orden internacional de detención emitida por un juez español.

[944] *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (véase la nota 939 *supra*); *Kline and Others v. Kaneko and Others*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York (Estados Unidos de América), 3 de mayo de 1988, US, 685 F Supp 386 (1988), *International Law Reports*, vol. 101, pág. 497; *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), 23 de noviembre de 2004 (véase la nota 925 *supra*).

[945] *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (véase la nota 939 *supra*).

[946] *Doe I v. Israel*, US, 400 F.Supp.2d 86, 106 (DCC 2005) (constitución de asentamientos israelíes en los territorios ocupados); *Youming* Jin et al. *v. Ministry of State Security* et al., US, 557 F.

32) Además, la inmunidad de los funcionarios del Estado ha sido invocada ante tribunales penales en relación con los siguientes actos realizados, según se alega, a título oficial: tortura, exterminio, genocidio, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, embarazo forzoso, deportación, privación del estatuto de prisionero de guerra, esclavitud y trabajos forzados, así como actos de terrorismo[947]. Estos delitos se mencionan en ocasiones *eo nomine*, mientras que en otros asuntos el tribunal se refiere de forma genérica a crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos[948]. Los tribunales nacionales han examinado otros actos cometidos por miembros de las fuerzas armadas o servicios de seguridad que no se pueden encuadrar en las categorías antes mencionadas, tales como malos tratos, sevicias, detención ilegal, secuestro, delitos contra la administración de justicia y otros actos relacionados con el mantenimiento del orden público y la aplicación de la ley[949].

Supp. 2d 131 (DDC 2008) (contratación de sicarios para amenazar a miembros de un grupo religioso, con resultado de muertes y violencia excesiva).

947 *Rauter*, Tribunal Especial de Casación de los Países Bajos, sentencia de 12 de enero de 1949, *International Law Reports*, vol. 16, pág. 526 (crímenes cometidos por fuerzas de ocupación alemanas en Dinamarca); *Fiscal General de Israel c. Adolf Eichmann*, Tribunal de distrito de Jerusalén (caso núm. 40/61), sentencia de 12 de diciembre de 1961, y Tribunal Supremo (Tribunal de Apelaciones, sentencia de 29 de mayo de 1962, *ibid.*, vol. 36, págs. 18 y 277 (crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, incluidos crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio); *Yaser Arafat (Carnevale re. Valente – Imp. Arafat e Salah)*, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 28 de junio de 1985, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 69, núm. 4 (1986), pág. 884 (venta de armas y colaboración con las Brigadas Rojas en relación con actos de terrorismo); *R. v. Mafart and Prieur/Raimbow Warrior*, Nueva Zelandia, Tribunal Superior, Secretaría del Tribunal de Auckland, 22 de noviembre de 1985, *International Law Reports*, vol. 74, pág. 241 (actos realizados por miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos de seguridad franceses, consistentes en el minado del barco Rainbow Warrior, que provocaron el hundimiento del barco y la muerte de varias personas y que fueron calificados como actos terroristas); *Antiguo Embajador de Siria en la República Democrática Alemana*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, Tribunal Constitucional Alemán, sentencia de 10 de junio de 1997, *ibid*., vol. 115, pág. 595 (en el asunto se sustanció la acción contra un antiguo embajador que supuestamente almacenó en los locales diplomáticos armas que fueron utilizadas posteriormente para actos terroristas); *Bouterse*, R 97/163/12 Sv y R 97/176/12 Sv, Países Bajos, Tribunal de Apelaciones de Ámsterdam, sentencia de 20 de noviembre de 2000, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), págs. 266 a 282 (tortura, crímenes contra la humanidad); *Kadhafi*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 20 de octubre de 2000, y Tribunal de Casación, sentencia núm. 1414, de 13 de marzo de 2001, *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001) (versión inglesa reproducida en *International Law Reports*, vol. 125, págs. 490 y 508) (ordenar el derribo de un avión mediante explosivos que causó la muerte a 170 personas, considerado como terrorismo); *Hissène Habré*, Tribunal de Apelaciones de Dakar (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 (actos de torturas y crímenes contra la humanidad): *Sharon and Yaron*, Tribunal de Apelaciones de Bruselas, sentencia de 26 de junio de 2002, *ibid*., vol. 127, pág. 110 (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio); *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza), 25 de julio de 2012 (véase la nota 925 *supra*) (tortura y otros crímenes de lesa humanidad); asunto núm. 3 StR 564/19, Tribunal Federal de Justicia de Alemania, 28 de enero de 2021 (véase la nota 925 *supra*) (tortura como crimen de guerra).

948 *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10)*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Séptimo Circuito, 8 de septiembre de 2004 (383F.3d 620) (a diferencia de los citados en la nota 947 *supra* y en la nota 949 *infra*, este asunto fue examinado por un tribunal civil).

949 *Enjuiciamiento de guardias fronterizos*, Corte Suprema Federal de Alemania, 3 de noviembre de 1992 (véase la nota 925 *supra*) (muerte de un joven alemán como consecuencia de los disparos realizados por los guardias de fronteras de la República Democrática Alemana cuando quería atravesar el denominado "Muro de Berlín"); *Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom,* The Commissioner of the Metropolitan Police and David Jones, Corte Suprema (Irlanda), 24 de abril de 1997 (véase la nota 925 *supra*) (circunstancias irregulares de la detención del demandante por funcionarios del Estado); *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Administrativo, Corte Superior de Justicia del Reino Unido, 29 de julio de 2011 (véase la nota 925 *supra*) (secuestro y detención ilegal).

33) En un cierto número de casos los tribunales nacionales han concluido que el acto en cuestión excede los límites de las funciones oficiales o de las funciones del Estado. Así, en una causa relacionada con el asesinato de un opositor político, un tribunal indicó que el "comportamiento que tiene como el propósito asesinar a una persona" no es un acto cubierto por la inmunidad[950]. De una manera similar, y con carácter general, los tribunales nacionales han denegado la inmunidad en los casos vinculados a la corrupción, bien sea en forma de desviación y apropiación ilícita de fondos públicos y blanqueo de capitales, bien sea en alguna otra forma de expresión de la corrupción, por considerar que dichos actos "se alejan del ejercicio de las funciones estatales protegidas por la costumbre internacional en nombre de los principios de soberanía y de inmunidad diplomática"[951], y que "por su naturaleza, no participan del ejercicio de la soberanía, ni de los poderes públicos, ni tienen relación con el interés general"[952]. Siguiendo la misma lógica, los tribunales no han admitido que puedan beneficiarse de la inmunidad actos realizados por funcionarios del Estado que guardan una estrecha relación con una actividad privada y cuyo objetivo es el enriquecimiento personal del funcionario y no el beneficio del soberano[953].

34) En relación con los ejemplos de posibles actos realizados a título oficial merece una mención especial el tratamiento dado por los tribunales nacionales a los crímenes de derecho internacional, y en especial la tortura. Así, mientras que en ocasiones han sido considerados actos realizados a título oficial (aunque ilegales y aberrantes)[954], en otras han sido calificados como actos *ultra vires* o como actos que no responden a la naturaleza propia de las funciones

[950] Estados Unidos, Tribunal del Distrito de Columbia, *Letelier v. Republic of Chile*, 488 F. Supp. 665 (D.D.C. 1980), pág. 673.

[951] *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, 13 de junio de 2013 (véase la nota 925 *supra*).

[952] *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, Sección Séptima, Segunda Sala de Instrucción, demanda de anulación, sentencia de 16 de abril de 2015.

[953] *United States of America v. Noriega*, Tribunal de Apelaciones (Estados Unidos), 7 de julio de 1997 (véase la nota 925 *supra*); *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, sentencia de 20 de septiembre de 1996, 94 F. Supp. 312, *International Law Reports*, vol. 113, pág. 522; *Mellerio c. Isabel de Bourbon*, Tribunal de Apelaciones de París, 3 de junio de 1872, *Recueil général des lois et des arrêts 1872*, pág. 293; *Seyyid Ali Ben Hamond, prince Raschid c. Wiercinski*, Tribunal Civil del Sena, sentencia de 25 de julio de 1916, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 15 (1919), pág. 505; *Ex-roi d'Égypte Farouk c. S.A.R.L. Christian Dior*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 11 de abril de 1957, *Journal du droit international*, vol. 84, núm. 1 (1957), págs. 716 a 718; *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 28 de abril de 1961, *Revue générale de droit international public*, vol. 66, núm. 2 (1962), pág. 418 (reproducida también en *International Law Reports*, vol. 47, pág. 275); *Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation Trajano v. Marcos and Another*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, 21 de octubre de 1992, 978 F 2d 493 (1992), *International Law Reports*, vol. 103, pág. 521; *Jimenez v. Aristeguieta* et al., Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Quinto Circuito, 311 F 2d 547 (1962), *ibid*., vol. 33, pág. 353; *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, Tribunal Federal de Suiza, sentencia de 22 de diciembre de 2005 (1A 288/2005) (puede consultarse en http://opil.ouplaw.com, International Law in Domestic Courts [ILDC 339 (CH 2005)]); *Republic of the Philippines v. Marcos and Others*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo Circuito, 26 de noviembre de 1986, 806 F.2d 344, *International Law Reports*, vol. 81, pág. 581; *Republic of the Philippines v. Marcos and Others* (núm. 2), Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, 4 de junio de 1987 y 1 de diciembre de 1988, 862 F.2d 1355, *ibid*., vol. 81, pág. 608; *Republic of Haiti and Others v. Duvalier and Others*, [1990] 1 QB 2002 (Reino Unido), *ibid*., vol. 107, pág. 491.

[954] *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 24 de marzo de 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147. Solo Lord Goff consideró que se trataba de actos oficiales que quedaban cubiertos por la inmunidad. Para Lord Browne-Wilkinson y Lord Hutton la tortura no podían ser "una función pública" o "una función gubernamental". Por el contrario, Lord Goff, que votó en contra de la sentencia, concluyó que era una "función gubernamental". También se expresaron en un sentido similar Lord Hope ("acto criminal pero gubernamental"), Lord Saville (que se refirió a "la tortura oficial"), Lord Millett ("actos públicos y oficiales") y Lord Phillips ("acto criminal y oficial"). Véanse también *Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores (Reino Unido), 14 de junio de 2006 (nota 925 *supra*) y *FF v. Director of Public Prosecutions* (caso *Prince Nasser*), Tribunal Superior de Justicia, Queen's Bench Division, Divisional Court, sentencia de 7 de octubre de 2014, [2014] EWHC 3419 (Admin.). Véase asimismo el asunto núm. 3 StR 564/19, Tribunal Federal de Justicia de Alemania, 28 de enero de 2021 (nota 925 *supra*).

del Estado[955], por lo que deberían de ser excluidos de la categoría de actos definidos en este párrafo. Además, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que este distinto tratamiento de los crímenes de derecho internacional se produce tanto en los casos en que los tribunales nacionales han reconocido la inmunidad, como en los supuestos en que han rechazado que la misma sea aplicable.

35) En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la definición de "acto realizado a título oficial" contenida en el apartado b) del proyecto de artículo 2 se refiere a los elementos distintivos de dicha categoría de actos y no prejuzga la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad, que se aborda en el proyecto de artículo 7.

Segunda parte
Inmunidad *ratione personae*

Comentario

1) Aunque la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es una categoría jurídica única, ello no impide que se puedan establecer diferencias en función de los distintos tipos de funcionarios del Estado, en especial por razón de las diferentes posiciones que cada uno de ellos ocupe en el Estado y las diferentes funciones que desempeñen. La Comisión ha tenido en cuenta estas circunstancias a los efectos de definir dos regímenes jurídicos que se abordan en las partes segunda y tercera del proyecto de artículos bajo la denominación de "Inmunidad *ratione personae*" e "Inmunidad *ratione materiae*".

2) La segunda parte del proyecto de artículos está dedicada a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* de los funcionarios del Estado y en ella se enuncian los elementos normativos que definen el régimen jurídico aplicable a este tipo de inmunidad. Esta parte está integrada por dos proyectos de artículo. El proyecto de artículo 3 se refiere al elemento subjetivo de la inmunidad *ratione personae* (funcionarios del Estado que gozan de inmunidad) y el artículo 4 recoge los elementos sustantivos (actos cubiertos por la inmunidad) y temporal (período de aplicabilidad de la inmunidad). Ambos han de leerse conjuntamente para una correcta comprensión del régimen jurídico aplicable a la inmunidad *ratione personae*.

3) El párrafo 3 del proyecto de artículo 4 define, además, la relación entre la inmunidad de jurisdicción *ratione personae* y la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* aplicable a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores tras la terminación de su mandato.

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.

Comentario

1) El proyecto de artículo 3 enumera los funcionarios del Estado que se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*, a saber: el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores. El proyecto de artículo se limita a definir las personas a las que se aplica este tipo de inmunidad, sin hacer referencia a su alcance sustantivo.

2) La Comisión considera que hay dos razones, una de orden representativo y otra de orden funcional, para reconocer la inmunidad *ratione personae* a los Jefes de Estado, los

[955] *Pinochet*, Bélgica, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, sentencia de 6 de noviembre de 1998, *International Law Reports*, vol. 119, pág. 345; *Bouterse*, Países Bajos, Tribunal de Apelaciones de Ámsterdam, 20 de noviembre de 2000 (véase la nota 947 *supra*); *Prefectura de Voiotia c. República Federal de Alemania*, Tribunal de primera instancia de Leivadia (Grecia), sentencia de 30 de octubre de 1997 (*American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 4 (1998), pág. 765).

Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores. En primer lugar, en virtud de las normas del derecho internacional, las personas que ocupan esos tres cargos, por el solo hecho del ejercicio de sus funciones, representan al Estado en el ámbito de las relaciones internacionales de forma directa y sin necesidad de una atribución específica de poderes por parte del Estado[956]. En segundo lugar, han de poder desempeñar sus funciones sin obstáculos[957]. Es irrelevante que esos funcionarios sean o no nacionales del Estado en el que desempeñan el cargo de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores.

3) La afirmación de que los Jefes de Estado se benefician de la inmunidad *ratione personae* no es objeto de controversia, reconociéndose la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario que así lo establecen. Además, diversas convenciones contienen disposiciones que se refieren directamente a la inmunidad de jurisdicción del Jefe de Estado. En este sentido, cabe mencionar el artículo 21, párrafo 1, de la Convención sobre las Misiones Especiales, que reconoce expresamente que el Jefe de Estado cuando encabece una misión especial gozará, además de las inmunidades reconocidas en dicha Convención, de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional al Jefe de Estado en visita oficial. En el mismo sentido, el artículo 50, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, se refiere a las otras "inmunidades reconocid[a]s por el derecho internacional a los Jefes de Estado". En una línea similar, aunque en un plano diferente, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes incorpora en la cláusula de salvaguardia del artículo 3, párrafo 2, una referencia expresa a las inmunidades de que goza el Jefe de Estado en virtud de normas de derecho internacional.

4) La inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Jefe de Estado ha sido reconocida igualmente en la jurisprudencia, tanto a nivel internacional como estatal. Así, la Corte Internacional de Justicia se ha referido explícitamente a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Jefe de Estado en las causas relativas a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*[958] y a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*[959]. Ha de destacarse que la práctica judicial nacional, aunque limitada en cuanto a su número, es constante en declarar que los Jefes de Estado se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*, bien sea en el marco de procesos que tienen como objeto la inmunidad del Jefe de Estado, bien sea como parte del razonamiento que los citados tribunales siguen para concluir la concurrencia o no de la inmunidad de jurisdicción penal respecto de otros funcionarios del Estado[960].

---

[956] La Corte Internacional de Justicia ha afirmado que "es una regla bien establecida de derecho internacional que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores se consideran que representan al Estado por el solo hecho del ejercicio de sus funciones" *(Armed activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*), competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda, fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y ss., en especial pág. 27, párr. 46).

[957] Véase la causa *Arrest Warrant of 11 April 2000* (nota 899 *supra*), págs. 21 y 22, párrs. 53 y 54, en que la Corte Internacional de Justicia desarrollaba especialmente este segundo elemento en relación con el Ministro de Relaciones Exteriores.

[958] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), págs. 20 y 21, párr. 51.

[959] *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (véase la nota 925 *supra*), págs. 236 y 237, párr. 170.

[960] Los tribunales nacionales han declarado en varias ocasiones la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* del Jefe de Estado como fundamento de su decisión sobre el fondo, concluyendo la imposibilidad de actuar penalmente contra un Jefe de Estado en ejercicio. En este sentido, véanse Re *Honecker*, Tribunal Supremo Federal, Segunda Sala de lo Penal (República Federal de Alemania), sentencia de 14 de diciembre de 1984 (causa núm. 2 ARs 252/84), reproducida en *International Law Reports*, vol. 80, págs. 365 y 366; *Rey de Marruecos*, Audiencia Nacional (España), auto de la Sala de lo Penal de 23 de diciembre de 1998; *Kadhafi*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), 13 de marzo de 2001 (nota 947 *supra*); *Fidel Castro*, Audiencia Nacional (España), auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 13 de diciembre de 2007 (la Audiencia Nacional ya se había pronunciado en el mismo sentido respecto de otras dos querellas introducidas contra Fidel Castro en 1998 y 2005); y *Case against Paul Kagame*, Audiencia Nacional, Juzgado Central de

5) La Comisión considera que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* del Jefe de Estado se reconoce exclusivamente a las personas que ocupan efectivamente esa posición, siendo irrelevantes a los efectos del presente proyecto de artículos la denominación que la figura del Jefe de Estado reciba en cada Estado, el título por el que se acceda a la condición de Jefe de Estado (a título de soberano u otro), así como el hecho de que la posición en cuestión sea unipersonal o colegiada[961].

6) El reconocimiento de la inmunidad *ratione personae* a favor del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores se ha producido porque el derecho internacional ha ido aproximando paulatinamente sus funciones de representación del Estado a las del Jefe de Estado. Como ejemplo de ello se puede citar el reconocimiento de los poderes plenos del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores en el proceso de celebración de los tratados[962], así como la equiparación de las tres figuras en relación con su

---

Instrucción núm. 4 (España), auto de procesamiento de 6 de febrero de 2008. También en el marco de un proceso penal, pero en tanto que *obiter dicta*, diversos tribunales han reconocido de modo general la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* en varias ocasiones. En esos casos el tribunal nacional no ha declarado la inmunidad de un Jefe de Estado en concreto, bien porque la persona ha terminado su mandato y no es ya un Jefe de Estado en ejercicio, bien porque la persona no es ni ha sido nunca un Jefe de Estado. Véanse *Pinochet* (solicitud de extradición), Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 5 (España), auto de solicitud de extradición de 3 de noviembre de 1998; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others – Ex Parte Pinochet*, Cámara de los Lores (Reino Unido), 24 de marzo de 1999 (nota 925 *supra*); *H.S.A.,* et al. *c. S.A.*, et al. (procesamiento de Ariel Sharon, Amos Yaron y otros), Tribunal de Casación (Bélgica), sentencia de 12 de febrero de 2003 (P-02-1139.F), reproducida en *International Legal Materials*, vol. 42, núm. 3 (2003), págs. 596 a 605; *Scilingo*, Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera (España), auto de 27 de junio de 2003; *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs; Association des familles des victimes du Joola*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), 19 de enero de 2010 (nota 925 *supra*); *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Administrativo, Corte Superior de Justicia (Reino Unido), 29 de julio de 2011 (nota 925 *supra*); y *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza), 25 de julio de 2012 (nota 925 *supra*). Debe destacarse que los tribunales nacionales no han declarado nunca que un Jefe de Estado carece de inmunidad de jurisdicción penal y que la misma es *ratione personae*. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae* de los Jefes de Estado es constante en la jurisdicción civil, en la que el volumen de decisiones judiciales es mayor. A título de ejemplo, véanse *Rukmini S. Kline* et al. *v. Yasuyuki Kaneko* et al., Tribunal Supremo del Estado de Nueva York (Estados Unidos de América), sentencia de 31 de octubre de 1988 (535 N.Y.S.2d 1258) (141 Misc.2d 787); *Mobutu c. SA Cotoni*, Tribunal civil de Bruselas, sentencia de 29 de diciembre de 1988; *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, Tribunal Federal (Suiza), sentencia de 2 de noviembre de 1989 (ATF 115 Ib 496), parcialmente reproducido en *Revue suisse de droit international et de droit européen* (1991), págs. 534 a 537 (versión inglesa en *International Law Reports*, vol. 102, pág. 198); *Lafontant v. Aristide*, Tribunal de Distrito, Distrito Este de Nueva York (Estados Unidos), sentencia de 27 de enero de 1994, 844 F Supp. 128; *W. v. Prince of Liechtenstein*, Tribunal Supremo (Austria), sentencia de 14 de febrero de 2001 (7 Ob 316/00x); *Tachiona v. Mugabe ("Tachiona I")*, Tribunal de Distrito de Nueva York (Estados Unidos), sentencia de 30 de octubre de 2001 (169 F.Supp.2d 259); *Fotso v. Republic of Cameroon*, Tribunal de Distrito de Oregón (Estados Unidos), providencia de 22 de febrero de 2013 (6:12CV 1415-TC).

961 Es de interés en este sentido lo previsto en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (art. 50, párr. 1) y en la Convención sobre las Misiones Especiales (art. 21, párr. 1), que recogen la figura de las jefaturas de Estado colegiadas. Por el contrario, la Comisión no consideró oportuno incluir una referencia a esta categoría en el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas (*Anuario... 1972*, vol. II, documento A/8710/Rev.1, pág. 341, comentario al proyecto de artículo 1, párr. 2)) y, por tanto, no fue recogida finalmente en la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos.

962 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331, art. 7, párr. 2 a). En un sentido similar se ha manifestado la Corte Internacional de Justicia en relación con la capacidad del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores de comprometer al Estado mediante actos unilaterales (*Armed activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (véase la nota 956 *supra*), pág. 27, párr. 46).

protección internacional[963] o en el plano de su participación en la representación del Estado[964]. La inmunidad de los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se menciona en la Convención sobre las Misiones Especiales, la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal y, de manera implícita, en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes[965]. La inclusión del Ministro de Relaciones Exteriores en la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, es especialmente significativa, puesto que la Comisión en su proyecto de artículos sobre este tema decidió no incluir a los miembros del gobierno en la lista de personas internacionalmente protegidas[966], a pesar de lo cual el Ministro de Relaciones Exteriores fue finalmente incluido en la Convención adoptada por los Estados.

7) Todos los ejemplos mencionados son el resultado de trabajos previos de la Comisión, que ha tomado en consideración en varias ocasiones la problemática de la inclusión expresa o no de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores en instrumentos internacionales. En este contexto, se ha señalado que en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes se menciona de manera expresa al Jefe de Estado, mientras que se excluye toda referencia explícita al Jefe de Gobierno y al Ministro de Relaciones Exteriores. Sin embargo, no parece posible concluir que de los citados ejemplos deba deducirse que la Comisión deba tratar también de forma diferente a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno o Ministros de Relaciones Exteriores en el presente proyecto de artículos; y menos aún que deba excluir al Jefe de Gobierno y al Ministro de Relaciones Exteriores del proyecto de artículo 3. A tal efecto deben tomarse en consideración varios elementos. En primer lugar, que el presente proyecto de artículos se refiere únicamente a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, mientras que la Convención sobre las Misiones Especiales y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal se refieren a cualquier inmunidad de la que puedan gozar los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno o Ministros de Relaciones Exteriores. En segundo lugar, que la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes se refiere a la inmunidad del Estado y la inmunidad de jurisdicción penal ha quedado fuera de su ámbito de aplicación[967], a lo que ha de añadirse igualmente que la Comisión no se pronunció en contra

---

963 Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 1, párr. 1 a).

964 Véanse, en este sentido, la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 21; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 50.

965 El artículo 21 de la Convención sobre las Misiones Especiales se refiere tanto al Jefe de Estado como al Jefe de Gobierno y al Ministro de Relaciones Exteriores, si bien lo hace en párrafos separados (en el párrafo 1 se menciona al Jefe de Estado y en el párrafo 2 al Jefe de Gobierno, el Ministro de Relaciones Exteriores y demás personalidades de rango elevado). Igual modelo es seguido por la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, que también se refiere a esos funcionarios en párrafos separados. Por el contrario, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes ha optado por incluir únicamente una mención *eo nomine* del Jefe de Estado (art. 3, párr. 2) y las otras dos categorías deben considerarse incluidas en el concepto de "representantes del Estado" contenido en el artículo 2, párr. 1 b) iv). Véanse los párrafos 6) y 7) del comentario al artículo 3 de los artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 23.

966 *Anuario... 1972*, vol. II, documento A/8710/Rev.1, pág. 341, comentario al artículo 1, párr. 3). Téngase en cuenta que la Comisión decide no incluir dicha referencia ante la inexistencia de una "regla de derecho internacional generalmente aceptada", pero admite que "una persona que tenga rango de ministro miembro del Gobierno tendrá, evidentemente, derecho a una protección especial cada vez que se encuentre en un Estado extranjero en relación con una actividad oficial". (Esta declaración se recoge tanto en la versión inglesa del comentario como en la versión francesa, pero no ha sido incorporada en la versión española.)

967 La declaración de que la Convención "no comprende las actuaciones penales" fue propuesta por el Comité Especial constituido al efecto por la Asamblea General y se plasmó finalmente en el párrafo 2

de las inmunidades de que pudieran gozar el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, sino que —por el contrario— las reconoce, limitándose a no mencionar expresamente estas categorías en el párrafo 2 del artículo 3 "ya que sería muy difícil confeccionar una lista exhaustiva y, por otra parte, cualquier enumeración de dichas personas plantearía la cuestión de su fundamento y de la amplitud de la inmunidad jurisdiccional ostentada por ellas"[968]. Y, en tercer lugar, debe tenerse en cuenta igualmente que todos los ejemplos mencionados son anteriores a la decisión de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*.

8) La Corte Internacional de Justicia ha declarado expresamente en la decisión de la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* que "está claramente establecido en el derecho internacional que, al igual que los agentes diplomáticos y consulares, ciertas personas que tienen un rango elevado en el Estado, tales como el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores, gozan en los Estados de inmunidades de jurisdicción, tanto civil como penal"[969]. Dicha afirmación ha sido posteriormente reiterada por la Corte en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*[970]. Ambas decisiones han sido objeto de un importante debate en la Comisión, en particular en relación con el Ministro de Relaciones Exteriores. En general, los miembros han expresado su opinión de que la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* refleja el estado actual de evolución del derecho internacional y que, por tanto, debe concluirse que existe una norma consuetudinaria que reconoce la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* del Ministro de Relaciones Exteriores. A juicio de estos miembros de la Comisión, la posición del Ministro de Relaciones Exteriores y sus especiales funciones en el ámbito de las relaciones internacionales constituyen la base para el reconocimiento de la citada inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Por el contrario, algunos miembros de la Comisión han señalado que la decisión de la Corte no es base suficiente para concluir la existencia de una norma consuetudinaria, ya que no analiza suficientemente la práctica y que varios jueces expresaron opiniones distintas a la de la mayoría[971]. Sin embargo, uno de esos miembros ha señalado que la inexistencia de dicha norma no impide a la Comisión incluir al Ministro de Relaciones Exteriores entre los beneficiarios de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* como una cuestión de desarrollo progresivo del derecho internacional, teniendo en cuenta que los Estados no se han opuesto a la decisión de la Corte en esa causa.

9) Por lo que se refiere a la práctica de los tribunales nacionales, la Comisión ha considerado igualmente que si bien el número de decisiones que se refieren a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* es muy reducido en relación con el Jefe de Gobierno y casi inexistente en el caso del Ministro de Relaciones Exteriores, no es menos cierto que los tribunales nacionales que han tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto siempre han reconocido la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de esos altos cargos cuando se encuentran en ejercicio[972].

---

de la parte dispositiva de la resolución 59/38 de la Asamblea General, de 2 de diciembre de 2004, por la que aquella fue aprobada.

968 Comentario al artículo 3, párr. 7), *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 23.

969 *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), págs. 20 y 21, párr. 51.

970 *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (véase la nota 925 *supra*), págs. 236 y 237, párr. 170.

971 Véanse, en particular, en la causa *Arrest Warrant of 11 April 2000* (nota 899 *supra*) la opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal; la opinión disidente del Magistrado Al-Khasawneh; y la opinión disidente de la Magistrada Van den Wyngaert.

972 En relación con el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, véanse los siguientes casos, tanto del orden penal como del civil, en que los tribunales nacionales se han pronunciado al respecto, bien sea como base para la decisión sobre el fondo, bien en tanto que *obiter dicta*: *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Tribunal de Apelaciones de París, 28 de abril de 1961 (nota 953 *supra*) (*a contrario*, reconoce implícitamente la inmunidad de un Ministro de Relaciones Exteriores); *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, Tribunal de Circuito del Primer Circuito, Estado de Hawaii (Estados Unidos), sentencia de 9 de septiembre de 1963, reproducida en *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), págs. 186 y 187; *Saltany and Others v. Reagan and Others*, Tribunal de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, 23 de diciembre de 1988 (nota 939 *supra*); *Tachiona v. Mugabe ("Tachiona I")*, Tribunal

10) A raíz del debate, la Comisión ha entendido que existe una base suficiente en la práctica y el derecho internacional para concluir que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*, y, en consecuencia, ha decidido incluirlos en el proyecto de artículo 3.

11) La Comisión ha considerado igualmente si otros altos funcionarios del Estado pueden ser incluidos en la lista de los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*. Tal posibilidad ha sido suscitada por algunos miembros de la Comisión a la luz de la evolución de las relaciones internacionales, en especial el hecho de que otros funcionarios de alto rango distintos del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores participan cada vez más en foros internacionales y realizan frecuentes visitas fuera del territorio nacional. Algunos miembros de la Comisión han apoyado su posición favorable a la inclusión en el proyecto de artículo 3 de otros funcionarios de alto rango con una referencia a la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, considerando que el empleo de la expresión "tales como" debe interpretarse como una cláusula que permite la extensión del régimen de la inmunidad *ratione personae* a otros altos funcionarios del Estado distintos del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores que tienen una importante responsabilidad dentro del Estado y que desarrollan alguna actividad representando al Estado en sectores propios de su actividad. En este sentido, algunos miembros de la Comisión han mencionado que los Ministros de Defensa o de Comercio Internacional disfrutan de la inmunidad *ratione personae*. Por el contrario, para otros miembros de la Comisión, el empleo de la expresión "tales como" no puede tener como efecto ampliar el ámbito de las personas que se beneficiarían de esta categoría de inmunidad, ya que la Corte la utiliza en el marco de un litigio específico en el que se debate la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un Ministro de Relaciones Exteriores. Por último, debe destacarse igualmente que varios miembros de la Comisión han llamado la atención sobre la dificultad intrínseca de determinar cuáles serían las personas que cabe calificar como "otros funcionarios de alto nivel", ya que su identificación dependerá en buena medida de los sistemas nacionales que definen la estructura orgánica y el modelo de atribución de competencias, que presentan diferencias de un Estado a otro[973].

12) La Corte Internacional de Justicia, en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, volvió a ocuparse del tema de la inmunidad de los otros altos funcionarios del Estado distintos del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores. La Corte da un tratamiento separado a la inmunidad del Jefe de Estado de Djibouti y a la de otros dos altos cargos, a saber: el Fiscal General *(procureur de la République)* y el Jefe de la Seguridad Nacional. Respecto del Jefe de Estado la Corte se pronuncia de modo nítido para concluir que, con carácter general, se beneficia de la inmunidad de jurisdicción penal *ratione personae* aunque ello no se aplique en el caso en cuestión como consecuencia de que la invitación para declarar cursada por las autoridades francesas no tiene carácter coercitivo[974]. Respecto de los otros dos funcionarios de alto nivel la Corte argumenta que los actos que se les imputan no fueron realizados en ejercicio de sus funciones[975]; entiende que Djibouti no ha aclarado suficientemente si reclama a título de inmunidad del Estado, de inmunidad personal o de otro tipo de inmunidad; y concluye que "[l]a Corte constata, en primer lugar, que no existe ninguna base en derecho internacional

de Distrito, Distrito Sur de Nueva York (Estados Unidos), 30 de octubre de 2001 (nota 960 *supra*); *H.S.A.,* et al. *c. S.A.,* et al. (procesamiento de Ariel Sharon, Amos Yaron y otros), Tribunal de Casación (Bélgica), 12 de febrero de 2003 (nota 960 *supra*).

973 Esta dificultad ya fue señalada en su día por la propia Comisión en el párrafo 7) del comentario al proyecto de artículo 3 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 23. Los mismos problemas fueron destacados por la Comisión en el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 1 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas (*Anuario... 1972*, vol. II, documento A/8710/Rev.1, pág. 341), y en el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 21 del proyecto de artículos sobre las misiones especiales (*Anuario... 1967*, vol. II, documento A/6709/Rev.1 y Rev.1/Corr.1, pág. 373).

974 Véase *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (nota 925 *supra*), págs. 236 a 240, párrs. 170 a 180.

975 *Ibid*., pág. 243, párr. 191.

que permita afirmar que los funcionarios concernidos tienen derecho a beneficiarse de inmunidades personales, teniendo en cuenta que no se trata de diplomáticos en el sentido de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas y que la Convención de 1969 sobre las Misiones Especiales no se aplica en este caso"[976].

13) Por lo que se refiere a la práctica judicial nacional, es posible encontrar un cierto número de decisiones que se ocupan de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* de otros funcionarios de alto nivel. Sin embargo, las decisiones en cuestión no son concluyentes. Así, mientras que algunas de las decisiones se pronuncian a favor de la inmunidad *ratione personae* de funcionarios de alto rango tales como un Ministro de Defensa o un Ministro de Comercio Internacional[977], en otras los tribunales nacionales concluyen que la persona procesada no se beneficia de la inmunidad, bien sea porque no es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores, bien sea porque no pertenecen al círculo estrecho de funcionarios que merecerían tal tratamiento[978], lo que pone de manifiesto

[976] *Ibid*., págs. 243 y 244, párr. 194. Véanse, en general, los párrafos 181 a 197, *ibid*., págs. 240 a 244.

[977] En este sentido, véase la causa Re *General Shaul Mofaz* (Ministro de Defensa de Israel), Tribunal de Distrito de Bow Street (Reino Unido), sentencia de 12 de febrero de 2004, reproducida en International and Comparative Law Quarterly, vol. 53, parte 3 (2004), pág. 771; y la causa Re *Bo Xilai* (Ministro de Comercio Internacional de China), Tribunal de Primera Instancia de Bow Street, sentencia de 8 de noviembre de 2005 (reproducida en *International Law Reports*, vol. 128, pág. 713), en la que también se reconoce la inmunidad al Sr. Bo Xilai no solo por ser considerado un funcionario de alto rango sino fundamentalmente porque estaba en misión especial en el Reino Unido. El poder ejecutivo de los Estados Unidos reconoció un año después la inmunidad del Sr. Bo Xilai en un proceso civil, basándose en que se encontraba en misión especial en los Estados Unidos: *Suggestion of Immunity and Statement of Interest of the United States*, Tribunal de Distrito de Columbia, 24 de julio de 2006 (Civ. No. 04-0649): véase Estados Unidos, Tribunal de Distrito de Columbia, *Weixum* et al. *v. Xilai*, 568 F. Supp. 2d 35 (D.D.C. 2008) (que remite a la posición del poder ejecutivo de los Estados Unidos). En el asunto Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs; Association des familles des victimes du Joola, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), 19 de enero de 2010 (véase la nota 925 *supra*), el Tribunal reconoce con carácter general la inmunidad *ratione personae* de un Ministro de Defensa, pero en el caso en cuestión lo hace solo respecto de la inmunidad *ratione materiae*, ya que la persona encausada había dejado de estar en ejercicio en dicho cargo. En el caso *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza), 25 de julio de 2012 (véase la nota 925 *supra*), el Tribunal declara con carácter general que un Ministro de Defensa en ejercicio se beneficiaría de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*; sin embargo en el caso en cuestión no reconoce la inmunidad porque el Sr. Nezzar ya ha finalizado su mandato y los actos realizados son constitutivos de crímenes internacionales, por lo que no se beneficia tampoco de la inmunidad *ratione materiae*.

[978] Un caso paradigmático al efecto es el asunto *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Administrativo, Corte Superior de Justicia (Reino Unido), sentencia de 29 de julio de 2011 (véase la nota 925 *supra*), en la que el Tribunal admite que, con base en la decisión de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* (véase la nota 909 *supra*), "en derecho internacional consuetudinario ciertas personas que ocupan un cargo de alto nivel tienen derecho a la inmunidad *ratione personae* durante su mandato" (párr. 55) siempre que pertenezcan a un círculo reducido de personas que se identifican porque "sea posible vincular al individuo en cuestión a un estatus similar" (párr. 59) al que correspondería al Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores mencionados en la citada decisión. Tras un análisis de las funciones del Sr. Khurts Bat, concluyó que el mismo "queda fuera de este estrecho círculo" (párr. 61). Con anterioridad, el Tribunal de Apelaciones de París tampoco había reconocido la inmunidad al Sr. Ali Ali Reza, ya que aunque era Ministro de Estado de la Arabia Saudita no era Ministro de Relaciones Exteriores (véase *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Tribunal de Apelaciones de París, 28 de abril de 1961) (nota 953 *supra*). En el asunto *United States of America v. Noriega* (véase la nota 925 *supra*), el Tribunal de Apelación del Undécimo Circuito, en su sentencia de 7 de julio de 1997 (recursos núms. 92-4687 y 96-4471), declaró que el Sr. Noriega, antiguo Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de Panamá, no podía incluirse en la categoría de personas que se benefician de la inmunidad *ratione personae*, al desestimar la alegación de Noriega de que en el momento en que se habían producido los hechos era Jefe de Estado o líder *de facto* de Panamá. Por su parte, en el asunto *Republic of Philippines v. Marcos*, Tribunal de Distrito del Distrito Norte de California, sentencia de 11 de febrero de 1987 (665 F.Supp. 793), el Tribunal excluyó de la inmunidad *ratione personae* al Fiscal General de Filipinas. En el caso *Fotso v. Republic of Cameroon* (véase la nota 960 *supra*), el poder ejecutivo informó al Tribunal de que el Presidente del Camerún gozaba de inmunidad como Jefe de Estado en ejercicio, y el caso fue desestimado. Estados Unidos, Tribunal del Distrito de

la gran dificultad que subyace en la identificación de otros altos funcionarios distintos del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores respecto de los cuales se pueda concluir de forma incontrovertida que se benefician de la inmunidad *ratione personae*. Por otro lado, debe señalarse también que en algunas de esas decisiones la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario de alto rango es analizada desde diferentes perspectivas (inmunidad *ratione personae*, inmunidad *ratione materiae*, inmunidad del Estado, inmunidad derivada de una misión especial), lo que pone de manifiesto la incertidumbre en la determinación de cuál sea realmente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de la que se benefician los funcionarios de alto rango distintos del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores[979].

14) En un plano distinto, debe recordarse que la Comisión ya se ha referido a otros funcionarios de alto nivel en su proyecto de artículos sobe las misiones especiales y en su proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales[980], ocupándose de la inmunidad de los mismos. Sin embargo, debe recordarse

---

Oregón, *Fotso v. Republic of Cameroon*, 25 de enero de 2013, núm. 6:12-cv-1415-TC, 2013 U.S. Dist. LEXIS 25424, en *2-6 (D. Ore. 25 de enero de 2013). El poder ejecutivo no se refirió a la inmunidad del Ministro de Defensa y del Secretario de Estado de Defensa, pero el tribunal determinó posteriormente que esos funcionarios gozaban de inmunidad, dado que "actuaron en el marco de sus funciones oficiales". Estados Unidos, Tribunal del Distrito de Oregón, *Fotso v. Republic of Cameroon*, 16 de mayo de 2013, núm. 6:12-cv-1415-TC, 2013 U.S. Dist. LEXIS 83948, en *3, *16-21 (D. Ore. 16 de mayo de 2013). Téngase en cuenta que en los dos casos anteriormente citados se trataba del ejercicio de la jurisdicción civil. Por otro lado, ha de señalarse que en algunas ocasiones el tribunal nacional no ha reconocido la inmunidad de jurisdicción a personas que desempeñan altos cargos en las partes constitutivas de un Estado federal. En este sentido, véanse los siguientes casos: *R. (on the aplication of Diepreye Solomon Peter Alamieyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, Queen's Bench Division (Divisional Court) (Reino Unido), sentencia de 25 de noviembre de 2005 ([2005] EWHC 2704 (Admin)), por la que deniega la inmunidad al Gobernador y Jefe Ejecutivo del Estado de Bayelsa (República Federal de Nigeria); y *Fiscalía (Tribunal de Nápoles) c. Milo Djukanovic*, Tribunal de Casación, Tercera Sección de lo Penal (Italia), sentencia de 28 de diciembre de 2004 (*Rivista di diritto internazionale*, vol. 89 (2006), pág. 568), por la que deniega la inmunidad al Presidente de Montenegro antes del acceso a la independencia de dicho país. Finalmente, en el caso *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, Tribunal Federal de Suiza, 22 de diciembre de 2005 (véase la nota 953 *supra*), el Tribunal deniega la inmunidad de un ex Ministro de Energía Atómica de la Federación de Rusia en un asunto de extradición, pero en un *obiter dictum* admite que es posible que funcionarios de alto nivel sin determinar se puedan beneficiar de la inmunidad.

979 La sentencia en el caso *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court* antes citado (véase la nota 925 *supra*) constituye un buen ejemplo de lo que se acaba de señalar. En el caso *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs; Association des familles des victimes du Joola*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), 19 de enero de 2010 (véase la nota 925 *supra*), el Tribunal se pronuncia al mismo tiempo, y de forma no suficientemente diferenciada, sobre la inmunidad *ratione personae* y sobre la inmunidad *ratione materiae*. Por su parte, en el caso *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza), 25 de julio de 2012 (véase la nota 925 *supra*), el Tribunal analiza igualmente si se puede aplicar la inmunidad *ratione materiae* o una inmunidad diplomática alegada por el interesado después de haber formulado una declaración general sobre la inmunidad *ratione personae*. En otros casos, el argumento utilizado por el tribunal nacional presenta rasgos aún más imprecisos, como en el asunto *Kilroy v. Windsor*, Tribunal de Distrito del Distrito Norte de Ohio, División Este, que en su sentencia de 7 de diciembre de 1978, recaída en un caso civil (Civ. No. C-78-291), reconoce la inmunidad *ratione personae* del príncipe Carlos de Inglaterra porque forma parte de la familia real inglesa y es el heredero a la Corona, pero también porque se encontraba en misión oficial en los Estados Unidos. Por su parte, en los asuntos relacionados con el Sr. Bo Xilai ha de destacarse que, si bien tanto el tribunal británico como el estadounidense reconocen inmunidad de jurisdicción al Ministro de Comercio de China, lo hacen porque entienden que se encontraba en visita oficial y se beneficiaba de la inmunidad derivada de las misiones especiales.

980 Proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales aprobado por la Comisión en su 23er período de sesiones, *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), documento A/8410/Rev.1, págs. 307 y ss. La Comisión ha empleado en otras ocasiones las expresiones personnalité officielle ("personalidad oficial") (proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, art. 1, *Anuario... 1972*, vol. II, documento A/8710/Rev.1) y "demás

que las disposiciones antes citadas se limitan a establecer un régimen de salvaguardia en virtud del cual dichas personas seguirían disfrutando de las inmunidades que les reconoce el derecho internacional al margen de esos instrumentos. Sin embargo, ni en el texto de los proyectos de artículos ni en los comentarios de la Comisión a los mismos se determina de forma clara cuáles son esas inmunidades y si incluyen o no una inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae.* Por otro lado, debe destacarse que aunque dichos funcionarios de alto rango podrían considerarse incluidos en la categoría de "representantes del Estado" recogida en el artículo 2, párrafo 1 b) iv), de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, dicha Convención —como ya se ha indicado antes— no se aplica a las "acciones penales". No obstante, algunos miembros de la Comisión han señalado que los funcionarios de alto rango sí se beneficiarían del régimen de inmunidades de las misiones especiales, incluida la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, cuando se encuentren en visita oficial en un tercer Estado en virtud del desempeño de las funciones de representación del Estado en el ámbito de las funciones sustantivas que les son propias. Se ha afirmado que ello ofrece una fórmula para proteger el correcto desempeño de las funciones sectoriales propias de esta categoría de funcionarios de alto rango en el ámbito internacional.

15) Teniendo en cuenta lo antes señalado, la Comisión considera que los "otros funcionarios de alto rango" no se benefician de la inmunidad *ratione personae* a los efectos del presente proyecto de artículos, si bien ello se entiende sin perjuicio de las reglas propias de la inmunidad *ratione materiae*, y en el entendimiento de que estos funcionarios de alto rango, cuando se encuentren en visita oficial, se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en base a las normas de derecho internacional relativas a las misiones especiales.

16) En el proyecto de artículo se ha empleado la expresión "respecto del ejercicio" referida tanto a la inmunidad *ratione personae* como a la jurisdicción penal extranjera. La Comisión ha decidido no emplear la citada expresión en el proyecto de artículo 1 (Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos) a fin de no prejuzgar aspectos sustantivos de la inmunidad, en especial su alcance, que deben ser abordados en otros proyectos de artículos[981]. En el presente proyecto de artículo, la Comisión ha decidido mantener la expresión "respecto del ejercicio" ya que ello pone de manifiesto la relación entre la inmunidad y la jurisdicción penal extranjera y destaca la naturaleza esencialmente procesal de la inmunidad que opera en relación con el ejercicio de la jurisdicción penal respecto de un comportamiento concreto[982].

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.*

personalidades de rango elevado" (proyecto de artículos sobre las misiones especiales, art. 21, *Anuario... 1967*, vol. II, documento A/6709/Rev.1 y Rev.1/Corr.1, pág. 373).

981 Véase *supra* el párrafo 2) del comentario al proyecto de artículo 1.

982 Véanse *Arrest Warrant of 11 April 2000* (nota 899 *supra*), pág. 25, párr. 60; y *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (nota 910 *supra*), pág. 124, párr. 58.

Comentario

1) El proyecto de artículo 4 se refiere al ámbito de aplicación de la inmunidad *ratione personae* desde una doble perspectiva temporal y material. El alcance de la inmunidad *ratione personae* debe entenderse conforme a una lectura conjunta y acumulativa de los elementos temporal (párr. 1) y material (párr. 2). Aunque cada una de estas dimensiones tiene autonomía conceptual, la Comisión ha decidido incluirlas en un único artículo ya que ello ofrece una visión más completa del significado y alcance de la inmunidad de la que se benefician los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores. La Comisión ha decidido incluir en primer lugar el elemento temporal, ya que ello permite comprender mejor el alcance de la inmunidad *ratione personae*, que se limita a un período de tiempo determinado.

2) En relación con el alcance temporal de la inmunidad *ratione personae*, la Comisión ha considerado necesario incluir el adverbio "únicamente", a fin de destacar la idea de que este tipo de inmunidad se aplica a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores exclusivamente durante el período en que se encuentran en el ejercicio de su mandato. Ello es coherente con la propia razón que inspira el reconocimiento de la citada inmunidad, que no es otra que la especial posición en que se encuentran las personas que detentan estos cargos dentro de la estructura del Estado, y que les coloca —en virtud del derecho internacional— en una posición especial, pues tienen un vínculo dual de carácter representativo y funcional con el Estado en el ámbito de las relaciones internacionales. Por consiguiente, la inmunidad *ratione personae* pierde su significado cuando el beneficiario deja de ejercer uno de esos cargos.

3) Esta posición ha sido mantenida por la Corte Internacional de Justicia, que en la decisión adoptada en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, ha afirmado que "desde que una persona deja de ocupar el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores, ya no se beneficia de la totalidad de las inmunidades de jurisdicción que le reconocía el derecho internacional en otros Estados. Siempre que sea competente conforme al derecho internacional, un tribunal de un Estado puede juzgar a un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores de otro Estado por los actos que haya realizado antes o después de su mandato, así como por los actos que haya realizado a título privado durante dicho mandato"[983]. Aunque la Corte se refiere al Ministro de Relaciones Exteriores, el mismo razonamiento es aplicable *a fortiori* al Jefe del Estado y al Jefe de Gobierno. Por otro lado, la limitación de la inmunidad *ratione personae* al período de mandato durante el que los beneficiarios se encuentran en ejercicio de sus cargos se recoge también en convenciones que establecen algún régimen especial de inmunidad *ratione personae*, en especial la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención sobre las Misiones Especiales[984]. La propia Comisión, en los comentarios al proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, afirmó que "[l]as inmunidades *ratione personae*, a diferencia de las inmunidades *ratione materiae*, que subsisten después de terminadas las funciones oficiales, ya no son aplicables cuando se deja de ocupar el cargo público o se cesa en las funciones"[985]. El carácter temporal estricto de la inmunidad *ratione personae* ha sido igualmente confirmado por diversas decisiones de tribunales nacionales[986].

---

983 *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 25, párr. 61.

984 Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 39, párr. 2; y Convención sobre las Misiones Especiales, art. 43, párr. 2.

985 Y añade: "[t]odas las actividades de los soberanos y embajadores que no guarden relación con sus funciones oficiales están sometidas a la jurisdicción local cuando los soberanos o embajadores han dejado de ocupar su cargo" (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párrafo 19) del comentario al proyecto de artículo 2, párr. 1 b) v)).

986 Esas decisiones a menudo han sido tomadas en el contexto de casos civiles, a los que también se aplica el principio de la limitación temporal de la inmunidad. Véanse, por ejemplo, *Mellerio c. Isabel de Bourbon*, Tribunal de Apelaciones de París, 3 de junio de 1872 (nota 953 *supra*); *Seyyid Ali Ben Hamond, prince Raschid c. Wiercinski*, Tribunal Civil del Sena, 25 de julio de 1916 (nota 953 *supra*); *Ex-roi d'Égypte Farouk c. S.A.R.L. Christian Dior*, Tribunal de Apelaciones de París, 11 de abril de 1957 (nota 953 *supra*); *Société Jean Dessès c. prince Farouk et dame Sadek*, Tribunal de grande instance de la Seine, 12 de junio de 1963, reproducido en *Revue critique de droit international privé* (1964), pág. 689 (versión inglesa reproducida en *International Law Reports*, vol. 65, págs. 37 y 38); e

4) En consecuencia, la Comisión considera que tras la terminación del mandato del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores la inmunidad *ratione personae* se extingue. La Comisión no ha considerado necesario pronunciarse sobre los criterios específicos que deben ser tenidos en cuenta para determinar el momento en que comienza y termina el mandato de los beneficiarios de la inmunidad, ya que ello depende en gran medida de cada ordenamiento jurídico estatal y la práctica al respecto es variada.

5) Durante el período de mandato —y solo durante dicho período— la inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados por el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores, tanto si esos actos han sido realizados a título privado como si han sido realizados a título oficial. De esta forma se recoge la configuración de la inmunidad *ratione personae* como una "inmunidad plena"[987] que se refiere a cualquier acto realizado por alguna de las personas antes mencionadas. Esta configuración refleja la práctica estatal[988].

6) Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, refiriéndose en especial a un Ministro de Relaciones Exteriores, es necesario hacer extensiva la inmunidad a los actos realizados tanto a título privado como oficial para garantizar que los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* no se vean impedidos de ejercer las funciones propias de su cargo, ya que "[l]as consecuencias de la obstaculización del ejercicio de tales funciones oficiales son igualmente graves [...] con independencia de que el arresto se refiera a actos realizados a título 'oficial' o a actos realizados a título 'privado'"[989]. De tal manera que, "no es posible hacer una distinción entre los actos realizados por un Ministro de Relaciones Exteriores a título 'oficial'

Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation; *Hilao and Others v. Estate of Marcos*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, 16 de junio de 1994 (nota 935 *supra*). Un tribunal británico ha considerado recientemente que el rey emérito de España, Juan Carlos de Borbón y Borbón, no disfruta de inmunidad *ratione personae* después de su abdicación. Véase *Corinna Zu Sayn-Wittgenstein-Sayn v. HM Juan Carlos Alfonso Víctor María de Borbón y Borbón,* Corte Superior de Justicia, Queen's Bench Division (Reino Unido), sentencia de 24 de marzo de 2022, [2022] EWHC 668 (QB), párr. 58. En el contexto de las causas penales, véase *Pinochet*, Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 5 (España), auto de solicitud de extradición de 3 de noviembre de 1998 (nota 960 *supra*).

987 La Corte Internacional de Justicia se refiere a este alcance material de la inmunidad *ratione personae* como "inmunidad plena" (*Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 22, párr. 54). Por su parte, la propia Comisión, refiriéndose a la inmunidad *ratione personae* de los agentes diplomáticos afirmó que "[l]a inmunidad de la jurisdicción penal es total" (*Anuario... 1958*, vol. II, documento A/3859, pág. 105, comentario al artículo 29 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, párr. 4)).

988 Véanse, por ejemplo, *Arafat e Salah*, Tribunal de Casación (Italia), 28 de junio de 1985 (nota 947 *supra*); *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, Tribunal Federal (Suiza), 2 de noviembre de 1989 (nota 960 *supra*); *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others – Ex Parte Pinochet*, Cámara de los Lores (Reino Unido), 24 de marzo de 1999 (nota 925 *supra*), en especial pág. 592; *Kadhafi*, Tribunal de Apelaciones de París, 20 de octubre de 2000 (nota 947 *supra*) (versión inglesa en *International Law Reports*, vol. 125, págs. 490 y ss., en especial pág. 509); *H.S.A.,* et al. *c. S.A.,* et al. (procesamiento de Ariel Sharon, Amos Yaron y otros), Tribunal de Casación (Bélgica), sentencia de 12 de febrero de 2003 (nota 960 *supra*), pág. 599; *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney-General and Minister of Justice*, Tribunal Supremo de Sierra Leona, sentencia de 14 de octubre de 2005 (S. C No. 1/2003); y *Case against Paul Kagame*, Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 4 (España), auto de procesamiento de 6 de febrero de 2008 (nota 960 *supra*), págs. 156 y 157. Entre los casos más recientes, véanse *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs; Association des familles des victimes du Joola*, Tribunal de Apelaciones de París, Sala de Instrucción, sentencia de 16 de junio de 2009, confirmada por la sentencia del Tribunal de Casación, de 19 de enero de 2010 (nota 925 *supra*); *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Administrativo, Corte Superior de Justicia (Reino Unido), 29 de julio de 2011 (nota 925 *supra*), párr. 55; y *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza), 25 de julio de 2012 (nota 925 *supra*), fundamento jurídico 5.3.1. Véase también *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, 13 de junio de 2013 (nota 925 *supra*).

989 *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 22, párr. 55.

y los que hubiera realizado a título 'privado'"[990]. El mismo razonamiento debe ser aplicado, *a fortiori*, respecto del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno.

7) El carácter pleno de la inmunidad *ratione personae* se refleja también en el presente proyecto de artículos, que no establece ninguna limitación o excepción aplicable a esta categoría de inmunidad, contrariamente a lo que sucede con la inmunidad *ratione materiae* en virtud del proyecto de artículo 7.

8) Por lo que se refiere a la terminología empleada para referirse a los actos que quedan cubiertos por la inmunidad *ratione personae*, ha de tenerse en cuenta que no es posible encontrar una formulación única y uniforme en la práctica. Así, por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no distingue expresamente entre actos realizados a título privado u oficial para referirse a los actos a los que se extiende la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes diplomáticos, aunque se entiende que se aplica a ambas categorías[991]. Por otro lado, la terminología empleada en otros instrumentos, documentos y decisiones judiciales, así como por la doctrina, no es constante, empleándose, entre otros, las expresiones "actos oficiales y actos privados", "actos desarrollados en ejercicio de las funciones", "actos relativos a las funciones propias del cargo" o "actos realizados a título oficial y a título privado". La Comisión ha considerado preferible emplear en el presente proyecto de artículo la expresión "actos realizados tanto a título privado como a título oficial", siguiendo el uso de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*.

9) La definición de "acto-realizado a título oficial" se recoge en el proyecto de artículo 2, apartado b). La Comisión no ha considerado necesario definir qué se entiende por "acto realizado a título privado", ya que ese concepto tiene una naturaleza residual. Así, se entenderá por defecto que todo acto que no haya sido realizado a título oficial lo ha sido a título privado.

10) La Comisión ha empleado el término "acto" en el mismo sentido y por las mismas razones que han sido expuestas en el comentario al proyecto de artículo 2, apartado b), que contiene la definición de "acto realizado a título oficial".

11) Los actos a los que se extiende la inmunidad *ratione personae* son aquellos que un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores hayan realizado durante su mandato o con anterioridad al mismo. Ello se explica por la finalidad perseguida por la inmunidad *ratione personae*, que consiste tanto en proteger la igualdad soberana de los Estados como en garantizar que los beneficiarios de este tipo de inmunidad puedan desarrollar sin trabas sus funciones de representación del Estado durante todo su mandato. Desde esta perspectiva, la aplicabilidad de la inmunidad *ratione personae* a los actos realizados por esas personas durante su mandato no precisa de mayores aclaraciones. Por lo que se refiere a los actos realizados antes del mandato, debe destacarse que la inmunidad *ratione personae* se aplica solo si la jurisdicción penal de un Estado extranjero pretende ejercerse durante el período en que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores están en ejercicio. Y ello porque, como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en la causa *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, "no es posible hacer una distinción [...] entre los actos realizados antes de que el interesado haya asumido las funciones de Ministro de Relaciones Exteriores y los actos realizados durante el ejercicio de su mandato. Así, si un Ministro de Relaciones Exteriores es arrestado en otro Estado como consecuencia de una acusación penal, se encontrará claramente impedido de ejercer las funciones inherentes a su cargo. Las consecuencias de la obstaculización del ejercicio de tales funciones son igualmente graves [...], con independencia de que el arresto se refiera a actos realizados antes de que la persona ocupe el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores o a actos realizados durante su mandato"[992].

---

[990] *Ibid*.

[991] Así debe deducirse de la lectura conjunta de los artículos 31, párr. 1, y 39, párr. 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. En un sentido similar, deben entenderse los artículos 31, párr. 1, y 43, párr. 2, de la Convención sobre las Misiones Especiales.

[992] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 22, párr. 55.

12) En todo caso, debe destacarse que, como también ha señalado la Corte en el mismo asunto, la inmunidad *ratione personae* tiene una naturaleza procesal y no puede interpretarse como una exoneración de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores por los actos cometidos durante su mandato o con anterioridad al mismo, sino únicamente como una fórmula de suspensión del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera durante el período de mandato de esos altos cargos[993]. Por consiguiente, tras el término del citado mandato, los actos realizados durante el período de ejercicio de funciones o con anterioridad al mismo dejarán de estar cubiertos por la inmunidad *ratione personae* y podrán ser sometidos, según los casos, a la jurisdicción penal que no pudo ejercerse durante el período de mandato.

13) Por último, debe destacarse igualmente que la inmunidad *ratione personae* no se aplica en ningún caso a los actos realizados por un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores tras la terminación de su mandato. Puesto que en ese momento se consideran ya un "antiguo" Jefe de Estado, "antiguo" Jefe de Gobierno o "antiguo" Ministro de Relaciones Exteriores, esta inmunidad se habría extinguido con la terminación del citado mandato.

14) El párrafo 3 aborda lo que sucede tras el término del mandato del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores con los actos que hayan realizado a título oficial mientras que se encontraban en ejercicio. El párrafo 3 parte del principio de que la inmunidad *ratione personae* se extingue tras el fin del mandato. Por tanto, la inmunidad *ratione personae* no subsiste tras la terminación de su mandato. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores habrán realizado durante su mandato actos a título oficial que no pierden esta calificación por el mero hecho de que dicho mandato haya terminado y que, por tanto, podrían quedar cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*. Se trata de una cuestión que no es controvertida en términos sustantivos, a pesar de lo cual se ha reflejado con expresiones muy variadas en la práctica estatal, convencional y judicial[994].

15) Para atender a esta problemática, el párrafo 3 establece una cláusula "sin perjuicio" relativa a la aplicabilidad, en su caso, de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos mencionados anteriormente. Ello no significa que la inmunidad *ratione personae* se prolongue tras el fin del mandato de los beneficiarios, ya que ello no es compatible con lo establecido en el párrafo 1 del proyecto de artículo. Tampoco significa que la inmunidad *ratione personae* se transforme en una nueva forma de inmunidad *ratione materiae* cuya aplicabilidad se produciría automáticamente en virtud de lo establecido en el párrafo 3. La Comisión entiende que la cláusula "sin perjuicio" se limita a reconocer la aplicabilidad de las normas relativas a la inmunidad *ratione materiae* a un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores. El párrafo 3 no prejuzga el contenido del régimen propio de la inmunidad *ratione materiae*, que es objeto de desarrollo en la tercera parte del presente proyecto de artículos.

[993] "La inmunidad de jurisdicción puede obstaculizar las acciones penales durante un cierto período o respecto de ciertas infracciones; no puede exonerar de toda responsabilidad penal a la persona que se beneficia de la inmunidad" (*ibid*., pág. 25, párr. 60).

[994] Así, por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, refiriéndose a la inmunidad de los miembros de la misión diplomática, afirma expresamente que "no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión" (art. 39, párr. 2), formulación que es repetida por la Convención sobre las Misiones Especiales (art. 43, párr. 1). Por lo que se refiere a la jurisprudencia estatal, la forma en que se expresa esta problemática es muy variada, hablándose en ocasiones de una "inmunidad residual", de la "continuidad de la inmunidad respecto de los actos oficiales" o empleándose fórmulas similares. A este respecto, véase el análisis desarrollado por la Secretaría en el memorando de 2008 (A/CN.4/596 y Corr.1, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones, párrs. 137 y ss.).

Tercera parte
Inmunidad *ratione materiae*

Comentario

1) La tercera parte del proyecto de artículos se dedica a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*. La inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* es aplicable a todos los funcionarios del Estado, con independencia de que lo sean en la actualidad o que lo fueran en el pasado, incluidos los antiguos beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* que han dejado de ocupar el cargo de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores.

2) La tercera parte está integrada por tres proyectos de artículo que definen los elementos normativos del régimen jurídico aplicable a la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae.* El proyecto de artículo 5 identifica el elemento subjetivo de la inmunidad (funcionarios que gozan de inmunidad). El proyecto de artículo 6 se dedica al elemento material (actos cubiertos por la inmunidad) y al elemento temporal (duración de la inmunidad). El proyecto de artículo 7 define una limitación o excepción a la inmunidad que se vincula con la presunta comisión de crímenes de derecho internacional. Por último, debe tenerse en cuenta que el proyecto de artículos contiene un anexo en el que se enumeran una serie de tratados internacionales a título de referencia para la identificación de los crímenes de derecho internacional enunciados en el proyecto de artículo 7. Dicho anexo debe leerse, por tanto, en conexión con esta tercera parte.

3) El párrafo 3 del proyecto de artículo 6 define, además, la relación entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* aplicable a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores tras la terminación de su mandato.

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.

Comentario

1) El proyecto de artículo 5 es el primero de los proyectos de artículo sobre la inmunidad *ratione materiae* y está dedicado a definir el alcance subjetivo de esta categoría de inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En consecuencia, este proyecto de artículo es paralelo al proyecto de artículo 3, dedicado a las personas que se benefician de la inmunidad *ratione personae*, sigue su misma estructura y emplea, *mutatis mutandis*, la misma redacción y la terminología ya acordada por la Comisión respecto de dicho proyecto de artículo. No contiene una lista de los beneficiarios concretos de la inmunidad, sino que, en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, se alude a ellos como "[l]os funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales".

2) La expresión "funcionarios del Estado" empleada en este proyecto de artículo ha de entenderse en el sentido que se le da en el apartado a) del proyecto de artículo 2, a saber: "un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales". Contrariamente a lo que sucede con las personas que se benefician de la inmunidad *ratione personae*, la Comisión no ha considerado posible elaborar una lista de los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae* en el presente proyecto de artículos. Por el contrario, los beneficiarios de esta categoría de inmunidad deberán ser identificados caso por caso mediante la aplicación de los criterios contenidos en el proyecto de artículo 2, apartado a), que ponen de manifiesto la existencia de un vínculo entre el funcionario y el Estado. El comentario al apartado a) del proyecto de artículo 2 debe ser debidamente tenido en cuenta a los efectos del presente proyecto de artículo[995].

[995] Véanse *supra* los párrafos 3) a 20) del comentario al proyecto de artículo 2.

3) Con la expresión "cuando actúan en calidad de tales" se hace referencia al carácter oficial de la actuación de los funcionarios, poniendo así énfasis en el carácter funcional de la inmunidad *ratione materiae* y estableciendo la diferencia con la inmunidad *ratione personae*. Atendiendo al carácter funcional de la inmunidad *ratione materiae*, algunos miembros de la Comisión han manifestado dudas sobre la necesidad de definir sus beneficiarios, ya que a su juicio el elemento esencial de la inmunidad *ratione materiae* es la naturaleza de los actos realizados y no el individuo que los realiza. Sin embargo, la mayoría de la Comisión ha considerado útil identificar en primer lugar a los beneficiarios de esta categoría de inmunidad, puesto que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se aplica a esos individuos. En todo caso, debe destacarse que la referencia a que los "funcionarios del Estado" han de "[actuar] en calidad de tales" para beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae* no implica pronunciamiento alguno sobre los actos que pueden quedar cubiertos por dicha inmunidad, que son abordados en el proyecto de artículo 6. Por la misma razón, no se ha empleado la expresión "cuando actúan a título oficial", para evitar una posible confusión con el concepto de "acto realizado a título oficial".

4) Conforme a lo previsto en el párrafo 3 del proyecto de artículo 4[996], la inmunidad *ratione materiae* se aplica también a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores, "cuando [hayan actuado] en calidad de [funcionarios del Estado]". Sin embargo, la Comisión no considera necesario mencionar expresamente a dichos cargos en el presente proyecto de artículo, ya que la inmunidad *ratione materiae* no se les reconoce en razón de su estatus especial dentro del Estado sino en virtud de su condición de funcionarios del Estado que han actuado como tales durante su mandato. Aunque la Comisión considera que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione materiae* en sentido estricto tan solo cuando han dejado de estar en ejercicio, no se ha estimado necesario referirse a ello en el proyecto de artículo 5. Esta cuestión se aborda más adecuadamente en el proyecto de artículo 6, dedicado al alcance sustantivo y temporal de la inmunidad *ratione materiae*, siguiendo el modelo del proyecto de artículo 4.

5) El proyecto de artículo 5 no prejuzga las excepciones aplicables a la inmunidad *ratione materiae*, a las que se refiere el proyecto de artículo 7.

6) Por último, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el proyecto de artículo 5 emplea la expresión "respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera", de la misma manera en que se hace en el proyecto de artículo 3 en relación con los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*. Con esta expresión se pone de manifiesto la relación existente entre la inmunidad y la jurisdicción penal extranjera y se destaca la naturaleza esencialmente procesal de la inmunidad, que opera en relación con el ejercicio de la jurisdicción penal respecto de un comportamiento concreto[997].

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.

[996] Conforme al citado precepto: "[l]a 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*". Respecto del alcance de esta cláusula "sin perjuicio", véase *supra* el párrafo 15) del comentario al proyecto de artículo 4.

[997] Véase *supra* el párrafo 16) del comentario al proyecto de artículo 3.

Comentario

1) El proyecto de artículo 6 está dedicado a la definición del alcance de la inmunidad *ratione materiae*, incluyéndose en el mismo el elemento material y el elemento temporal de dicha categoría de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Completa el proyecto de artículo 5, que se refiere a los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*. Ambos proyectos de artículo determinan el régimen general aplicable a esta categoría de inmunidad.

2) El proyecto de artículo 6 presenta un contenido paralelo al utilizado por la Comisión en relación con el proyecto de artículo 4, dedicado al alcance de la inmunidad *ratione personae*. En el proyecto de artículo 6 se ha alterado el orden de los dos primeros párrafos, situándose en primer lugar la referencia al elemento material (actos que quedarían cubiertos por la inmunidad) y posteriormente la mención al elemento temporal (duración de la inmunidad). Con ello se quiere hacer hincapié en el elemento material y en la dimensión funcional de la inmunidad *ratione materiae*, reflejando que los actos realizados a título oficial ocupan un lugar central en dicha categoría de inmunidad. Aun así, ha de tenerse en cuenta que el alcance de dicha inmunidad debe entenderse conforme a una lectura conjunta y acumulativa de los elementos material (párr. 1) y temporal (párr. 2). Además, el proyecto de artículo 6 contiene un párrafo dedicado a la relación entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*, de modo paralelo a como ya se hizo en el proyecto de artículo 4, párrafo 3, al que complementa.

3) El párrafo 1 tiene como finalidad señalar que la inmunidad *ratione materiae* se aplica exclusivamente respecto de los actos realizados a título oficial, tal y como ese concepto ha sido definido en el proyecto de artículo 2, apartado b)[998]. En consecuencia, quedan excluidos de esta categoría de inmunidad los actos realizados a título privado, diferenciándose así de la inmunidad *ratione personae*, que se aplica respecto de ambas categorías de actos.

4) Aunque este párrafo tiene como finalidad poner el énfasis en el elemento material de la inmunidad *ratione materiae*, la Comisión ha decidido incluir en él una referencia a los funcionarios del Estado para destacar que solo ellos pueden realizar uno de los actos que quedarían cubiertos por la inmunidad en el proyecto de artículos. De esta manera se pone de manifiesto la necesidad de que ambos elementos (subjetivo y material) concurran a fin de poder aplicar la inmunidad. No se ha considerado necesario, sin embargo, hacer referencia al requisito de que los funcionarios "actúen en calidad de tales", ya que la condición de funcionario no afecta a la naturaleza del acto, sino al elemento subjetivo de la inmunidad, que ya se ha recogido en el proyecto de artículo 5[999].

5) El alcance material de la inmunidad *ratione materiae*, tal y como se recoge en el párrafo 1 del proyecto de artículo 6, no prejuzga la cuestión de las limitaciones o excepciones aplicables a la inmunidad, que se aborda en el proyecto de artículo 7.

6) El párrafo 2 se refiere al elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae*, poniendo el énfasis en el carácter permanente de la misma, que no deja de producir efectos por el hecho de que el funcionario que hubiera realizado un acto a título oficial haya dejado de serlo. Esa caracterización de la inmunidad *ratione materiae* como permanente se deriva del hecho de que su reconocimiento se funda en la naturaleza del acto realizado por el funcionario, que no cambia en virtud de la posición que ocupe su autor. Así, aunque es necesario que el acto sea realizado por un funcionario del Estado en calidad de tal, dicho carácter de oficialidad no desaparece posteriormente. En consecuencia, a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* es irrelevante que el funcionario que pretende beneficiarse de la misma ocupe tal posición en el momento en que se alega la inmunidad o que, por el contrario, haya dejado de ser un funcionario del Estado. En ambos casos, el acto realizado a título oficial lo seguirá siendo y el funcionario del Estado que lo realizó podrá beneficiarse por igual de la inmunidad, tanto si sigue siendo funcionario como si ha dejado de serlo. El carácter permanente de la inmunidad *ratione materiae* ha sido reconocido con anterioridad por la

[998] Véanse *supra* el proyecto de artículo 2, apartado b), y los párrafos 21) a 35) del comentario correspondiente.

[999] Véase *supra* el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 5.

Comisión en el marco de los trabajos sobre las relaciones diplomáticas[1000], no ha sido contestado en la práctica y es aceptado de forma general por la doctrina[1001].

7) La Comisión ha optado por definir el elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* afirmando que la misma "subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado", siguiendo así el modelo empleado por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961[1002], y por la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946[1003]. En ellas se inspiran el verbo "subsistirá" y la expresión "hayan dejado de ser funcionarios del Estado". Además, la Comisión ha empleado el término "individuos" a fin de reflejar la definición de "funcionario del Estado" que figura en el proyecto de artículo 2, apartado a)[1004].

8) Por último, ha de destacarse que, si bien el párrafo 2 se refiere al elemento temporal de la inmunidad, la Comisión ha considerado oportuno incluir en él una mención expresa a los actos realizados a título oficial, teniendo en cuenta el carácter central que ocupan en la inmunidad *ratione materiae* y para evitar cualquier interpretación extensiva del carácter permanente de esta categoría de inmunidad que eventualmente pudiese pretender predicarse respecto de otros actos.

9) El párrafo 3 del proyecto de artículo está dedicado a definir el modelo de relación existente entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*, partiendo de la base de que ambas categorías son distintas. En consecuencia, el párrafo 3 del proyecto de artículo 6 se encuentra en estrecha relación con el párrafo 3 del proyecto de artículo 4, que también se refiere a esa relación, aunque únicamente bajo la fórmula de una "cláusula sin perjuicio".

10) De conformidad con el párrafo 1 del proyecto de artículo 4, la inmunidad *ratione personae* tiene carácter temporal, ya que la Comisión consideró que tras la

---

[1000] Véase, *a sensu contrario*, el párrafo 19) del comentario al proyecto de artículo 2, párrafo 1 b) v), del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado por la Comisión en su 43er período de sesiones: "[l]as inmunidades *ratione personae*, a diferencia de las inmunidades *ratione materiae*, que subsisten después de terminadas las funciones oficiales, ya no son aplicables cuando se deja de ocupar el cargo público o se cesa en las funciones" (*Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 19).

[1001] Véase Instituto de Derecho Internacional, resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en derecho internacional, que recoge —*a sensu contrario*— la misma posición en su artículo 13, párrafos 1 y 2 (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (período de sesiones de Vancouver, 2001), págs. 743 y ss., en particular pág. 753); y resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en caso de crímenes internacionales, art. III, párrs. 1 y 2 (*ibid*., vol. 73 (período de sesiones de Nápoles, 2009), págs. 226 y ss., en particular pág. 227). Las resoluciones pueden consultarse en el sitio web del Instituto: www.idi-iil.org/, en el apartado *"Resolutions"*.

[1002] El artículo 39, párrafo 2, de la Convención establece lo siguiente: "Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aun en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión".

[1003] El artículo IV, sección 12, de la Convención establece lo siguiente: "A fin de garantizar a los representantes de los Miembros en los organismos principales y subsidiarios de las Naciones Unidas, y en las Conferencias convocadas por la Organización, la libertad de palabra y la completa independencia en el desempeño de sus funciones, la inmunidad de procedimiento judicial, respecto a expresiones ya sean orales o escritas y todos los actos ejecutados en el desempeño de sus funciones seguirá siendo acordada a pesar de que las personas afectadas ya no sean representantes de los Miembros". Por su parte, la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados de 1947 sigue el mismo modelo, estableciendo en su artículo V, sección 14, que "[a] fin de garantizar a los representantes de los miembros de los organismos especializados, en las reuniones convocadas por estos, completa libertad de palabra e independencia total en el ejercicio de sus funciones, la inmunidad de jurisdicción respecto a las palabras o escritos y a todos los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones seguirá siéndoles otorgada incluso después de que hayan cesado en el ejercicio del cargo".

[1004] Sobre el significado del término "individuo", véase *supra* el párrafo 6) del comentario al proyecto de artículo 2.

terminación del mandato del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores la inmunidad *ratione personae* se extingue. Sin embargo, dicha "extinción […] se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*" (párrafo 3 del proyecto de artículo 4). Como la Comisión afirmó en el comentario a ese proyecto de artículo "ha de tenerse en cuenta que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores habrán realizado durante su mandato actos a título oficial que no pierden esta calificación por el mero hecho de que dicho mandato haya terminado y que, por tanto, podrían quedar cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*". La Comisión afirmó también que "[e]llo no significa que la inmunidad *ratione personae* se prolongue tras el fin del mandato de los beneficiarios, ya que ello no es compatible con lo establecido en el párrafo 1 del proyecto de artículo. Tampoco significa que la inmunidad *ratione personae* se transforme en una nueva forma de inmunidad *ratione materiae* cuya aplicabilidad se produciría automáticamente en virtud de lo establecido en el párrafo 3. La Comisión entiende que la cláusula 'sin perjuicio' se limita a reconocer la aplicabilidad de las reglas relativas a la inmunidad *ratione materiae* a un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores"[1005].

11) Esta es, precisamente, la situación a la que se refiere el párrafo 3 del proyecto de artículo 6. Este párrafo parte de la base de que los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, cuando se encuentran en ejercicio, se benefician de una amplia inmunidad denominada inmunidad *ratione personae* que, en términos prácticos, incluye los efectos propios de la inmunidad *ratione materiae*. Ello no impide que, tras terminar su mandato, esos funcionarios del Estado puedan beneficiarse igualmente del régimen de la inmunidad *ratione materiae* entendida en sentido estricto.

12) Para ello será preciso, en todo caso, que se cumplan los requisitos exigidos por la inmunidad *ratione materiae*, a saber: que el acto haya sido realizado por un funcionario del Estado actuando en calidad de tal (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores en este caso concreto), a título oficial y durante su mandato. El objeto del párrafo 3 del proyecto de artículo 6 es, precisamente, declarar que la inmunidad *ratione materiae* se aplica en este supuesto. De esta manera viene a completar el párrafo 3 del proyecto de artículo 4, respecto del que la Comisión afirmó en su momento que "no prejuzga el contenido del régimen propio de la inmunidad *ratione materiae*"[1006].

13) No obstante, en relación con el supuesto contemplado en el párrafo 3 del proyecto de artículo 6, algunos miembros de la Comisión consideraron que durante su mandato los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores se beneficiaban simultáneamente de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae*. Otros miembros de la Comisión destacaron que, a los efectos del presente proyecto de artículos, la inmunidad *ratione personae* tiene un carácter general y más amplio que engloba la inmunidad *ratione materiae*, ya que se aplica tanto a los actos realizados a título privado como a los actos realizados a título oficial. Para esos miembros, los funcionarios antes citados solo se benefician de la inmunidad *ratione personae* durante su mandato y solo se beneficiarán de la inmunidad *ratione materiae* en sentido estricto tras el fin de dicho mandato, como se establece en el proyecto de artículo 4 y se refleja en los comentarios a dicho proyecto de artículo y al proyecto de artículo 5. Aunque inclinarse por una u otra opción podría tener consecuencias ante los tribunales nacionales de determinados Estados (en particular con respecto a las condiciones para alegar la inmunidad), dichas consecuencias no podrían generalizarse a todos los ordenamientos internos. En el marco de este debate, algunos miembros de la Comisión han expresado su opinión de que no era preciso incluir el párrafo 3 en el proyecto de artículo 6, bastando con hacer una referencia a esta cuestión en los comentarios al proyecto de artículo.

14) Aunque en último término la Comisión ha decidido mantener el párrafo 3 del proyecto de artículo 6, en especial teniendo en cuenta la importancia práctica del mismo, que tiene por objeto clarificar en el plano operativo el régimen jurídico aplicable tras el fin de su mandato

[1005] Párrafos 14) y 15) del comentario al proyecto de artículo 4 *supra*.
[1006] Párrafo 15) del comentario al proyecto de artículo 4 *supra*.

a los individuos que se han beneficiado con anterioridad de la inmunidad *ratione personae* (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores).

15) La redacción del párrafo 3 sigue el modelo utilizado en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (art. 39, párr. 2) y en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas (art. IV, secc. 12), que han regulado supuestos similares a los que se contemplan en el párrafo comentado, a saber: la situación en que se encuentran los beneficiarios de una inmunidad *ratione personae*, tras el fin de su mandato, respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho período. La Comisión ha empleado la expresión "continúan beneficiándose de la inmunidad" para reflejar la conexión existente entre el momento en que el acto se produjo y el momento en que la inmunidad se pretende aplicar. De la misma manera que las convenciones en que se inspira, el párrafo 3 del proyecto de artículo 6 no califica la inmunidad, limitándose a emplear este término genérico. Sin embargo, aunque el término inmunidad es utilizado sin calificativo alguno, la Comisión entiende que se emplea para referirse a la inmunidad *ratione materiae*, ya que solo en este marco es posible tomar en consideración los actos de un funcionario del Estado realizados a título oficial después de que haya terminado su 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.

Comentario

1) El examen del proyecto de artículo 7 ha dado lugar a un largo debate desde 2016. Dicho debate ha respondido a las diferentes posiciones mantenidas por los miembros de la Comisión sobre una cuestión de gran envergadura como es la existencia o no de limitaciones o excepciones a la inmunidad *ratione materiae*, mencionadas en los párrafos 9) a 12) de este comentario.

2) Durante el debate sobre el proyecto de artículo 7, también se planteó la necesidad de incluir disposiciones y garantías procesales en el proyecto de artículos, entre otros en relación con el proyecto de artículo 7[1007]. Algunos miembros vincularon esa cuestión a la aprobación

[1007] A fin de expresar la gran importancia que la Comisión atribuye a las disposiciones y garantías procesales en el tratamiento del presente tema, en 2017 se acordó dejar constancia de ello mediante una nota a pie de página que posteriormente ha sido eliminada al adoptar el texto del proyecto de artículos en primera lectura. La nota estaba 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". Dicha nota se incluyó como referencia en el título de las partes segunda y tercera del proyecto de artículos, ya que las disposiciones y garantías procesales podían referirse a ambas categorías de inmunidad, y debían considerarse además en relación con el proyecto de artículos entendido en su conjunto. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/72/10), párr. 140.

del proyecto de artículo 7. La Comisión completó su labor sobre las disposiciones y garantías procesales en el 73er período de sesiones.

3) Si bien la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7 y el anexo correspondiente mediante votación registrada durante su 69º período de sesiones (2017)[1008], en su 73er período de sesiones (2022) el proyecto de artículo 7 y el anexo correspondiente se aprobaron sin votación. No obstante, algunos miembros recordaron que habían votado en contra del proyecto de artículo 7 en 2017 y expuesto sus motivos en las explicaciones de voto, y afirmaron que el hecho de que no se hubiera votado en 2022 no significaba que el derecho o sus posiciones jurídicas hubieran cambiado en absoluto.

4) Este comentario reproduce, con algunos cambios de actualización, el comentario aprobado en 2017. Siguiendo la práctica consolidada de la Comisión al aprobar un proyecto de artículos en primera lectura, su propósito es recoger las distintas posiciones mantenidas por los miembros de la Comisión cuando se aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7 y el anexo correspondiente.

5) El proyecto de artículo 7 indica los crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* no se aplica de conformidad con el presente proyecto de artículos. El proyecto de artículo contiene dos párrafos, dedicados, respectivamente, a enumerar los crímenes (párr. 1) y a identificar la definición de dichos crímenes (párr. 2).

6) El proyecto de artículo 7 se refiere únicamente a la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae*, por lo que se incluye en la tercera parte del proyecto de artículos, y no se aplica respecto de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae*, que se regula en la segunda parte del proyecto de artículos.

7) Ello no significa, sin embargo, que los funcionarios del Estado enumerados en el proyecto de artículo 3 (los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores) queden excluidos de modo permanente de la aplicación del proyecto de artículo 7. Por el contrario, ha de tenerse en cuenta que, tal y como ha señalado la Comisión, el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores "se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato"[1009] y que la extinción de dicha inmunidad "se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*"[1010]. Con carácter complementario, el proyecto de artículo 6, referido a la inmunidad *ratione materiae*, establece que "[l]os individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* […], cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato"[1011]. En consecuencia, dado que esta inmunidad residual es una inmunidad *ratione materiae*, el proyecto de artículo 7 será aplicable a la inmunidad de jurisdicción de que puede beneficiarse un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores por los actos realizados a título oficial durante el período en que se encontraban en ejercicio de sus respectivos mandatos. Por tanto, dicha inmunidad *ratione materiae* no se aplicará a estos antiguos funcionarios en relación con los crímenes de derecho internacional enumerados en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7.

8) El párrafo 1 del proyecto de artículo 7 enuncia los crímenes que, en caso de producirse, impedirían la aplicación de dicha inmunidad de jurisdicción penal a un funcionario extranjero, aunque esos crímenes hubiesen sido cometidos por ese funcionario actuando en tal condición durante su mandato. Así pues, el proyecto de artículo 7

[1008] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/72/10), párrs. 74 y 75.

[1009] Proyecto de artículo 4, párr. 1. Véanse *supra* los párrafos 2) y 3) del comentario al proyecto de artículo 4.

[1010] Proyecto de artículo 4, párr. 3. Véanse *supra* los párrafos 14) y 15) del comentario al proyecto de artículo 4.

[1011] Proyecto de artículo 6, párr. 3. Véanse *supra* los párrafos 9) a 15) del comentario al proyecto de artículo 6.

complementa los elementos normativos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* definidos en los proyectos de artículo 5 y 6.

9) La Comisión ha incluido este proyecto de artículo teniendo en cuenta las siguientes razones. En primer lugar, considera que la práctica pone de manifiesto la existencia de una tendencia a favor de limitar la aplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* en relación con ciertos comportamientos que constituyen crímenes de derecho internacional. Dicha tendencia se refleja en decisiones judiciales adoptadas por tribunales nacionales que, a pesar de no responder a un mismo modelo en su argumentación, no han reconocido la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* en relación con ciertos crímenes internacionales[1012]. Con carácter excepcional, la citada tendencia se refleja igualmente en la

[1012] Véanse los siguientes asuntos, que se presentan para avalar esa tendencia: *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate,* ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 24 de marzo de 1999 (nota 954 *supra*); *Pinochet*, Bélgica, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, 6 de noviembre de 1998 (nota 955 *supra*), pág. 349; *Hussein*, Alemania, Tribunal Superior Regional de Colonia, sentencia de 16 de mayo de 2000, 2 Zs 1330/99, párr. 11 (realiza tal afirmación para la hipótesis de que el entonces Presidente Hussein hubiese dejado de desempeñar tales funciones); *Bouterse*, Países Bajos, Tribunal de Apelaciones de Ámsterdam, 20 de noviembre de 2000 (nota 947 *supra*) (aunque el Tribunal Supremo casó la sentencia posteriormente, no lo hizo en relación con la inmunidad sino en virtud de la violación del principio de irretroactividad y del alcance restringido de la jurisdicción universal, véase la sentencia de 18 de septiembre de 2001, International Law in Domestic Courts [ILDC 80 (NL 2001)]); *Sharon and Yaron*, Bélgica, Tribunal de Apelaciones de Bruselas, 26 de junio de 2002 (nota 947 *supra*), pág. 123 (aunque reconoció la inmunidad *ratione personae* a Ariel Sharon, procesó a Amos Yaron, que cuando se cometieron los hechos era Jefe de las Fuerzas Armadas israelíes que participaron en las matanzas de Sabra y Chatila) (véase también *H.S.A.,* et al. *c. S.A.,* et al. (nota 960 *supra*)); *H. v. Public Prosecutor*, Países Bajos, Tribunal Supremo, sentencia de 8 de julio de 2008, ILDC 1071 (NL 2008), párr. 7.2; *Lozano v. Italy*, Italia, Tribunal de Casación, 24 de julio de 2008 (nota 939 *supra*), párr. 6; *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza), 25 de julio de 2012 (nota 925 *supra*); *FF v. Director of Public Prosecutions*, Tribunal Superior de Justicia, Queen's Bench Division, Divisional Court, 7 de octubre de 2014 (nota 954 *supra*) (el interés de esta sentencia radica en el hecho de que ha sido dictada como una *consented order*, es decir, sobre la base de un acuerdo alcanzado entre los demandantes y el Director de Acusación Pública en el que este último admite que los actos de tortura imputados al príncipe Nasser no están cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*). En el marco de un procedimiento civil, el Tribunal Supremo italiano ha afirmado igualmente que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica ante la jurisdicción penal en los casos en que los funcionarios del Estado hayan cometido crímenes internacionales (*Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 11 de marzo de 2004, *International Law Reports*, vol. 128, págs. 658 y ss., en especial pág. 674). En el caso *Jones*, aunque la Cámara de los Lores reconoce la inmunidad ante la jurisdicción civil, reitera que la inmunidad de jurisdicción penal no es aplicable en caso de tortura (*Jones v. Saudi Arabia*, 14 de junio de 2006 (véase la nota 925 *supra*)). Por último, debe destacarse que el Tribunal Superior Federal de Etiopía, aunque en el marco de un caso seguido contra un nacional etíope, afirmó la existencia de una norma de derecho internacional que impide aplicar la inmunidad a un antiguo Jefe de Estado cuando se le acusa de crímenes internacionales (*Special Prosecutor v. Hailemariam*, Tribunal Superior Federal, sentencia de 9 de octubre de 1995, ILDC 555 (ET 1995)). En otros asuntos los tribunales nacionales han procesado a funcionarios de un tercer Estado por crímenes internacionales sin pronunciarse sobre la inmunidad. Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso *Barbie* ante los tribunales franceses: *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and Others v. Barbie*, Francia, Tribunal de Casación, sentencias de 6 de octubre de 1983, 26 de enero de 1984 y 20 de diciembre de 1985, *International Law Reports*, vol. 78, pág. 125; *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and Others v. Barbie*, Tribunal de Instancia del Ródano, sentencia de 4 de julio de 1987, *ibid.*, pág. 148; y Tribunal de Casación, sentencia de 3 de junio de 1988, *ibid.*, vol. 100, pág. 330. Por su parte, la Audiencia Nacional de España ha examinado los casos de varios funcionarios extranjeros por presunta comisión de crímenes internacionales sin considerar necesario pronunciarse sobre la inmunidad: asuntos *Pinochet*, *Scilingo*, *Cavallo*, *Guatemala*, *Rwanda* y *Tíbet.* En el caso *Rwanda*, la Audiencia Nacional acordó, no obstante, excluir del procesamiento al Presidente Kagame en virtud de la inmunidad de que goza. De la misma manera, en el asunto *Tíbet*, la Audiencia Nacional excluyó del procesamiento al entonces Presidente de China; sin embargo, tras terminar su mandato como Presidente de China, el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional acordó su procesamiento por auto de 9 de octubre de 2013, alegando que había dejado de beneficiarse de la "inmunidad diplomática". No obstante, a raíz de la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el caso acabó sobreseyéndose. Un último ejemplo significativo lo constituye la sentencia del Tribunal Federal de

adopción de legislación nacional que contempla excepciones a la inmunidad *ratione materiae* en relación con la comisión de crímenes internacionales[1013]. La existencia de dicha tendencia

Justicia de Alemania de 28 de enero de 2021 (asunto núm. 3 StR 564/19) (véase la nota 925 *supra*), en la que condena a un antiguo teniente del ejército afgano por torturas como crímenes de guerra que habría cometido en su país en 2013 y 2014 contra miembros de un grupo talibán. En ella declara expresamente que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* no se aplica respecto de los crímenes de guerra establecidos por normas internacionales consuetudinarias, cuando sean cometidos por funcionarios del Estado que ocupan una posición subordinada (párr. 18); véanse también los párrafos 11, 13, 23 y 35. A juicio del Tribunal, existe una costumbre internacional que apoya esta decisión, y analiza la práctica en los párrafos 19 a 43. Esta sentencia del Tribunal Federal de Justicia sigue en buena medida los argumentos contenidos en la opinión jurídica emitida por el Fiscal General alemán sobre la aplicación de la inmunidad a los crímenes de derecho internacional, en la que se realiza un análisis de la práctica judicial nacional e internacional para concluir la inaplicación de la inmunidad *ratione materiae* cuando los crímenes imputados al funcionario de otro Estado sean crímenes de derecho internacional. Al igual que la sentencia del Tribunal Federal de Justicia, la opinión jurídica del Fiscal General alemán analiza también los trabajos de la Comisión sobre este tema y tiene el valor añadido de que, de conformidad con el derecho alemán, el Fiscal General tiene la competencia exclusiva para iniciar procedimientos penales de conformidad con el Código de Crímenes contra el Derecho Internacional alemán. El texto en inglés de esta opinión jurídica pude consultarse en el artículo C. Kreß, P. Frank y C. Barthe, "Functional immunity of foreign State officials before national courts: a legal opinion by Germany's Federal Public Prosecutor General", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 19, núm. 3 (julio de 2021), págs. 697 a 716.

[1013] En apoyo de esa posición, se ha señalado 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*, que establece un régimen autónomo de inmunidad para el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, conforme al cual respecto de "los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales [por dichos funcionarios] quedarán excluidos de la inmunidad los crímenes de genocidio, desaparición forzada, guerra y lesa humanidad" (art. 23, párr. 1, *in fine*). También resulta interesante la Ley núm. 24488 de la Argentina, relativa a la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos, de la que se excluyó el artículo 3 por el Decreto núm. 849/95 de Promulgación de la Ley, lo que tiene como resultado que los tribunales de dicho país no podrán abstenerse cuando se presente una demanda contra un Estado por violación de normas del derecho internacional de los derechos humanos. Por su parte, desde una perspectiva mucho más limitada, la *Foreign Sovereign Immunities Act* (Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de los Estados Unidos de América), modificada por la Ley de Protección a las Víctimas de la Tortura, establece una "[e]xcepción de terrorismo a la inmunidad jurisdiccional de un Estado extranjero" (secc. 1605A) que permite excluir la aplicación de la inmunidad respecto de determinados tipos de actos como la tortura o las ejecuciones extrajudiciales siempre que hayan sido realizados por funcionarios de un Estado al que las autoridades competentes de los Estados Unidos hayan declarado previamente como "Estado patrocinador del terrorismo". Una excepción similar se contiene en la Ley de Inmunidad del Estado del Canadá. Por último, ha de tenerse en cuenta que ciertas limitaciones o excepciones a la inmunidad en relación con crímenes internacionales se contienen en legislación nacional referida a este tipo de crímenes bien sea de forma autónoma (véanse la Ley de Represión de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario de Bélgica, modificada en 2003; la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos de 2003; y el Código Penal de la República del Níger, modificado en 2003), o bien por tratarse de leyes de aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Entre las leyes de aplicación que establecen una excepción a la inmunidad de carácter general, véanse Burkina Faso, Ley de Determinación de las Competencias y del Procedimiento de Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por los Tribunales de Burkina Faso, núm. 50, de 2009, arts. 7 y 15.1 (conforme a la misma, los tribunales de Burkina Faso pueden ejercer su jurisdicción respecto de las personas que hayan cometido un crimen de competencia de la Corte, aunque lo hayan cometido en el extranjero, siempre que el sospechoso se encuentre en su territorio. Además, el cargo oficial no constituirá una causa de excepción o reducción de la responsabilidad); Comoras, Ley núm. 11-022, de 13 de diciembre 2011, relativa a la Aplicación del Estatuto de Roma, art. 7.2 ("las inmunidades o normas de procedimiento especiales que pueda conllevar el cargo oficial de una persona en virtud de la ley o del derecho internacional no impiden a los tribunales nacionales ejercer su competencia con respecto a esta persona en relación a las infracciones previstas en esta Ley"); Irlanda, Ley relativa a la Corte Penal Internacional de 2006, art. 61.1 ("Conforme al artículo 27, cualquier inmunidad diplomática o inmunidad del Estado asociada a una persona en razón de una conexión con un Estado parte en el Estatuto de Roma no precluye el establecimiento de un procedimiento en relación con esa persona"); Mauricio, Ley relativa a la Corte Penal Internacional de 2001, art. 4; Sudáfrica, Ley de

ha sido puesta de manifiesto también por parte de la doctrina, y ha tenido algún reflejo en el marco de procesos seguidos ante tribunales internacionales[1014].

10) En segundo lugar, la Comisión ha tenido igualmente en cuenta que el proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado está llamado a aplicarse en el marco de un ordenamiento jurídico internacional cuya unidad y carácter sistémico no se pueden obviar. Por tanto, los trabajos de la Comisión no deben ignorar otras normas ya existentes ni entrar en colisión con los principios jurídicos consagrados en sectores tan relevantes del derecho internacional contemporáneo como el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal. En este contexto, el tratamiento de los crímenes en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no se aplica debe realizarse de forma cuidadosa y equilibrada, teniendo en cuenta la necesidad de preservar el respeto del principio de igualdad soberana de los Estados, así como la necesidad de garantizar la aplicación del principio de rendición de cuentas, el principio de responsabilidad penal del individuo y la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales entendida como un objetivo primordial de la comunidad internacional. Mediante la preservación de dicho equilibrio se garantiza que la inmunidad cumple las funciones para las que se estableció (proteger la igualdad soberana y los legítimos intereses del Estado) y que no se transforma en un instrumento procesal para bloquear de forma absoluta la deducción de la responsabilidad penal de ciertos individuos (los funcionarios del Estado) que se pueda derivar de la comisión de los más graves crímenes de derecho internacional.

11) Teniendo en cuenta las dos razones antes señaladas, la Comisión considera que debe cumplir su mandato de impulsar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional aplicando conjuntamente el método deductivo y el método inductivo. Sobre la base de esta premisa metodológica, la Comisión ha incluido en el proyecto de artículo 7 una lista de crímenes respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica en virtud de

---

Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional núm. 27, de 18 de julio de 2002, arts. 4 2) a) i) y 4 3) c) (conforme a la misma, los tribunales sudafricanos tienen competencia para enjuiciar los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra cuando el presunto autor se encuentre en Sudáfrica, siendo inoponible la condición oficial que pueda ostentar el acusado). Entre las leyes de aplicación que establecen únicamente límites o procedimientos de consulta en relación con el deber de cooperar con la Corte Penal Internacional, véanse Alemania, Ley Constitutiva de los Tribunales, arts. 20.1 y 21; Argentina, Ley núm. 26200 de Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Ley núm. 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, arts. 40 y 41; Australia, Ley relativa a la Corte Penal Internacional, núm. 41, de 2002, art. 12.4; Austria, Ley Federal de Cooperación con la Corte Penal Internacional, núm. 135, de 13 de agosto de 2002, arts. 9.1 y 9.3; Canadá, Ley de Extradición, 1999, art. 18; Francia, Código de Procedimiento Penal (conforme a la Ley núm. 2002-268 de 26 de febrero de 2002), art. 627.8; Irlanda, Ley relativa a la Corte Penal Internacional, núm. 30, de 2006, art. 6.1; Islandia, Ley relativa a la Corte Penal Internacional, de 2003, art. 20.1; Kenya, Ley de Crímenes Internacionales de 2008, núm. 16, art. 27; Liechtenstein, Ley de 20 de octubre de 2004 sobre la Cooperación con la Corte Penal Internacional y otros Tribunales Internacionales, art. 10.1 b) y c); Malta, Ley de Extradición, art. 26S.1; Noruega, Ley núm. 65 de 15 de junio de 2001 relativa a la Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 en el Derecho Noruego, art. 2; Nueva Zelandia, Ley de los Crímenes Internacionales y la Corte Penal Internacional de 2000, art. 31.1; Reino Unido, Ley relativa a la Corte Penal Internacional, 2001, art. 23.1; Samoa, Ley relativa a la Corte Penal Internacional de 2007, núm. 26, arts. 32.1 y 41; Suiza, Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional, art. 6; y Uganda, Ley relativa a la Corte Penal Internacional, núm. 18, de 2006, art. 25.1 a) y b). Un caso especial es el de Dinamarca, cuya Ley relativa a la Corte Penal Internacional, de 16 de mayo de 2001, art. 2, atribuye la decisión de resolver los temas sobre la inmunidad al ejecutivo sin definir un sistema específico de consultas.

[1014] La existencia de una tendencia relativa a la limitación de la inmunidad por crímenes internacionales fue afirmada por los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión separada conjunta en la causa *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 88, párr. 85. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Jones and Others*, ha reconocido expresamente que parece existir "un apoyo emergente a favor de una norma especial o excepción en derecho internacional público en los casos relativos a declaraciones civiles por tortura" y que, por tanto, "a la luz de los desarrollos actualmente en curso en este área del derecho internacional público, es un tema que ha de ser mantenido en revisión por los Estados contratantes" (*Jones and Others v. the United Kingdom* (véase la nota 925 *supra*), párrs. 213 y 215).

los siguientes criterios: a) se trata de crímenes respecto de los que se puede identificar en la práctica una tendencia a favor de su consideración como crímenes no cubiertos por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*; y b) se trata de crímenes de derecho internacional que han sido identificados por la comunidad internacional como los más graves crímenes que preocupan a la comunidad internacional y respecto de los cuales existen normas internacionales, convencionales y consuetudinarias, relativas a la prohibición de dichos crímenes, así como a la obligación de adoptar medidas para prevenir y sancionar la comisión de los mismos.

12) No obstante, algunos miembros discreparon de ese análisis. En primer lugar, expresaron su oposición al proyecto de artículo 7, aprobado mediante votación, señalando lo siguiente: a) que la Comisión no debe definir su labor como una posible codificación del derecho internacional consuetudinario cuando, por las razones señaladas en las notas que figuran más abajo, es evidente que la jurisprudencia nacional[1015], la legislación

[1015] Esos miembros señalaron que solo se citan diez casos (véase la nota 1012 *supra*) que supuestamente tratan de manera expresa la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de un funcionario del Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario y que, de hecho, la mayoría de esos casos no avalan que deba denegarse dicha inmunidad. Por ejemplo, en la causa del Reino Unido *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)* (véase la nota 954 *supra*), la inmunidad solo fue denegada con respecto a los actos comprendidos en el ámbito de aplicación de un tratado en vigor que se interpretó que motivaba la renuncia a la inmunidad (la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes). La causa alemana *Hussein* (véase la nota 1012 *supra*) no se refería a ninguno de los crímenes enumerados en el proyecto de artículo 7, y la sentencia no afirmó, en relación con la hipótesis de que el entonces Presidente Hussein había dejado el cargo, que la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* no se reconocía o no debía reconocerse en ese caso. La causa *Bouterse* (véase la nota 947 *supra*) no fue confirmada por el Tribunal Supremo de los Países Bajos y el razonamiento del tribunal de rango inferior sobre la inmunidad siguió siendo un *obiter dictum* no probado. La decisión de Bélgica en la causa *Sharon and Yaron* (véase la nota 947 *supra*) fue controvertida y llevó al Parlamento a modificar ulteriormente la legislación belga, lo que llevó al Tribunal de Casación (*H.S.A.,* et al. *c. S.A.,* et al., 12 de febrero de 2003 (véase la nota 960 *supra*)) a declarar la falta de jurisdicción sobre el caso. Con esa misma ley estuvo relacionada la causa *Pinochet* ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas (véase la nota 955 *supra*). En la causa *Lozano v. Italy* (véase la nota 939 *supra*), se concedió, no se denegó, inmunidad *ratione materiae* al funcionario del Estado extranjero. La causa *Special Prosecutor v. Hailemariam* (véase la nota 1012 *supra*) se refería al enjuiciamiento por Etiopía de uno de sus propios nacionales, no de un funcionario de un Estado extranjero. Otros casos citados atañen a situaciones en que no se ha hecho valer la inmunidad o se ha renunciado a ella; no respaldan la afirmación de que un funcionario no disfruta de inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* con arreglo al derecho internacional consuetudinario si se invoca tal inmunidad. Por ejemplo, en relación con la sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania de 28 de enero de 2021, ni el Afganistán ni las personas afectadas invocaron la inmunidad en ese caso, los crímenes de guerra fueron el único delito en cuestión, y el tribunal solo llegó a identificar una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable al enjuiciamiento de "funcionarios extranjeros de bajo rango", como un soldado. Además, esos miembros han señalado que la pertinencia para el tema de los casos *civiles* ante tribunales nacionales debe ser examinada con detenimiento; en la medida en que son pertinentes, tienden a no avalar las excepciones establecidas en el proyecto de artículo 7. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia declaró incompatible la causa *Ferrini v. Federal Republic of Germany* (véase la nota 1012 *supra*) con las obligaciones de Italia en virtud del derecho internacional. Véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (nota 910 *supra*). En la causa *Jones v. Saudi Arabia* (véase la nota 925 *supra*), la Cámara de los Lores reconoció la inmunidad del funcionario del Estado. En cambio, además de los casos antes mencionados, esos miembros señalaron varias causas en que la inmunidad *ratione materiae* ha sido invocada y aceptada por los tribunales nacionales en procesos penales. Véanse, por ejemplo, *Hissène Habré*, Senegal, Tribunal de Apelaciones de Dakar, 4 de julio de 2000, y Tribunal de Casación, 20 de marzo de 2001 (nota 947 *supra*) (inmunidad concedida al antiguo Jefe de Estado); y *Jiang Zemin*, decisión de la Fiscalía General de la República Federal de Alemania de 24 de junio de 2005, 3 ARP 654/03-2.

nacional[1016] y el derecho de los tratados[1017] no respaldan las excepciones establecidas en el proyecto de artículo 7; b) que no ha sido posible identificar en la práctica en la materia una "tendencia", temporal o de otra índole, a favor de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*; c) que la inmunidad es de carácter procesal y que, por ello: i) no se puede presuponer que la existencia de responsabilidad penal derivada de los crímenes de derecho internacional que pueda haber cometido un funcionario del Estado excluye automáticamente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera; ii) la inmunidad no depende de la gravedad del acto en cuestión ni de que ese acto esté prohibido por la norma imperativa de derecho internacional; y iii) la cuestión de la inmunidad ha de valorarse en una etapa temprana del ejercicio de la jurisdicción, antes de examinar el fondo del asunto[1018]; d) la falta de inmunidad ante un tribunal penal internacional no es pertinente para la inmunidad de jurisdicción en los tribunales nacionales; y e) que el establecimiento de un nuevo sistema de excepciones a la inmunidad, si no se acuerda en virtud de un tratado, probablemente dañará las relaciones entre Estados y corre el riesgo de socavar el objetivo de la comunidad internacional de luchar contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales. Además, en opinión de esos miembros, al proponer el proyecto de artículo 7, la Comisión estaría llevando a cabo un ejercicio de "política normativa" que no guarda relación ni con la codificación ni con el desarrollo progresivo del derecho internacional. Según esos miembros, el proyecto de artículo 7 es una propuesta de "derecho nuevo" que no puede ser considerada ni *lex lata* ni desarrollo progresivo deseable del derecho internacional. En segundo lugar, esos miembros de la Comisión también destacaron la diferencia entre la inmunidad procesal de jurisdicción extranjera, por una parte, y la responsabilidad penal sustantiva, por otra, y sostuvieron que el reconocimiento de excepciones a la inmunidad ni se requería ni era

[1016] Esos miembros han señalado que muy pocas leyes nacionales abordan la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de los funcionarios del Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Como se reconoce en el quinto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701), párr. 42: "La inmunidad de jurisdicción del Estado o de sus funcionarios no es objeto de regulación expresa en la mayoría de los Estados. Por el contrario, la respuesta a la inmunidad ha sido dejada en manos de los tribunales". De las pocas leyes nacionales que supuestamente tratan dicha inmunidad (Burkina Faso, Comoras, España, Irlanda, Mauricio, Níger y Sudáfrica), ninguna se hace eco del proyecto de artículo 7 tal como está redactado. Por ejemplo, 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*, art. 23, párr. 1, únicamente se refiere a la inmunidad *ratione materiae* de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y los antiguos Ministros de Asuntos Exteriores. Leyes como la Ley de Represión de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario (enmendada en 2003), de Bélgica, o la Ley de Crímenes Internacionales, de 2003, de los Países Bajos, solo disponen que se denegará la inmunidad con arreglo al derecho internacional, sin más detalles. Además, esos miembros han observado que las leyes nacionales de ejecución de una obligación de entrega de un funcionario a la Corte Penal Internacional, dimanante del Estatuto de Roma o de una decisión del Consejo de Seguridad, no son pertinentes para la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario. También son irrelevantes las leyes nacionales centradas en la inmunidad de los Estados, como la Ley núm. 24488 de la Argentina, la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de los Estados Unidos y la Ley de Inmunidad del Estado del Canadá (además, se ha indicado que la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera no ha sido enmendada por la Ley de Protección de las Víctimas de Tortura, que no tiene nada que ver con el terrorismo).

[1017] Esos miembros han señalado que ninguno de los tratados mundiales dedicados a tipos concretos de crímenes (como el genocidio, los crímenes de guerra, el *apartheid*, la tortura y las desapariciones forzadas) contienen disposiciones que anulen la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de los funcionarios del Estado, como tampoco las contienen los tratados mundiales que se ocupan de tipos concretos de funcionarios (por ejemplo, los diplomáticos, los agentes consulares y los agentes en misión especial).

[1018] Véanse, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (nota 910 *supra*), pág. 137, párr. 84 ("el derecho internacional consuetudinario no condiciona el derecho de un Estado a la inmunidad a la gravedad del acto del que se le acusa ni al carácter imperativo de la norma presuntamente vulnerada"); y *Arrest Warrant of 11 April 2000* (nota 899 *supra*), pág. 25, párr. 60 ("La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos muy distintos. Mientras que la inmunidad jurisdiccional tiene carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo").

necesariamente apropiado para lograr el equilibrio necesario. En opinión de esos miembros, la impunidad puede evitarse en las situaciones en que un funcionario es enjuiciado por su propio Estado, es enjuiciado por un tribunal internacional o es enjuiciado por un tribunal extranjero tras la renuncia a la inmunidad. Hacer valer excepciones a la inmunidad que los Estados no han aceptado mediante un tratado o la práctica generalizada puede dar lugar a grandes tensiones entre los Estados, cuando no a un conflicto abierto, en los casos en que un Estado ejerce su jurisdicción penal respecto de los funcionarios de otro Estado basándose únicamente en la presunta comisión de un crimen atroz.

Párrafo 1

13) El párrafo 1, apartados a) a f), del proyecto de artículo 7 enumera los crímenes de derecho internacional que, en caso de que se produzcan presuntamente, impedirían la aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal en beneficio de un funcionario extranjero, aunque esos crímenes hubiesen sido cometidos por dicho funcionario actuando a título oficial y durante el período en que se encontrase en ejercicio de sus funciones. Dichos crímenes son los siguientes: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el crimen de *apartheid*, la tortura y las desapariciones forzadas.

14) El encabezamiento del proyecto de artículo emplea la expresión "no se aplica" a fin de tener en cuenta que tanto en la práctica como en la doctrina se vienen produciendo dos interpretaciones distintas respecto de la valoración o no de dichos crímenes como "actos realizados a título oficial". Así, desde una primera perspectiva se ha entendido que la comisión de dichos crímenes no puede constituir nunca una función del Estado y, por tanto, no pueden ser considerados como "actos realizados a título oficial". Por el contrario, desde una segunda perspectiva, se ha sostenido que los crímenes de derecho internacional bien exigen la presencia de un elemento estatal (tortura, desapariciones forzadas), bien se cometen con la cobertura, explícita o implícita, del aparato del Estado, por lo que se produce una conexión estatal y, por tanto, pueden ser considerados en determinadas ocasiones "actos realizados a título oficial"[1019]. Aunque la Comisión no consideró necesario pronunciarse a favor de una u otra de las interpretaciones antes mencionadas, tuvo en cuenta que algunos tribunales nacionales no han aplicado la inmunidad *ratione materiae* en ejercicio de su jurisdicción penal respecto de estos crímenes de derecho internacional, bien sea porque no los consideran un acto realizado a título oficial o una función propia del Estado[1020], bien porque entienden que, a pesar de serlo, los crímenes de derecho internacional (por su gravedad o por ser contrarios a normas imperativas) no pueden dar lugar al reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción penal respecto de sus autores[1021].

[1019] Véase, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (nota 910 *supra*), pág. 125, párr. 60 (sobre *acta jure imperii* en el contexto de la inmunidad del Estado).

[1020] Véanse, a título de ejemplo, los siguientes asuntos: *Pinochet*, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, 6 de noviembre de 1998 (nota 955 *supra*), pág. 349; y *Hussein*, Alemania, Tribunal Superior Regional de Colonia, 16 de mayo de 2000 (nota 1012 *supra*), párr. 11 (realiza tal afirmación para la hipótesis de que el entonces Presidente Hussein hubiese dejado de desempeñar tales funciones). Un argumento similar ha sido seguido también en algunos casos cuando la inmunidad se ha suscitado ante la jurisdicción civil. Así, véase, a título de ejemplo, el asunto *Prefectura de Voiotia c. República Federal de Alemania*, Tribunal de Primera Instancia de Leivadia, 30 de octubre de 1997 (nota 955 *supra*).

[1021] Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Fiscal General de Israel c. Adolf Eichmann*, Israel, Tribunal Supremo, 29 de mayo de 1962 (véase la nota 947 *supra*), págs. 309 y 310. En el caso *Ferrini*, los tribunales italianos se han basado tanto en la gravedad de los crímenes cometidos como en el hecho de que las conductas en cuestión son contrarias a normas de *ius cogens* (*Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Tribunal de Casación, 11 de marzo de 2004 (véase la nota 1012 *supra*), pág. 674). En el caso *Lozano,* el Tribunal de Casación italiano ha fundamentado el rechazo de la inmunidad en la violación de derechos fundamentales, que tienen rango de normas de *ius cogens* y, por tanto, deben primar sobre las normas que regulan la inmunidad (*Lozano v. Italy*, 24 de julio de 2008 (véase la nota 939 *supra*), párr. 6). En el asunto *A. c. Ministère public de la Confédération*, el Tribunal Penal Federal de Suiza fundó su decisión en la existencia de una prohibición de cometer crímenes internacionales de carácter consuetudinario que el legislador suizo considera de *ius cogens*; destacando además la incoherencia de prohibir dichas conductas y al mismo tiempo seguir

15) Por ello, teniendo en cuenta que en la práctica un mismo crimen de derecho internacional ha sido interpretado en ocasiones como un límite (inexistencia de la inmunidad) o como una excepción (exclusión de la inmunidad existente), la Comisión consideró preferible abordar el tema desde la perspectiva de los efectos que se derivan de cada uno de estos enfoques, a saber: la no aplicabilidad respecto de dichos crímenes de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de la que, de otro modo, podría beneficiarse un funcionario del Estado. La Comisión optó por esta formulación por razones de claridad y seguridad, a fin de ofrecer una lista de crímenes que, aunque fueran cometidos por un funcionario del Estado, impedirían que este se beneficiase de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

16) A tal fin se usó la expresión "la inmunidad no se aplica" siguiendo, *mutatis mutandis*, la técnica que la Comisión empleó en su día en relación con la inmunidad de jurisdicción del Estado, en que utilizó la expresión "procesos en que la inmunidad del Estado no puede ser invocada" en un contexto similar[1022]. Sin embargo, en el proyecto de artículo 7, la Comisión decidió no emplear la expresión "no puede invocarse" a fin de evitar el componente procesal que tiene dicha expresión y prefirió retener la fórmula neutra "no se aplica".

17) Por su parte, la expresión "respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera" se incluyó en el encabezamiento a fin de seguir la formulación ya empleada con anterioridad en los proyectos de artículo 3 y 5.

18) Con la expresión "crímenes de derecho internacional" se hace referencia a conductas tipificadas en el derecho internacional, sean o no crímenes en el derecho nacional. Los crímenes enumerados en el artículo 7 son los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, sobre los que existe un amplio consenso internacional respecto de su definición, así como sobre la existencia de una obligación de prevenir y sancionar la comisión de los mismos. Dichos crímenes han sido abordados en tratados internacionales y están prohibidos también por el derecho internacional consuetudinario.

19) La expresión "crímenes de derecho internacional" ha sido empleada con anterioridad por la Comisión al enunciar los Principios de Núremberg[1023] y en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954[1024]. En dicho contexto, la Comisión entendió que el empleo de la expresión "crímenes de derecho internacional" significaba que "el derecho internacional es la base para la tipificación penal" de dichos crímenes y que "la prohibición de esas categorías de comportamiento y su punibilidad son

reconociendo una inmunidad *ratione materiae* que impediría el inicio de la investigación (*A. c. Ministère public de la Confédération*, 25 de julio de 2012 (véase la nota 925 *supra*)).

1022 Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado por la Comisión en su 43er período de sesiones, *Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 35. La Comisión utilizó la expresión arriba citada como título de la parte III del proyecto de artículos y la reiteró en los artículos 10 a 17 incluidos en esa parte. Para la explicación de los motivos que llevaron a la Comisión a emplear dicha expresión, véase, en particular, el párrafo 1) del comentario a la parte III (pág. 35) y los párrafos 1) a 5) del comentario al artículo 10 (págs. 36 y 37). Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes ha empleado la expresión "procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer" tanto en el título de la parte III como en los artículos 10 a 17.

1023 Véase el principio I de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg: "Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción" (*Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 374).

1024 Véase el artículo 1 del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en 1954: "Los delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad, definidos en el presente código, son delitos de derecho internacional, por los cuales serán castigados los individuos responsables" (*Yearbook... 1954*, vol. II, documento A/2693, pág. 151). Por su parte, el artículo 1, párrafo 2, del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado por la Comisión en 1996 declara que "[l]os crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional" (*Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 19).

consecuencia directa del derecho internacional”[1025]. De ello se derivan “la autonomía del derecho internacional en la tipificación penal” de estos crímenes[1026] y el hecho de que “la tipificación o falta de tipificación de una categoría determinada de comportamiento como penal con arreglo al derecho nacional no surte efecto sobre la tipificación de esta categoría de comportamientos como penal con arreglo al derecho internacional”[1027]. En consecuencia, el empleo de la expresión “crímenes de derecho internacional” vincula directamente la lista de crímenes contenida en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 con el derecho internacional y asegura que la definición de los mismos se entenderá conforme a lo establecido en normas internacionales, sin que sea relevante la tipificación que pueda haberse establecido en el derecho interno para identificar los casos en que la inmunidad no se aplica.

20) Dentro de la categoría de crímenes de derecho internacional se incluyen: a) el crimen de genocidio, b) los crímenes de lesa humanidad y c) los crímenes de guerra. La Comisión los incluyó entre los crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica por dos razones básicas. En primer lugar, se trata de crímenes respecto de los que la comunidad internacional ha expresado una preocupación especial, dando lugar a la adopción de tratados que ocupan un lugar central en el derecho penal internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y respecto de los cuales las cortes internacionales han destacado no solo su gravedad sino también que la prohibición de los mismos tiene naturaleza consuetudinaria y su comisión puede constituir una violación de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[1028]. En segundo lugar, se ha tenido en cuenta que dichos crímenes aparecen, directa o indirectamente, en la práctica judicial de los Estados en relación con casos en los que se ha suscitado la cuestión de la inmunidad *ratione materiae*. Por último, ha de destacarse que esos tres crímenes han sido recogidos en el artículo 5 del Estatuto de Roma, que los califica como los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”[1029]. No obstante, algunos miembros señalaron que la inclusión de esos crímenes en el proyecto de artículo 7 no encontraba muchos elementos que lo sustentaran en la práctica, la jurisprudencia nacional e internacional o la legislación nacional.

21) La Comisión decidió no incluir en este momento el crimen de agresión a pesar de que se encuentra recogido igualmente en el artículo 5 del Estatuto de Roma y ha sido objeto de tipificación en virtud de las enmiendas aprobadas en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala en 2010[1030]. La Comisión tomó tal decisión considerando la naturaleza del crimen de agresión, que exigiría a los tribunales nacionales determinar la existencia de un acto previo de agresión del Estado extranjero, así como la especial dimensión política de este tipo de crímenes[1031], dada su configuración como un “crimen de líderes”. Sin

---

[1025] Véase el párrafo 6) del comentario al artículo 1 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 20.

[1026] *Ibid*., párr. 9).

[1027] *Ibid*., párr. 10). Téngase en cuenta que, por su parte, al comentar el principio I de los Principios de Núremberg, la Comisión había afirmado que “[l]a regla general que subyace en el principio I es que el derecho internacional puede imponer obligaciones a los individuos directamente sin la interposición del derecho interno” (*Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 374).

[1028] La propia Comisión ha declarado que la prohibición del genocidio, de los crímenes de lesa humanidad, las normas básicas del derecho internacional humanitario, la prohibición del *apartheid* y la prohibición de la tortura son normas de *ius cogens*. Véase el anexo al proyecto de conclusiones sobre identificación y consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, en el capítulo IV del presente informe.

[1029] Estatuto de Roma, art. 5, párr. 1, y preámbulo, párrafo cuarto.

[1030] Véase la definición de la agresión incluida en el artículo 8 *bis*, *Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010*, publicación de la Corte Penal Internacional, RC/9/11, resolución 6, “El crimen de agresión” (RC/Res.6).

[1031] A este respecto, ha de tenerse en cuenta que en los comentarios al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, la Comisión afirmó lo siguiente: “La agresión atribuida a un Estado es condición *sine qua non* para establecer la responsabilidad de una persona por su participación en el crimen de agresión. Nadie puede incurrir en responsabilidad por este crimen si no hay agresión cometida por un Estado. Por consiguiente, el tribunal no puede zanjar la cuestión de la responsabilidad penal individual por este crimen sin considerar con carácter preliminar la cuestión de la agresión cometida por un Estado. La determinación, por el tribunal de un Estado, de la cuestión

embargo, algunos miembros señalaron que el crimen de agresión debería haberse incluido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7, ya que era el más grave de los crímenes de derecho internacional, fue incluido con anterioridad por la propia Comisión en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996[1032] y era uno de los recogidos en el Estatuto de Roma. Además, muchos Estados han incluido el crimen de agresión en su legislación penal[1033]. En consecuencia, expresaron su posición contraria a la decisión mayoritaria de la Comisión y reservaron su posición al respecto.

22) Por otro lado, la Comisión consideró necesario incluir en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 los crímenes de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas como categorías autónomas de crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad no se aplica. Aunque dichos crímenes están incluidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma bajo la categoría de crímenes de lesa humanidad[1034], la Comisión tuvo en cuenta los elementos citados a continuación para considerarlos crímenes autónomos. En primer lugar, los crímenes de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas han sido objeto de tratados internacionales que establecen un régimen jurídico propio de prevención, represión y sanción[1035] que impone a los Estados obligaciones específicas de adoptar ciertas medidas en sus ordenamientos internos, incluida la obligación de tipificar dichos crímenes en la legislación nacional y adoptar las medidas necesarias para que sus tribunales sean competentes para enjuiciar este

---

de si otro Estado ha cometido agresión sería contraria al principio fundamental del derecho internacional *par in parem imperium non habet*. Además, el hecho de que el tribunal de un Estado, en el ejercicio de su competencia, tuviera que considerar la comisión de un acto de agresión por otro Estado tendría consecuencias graves para las relaciones internacionales y la paz y la seguridad internacionales" (*Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 33, párrafo 14) del comentario al artículo 8).

1032 *Ibid*., pág. 46, art. 16.

1033 Entre los ejemplos de legislaciones nacionales que tipifican el crimen de agresión, cabe citar los siguientes: Alemania, Código Penal, de 13 de noviembre de 1998 (BGBl); Austria, Código Penal núm. 60/1974, de 23 de enero de 1974, enmendado por BGBl. I núm. 112/2015 de 13 de agosto de 2015, art. 321k; Azerbaiyán, Código Penal de 2000, arts. 100 y 101; Bangladesh, Ley de Crímenes Internacionales (Tribunales), art. 3, Ley de Crímenes Internacionales (Tribunales) núm. XIX de 1973, enmendada por la Ley de Crímenes Internacionales (Tribunales) (enmienda) núm. LV de 2009 y la Ley núm. XXI de 2012; Belarús, Código Penal, arts. 122 y 123, Ley núm. 275-Z de 9 de julio de 1999 (enmendada el 28 de abril de 2015); Bulgaria, Código Penal, arts. 408 y 409, *State Gazette*, núm. 26 de 2 de abril de 1968, enmendada por *State Gazette*, núm. 32 de 27 de abril de 2010; Croacia, Código Penal, arts. 89 y 157, *Official Gazette of the Republic of Croatia "Narodne novine"*, núm. 125/11; Cuba, Código Penal, arts. 114 y 115, Ley núm. 62 de 29 de diciembre de 1987, modificada por la Ley núm. 87 de 16 de febrero de 1999; Ecuador, Código Penal, art. 88; Eslovenia, Código Penal de 2005, arts. 103 y 105; Estonia, Código Penal, arts. 91 y 92; Finlandia, Código Penal, Ley núm. 39/1889, enmendada por la Ley núm. 1718/2015, arts. 4 a), 4 b) y 14 a); Luxemburgo, Código Penal, art. 136; Macedonia, Código Penal, art. 415; Malta, Código Penal, art. 82(C), Código Penal de la República de Malta (1854, enmendado en 2004); Mongolia, Código Penal (2002), art. 297; Montenegro, Código Penal, art. 442, *Official Gazette of the Republic of Montenegro*, núm. 70/2003, Corrección, núm. 13/2004; Paraguay, Código Penal de la República del Paraguay, art. 271, Ley núm. 1160/97; Polonia, Código Penal, art. 17, Ley de 6 de junio de 1997; República de Moldova, Código Penal de la República de Moldova, arts. 139 y 140, aprobado por la Ley núm. 985-XV el 18 de abril de 2002 (enmendada en 2009); Rusia, Código Penal, Código Penal de la Federación de Rusia, arts. 353 y 354, Ley Federal núm. 64-FZ de 13 de junio de 1996 (enmendada); Samoa, Ley de Tribunales Penales Internacionales, de 2007, enmendada por la Ley 2014, párr. 7 A, núm. 23; Tayikistán, Código Penal de la República de Tayikistán, arts. 395 y 396; Timor-Leste, Código Penal de la República Democrática de Timor-Leste, Decreto-ley núm. 19/2009, art. 134. Para un análisis de la cuestión, véase A. Reisinger Coracini, "National legislation on individual responsibility for conduct amounting to aggression", en R. Bellelli (ed.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Londres y Nueva York, Routledge, 2016.

1034 Estatuto de Roma, art. 7, párr. 1, apartados j), f) e i), respectivamente.

1035 Véanse Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, núm. 14861, pág. 243; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2716, núm. 48088, pág. 3.

tipo de crímenes[1036]. A eso se ha de añadir el hecho de que los tratados en cuestión establecen sistemas de cooperación y asistencia jurídica internacional que opera de manera horizontal entre los Estados[1037]. En segundo lugar, la Comisión tuvo igualmente en cuenta que los crímenes de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas estaban sometidos en el Estatuto de Roma a un umbral específico que se define como la comisión de dichos crímenes como "parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque"[1038], que, sin embargo, no existe en los instrumentos que se refieren específicamente a esos crímenes. En tercer lugar, la Comisión tuvo en cuenta que las convenciones contra la tortura y las desapariciones forzadas establecían expresamente que esos actos solo podían ser cometidos por funcionarios del Estado o bajo su instigación, apoyo o tolerancia[1039]. Además, la Comisión tuvo en cuenta que, en un buen número de casos, cuando los tribunales nacionales se han ocupado de estos crímenes en relación con la inmunidad lo han hecho por referencia a los mismos en tanto que crímenes autónomos. El tratamiento dado a la tortura constituye un buen ejemplo de ello[1040]. No obstante, algunos miembros señalaron que la inclusión de esos crímenes en el proyecto de artículo 7 no encontraba muchos elementos que lo sustentaran en la práctica, la jurisprudencia nacional e internacional o la legislación nacional.

23) Aunque algunos miembros de la Comisión sugirieron que se incluyeran en la lista otros crímenes, como la esclavitud, el terrorismo, la trata de seres humanos, la prostitución y la pornografía infantil o la piratería, que también eran objeto de tratados internacionales que establecían regímenes jurídicos especiales para cada crimen a efectos de su prevención, supresión y sanción, la Comisión decidió no incluirlos. Para ello tuvo en cuenta que los citados crímenes o se consideraban ya incluidos en los crímenes de lesa humanidad o no se correspondían plenamente con la categoría de crímenes de derecho internacional entendida en sentido estricto, siendo más correcto calificarlos en la mayoría de los casos como crímenes transnacionales. Además, se tuvo en cuenta que dichos crímenes se cometían habitualmente por actores no estatales y no encontraban reflejo en la práctica judicial nacional relativa a la inmunidad de jurisdicción. En todo caso, la no inclusión de otros crímenes internacionales en el proyecto de artículo 7 no puede entenderse como una minusvaloración de la gravedad de esos crímenes por parte de la Comisión.

24) Por último, ha de señalarse que la Comisión no incluyó en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 los crímenes de corrupción ni los crímenes afectados por la denominada "excepción territorial" que habían sido propuestos por la Relatora Especial[1041]. Ello no

---

[1036] Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. IV; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, arts. 4, 5 y 6; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, arts. 4, 6 y 9.

[1037] Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. XI; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, arts. 6 a 9; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, arts. 10, 11, 13 y 14.

[1038] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7, párr. 1. La definición de dicho umbral se contiene en el artículo 7, párrafo 2 a).

[1039] Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 1, párr. 1; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 2.

[1040] Así ha sucedido, por ejemplo, en el Reino Unido, donde todos los casos relativos a la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* en que suscitaba la no aplicabilidad de dicha inmunidad en relación con los actos de tortura han tenido como base la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Véanse los asuntos *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate,* ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 24 de marzo de 1999 (nota 954 *supra*); y *FF v. Director of Public Prosecutions*, Tribunal Superior de Justicia, Queen's Bench Division Divisional Court, 7 de octubre de 2014 (nota 954 *supra*). La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes ha sido la base también de un asunto relacionado con la inmunidad de jurisdicción civil: *Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores, 14 de junio de 2006 (véase la nota 925 *supra*).

[1041] Véase el quinto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701), párrs. 225 a 234.

significa, sin embargo, que la Comisión entienda que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* se aplique respecto de esas dos categorías de crímenes.

25) Por lo que se refiere a la corrupción (entendida como "gran corrupción"), varios miembros de la Comisión señalaron que los crímenes de corrupción revestían una especial gravedad, ya que afectaban de manera directa a los intereses del Estado y a su estabilidad, al bienestar de su población e incluso a las relaciones internacionales. En consecuencia, dichos miembros se manifestaron a favor de incluir una excepción a la inmunidad *ratione materiae*. Por su parte, otros miembros de la Comisión pusieron de manifiesto que, aunque la gravedad de la corrupción no se podía poner en cuestión, su inclusión en el proyecto de artículo 7 planteaba problemas, vinculados esencialmente a la generalidad del término "corrupción" y la pluralidad de actos que se podían incluir en dicha categoría, así como por el hecho de que, a su juicio, la práctica convencional y jurisprudencial no ofrecía cobertura suficiente para incluir ese tipo de crímenes entre los límites y excepciones a la inmunidad. Otros miembros cuestionaron si la corrupción cumplía el requisito de gravedad de otros crímenes enumerados en el proyecto de artículo 7. Por último, varios miembros de la Comisión señalaron que la corrupción no podía ser considerada en ningún caso un acto realizado a título oficial y que, por tanto, no era necesario incluirla entre los crímenes respecto de los cuales la inmunidad no se aplica.

26) Teniendo especialmente en cuenta este último argumento, la Comisión decidió no incluir en el proyecto de artículo 7 los crímenes de corrupción, por entender que no constituían "actos realizados a título oficial", pues se trataba de actos que eran realizados por un funcionario del Estado con la única finalidad de obtener un beneficio propio[1042]. Aunque varios miembros de la Comisión señalaron que la participación de funcionarios del Estado en ese tipo de actos no podía ser ignorada, ya que era precisamente su condición de funcionarios la que facilitaba y hacía posible la comisión del crimen de corrupción, algunos miembros de la Comisión entendieron que el hecho de que un funcionario cometiera un crimen de corrupción no cambiaba la naturaleza del acto, que seguía siendo un acto realizado en beneficio propio aunque para ello se utilizasen las estructuras del Estado y de ello se pudiera derivar una apariencia de oficialidad. En consecuencia, dado que el crimen de corrupción no cumplía con el elemento normativo contenido en el proyecto de artículo 6, párrafo 1, varios miembros de la Comisión entendieron que la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* no existía en relación con el mismo y por ello no era necesario incluirlo en la lista de crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica.

27) La Comisión también examinó el caso de otros crímenes cometidos por un funcionario extranjero en el territorio del Estado del foro sin que dicho Estado haya consentido en su presencia en el territorio ni tampoco en la actividad realizada por el mismo que ha dado lugar a la comisión del crimen (excepción territorial). Este supuesto presenta perfiles muy diferentes a los crímenes de derecho internacional que se han incluido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7, así como respecto del crimen de corrupción. Aunque se señaló que en esas circunstancias podría existir inmunidad y que la excepción no debería incluirse en el proyecto de artículo 7 porque no existía suficiente práctica que lo avalase, la Comisión entendió que las razones para no incluir ese supuesto en el citado proyecto de artículo eran otras. Así, la Comisión considera que determinados crímenes, como el asesinato, el espionaje, el sabotaje o el secuestro, cometidos en el territorio de un Estado en las circunstancias antes indicadas están sometidos al principio de soberanía territorial y que respecto de los mismos no nace una inmunidad de jurisdicción *ratione materiae*, por lo que no es necesario incluirlos en la lista de crímenes a los que esa categoría de inmunidad no se aplica. Ello se entiende sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional, de conformidad con lo establecido en el proyecto de artículo 1, párrafo 2.

Párrafo 2

28) El párrafo 2 del proyecto de artículo 7 establece un vínculo entre el párrafo 1 del mismo artículo y el anexo del proyecto de artículos, titulado "Lista de los tratados a que se hace referencia en el proyecto de artículo 7, párrafo 2". Aunque el concepto de "crímenes de

[1042] En este mismo sentido, véanse *supra* los párrafos 23), 25) y 33) del comentario al proyecto de artículo 2, dedicados a la definición del "acto realizado a título oficial".

derecho internacional" y los conceptos de "crimen de genocidio", "crímenes de lesa humanidad", "crímenes de guerra", "crimen de *apartheid*", "tortura" y "desapariciones forzadas" forman parte de categorías bien establecidas en el derecho internacional contemporáneo, la Comisión tuvo en cuenta que el hecho de que el artículo 7 se refiriese a "crímenes" exigía que se preservase el principio de seguridad jurídica característico del derecho penal y que se ofrecieran instrumentos que evitasen la subjetividad a la hora de identificar qué se entendía por cada uno de los crímenes antes mencionados.

29) No obstante, la Comisión no consideró necesario definir qué se entendía por crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas, pues ello no formaba parte de su mandato en el marco del presente proyecto de artículos. Por el contrario, la Comisión consideró que era preferible realizar un simple ejercicio de identificación de aquellos instrumentos convencionales que definen las categorías antes mencionadas, a fin de incluirlos en una lista que permitiese a las autoridades competentes del Estado del foro actuar con mayor seguridad si tuviesen que aplicar el proyecto de artículo 7. El resultado de dicho ejercicio es la lista contenida en el anexo del proyecto de artículos.

30) Como se indica en el párrafo 2 del proyecto de artículo 7, la vinculación de cada crimen con los tratados enumerados en el anexo se produce únicamente a los efectos del proyecto de artículo 7 sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, a fin de identificar las definiciones de los crímenes enumerados en el párrafo 1 de dicho artículo, sin prejuzgar ni condicionar que los Estados sean o no partes en dichos instrumentos.

31) Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la inclusión en la lista de determinados tratados no tiene efecto alguno en la naturaleza consuetudinaria de estos crímenes reconocida por el derecho internacional, ni tampoco en las obligaciones específicas que se puedan derivar de dichos tratados para los Estados parte. De la misma manera, la inclusión tan solo de algunos de los tratados que definen los crímenes en cuestión tampoco tiene efecto sobre otros tratados que definen o regulan los mismos crímenes, cuyas definiciones y regímenes jurídicos siguen intactos para los Estados parte a los efectos de la aplicación de dichos tratados. En conclusión, la remisión a un tratado específico a los efectos de definir cada uno de los crímenes enunciados en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 se realiza por razones de oportunidad y conveniencia y únicamente a los fines del proyecto de artículo 7, y no afecta en modo alguno a las restantes normas de derecho internacional, consuetudinarias o convencionales, que se refieren a dichos crímenes y que contienen regímenes jurídicos de alcance general respecto de cada uno de ellos.

32) Los criterios empleados por la Comisión para seleccionar los tratados incluidos en el anexo, así como las explicaciones relativas a cada uno de ellos, se han incluido en el comentario al anexo al que se remite. Los comentarios al párrafo 2 del proyecto de artículo 7 y al anexo deben leerse conjuntamente.

Cuarta parte
Disposiciones y garantías procesales

Comentario

1) La cuarta parte del proyecto de artículos está dedicada a las disposiciones y garantías procesales que deben aplicarse en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

2) Con carácter general, los instrumentos internacionales que se refieren a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se han limitado a declarar la inmunidad, identificar a sus beneficiarios y definir su alcance, así como —en ciertos casos— a establecer reglas sobre la renuncia a la inmunidad, sin incluir disposiciones de naturaleza procesal.

3) Sin embargo, la Comisión ha considerado que el presente proyecto de artículos debe incluir disposiciones y garantías procesales que vengan a complementar las disposiciones de naturaleza sustantiva que se recogen en las partes primera, segunda y tercera. Ello se explica, en primer lugar, por la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos e intereses del

Estado del funcionario y los derechos e intereses del Estado del foro, que en ambos casos están directamente relacionados con el principio de igualdad soberana de los Estados. En segundo lugar, la inclusión de las disposiciones y garantías procesales se concibe igualmente como un medio para ofrecer a los Estados interesados instrumentos útiles para facilitar la comunicación y cooperación recíproca en relación con un tema de especial sensibilidad. En este contexto, las disposiciones y garantías procesales responden a la finalidad de favorecer la confianza mutua y la estabilidad de las relaciones internacionales. Y, por último, pero no por ello menos importante, las disposiciones y garantías procesales tienen como finalidad asegurar que el ejercicio de la jurisdicción penal respecto de un funcionario de otro Estado no se lleve a cabo de forma abusiva o con finalidad política. Por todo ello, la Comisión considera que la inclusión de las disposiciones y garantías procesales constituye un valor añadido para el proyecto de artículos que contribuye a asegurar el equilibrio entre las distintas disposiciones contenidas en él.

4) Las disposiciones y garantías procesales operan con carácter general respecto de todos los casos en que se suscite la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, pero revisten una especial importancia en relación con los supuestos en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera pueda verse afectada por lo previsto en el proyecto de artículo 7, que se refiere a las limitaciones o excepciones en la aplicación de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los crímenes de derecho internacional que se enumeran en dicho artículo. La Comisión ha tenido debidamente en cuenta esta circunstancia, que se refleja adecuadamente en el texto de los proyectos de artículo contenidos en la cuarta parte.

5) La cuarta parte está integrada por 11 proyectos de artículo, dedicados, respectivamente, al alcance de la cuarta parte y su relación con el resto de disposiciones del proyecto de artículos (proyecto de artículo 8), a las disposiciones y garantías procesales que operan en las relaciones directas entre el Estado del foro y el Estado del funcionario (proyectos de artículo 9 a 15), a la aplicación de las reglas propias del juicio justo y las garantías procesales al funcionario de otro Estado respecto del que se suscite la cuestión de la inmunidad (proyecto de artículo 16), y a la definición de mecanismos cuya finalidad es facilitar la consulta y la solución de cualquier controversia que pudiera surgir entre el Estado del foro y el Estado del funcionario en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de uno de los funcionarios de este (proyectos de artículo 17 y 18).

Artículo 8
Aplicación de la cuarta parte

Las disposiciones y garantías procesales de la presente parte se aplicarán en relación con todo ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro sobre un funcionario de otro Estado, 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 es el primero de los artículos de la cuarta parte del proyecto de artículos. Su finalidad es definir el ámbito de aplicación de la cuarta parte en relación con las partes segunda y tercera, dedicadas respectivamente a la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* 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 tiene en cuenta la noción de equilibrio entre las disposiciones sustantivas del presente proyecto de artículos y las disposiciones y garantías procesales contenidas en el mismo.

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.

3) A juicio de algunos miembros, las garantías y salvaguardias procesales que figuran en la cuarta parte son 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" (refiriéndose a los crímenes enumerados en los apartados a) a f) del párrafo 1 de ese proyecto de artículo). 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 el proyecto de artículo 8, 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 ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro sobre un funcionario de otro Estado, 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 presentes proyectos de artículo". El proyecto de artículo 8 no prejuzga cualesquiera garantías y salvaguardias procesales adicionales, incluida la aplicación de salvaguardias específicas al proyecto de artículo 7, y se entiende sin perjuicio de estas cuestiones.

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 14. 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 como las limitaciones y excepciones contempladas en el proyecto de artículo 7. Además, en virtud del proyecto de artículo 8, 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 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 ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro sobre un funcionario de otro Estado". En el proyecto de artículo 8 se ha empleado la expresión "ejercicio de la jurisdicción penal" para hacer referencia de forma amplia a las distintas medidas que el Estado del foro puede adoptar para deducir, en su caso, la responsabilidad penal de un individuo. Teniendo en cuenta las diferencias existentes en la práctica entre los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de 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.

8) El proyecto de artículo 8 emplea la expresión "sobre un funcionario de otro Estado, antiguo o en ejercicio". De este modo se refleja la necesidad de que exista una conexión entre el funcionario del Estado extranjero y el ejercicio de la jurisdicción penal del 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) se sigue lo previsto en el proyecto de artículo 2, apartado a), que afirma que el concepto de "funcionario del Estado" se refiere "tanto a los funcionarios en ejercicio como a los antiguos funcionarios"[1043]. Sin embargo, con esa referencia 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]l alcance temporal de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae* es objeto de tratamiento en

[1043] Véanse *supra* los párrafos 19) y 20) del comentario al proyecto de artículo 2.

otros proyectos de artículo”[1044]. 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.*

Artículo 9
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 9 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 un funcionario 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. Aunque están estrechamente relacionadas, la “consideración” y la “determinación” de la inmunidad son categorías distintas. La “determinación de la inmunidad” se aborda en el proyecto de artículo 14.

2) El proyecto de artículo 9 contiene dos párrafos, dedicados, respectivamente, a definir una regla general (párr. 1) y una regla particular que es 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 administrativos, del ejecutivo, 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 expresión “funcionario de otro Estado” se utiliza como equivalente 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, apartado a). Bajo esta denominación se incluye, por tanto, a cualquier funcionario del Estado, con independencia de su rango, tanto si está cubierto por la inmunidad *ratione personae* como por la inmunidad *ratione materiae*, y tanto si es un

[1044] Párrafo 14) del comentario al proyecto de artículo 2 *supra*.

funcionario en ejercicio como si ha dejado de serlo en el momento en que se debe considerar la cuestión de la inmunidad. Por tanto, bajo la denominación de "funcionario de otro Estado" debe incluirse a todo funcionario que podría beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de conformidad con lo previsto en las partes segunda y tercera del 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", que es considerada como demasiado restrictiva. La expresión "ejercicio de la jurisdicción penal" ha sido empleada también en los proyectos de artículo 3, 5, 7, 8, 10, 14 y 16. A los efectos del presente proyecto de artículos por "ejercicio de la jurisdicción penal" se ha de entender aquellos actos llevados a cabo por las autoridades competentes del Estado del foro que puedan ser necesarios para deducir, 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, pudiendo 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*[1045] y a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*[1046], una medida procesal penal concreta 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) adoptando medidas que no sean de carácter vinculante ni obligatorio para el funcionario extranjero.

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*[1047]. Teniendo esto en cuenta, la Comisión ha considerado necesario señalar de modo

[1045] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 22, párrs. 54 y 55.

[1046] *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (véase la nota 925 *supra*), págs. 236 y 237, párrs. 170 y 171.

[1047] 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 *in limine litis*" (*Difference Relating to Immunity*

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 de 2001 sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional[1048], 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 9 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*.

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

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).

[1048] 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 (véase la nota 1001 *supra*), pág. 747).

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*[1049].

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"[1050]. Por ello, la Comisión ha creído 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)[1051] y que "[e]l agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución" (art. 31, párr. 3)[1052]. 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)[1053].

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.

[1049] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 22, párr. 54; *Certain questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (véase la nota 925 *supra*), págs. 236 y 237, párr. 170.

[1050] *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, asunto SCSL-2003-01-I, decisión sobre la inmunidad de jurisdicción, 31 de mayo de 2004, párr. 30. El texto de la decisión puede consultarse en el sitio web del Tribunal Especial: www.scsldocs.org/, en "*Documents*", "*Charles Taylor*".

[1051] 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.

[1052] 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.

[1053] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 1001 *supra*), págs. 744 y 746.

Artículo 10
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 la 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 10 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 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 Consulares[1054]. 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 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

[1054] 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.

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 17.

5) El proyecto de artículo 10 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 este párrafo 1 con el párrafo 2, apartados a) y b), del proyecto de artículo 9, 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 9.

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, apartado a). 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 inmunidad, que está sometido a las reglas particulares aplicables a la inmunidad *rationae personae* y a la inmunidad *ratione materiae*. 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 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 fiscalía[1055]. 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

[1055] Véase el análisis de esta problemática que se contiene en el séptimo informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/729), párrs. 121 a 126.

sobre esta problemática, incluyendo esta frase final en el párrafo 1. No obstante, teniendo igualmente en cuenta la diversidad de sistemas y prácticas jurídicas internas, se ha optado por emplear una redacción no prescriptiva, que permita a los Estados valorar si existen o no en sus respectivos ordenamientos los procedimientos antes mencionados y, en su caso, decidir sobre su adopción. A tal fin se ha utilizado el verbo "considerarán".

9) El párrafo 2 se refiere al contenido de la notificación. Teniendo en cuenta la finalidad que persigue la notificación, dicho contenido puede variar de un caso a otro, pero deberá incluir información suficiente para que el Estado del funcionario pueda formarse un juicio sobre la invocación o la renuncia a la inmunidad de que podría beneficiarse uno de sus funcionarios. Aunque la Comisión ha debatido sobre la inclusión o no de este párrafo, finalmente ha optado por mantenerlo dado que es útil a efectos de garantizar que el Estado del foro proporcione al Estado del funcionario un mínimo de información relevante. No obstante, se ha querido igualmente dejar un margen de apreciación al Estado del foro, teniendo en cuenta que los distintos sistemas y prácticas jurídicas estatales pueden regular de forma diferente la posibilidad de divulgar ciertos elementos de información que, en ocasiones, pueden encontrarse únicamente a disposición del fiscal o de los jueces. En consecuencia, en el párrafo 2 se ha pretendido asegurar un equilibrio entre el reconocimiento al Estado del foro de suficiente discrecionalidad en el ejercicio de su jurisdicción penal y la necesidad de proporcionar al Estado del funcionario información suficiente. A ello obedece el empleo del adverbio latino *"inter alia"* que precede a la enumeración de los elementos de información que deben incluirse —en todo caso— en la notificación a que se refiere el proyecto de artículo 10.

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 el individuo en cuestión 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". 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 extranjera de los funcionarios del Estado. Sin embargo, en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes sí se han definido las vías a través de las cuales deberá realizarse la notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe un proceso contra un Estado, que, en virtud de lo previsto en su artículo 22, párrafo 1, "se practicará: a) de conformidad con cualquier convenio internacional aplicable que obligue al Estado del foro y al Estado interesado; o b) de conformidad con cualquier arreglo especial de notificación entre el demandante y el Estado interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro; o c) a falta de tal convenio o

arreglo especial: i) transmitiéndola por vía diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado interesado; o ii) por cualquier otro medio aceptado por el Estado interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro".

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

13) La comunicación por vía diplomática es la empleada con mayor frecuencia en los casos en que se suscita la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, lo que se explica en buena medida por el hecho de que la cuestión de la aplicación o no de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de un determinado funcionario de otro Estado, que es un tema sensible, constituye un supuesto de "asunto oficial" y, por tanto, resultaría de aplicación lo previsto en el artículo 41, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas[1056]. 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 humanidad[1057]. Dado que dicha expresión no es idéntica en todas las versiones oficiales de la Convención, en el presente proyecto de artículo 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 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 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 10 a los Ministerios de Relaciones

[1056] 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".

[1057] El texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 44 y 45.

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[1058] y sus dos protocolos adicionales[1059]; el Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal[1060]; el Convenio Europeo de Extradición[1061] y sus cuatro protocolos adicionales[1062]; la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal[1063]; la Convención Interamericana sobre Extradición[1064]; el Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea[1065]; la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales[1066]; la Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa[1067]; la Convención de Extradición entre los Países Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa[1068]; la Convención de Minsk sobre la Asistencia Judicial y las Relaciones Jurídicas en Materia de Derecho Penal, Civil y de Familia[1069], y la Convención de Chisinau sobre la Asistencia Judicial y las Relaciones Jurídicas en Materia de Derecho Penal, Civil y de Familia[1070]. Respecto de los tratados bilaterales, su elevado número hace imposible incluir una lista de todos ellos 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

---

1058 Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 20 de abril de 1959), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 472, núm. 6841, pág. 185.

1059 Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 17 de marzo de 1978), *ibid.*, vol. 1496, núm. 6841, pág. 350; y Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 8 de noviembre de 2001), *ibid.*, vol. 2297, núm. 6841, pág. 22.

1060 Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal (Estrasburgo, 15 de mayo de 1972), *ibid.*, vol. 1137, núm. 17825, pág. 29.

1061 Convenio Europeo de Extradición (París, 13 de diciembre de 1957), *ibid.*, vol. 359, núm. 5146, pág. 273.

1062 Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 15 de octubre de 1975), *ibid.*, vol. 1161, núm. 5146, pág. 450; Segundo Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 17 de marzo de 1978), *ibid.*, vol. 1496, núm. 5146, pág. 328; Tercer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 10 de noviembre de 2010), *ibid.*, vol. 2838, núm. 5146, pág. 181; y Cuarto Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (Viena, 20 de septiembre de 2012), Consejo de Europa, *Council of Europe Treaty Series*, núm. 212.

1063 Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (Nassau, 23 de mayo de 1992), Organización de los Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 75.

1064 Convención Interamericana sobre Extradición (Caracas, 25 de febrero de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1752, núm. 30597, pág. 177.

1065 Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea (Bruselas, 29 de mayo de 2000), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 197, de 12 de julio de 2000, pág. 3.

1066 *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 328, de 15 de diciembre de 2009, pág. 42.

1067 Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (Praia, 23 de noviembre de 2005), *Diário da República I*, núm. 177, de 12 de septiembre de 2008, pág. 6635.

1068 Convención de Extradición entre los Países Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (Praia, 23 de noviembre de 2005), *ibid.*, núm. 178, de 15 de septiembre de 2008, pág. 6664.

1069 Convención sobre la Asistencia Judicial y las Relaciones Jurídicas en Materia de Derecho Penal, Civil y de Familia (Minsk, 22 de enero de 1993), *The Informational Reporter of the CIS Council of Heads of State and Council of Heads of Government "Sodruzhestvo"*, núm. 1 (1993).

1070 Convención sobre la Asistencia Judicial y las Relaciones Jurídicas en Materia de Derecho Penal, Civil y de Familia (Chisinau, 7 de octubre de 2002), *ibid.*, núm. 2 (41) (2002).

base de un número importante de acuerdos bilaterales, entre los cuales se encuentran los siguientes instrumentos adoptados en el seno de Naciones Unidas: el Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales[1071]; el Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal[1072]; y el Tratado Modelo de Extradición[1073]. 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 10.

17) Las vías de comunicación establecidas en los acuerdos de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua se definen en el proyecto de artículo 10 como una subcategoría de las "otras vías de comunicación", y su utilización se condiciona a que sean "aplicables". Ello 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 10 no impone a los Estados nuevos requisitos relativos a las vías de comunicación distintos de los ya establecidos en los tratados aplicables.

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

Artículo 11
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 11 aborda la cuestión de la invocación de la inmunidad desde una doble perspectiva, a saber: el reconocimiento del derecho del Estado del funcionario a

[1071] 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).

[1072] Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal, resolución 45/118 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo.

[1073] 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).

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 11 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.

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 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 consuetudinario. La invocación de la inmunidad cumple una doble finalidad, ya que, por un lado, sirve como instrumento para que el Estado del funcionario pueda reclamar el respeto de la inmunidad y, por otro, facilita que el Estado que pretende ejercer su jurisdicción tome conocimiento de esta circunstancia y pueda tener en cuenta la información proporcionada por el Estado del funcionario a los efectos de la 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 individuo[1074]. 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 funcionario y que, a su juicio, goza de inmunidad,

[1074] Ello constituye una cuestión incontrovertida que se ha reflejado incluso en diversos tratados, entre los que cabe citar, a título de ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, cuyo preámbulo contiene una afirmación en el sentido de que las "inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados" (cuarto párrafo). Una redacción prácticamente idéntica se contiene en los preámbulos de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (quinto párrafo), la Convención sobre las Misiones Especiales (séptimo párrafo) y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (sexto párrafo). En el mismo sentido se ha manifestado el Instituto de Derecho Internacional en el preámbulo de su resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional, en el que indica que el Jefe del Estado y de Gobierno, en tanto que representante del Estado, debe tener un trato especial "no en su interés personal, sino porque le es necesario para 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 1001 *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).

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 9. 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 10 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 permisivo. La invocación de la inmunidad será conforme a derecho con independencia del momento en que se realice, lo que no impide que sus efectos puedan variar en función de dicha circunstancia temporal.

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 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 ocupe resulta irrelevante a los meros efectos de la definición"[1075].

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 debería 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 (*ratione personae* y *ratione personae*, respectivamente) 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 10, 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 la 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 tanto, se define como una garantía procesal que beneficia tanto al Estado del funcionario como al Estado cuya jurisdicción penal se pretende ejercer. Sin embargo, teniendo en cuenta la diversidad de sistemas y prácticas jurídicas existentes en los Estados, así como la necesidad de respetar el principio de autoorganización, no se ha considerado necesario identificar cuáles son las autoridades obligadas a informar ni tampoco las autoridades que deberán recibir noticia de la invocación. Esto es así, lógicamente, en el entendimiento de que en ambos casos se trata de autoridades del Estado que pretende ejercer o ha ejercido su jurisdicción penal sobre un funcionario de otro Estado, y que por "las demás autoridades interesadas" se está haciendo referencia a aquellas autoridades que tienen competencia para participar en los procesos de consideración o determinación de la inmunidad. En ambos casos es irrelevante que se trate de autoridades administrativas, del ejecutivo, del poder judicial o de la fiscalía, e incluso de autoridades policiales.

Artículo 12
Renuncia a la inmunidad

1. El Estado puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de su funcionario.

2. La renuncia a la inmunidad 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.

[1075] Párrafo 16) del comentario al proyecto de artículo 2 *supra*.

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 12 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 12 se refiere también a la información sobre el hecho de que se ha producido la renuncia, que ha de dirigirse a las autoridades competentes del Estado del foro. Aunque la estructura del proyecto de artículo 12 sigue el modelo del proyecto de artículo 11, 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 artículos[1076] 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 2009[1077]. Otro tanto sucede con la renuncia a la inmunidad del Estado,

[1076] 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.1, 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).

[1077] 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 1001 *supra*), pág. 748).

que ha sido contemplada tanto en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes[1078] como en las leyes nacionales sobre la inmunidad del Estado[1079].

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 que impide a los tribunales del Estado del foro 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"[1080].

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 12 se indica que "[e]l Estado puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios". De esta manera se pone el énfasis en el titular del derecho a la renuncia, que es el Estado del funcionario y no el funcionario mismo, lo que es una consecuencia lógica de que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se reconoce 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.

Por su parte, el artículo 8 de la resolución establece lo siguiente: "1. Mediante acuerdo los Estados pueden acordar las derogaciones que estimen oportunas respecto de la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución de sus Jefes de Estado. 2. Si la derogación no es expresa, se ha de presumir que no se han derogado la inviolabilidad y las inmunidades mencionadas en el párrafo anterior; la existencia y el alcance de esta derogación deben ser establecidas sin ambigüedades por cualquier medio jurídico" *(ibid.)*. Este planteamiento no ha experimentado cambio alguno como consecuencia de la adopción en 2009 de la resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en el caso de crímenes internacionales, que, sin embargo, incorpora un elemento nuevo al estipular en su artículo II, párrafo 3, que "[l]os Estados deberían considerar el levantamiento de la inmunidad de sus agentes cuando sean sospechosos o estén acusados de haber cometido crímenes internacionales". Esta recomendación corre paralela a lo previsto en el párrafo 2 del mismo artículo II, según el cual "[c]onforme al derecho internacional convencional y consuetudinario, los Estados tienen la obligación de prevenir y reprimir los crímenes internacionales. Las inmunidades no deberían constituir un obstáculo para la reparación adecuada a la que tienen derecho las víctimas de crímenes contemplados por la presente resolución" (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73-I-II (véase la nota 1001 *supra*), pág. 229).

[1078] No obstante, ha de tenerse en cuenta que, en el caso de la Convención de 2004, la renuncia a la inmunidad tan solo se aborda de modo indirecto, a través de la enumeración de una serie de supuestos en los que se ha de entender automáticamente que el Estado extranjero ha consentido en el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales del Estado del foro. Véanse, al respecto, los artículos 7 y 8 de la Convención.

[1079] 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 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.

[1080] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 25, párr. 61.

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 abstractos[1081]. La propia Comisión ya consideró en trabajos anteriores que era preferible no mencionar expresamente los órganos del Estado competentes para renunciar a la inmunidad[1082]. Además, la práctica estatal es reducida y no concluyente[1083]. Es el derecho interno el que determina 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 11 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 reconvencional], 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.

[1081] 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).

[1082] 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 recibiente no pueden sino aceptarla como una declaración del gobierno del Estado acreditante. Así, en el nuevo texto no se menciona la cuestión de la autorización del jefe de la misión para hacer la declaración. Se trata de una cuestión interna que solo concierne al Estado acreditante y al jefe de la misión" (*Anuario… 1958*, vol. II, documento A/3859, pág. 106, párrafo 2) del comentario al artículo 30). En una línea similar, la Comisión afirmó lo siguiente en relación con el proyecto de artículo 45 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares: "El texto del artículo no determina cuál será el procedimiento para renunciar a la inmunidad. Cabe suponer que cuando la medida se refiera al jefe de la oficina consular, la declaración de renuncia a la inmunidad deba hacerse por vía diplomática. Si la renuncia atañe a otro miembro del consulado, la declaración puede hacerla el jefe de la oficina consular de que se trate" (*Anuario… 1961*, vol. II, documento A/4843, pág. 132, párrafo 2) del comentario al artículo 45).

[1083] 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* (véase la nota 947 *supra*) por el Ministro de Justicia del Chad. Por su parte, en Suiza, en el caso *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (Tribunal Federal, 2 de noviembre de 1989 (véase la nota 960 *supra*)), 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.

8) El carácter expreso de la renuncia ha sido mantenido de forma constante por la Comisión en otros trabajos previos[1084], y se recoge tanto en los tratados internacionales relevantes[1085] como en leyes nacionales[1086]. 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"[1087]. Aunque los miembros de la Comisión han considerado de forma general que la renuncia a la inmunidad se puede establecer expresamente en un tratado[1088], 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)*[1089], 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"[1090].

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.

1084 Véase la nota 1076 *supra*.

1085 Véanse Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 32, párr. 2; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 45, párr. 2; Convención sobre las Misiones Especiales, art. 41, párr. 2; y Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 31, párr. 2.

1086 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.

1087 A/CN.4/729, párr. 103.

1088 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 1001 *supra*), pág. 748).

1089 *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, Reino Unido, Cámara de los Lores, 24 de marzo de 1999 (véase la nota 954 *supra*).

1090 *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), págs. 24 y 25, párr. 59.

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 11, 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 renuncia[1091]. 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.

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 11, 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 12 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 11, 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

[1091] Se reproducen a continuación tres ejemplos de declaraciones claras de renuncia incluidos en el memorando de la Secretaría sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/596 y Corr.1, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones), párrs. 252 y 253). En el asunto *Paul v. Avril*, el Ministro de Justicia de Haití 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 1083 *supra*), pág. 211). En el asunto *Ferdinand et Imelda Marcos*, la renuncia presentada por Filipinas estaba redactada en los siguientes términos: "El Gobierno filipino renuncia por la presente a toda inmunidad 1) de Estado, 2) de jefe de Estado o 3) diplomática, de la cual el ex-Presidente filipino Ferdinand Marcos y su esposa Imelda Marcos podrían gozar o de la cual podrían haber gozado sobre la base del derecho de los Estados Unidos o del derecho internacional. […] Esta renuncia se extiende al enjuiciamiento de Ferdinand e Imelda Marcos en el asunto mencionado más arriba (investigación llevada a cabo en el distrito meridional del estado de Nueva York), así como a todo acto criminal o a todo otro asunto conexo en los cuales esas personas trataran de referirse a su inmunidad" (*Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (véase la nota 960 *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).

comunicación, tiene como objeto dejar abierta la posibilidad de que la renuncia a la inmunidad sea comunicada directamente a los tribunales del Estado del foro.

13) El párrafo 4 establece que "[l]as autoridades a las que se ha comunicado la renuncia informarán inmediatamente a las demás autoridades interesadas de que se ha renunciado a la inmunidad". Este párrafo es el equivalente al párrafo 4 del proyecto del artículo 11, 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 11 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 12. 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 tema[1092]. 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

[1092] 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, secc. 1605 a; Reino Unido, State Immunity Act 1978, secc. 2; Singapur, State Immunity Act 1979, secc. 4; Pakistán, State Immunity Ordinance 1981, secc. 4; Sudáfrica, Foreign States Immunities Act 1981, secc. 3; Australia, Foreign States Immunities Act 1985, 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)).

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"[1093]. Sin embargo, otros miembros señalaron que de dicha afirmación no cabía deducir el carácter irrevocable de la renuncia a la inmunidad.

17) Para atender a la problemática de las posibles excepciones a la irrevocabilidad de la renuncia algunos miembros de la Comisión sugirieron modificar la redacción del párrafo 5 a fin de introducir expresiones de salvaguarda tales como "salvo en circunstancias excepcionales" o "en principio". A su juicio, ello permitiría reconocer que la renuncia puede ser revocada en circunstancias especiales tales como las que se han mencionado *supra*. Otros miembros consideraron, por el contrario, que la introducción de estas expresiones complicaría aún más la interpretación del párrafo 5 y que, por tanto, era preferible no modificar su redacción si finalmente se decidía mantenerlo en el proyecto de artículo 12. 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, en especial el principio 10[1094]. 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 12, facilitando así que los Estados tengan adecuado conocimiento del debate y puedan formular comentarios.

Artículo 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.

[1093] *Anuario… 1958*, vol. II, documento A/3859, pág. 107, párrafo 5) del comentario al artículo 30.

[1094] 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).

Comentario

1) El proyecto de artículo 13 se refiere a la posibilidad de que tanto el Estado del foro como el Estado del funcionario puedan solicitarse información el uno al otro. Es la última de las disposiciones de carácter procedimental 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 14. El proyecto de artículo 13 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 13, 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 13 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 10 (sobre la notificación), 11 (sobre la invocación) y 12 (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 13 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 que desea solicitar, conforme a lo dispuesto en varios instrumentos internacionales[1095].

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 10, 11 y 12, 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 13 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 11 y 12. 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 confidencialidad[1096]. La Comisión ha considerado preferible incluir en el proyecto de artículo 13 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, podía 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, que la finalidad perseguida por el proyecto de artículo 13 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

[1095] Véanse, por ejemplo, Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, art. 3; Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, art. 7; Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 1, párrs. 1 y 2; y Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 1, párr. 2.

[1096] Véase el séptimo informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/729), anexo II.

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 13 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 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 13, 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 favoreciese la entrega de la información solicitada

Artículo 14
Determinación de la inmunidad

1. La determinación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario del Estado será realizada por las autoridades competentes del Estado del foro, de acuerdo con su derecho y sus procedimientos y de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

2. Para realizar la determinación de la inmunidad, dichas autoridades competentes deberán tomar en consideración, en particular:

a) si el Estado del foro ha realizado la notificación prevista en el proyecto de artículo 10;

b) si el Estado del funcionario ha invocado o ha renunciado a la inmunidad;

c) cualquier otra información relevante proporcionada por las autoridades del Estado del funcionario;

d) cualquier otra información relevante proporcionada por otras autoridades del Estado del foro; y

e) cualquier otra información relevante procedente de otras fuentes.

3. Cuando el Estado del foro considere la aplicación del proyecto de artículo 7 para determinar la inmunidad:

a) las autoridades que realicen la determinación deben tener un nivel suficientemente alto;

b) además de lo previsto en el párrafo 2, las autoridades competentes deberán:

i) asegurarse de que existen razones sustanciales para creer que el funcionario cometió alguno de los crímenes de derecho internacional enumerados en el proyecto de artículo 7;

ii) tomar en consideración toda petición o notificación de otra autoridad o tribunal relativa a su ejercicio o su intención de ejercer la jurisdicción penal sobre el funcionario.

4. Las autoridades competentes del Estado del foro deberán determinar siempre la inmunidad:

a) antes de iniciar el procedimiento penal;

b) antes de adoptar medidas coercitivas que puedan afectar al funcionario, incluidas aquellas que puedan afectar a cualquier inviolabilidad de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional. Este apartado no impide la adopción o el mantenimiento de medidas cuya ausencia impida un posterior proceso penal contra el funcionario.

5. Toda determinación de que un funcionario de otro Estado no goza de inmunidad deberá poder ser impugnada por vía judicial. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la impugnación de cualquier otra determinación de la inmunidad que pueda realizarse en virtud del derecho aplicable en el Estado del foro.

Comentario

1) El proyecto de artículo 14 se refiere a la determinación de la inmunidad. Por "determinación" se entiende la decisión referida a si la inmunidad se aplica o no en un caso concreto y es, por ello, una disposición que ocupa un lugar central en la cuarta parte del presente proyecto de artículos. El proyecto de artículo 14 constituye una de las garantías procesales más fundamentales contenidas en esa parte.

2) La "determinación" es la fase final de un proceso en el que las autoridades competentes del Estado del foro realizan una evaluación de los distintos elementos y circunstancias que concurren en el caso concreto y es distinta de la "consideración" de la inmunidad regulada en el proyecto de artículo 9, que se refiere únicamente al inicio del examen de esta cuestión. En todo caso, como la determinación es la fase final de este proceso, el proyecto de artículo 14 debe leerse juntamente con otras disposiciones de la cuarta parte del proyecto de artículos, en particular los proyectos de artículo 8 a 13, que se refieren a instituciones que son relevantes para la determinación de la inmunidad. A este respecto, debe llamarse la atención sobre la especial relevancia del proyecto de artículo 8, que define el ámbito de aplicación de la cuarta parte y su relación con las otras partes del proyecto de artículos. De conformidad con este proyecto de artículo, la determinación de la inmunidad debe producirse siempre que se suscite la cuestión de la inmunidad respecto del ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro, incluidos los casos en que pudiera resultar aplicable el proyecto de artículo 7.

3) El proyecto de artículo 14 está estructurado en cinco párrafos dedicados, respectivamente, a definir quién debe realizar la determinación de la inmunidad y de conformidad con qué normas jurídicas (párr. 1); cuáles son los criterios generales que debe tener en cuenta el Estado del foro para determinar la inmunidad (párr. 2); cuáles son los criterios especiales que debe tener en cuenta el Estado del foro para determinar la inmunidad en conexión con el proyecto de artículo 7 (párr. 3); el momento en que debe determinarse la inmunidad (párr. 4); y la revisión judicial de la determinación de la inmunidad (párr. 5).

Párrafo 1

4) El párrafo 1 se inicia con las palabras "la determinación". El uso del artículo "la" tiene como finalidad poner de manifiesto que la determinación se produce siempre respecto de un

supuesto concreto, cuyos elementos y circunstancias pueden ser distintos a los de cualquier otro caso. En cada versión lingüística se ha empleado el término más adecuado para lograr tal finalidad.

5) La determinación de la inmunidad será realizada por "las autoridades competentes del Estado del foro". Con la referencia a "las autoridades competentes del Estado del foro" se introduce un elemento de flexibilidad que permite tener en cuenta estos dos factores: en primer lugar, que la determinación de la inmunidad puede producirse en distintos momentos y no está limitada a un procedimiento judicial en sentido estricto, y, en segundo lugar, que las autoridades que pueden determinar la inmunidad pueden variar de un Estado a otro en virtud de las normas nacionales aplicables. Así, las autoridades competentes para determinar la inmunidad podrán incluir órganos administrativos y del ejecutivo, fiscales, jueces u otros órganos a los que el derecho nacional del Estado del foro otorgue tal competencia. Además, ha de tenerse en cuenta que varios órganos del Estado del foro pueden ser considerados, sucesivamente, como autoridades competentes en aquellos casos en que la determinación de la inmunidad pueda o deba realizarse en distintas fases, en especial cuando el ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro exija la intervención de órganos judiciales. En estos casos, cada una de las autoridades competentes que han de realizar una determinación de la inmunidad deberá aplicar los criterios enunciados en los párrafos 2, 3 y 4 del proyecto de artículo 14.

6) La determinación de la inmunidad se realizará de acuerdo con el derecho nacional del Estado del foro. En el párrafo 1 se utiliza la expresión "de acuerdo con su derecho y sus procedimientos" para señalar que las autoridades competentes deben tener en cuenta tanto las normas sustantivas como las normas procesales y procedimentales aplicables al caso. No obstante, aunque el ordenamiento nacional del Estado del foro constituirá la base primaria para determinar la inmunidad, se ha incluido también una referencia explícita a que la determinación se realice "de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables" teniendo en cuenta que la inmunidad es una institución de derecho internacional y que los Estados están obligados, además, tanto por normas consuetudinarias como por normas convencionales que pueden tener incidencia sobre la inmunidad y su determinación. Por tanto, ambas categorías (derecho nacional e internacional) deben aplicarse conjuntamente.

Párrafo 2

7) El párrafo 2 enuncia los criterios que las autoridades competentes del Estado del foro deben tener en cuenta para determinar la inmunidad en un caso concreto. Los criterios incluidos en este párrafo deberán ser tenidos en cuenta en cualquier caso de determinación de la inmunidad, incluidos aquellos en los que pueda considerarse la aplicación del proyecto de artículo 7. En todo caso, debe destacarse que los criterios incluidos en este párrafo son los criterios básicos que deberán ser tenidos en cuenta siempre, pero no son los únicos que las autoridades competentes del Estado del foro pueden tomar en consideración para determinar la inmunidad. A ello obedece el empleo de la expresión "en particular" al final de la frase introductoria del párrafo.

8) En la relación de criterios que han de ser tenidos en cuenta por las autoridades competentes del Estado del foro se han incluido algunos elementos esenciales que forman parte del recorrido procesal que se inicia con la consideración de la inmunidad y termina con la determinación de la inmunidad, en particular, la notificación prevista en el proyecto de artículo 10 (a la que se refiere el apartado a)), la invocación o renuncia a la inmunidad por parte del Estado del funcionario (apartado b)) y la información a disposición del Estados del foro (apartados c), d) y e)).

9) Estos criterios han sido incluidos por su conexión directa con las garantías procesales a las que se refieren los proyectos de artículo 10, 11, 12 y 13. Sin embargo, aunque todos los criterios incluidos en el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 guardan relación con los otros proyectos de artículo que se acaban de citar, la Comisión no ha considerado necesario incluir referencias cruzadas a estos en todos los casos. Por el contrario, se ha incluido únicamente una referencia expresa al proyecto de artículo 10 teniendo en cuenta que solo este proyecto de artículo impone una obligación al Estado del foro, mientras que los restantes se refieren a potestades del Estado del funcionario (invocación y renuncia) o a instrumentos a disposición

del Estado del foro y del Estado del funcionario que tienen carácter facultativo (solicitudes de información).

10) En todo caso, debe tenerse en cuenta que los criterios enumerados en el párrafo 2 no son prerrequisitos para la determinación de la inmunidad, sino elementos de orientación que se ofrecen a las autoridades competentes y que estas deben tomar en consideración a los efectos de la determinación de la inmunidad. Ello resulta especialmente relevante respecto de la invocación de la inmunidad, que no ha sido considerada por la Comisión como un prerrequisito para la aplicación de la inmunidad ni en el caso de la inmunidad *ratione personae* ni respecto de la inmunidad *ratione materiae*. Por tanto, las autoridades competentes del Estado del foro deberán determinar la inmunidad en todo caso, tanto si ha sido invocada como si no. Y ello con independencia de que la invocación, o la no invocación, de la inmunidad pueda tener un peso distinto a la luz de las circunstancias de cada caso concreto.

11) Por lo que se refiere a la información a disposición de las autoridades competentes del Estado del foro, la Comisión ha considerado útil referirse a ella de forma independiente en función de las fuentes de las que procede. La información proporcionada por el Estado del funcionario (apartado c)) guarda una relación directa con el sistema de solicitudes de información previsto en el proyecto de artículo 13, pero nada impide que dicha información sea proporcionada *proprio motu* por este al margen de dicho sistema. La referencia a la información "proporcionada por otras autoridades del Estado del foro" (apartado d)) se ha incluido teniendo en cuenta que las autoridades competentes para determinar la inmunidad pueden recibir, y en muchas ocasiones reciben, información de otras autoridades del Estado que puede ser útil o necesaria para determinar la inmunidad, entre ellas la proporcionada por los servicios de Policía, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Justicia u otros. Por último, la Comisión ha tenido en cuenta igualmente que con frecuencia las autoridades competentes del Estado del foro reciben o disponen de información procedente de otras fuentes, entre las que se incluyen terceros Estados, organizaciones internacionales (incluida la Organización Internacional de Policía Criminal-INTERPOL), mecanismos internacionales de investigación, tribunales, el Comité Internacional de la Cruz Roja y organizaciones no gubernamentales. La Comisión ha considerado que esta información puede ser de utilidad para determinar la inmunidad en un caso concreto y, por ello, la ha incluido en el apartado e) del párrafo 2. Sin embargo, no ha considerado oportuno incluir de forma expresa las distintas fuentes que se acaban de mencionar y ha preferido emplear la expresión "otras fuentes", refiriéndose así de forma general a cualquier fuente cuya información pueda ser de utilidad para determinar la inmunidad en un caso concreto.

12) Por último, se debe destacar que la Comisión ha decidido no establecer en el párrafo 2 ninguna jerarquización entre la información disponible en función de su origen. Por ello, los apartados c), d) y e) comienzan con la expresión "cualquier otra información relevante". En todo caso, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que la información que debe ser tomada en consideración para determinar la inmunidad debe ser siempre "información relevante", y corresponde a las autoridades competentes del Estado del foro valorar dicha relevancia.

Párrafo 3

13) El párrafo 3 se aplica únicamente en aquellos casos en los que la determinación de la inmunidad entra en relación con el proyecto de artículo 7. Es decir, en aquellos supuestos en los que el Estado del foro considere que el funcionario de otro Estado puede haber cometido uno de los crímenes de derecho internacional enumerados en dicho proyecto de artículo, lo que puede conducir a que el Estado del foro determine que el funcionario en cuestión no goza de inmunidad *ratione materiae* aunque sus actos hayan sido realizados a título oficial. En estas circunstancias, la Comisión ha considerado que para este tipo de casos es necesario establecer criterios especiales de determinación de la inmunidad que garanticen un correcto equilibrio entre los intereses del Estado del foro y los del Estado del funcionario. Estos criterios especiales responden a dos objetivos que operan de forma complementaria: en primer lugar, reducir el riesgo de politización y utilización abusiva del proyecto de artículo 7, y, en segundo lugar, que el proyecto de artículo 7 pueda desplegar sus efectos y no resulte imposible su utilización de buena fe.

14) Los criterios especiales enumerados en el párrafo 3 son complementarios de los establecidos en el párrafo 2, que se aplican también en relación con la determinación de la inmunidad que pueda verse afectada por el proyecto de artículo 7. Los criterios especiales establecidos en el párrafo 3 se refieren a dos cuestiones distintas, a saber: qué autoridades deben determinar la inmunidad en estas circunstancias (apartado a)) y qué elementos adicionales deben ser valorados por las autoridades competentes a los efectos de determinar la inmunidad (apartado b)).

15) En el apartado a) se establece que las autoridades del Estado del foro que han de determinar la inmunidad "deben tener un nivel suficientemente alto". Este criterio ha sido definido por la Comisión teniendo en cuenta, en primer lugar, la gravedad de los crímenes que presumiblemente habría cometido el funcionario, que por sus características y especialidad requieren una evaluación por órganos del Estado con una especial cualificación y nivel competencial. Junto a ello, se ha tenido también en cuenta que, en relación con esta categoría de crímenes, el ejercicio de la jurisdicción penal sobre un funcionario extranjero puede tener una alta incidencia en las relaciones entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, lo que también justifica que las autoridades que procedan a la determinación de la inmunidad tengan una capacidad de decisión a un nivel suficientemente alto.

16) La Comisión entiende que el "nivel suficientemente alto" es el criterio necesario para definir el concepto de "autoridad competente" a los efectos de este tipo de determinación, y por ello, en el apartado a) se emplea únicamente el término "autoridades" y no la expresión "autoridades competentes" que, sin embargo, sí se utiliza en el apartado b). En todo caso, se debe recordar aquí que, tal y como se ha señalado *supra*, el término "autoridades" se emplea para referirse a una categoría amplia de órganos del Estado entre los que se incluyen los órganos administrativos y del ejecutivo, los fiscales y los órganos judiciales. En todo caso, se ha de tener en cuenta que determinar las "autoridades que [tengan] un nivel suficientemente alto" dependerá de lo previsto en el sistema jurídico de cada Estado. Por ello, el "nivel suficientemente alto" no puede identificarse con el de "superior jerárquicamente", ya que la existencia o no de una relación o dependencia jerárquica en cada categoría de órganos dependerá del sistema interno del Estado del foro.

17) En el párrafo 3, apartado b), se enuncian dos criterios que operan como elementos adicionales que deben ser valorados al determinar la inmunidad en concurrencia con el proyecto de artículo 7. Cada uno de ellos responde a una naturaleza distinta y por ello la obligación que se impone a las autoridades competentes se formula de manera distinta en cada caso: "asegurarse" respecto del primero de los criterios y "tomar en consideración" respecto del segundo.

18) En virtud del primero de los criterios enunciados en el apartado b) i), "las autoridades competentes [deben] asegurarse de que existen razones sustanciales para creer que el funcionario cometió alguno de los crímenes de derecho internacional enumerados en el proyecto de artículo 7"; es decir, un crimen de genocidio, de lesa humanidad, de guerra, de *apartheid*, tortura o desaparición forzada. La expresión "[deben] asegurarse" hace referencia a la obligación de las autoridades competentes de formarse un juicio razonado sobre tal extremo, pero no debe confundirse con el convencimiento más allá de toda duda razonable que sería necesario para que un tribunal concluya que el funcionario en cuestión es responsable penalmente de la comisión de alguno de estos crímenes. Esta distinción reviste gran importancia, en especial teniendo en cuenta que, como se señalará más adelante, la determinación de la inmunidad puede realizarse en distintos momentos y no ha de identificarse necesariamente con una determinación judicial.

19) Con la finalidad de evitar un uso político o abusivo de las excepciones a la inmunidad, el criterio contenido en el apartado b) i) tiene como objeto evitar que la determinación de la inmunidad se produzca únicamente sobre la base de informaciones periodísticas, denuncias u otro tipo de información que no haya sido contrastada. Por tanto, resulta esencial la definición del estándar de prueba aplicable a la información de que disponen las autoridades competentes y que constituye la base para formar su juicio. Tras valorar distintas

posibilidades[1097], se ha optado por emplear un estándar de prueba consolidado a nivel internacional. Así, la Comisión ha considerado como modelo útil los estándares definidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en especial teniendo en cuenta que dichos estándares han sido examinados y acordados por los Estados en una conferencia internacional con una amplia participación.

20) Siguiendo este criterio, la Comisión ha valorado las distintas formulaciones empleadas en el Estatuto de Roma para identificar una base suficiente para ejercer su jurisdicción, a saber: a) el "fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen", como estándar de prueba suficiente para que el Fiscal decida el inicio de una investigación[1098] y, en un sentido negativo, las "razones sustanciales para creer que […] una investigación no redundaría en interés de la justicia"[1099]; b) el "motivo razonable para creer que [un individuo] ha cometido un crimen", como estándar aplicable para dictar una orden de detención por la Sala de Cuestiones Preliminares[1100], y c) "si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa", a los efectos de la confirmación de cargos por la Sala de Cuestiones Preliminares[1101].

21) Tras analizar cada una de estas formulaciones de los estándares de prueba, la Comisión ha decidido emplear la expresión "razones sustanciales para creer", que considera suficientemente precisa para alcanzar los objetivos perseguidos por este criterio. Esta expresión se toma de la versión en inglés del artículo 61, párrafo 7, del Estatuto de Roma, que es la misma en las versiones en árabe, chino, francés y ruso. Aunque dicha expresión es distinta en la versión en español ("motivos fundados para creer"), la Comisión ha preferido no emplear una redacción diferenciada en cada uno de los idiomas oficiales, a fin de evitar posibles interpretaciones equívocas sobre un tema tan importante como el estándar de prueba requerido para la aplicación de la excepción a la inmunidad *ratione materiae*. Sin embargo, la Comisión ha decidido no retener el resto de la frase del párrafo 7 del artículo 61 ("si existen pruebas suficientes de que hay"), para evitar la interpretación errónea de que las autoridades competentes para determinar la inmunidad deberían proceder a un examen de los elementos de prueba con la misma intensidad con que lo debe hacer la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, a través de un procedimiento judicial en el que se reconoce el derecho a la participación del acusado o de su defensor.

22) En relación con lo dicho en el párrafo anterior, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el empleo de la expresión "razones sustanciales para creer" en el presente proyecto de artículo no debe confundirse con el uso de la misma expresión en la versión en inglés del artículo 53, párrafo 1 c), del Estatuto de Roma[1102] como base para que el Fiscal de la Corte decida que, a pesar de existir información suficiente de que se han cometido crímenes de la competencia de la Corte, no es preciso iniciar una investigación porque ello "no redundaría en interés de la justicia". Aunque la Comisión examinó esta cuestión, decidió no incluir una referencia al interés de la justicia como parte de este criterio por considerar que ello podría conducir a una eventual politización de la determinación de la inmunidad.

23) El estándar de prueba que se acaba de analizar viene referido al comportamiento del funcionario de otro Estado, empleándose la fórmula "cometió alguno de los crímenes de derecho internacional enumerados en el proyecto de artículo 7". El empleo del verbo "cometió" sigue la redacción de las disposiciones del Estatuto de Roma antes mencionadas y debe entenderse en relación con el proceso de determinación de la inmunidad, que —como se señaló *supra*— no puede confundirse con la determinación de la responsabilidad penal en que pueda haber incurrido el funcionario. Por ello, el empleo del verbo "cometió" no afecta

[1097] La Comisión ha considerado, entre otras, las siguientes formulaciones: "evidencias *prima facie*", "pruebas claras y convincentes" y "el más alto estándar de prueba requerido para el enjuiciamiento de los crímenes en el sistema jurídico interno" del Estado del foro.

[1098] Estatuto de Roma, art. 53, párr. 1 a).

[1099] *Ibid*., art. 53, párr. 1 c).

[1100] *Ibid*., art. 58, párr. 1 a).

[1101] *Ibid*., art. 61, párr. 7.

[1102] Se utiliza la misma expresión en las versiones en chino y español de este artículo. La expresión de las versiones en árabe, francés y ruso es diferente.

al principio de presunción de inocencia del funcionario, cuyo respeto se reconoce en virtud de lo previsto en el proyecto de artículo 16, que lleva por título “trato justo del funcionario del Estado”.

24) En virtud del criterio establecido en el párrafo 3, apartado b) ii), de este proyecto de artículo, las autoridades competentes deben “tomar en consideración toda petición o notificación de otra autoridad o tribunal relativa a su ejercicio o su intención de ejercer la jurisdicción penal sobre el funcionario”. El nivel de la obligación que se impone a las autoridades competentes es de menor intensidad que el referido en el apartado b) i), ya que se limita a “tomar en consideración” la existencia o no de dicha petición o notificación.

25) Al incluir este criterio, la Comisión ha tenido en cuenta que el enjuiciamiento de los crímenes de derecho internacional enumerados en el proyecto de artículo 7 puede llevarse a cabo por una pluralidad de jurisdicciones, tanto nacionales como internacionales. Así, esos crímenes pueden ser sometidos a la jurisdicción penal del propio Estado del funcionario, a la jurisdicción penal de terceros Estados en virtud de los títulos competenciales previstos en sus propios ordenamientos jurídicos o en los tratados aplicables y a los tribunales internacionales e híbridos competentes. El ejercicio de la jurisdicción penal puede producirse de forma simultánea o sucesiva ante varias de las jurisdicciones indicadas, así como ante la jurisdicción del Estado del foro.

26) Por ello, la Comisión ha decidido incluir este criterio especial para la determinación de la inmunidad en relación con el proyecto de artículo 7, teniendo en cuenta que permite poner en funcionamiento los sistemas de cooperación y asistencia jurídica mutua aplicables y, por esta vía, objetivar las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción por el Estado del foro, el Estado del funcionario, un tercer Estado o un tribunal internacional. La Comisión ha tomado igualmente en consideración que la inmunidad de jurisdicción penal del funcionario desempeñará un papel distinto en cada una de las jurisdicciones citadas, siendo inoponible ante la jurisdicción del Estado del funcionario y ante los tribunales penales internacionales. En consecuencia, valorar si la jurisdicción se está ejerciendo o se pretende ejercer por una jurisdicción distinta a la del Estado del foro puede ser un instrumento útil para evitar que se produzca una colisión entre el respeto de la inmunidad y la responsabilidad penal por la comisión de crímenes de derecho internacional. Ello constituye una garantía procesal reforzada a los efectos de la cuarta parte del presente proyecto de artículos.

27) El empleo, en el párrafo 3, apartado b) ii), de las expresiones alternativas “petición o notificación”, “otra autoridad o tribunal” y “su ejercicio o su intención de ejercer” responde a la voluntad de ofrecer una redacción suficientemente flexible que permita dar cobertura a las distintas situaciones que se pueden producir en la práctica.

28) Este criterio guarda una evidente relación con la remisión del procedimiento penal a que se refiere el proyecto de artículo 15. Sin embargo, el alcance de este es más amplio, por lo que la Comisión ha preferido no hacer una referencia expresa a dicho proyecto de artículo en este párrafo del proyecto de artículo 14.

Párrafo 4

29) El párrafo 4 se refiere al momento en que se debe producir la determinación de la inmunidad y se aplica a cualquier determinación que se produzca de conformidad con lo previsto en el proyecto de artículo 14.

30) Aunque el párrafo 4 no estaba inicialmente incluido en las propuestas originales del proyecto de artículo 14, la Comisión decidió hacerlo en el marco del debate general sobre una propuesta formulada por alguno de sus miembros, conforme a la cual el ejercicio de la jurisdicción penal sobre un funcionario extranjero no podría producirse si dicho funcionario no se encontraba presente en el territorio del Estado del foro. La propuesta no ha sido retenida por la Comisión por considerar que es una limitación excesiva de la jurisdicción de ese Estado que no se adecúa a la práctica internacional, ya que los sistemas jurídicos de un cierto número de Estados permiten los juicios en rebeldía. A ello ha de añadirse que, de manera general, nada impide que ciertos actos caracterizados como ejercicio de la jurisdicción —en particular los actos de investigación— puedan llevarse a cabo aunque el interesado no se encuentre en el territorio del Estado del foro.

31) Sin embargo, la Comisión consideró que esta propuesta —a pesar de no ser retenida— había puesto sobre la mesa la necesidad de incluir en el proyecto de artículo sobre la determinación de la inmunidad alguna disposición que ofrezca protección al funcionario del Estado hasta que la determinación se produzca de manera efectiva. El resultado es el párrafo 4 del proyecto de artículo 14, que constituye una garantía para el Estado del funcionario y para el funcionario mismo al exigir que la determinación de la inmunidad se produzca siempre antes de que se puedan adoptar medidas que afectarán necesariamente al funcionario.

32) Al igual que sucede con la consideración de la inmunidad, su determinación se debe producir tan pronto como sea posible, a fin de evitar que una determinación tardía de la inmunidad impida que despliegue sus plenos efectos[1103]. Sin embargo, la Comisión no ha considerado necesario identificar de modo general el momento en que la determinación debe tener lugar, ya que ello dependerá de distintas circunstancias que no es posible enumerar de manera exhaustiva. Por el contrario, el párrafo 4 de este proyecto de artículo define los momentos en que la determinación de la inmunidad debe producirse de manera irrenunciable si no ha sido determinada antes. Ello se refleja en el empleo de la palabra "siempre" referida a la obligación de determinar la inmunidad que se impone a las autoridades competentes del Estado del foro.

33) Para identificar los momentos en que necesariamente se debe determinar la inmunidad, el párrafo 4 del proyecto de artículo 14 sigue básicamente la redacción del proyecto de artículo 9, párrafo 2. Así, la determinación deberá producirse obligatoriamente "antes de iniciar el procedimiento penal" y "antes de adoptar medidas coercitivas que puedan afectar al funcionario, incluidas aquellas que puedan afectar a cualquier inviolabilidad de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional". El significado y alcance de estas frases ha sido analizado previamente en los comentarios al proyecto de artículo 9, párrafo 2, a los que se remite[1104].

34) Sin embargo, el apartado b) del párrafo 4 del proyecto de artículo 14 añade una frase nueva, conforme a la cual el hecho de que la determinación de la inmunidad se tenga que producir siempre antes de adoptar medidas coercitivas contra el funcionario extranjero "no impide la adopción o el mantenimiento de medidas cuya ausencia impida un posterior proceso penal contra el funcionario". Con esta cláusula se establece un equilibrio entre los intereses del Estado del funcionario, concretados en la determinación de la inmunidad en un momento procesalmente oportuno, y los intereses del Estado del foro, concretados en la preservación de la potestad para dictar medidas coercitivas que son necesarias para asegurar que, si posteriormente pudiese ejercer su jurisdicción penal sobre el funcionario extranjero, ello no será imposible en la práctica. Las medidas coercitivas que se podrían adoptar o mantener serán, por tanto, medidas de naturaleza cautelar entre las que se encuentran, por ejemplo, todas aquellas medidas administrativas que tengan como finalidad impedir la salida del funcionario del territorio del Estado del foro, incluida la retención del pasaporte o la emisión de una orden de prohibición de abandonar dicho territorio y la obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades nacionales. La necesidad de preservar la potestad para adoptar y mantener estas medidas coercitivas incluso después de la determinación de la inmunidad se justifica, sobre todo, si se tiene en cuenta que la determinación se puede producir en una fase temprana del ejercicio de la jurisdicción y que la misma puede ser revertida con posterioridad, especialmente en fase judicial.

Párrafo 5

35) Como ya se ha señalado anteriormente, la determinación de la inmunidad se puede producir en distintos momentos y puede ser decidida por autoridades administrativas, por el ejecutivo, por los fiscales o por los órganos judiciales. Por tanto, la determinación de la inmunidad no necesariamente debe ser una determinación judicial.

36) Sin embargo, el hecho de que la determinación de la inmunidad se produzca a los efectos del ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro se traduce, en la práctica, en el hecho de que existe una elevada probabilidad de que la determinación de la inmunidad

[1103] Véase, en particular, el párrafo 7) del comentario al proyecto de artículo 9 *supra*.
[1104] Véanse, en particular, los párrafos 8) a 14) del comentario al proyecto de artículo 9 *supra*.

finalice en una fase judicial, en especial en relación con la decisión de iniciar un procedimiento penal contra el funcionario extranjero o la adopción de ciertas medidas coercitivas que deben ser acordadas por los tribunales o pueden ser sometidas al control judicial. A ello ha de añadirse el hecho de que los actos de determinación de la inmunidad adoptados por autoridades administrativas, del ejecutivo o fiscales podrán ser susceptibles de control judicial en un buen número de casos. Teniendo esto en cuenta, la Comisión ha incluido en el proyecto de artículo 14 un párrafo 5 dedicado a la impugnación de la determinación de la inmunidad por vía judicial.

37) Aunque la propuesta inicial de la Relatora Especial era más amplia, la Comisión ha decidido abordar la cuestión de la impugnación de la determinación de la inmunidad desde la perspectiva de las garantías que se ofrecen al Estado del funcionario y al funcionario mismo. Por ello, se ha dado un trato prioritario a la impugnación de la "determinación de que un funcionario de otro Estado no goza de inmunidad", que "deberá poder ser impugnada por vía judicial". De esta manera se impone una obligación al Estado del foro, que deberá asegurar que dicha impugnación es posible. La Comisión ha empleado la expresión "impugnada por vía judicial", que, si bien fue objeto de un amplio debate, se consideró como la más adecuada, por su generalidad, para dar cobertura a las distintas vías de acción y los recursos que se establecen a tal fin en cada sistema jurídico nacional. El párrafo 5 tampoco se pronuncia sobre la legitimación para impugnar la determinación ni sobre otras cuestiones de naturaleza procesal que dependerán de cada uno de los derechos nacionales.

38) El énfasis puesto en el caso de la determinación que concluye que la inmunidad no se aplica obedece también a otras consideraciones, entre las que se ha alegado el hecho de que en algunos sistemas jurídicos la decisión del Fiscal de no ejercer la jurisdicción, incluso porque la inmunidad se aplica, no puede ser objeto de control judicial. Sin embargo, el tratamiento prioritario dado a la impugnación de las determinaciones por las que se deniega la inmunidad no puede interpretarse en ningún caso como una voluntad de la Comisión de excluir la impugnación cuando la determinación sea positiva. Por el contrario, el párrafo 5 contiene una cláusula "sin perjuicio" que deja a salvo "la impugnación de cualquier otra determinación de la inmunidad que pueda realizarse en virtud del derecho aplicable en el Estado del foro".

39) Mediante esta cláusula "sin perjuicio", la Comisión reconoce que la determinación de la inmunidad de contenido positivo puede ser igualmente impugnada en vía judicial, haciéndose así eco de la práctica existente en un buen número de Estados, así como de la necesidad de establecer un equilibrio entre el funcionario extranjero, por un lado, y las víctimas de los crímenes que presuntamente ha cometido, por otro. En este contexto, la Comisión ha tenido en cuenta, en particular, el derecho de acceso a la justicia que forma parte del contenido básico del derecho a la tutela judicial efectiva y, como tal, está reconocido en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos[1105] y ha sido definido de forma sistemática en la jurisprudencia de tribunales regionales como el Tribunal Europeo de

[1105] Véanse, en este sentido, los siguientes instrumentos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171, y vol. 1057, pág. 407, art. 14; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950), *ibid*., vol. 213, núm. 2889, pág. 221, arts. 6 y 13; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2000), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 364, de 18 de diciembre de 2000, pág. 1, art. 47; Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Pacto de San José de Costa Rica" (San José, 22 de noviembre de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, núm. 17955, pág. 123, art. 8; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981), *ibid*., vol. 1520, núm. 26363, pág. 217, art. 7; y Carta Árabe de Derechos Humanos (aprobada por la Cumbre de la Liga de los Estados Árabes en su 16o período ordinario de sesiones, celebrado en Túnez en mayo de 2004, CHR/NONE/2004/40/Rev.1, o bien Boston University International Law Journal, vol. 24, núm. 2 (2006), pág. 147), art. 12.

Derechos Humanos[1106] y la Corte Interamericana de Derechos Humanos[1107], así como en la doctrina del Comité de Derechos Humanos[1108]. Todos estos elementos deberán ser debidamente tenidos en cuenta a fin de determinar si una impugnación "pued[e] realizarse en virtud del derecho aplicable en el Estado del foro", ya que la Comisión entiende que con la expresión "derecho aplicable" se hace referencia tanto al derecho estatal como a las normas de derecho internacional que sean exigibles a dicho Estado.

Artículo 15
Remisión del procedimiento penal

1. Las autoridades competentes del Estado del foro podrán, *proprio motu* o a petición del Estado del funcionario, ofrecer al Estado del funcionario la remisión del procedimiento penal.

2. El Estado del foro deberá considerar de buena fe toda petición de remisión del procedimiento penal. Dicha remisión solo tendrá lugar si el Estado del funcionario acepta someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

3. Una vez acordada la remisión, el Estado del foro suspenderá su procedimiento penal, sin perjuicio de la adopción o el mantenimiento de medidas cuya ausencia impida un posterior proceso penal contra el funcionario.

4. El Estado del foro podrá reanudar su procedimiento penal si, tras la remisión, el Estado del funcionario no somete con prontitud y de buena fe el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

5. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier otra obligación del Estado del foro o del Estado del funcionario en virtud del derecho internacional.

Comentario

1) El proyecto de artículo 15 contempla la posibilidad de utilizar el mecanismo de la remisión del procedimiento penal al Estado del funcionario y se regulan las condiciones en que esta se puede producir, así como sus efectos.

2) La remisión del procedimiento penal es una institución propia de la cooperación y asistencia jurídica mutua en materia penal, que —aunque no está muy generalizada— ha sido regulada en algunos instrumentos internacionales multilaterales[1109]. De su importancia da buena muestra la adopción por la Asamblea General del Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal. Este mecanismo permite a un Estado que está ejerciendo su jurisdicción sobre un individuo remitir el procedimiento penal a otro Estado que también es competente y que, por distintos motivos, estaría en mejores condiciones de ejercer la

[1106] Véanse, por todos, *Airey v. Ireland*, 9 de octubre de 1979, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 32; y *Stanev v. Bulgaria* [GC], núm. 36760/06, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2012.

[1107] Véase, en particular, *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-9/87, de 6 de octubre de 1987, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 9.

[1108] Véase, en particular, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32 (2007), sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia.

[1109] En el seno del Consejo de Europa se ha adoptado el Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, de 1972. Por su parte, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal se refiere a la remisión del procedimiento en su artículo 21. Especial importancia tiene el tratamiento dado a la cuestión de la remisión del procedimiento penal en el artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional ((Nueva York, 15 de noviembre de 2000), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2225, núm. 39574, pág. 209), que, además, ha sido objeto de examen continuado en el seno de la Conferencia de las Partes en la Convención. A este respecto, véase Grupo de Trabajo sobre Cooperación Internacional de la Conferencia de las Partes en la Convención, Consideraciones prácticas, buenas prácticas y dificultades encontradas en el ámbito de la remisión de las actuaciones penales como forma diferenciada de cooperación internacional en asuntos penales (CTOC/COP/WG.3/2017/2).

jurisdicción. A través de la remisión del procedimiento se busca asegurar que la jurisdicción se ejerza efectivamente y que, en su caso, se pueda deducir la responsabilidad penal del individuo[1110].

3) Aunque en los instrumentos internacionales que regulan la remisión del procedimiento no se hace referencia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, nada impide que este mecanismo pueda utilizarse igualmente en un contexto en el que la cuestión de la inmunidad se plantea. El proyecto de artículo 15 sirve a esta finalidad, de forma que permite la remisión al Estado del funcionario del procedimiento que se ha iniciado contra este en el Estado del foro. Con el recurso a ese instrumento de cooperación se garantiza el equilibrio entre los derechos e intereses del Estado del funcionario y del Estado del foro, contribuyendo a preservar la inmunidad al tiempo que se garantiza que esta no impedirá el efectivo ejercicio de la jurisdicción penal respecto del funcionario. Esta fórmula es plenamente compatible con la posición mantenida por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, en la que declara que la inmunidad no afecta a la responsabilidad penal internacional del funcionario del Estado, que podrá deducirse a través del ejercicio de su jurisdicción por los tribunales del Estado del funcionario, por otros tribunales o por un tribunal penal internacional[1111].

4) El proyecto de artículo 15 se refiere únicamente a la remisión del procedimiento penal del Estado del foro al Estado del funcionario, ya que está concebido como una garantía procesal que opera entre los Estados a que se refiere directamente el presente proyecto de artículos. Ello no impide que se pueda producir una remisión del procedimiento a un tercer Estado en virtud de normas sobre cooperación y asistencia jurídica mutua en material penal que resulten aplicables. Tampoco impide que se pueda remitir el procedimiento a un tribunal penal internacional competente. Sin embargo, la remisión del procedimiento penal a un tercer Estado o a una jurisdicción penal internacional se realizará de acuerdo con las normas internacionales aplicables en cada caso y no de conformidad con lo previsto en el proyecto de artículo 15, que establece reglas especiales para la remisión del procedimiento penal entre el Estado del foro y el Estado del funcionario en el contexto del presente proyecto de artículos.

5) El proyecto de artículo 15 está integrado por cinco párrafos, que definen el *iter* procedimental que deberá seguir la remisión del procedimiento penal y sus efectos (párrs. 1 a 3), y establecen dos salvaguardas referidas al ejercicio de su jurisdicción por el Estado del foro (párrs. 4 y 5).

Párrafo 1

6) El párrafo 1 define la primera fase del proceso de remisión, estableciendo que "[l]as autoridades competentes del Estado del foro podrán […] ofrecer al Estado del funcionario la remisión del procedimiento penal". La remisión se entiende, por tanto, como una potestad del Estado del foro y no como una obligación. Además, la potestad reconocida al Estado del foro se concreta en el ofrecimiento de la remisión y no en la remisión misma, que solo se hará efectiva si se cumple el requisito establecido en la segunda frase del párrafo 2 del proyecto de artículo. Aunque algunos miembros de la Comisión consideraron que el empleo del verbo "ofrecer" era innecesario y que su supresión no alteraría el significado del párrafo, la Comisión ha decidido mantenerlo para reforzar la conexión del párrafo 1 con la condición establecida en el párrafo 2 para que la remisión sea efectiva y, por tanto, quede claro el carácter consensuado del procedimiento de remisión entendido en su conjunto.

7) De conformidad con el párrafo 1, el ofrecimiento se podrá realizar "*proprio motu* o a petición del Estado del funcionario". Aunque es previsible que el inicio del procedimiento de remisión se produzca a petición del Estado del funcionario, la Comisión no ha querido excluir la posibilidad de que ello tenga lugar a instancias de una autoridad del Estado del foro en ejercicio de sus propias competencias. En todo caso, la decisión última de "ofrecer [...] la

[1110] Véase Consejo de Europa, Explanatory Report to the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, *European Treaty Series*, núm. 73.

[1111] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), págs. 25 y 26, párr. 61.

remisión" es una competencia unilateral de las autoridades del Estado del foro, a reserva de la cláusula contenida en la primera frase del párrafo 2. Como en otros proyectos de artículo, la expresión "autoridades competentes" incluye cualquier autoridad del Estado del foro, ya sea administrativa, miembro del ejecutivo, fiscal u órgano judicial.

8) El párrafo 1 no menciona las normas que deben regir la adopción de la decisión de ofrecer la remisión del procedimiento, lo que no puede interpretarse como que dicha decisión sea discrecional en términos absolutos. Por el contrario, como toda autoridad del Estado, las autoridades competentes a que se refiere este párrafo estarán vinculadas por el derecho aplicable en el Estado, lo que incluye tanto las normas del derecho nacional como las normas de derecho internacional que resulten exigibles al Estado del foro. Ello resulta especialmente relevante en relación con los supuestos en que el procedimiento que se va a remitir se refiera a la comisión de crímenes de derecho internacional respecto de los cuales el Estado estaría obligado a ejercer su jurisdicción en virtud de normas de derecho internacional. Esta circunstancia ha sido especialmente tenida en cuenta por la Comisión, que ha incluido el párrafo 5 para dar respuesta a esta problemática específica.

9) Por último, debe destacarse que el ofrecimiento de remitir el procedimiento penal es una categoría autónoma, que no exige que las autoridades del foro se inhiban previamente del ejercicio de su jurisdicción. La Comisión ha tenido en cuenta que, en un caso reciente que ha sido examinado para redactar este proyecto de artículo, las autoridades competentes del Estado del foro han considerado que estaban procediendo a la delegación del ejercicio de su propia jurisdicción sin renunciar a ella[1112]. Por eso se ha optado por mantener exclusivamente la referencia al ofrecimiento de remisión, en el entendimiento de que ello implica que las autoridades competentes del Estado del foro no estarán obligadas a pronunciarse previamente sobre el ejercicio de su propia jurisdicción. Ello responde a la diversidad de modelos existentes en los sistemas jurídicos nacionales y es coherente con la cláusula de salvaguardia contenida en el párrafo 4, que prevé la reanudación del procedimiento penal por parte del Estado del foro.

Párrafo 2

10) Aunque el Estado del foro no está obligado a ofrecer la remisión del procedimiento, el párrafo 2 le impone la obligación de considerar de buena fe toda solicitud de remisión. Dicha solicitud de remisión se entiende como una solicitud procedente del Estado del funcionario, teniendo en cuenta la relación entre el párrafo 1 y el párrafo 2 a la que antes se ha hecho referencia. Esta obligación convierte la buena fe en el principio esencial que va a regir las relaciones entre el Estado del funcionario y el Estado del foro en relación con la remisión del procedimiento penal, siendo aplicable a ambos Estados por igual.

11) La referencia a la buena fe en la primera frase del párrafo 2 tiene una especial importancia cuando se pone en relación con la segunda frase del mismo párrafo, conforme a la cual únicamente se producirá la remisión "si el Estado del funcionario acepta someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento". Esta redacción reproduce la conocida como "fórmula de La Haya", que fue incluida por primera vez en el artículo 7 del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves[1113], de 1970, y que ha sido reproducida con posteridad en un elevado número de convenciones. Esa "formulación" fue examinada por la Comisión en sus trabajos sobre la obligación de extraditar o juzgar *(aut dedere aut iudicare)*[1114] y sobre la prevención y el castigo de los

[1112] Se trata de la sentencia de 10 de mayo de 2018 del Tribunal de Apelación de Lisboa, recaída en un procedimiento penal por corrupción que afectaba a un antiguo Vicepresidente de Angola. Véase el asunto núm. 333/14.9TELSB-U.L1-9, que puede consultarse en http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/88e2a666e33779ce802582b8003567f3?OpenDocument. Probablemente esta interpretación del Tribunal se basa en el hecho de que la remisión del procedimiento penal a los tribunales de Angola se realizó exclusivamente sobre la base del derecho portugués (el Código de Procedimiento Penal).

[1113] Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 860, núm. 12325, pág. 105.

[1114] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/69/10), cap. VI, en especial los párrafos 10) a 21) del informe final sobre el tema, que se reproduce en el párrafo 65 del informe de la Comisión.

crímenes de lesa humanidad[1115]. El texto ahora incluido en el proyecto de artículo 15 tiene idéntica redacción a la del proyecto de artículo 10 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, aunque ese proyecto de artículo se aprobó en el contexto de la obligación de extraditar o juzgar.

12) De acuerdo con lo señalado por la Comisión en sus trabajos sobre los dos temas antes mencionados, el sometimiento del asunto a las autoridades competentes ha de entenderse como un sometimiento sustantivo y no meramente formal. Así, dicho sometimiento implica la obligación del Estado del funcionario de transmitir todos los elementos de prueba y otra información disponible a sus autoridades competentes, a fin de que ellas puedan evaluarlos y llevar a cabo una investigación que les permita formarse un juicio sobre el inicio de un procedimiento contra el funcionario. Sin embargo, el sometimiento del asunto a efectos de enjuiciamiento no equivale a la obligación de iniciar dicho procedimiento, ya que ello dependerá de la evaluación de las pruebas remitidas y otra información disponible, así como de las pruebas obtenidas en la investigación que las autoridades competentes deberán llevar a cabo. En todo caso, conviene destacar que el sometimiento del asunto a las autoridades competentes exige, cuando menos, que se realice de buena fe, y no con la finalidad de impedir el enjuiciamiento o eludir la deducción de responsabilidad del funcionario, ya que —como ha afirmado la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*— el ejercicio de la jurisdicción por el Estado interesado (en este caso el Estado del funcionario) debe llevarse a cabo con la finalidad de asegurar que no se producirá la impunidad del individuo (en este caso el funcionario)[1116]. En este sentido, cabe recordar que el proyecto de artículo 10 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad establece de forma expresa que las autoridades competentes a las que se somete el asunto "tomarán la decisión [de iniciar o no un procedimiento penal] de la misma manera que lo harían en el caso de cualquier otro delito de carácter grave de conformidad con el derecho de ese Estado"[1117]. Del mismo modo, el concepto de "sometimiento del asunto a efectos de enjuiciamiento" debe interpretarse de manera finalista y sustantiva.

13) La interpretación de la obligación del Estado del funcionario de actuar de buena fe en el sometimiento del asunto a sus autoridades nacionales reviste una especial importancia en relación con el párrafo 4 del proyecto de artículo 15, al que son aplicables los comentarios que se acaban de hacer.

Párrafo 3

14) El párrafo 3 establece la suspensión del procedimiento penal del Estado del foro como consecuencia de la remisión. Dicha suspensión se producirá únicamente cuando la remisión haya sido acordada y, en todo caso, tendrá un alcance que viene limitado por la cláusula "sin perjuicio" que se incluye al final del párrafo. La redacción de la cláusula "sin perjuicio" es idéntica a la incluida en el párrafo 4, apartado b), del proyecto de artículo 14 y responde a la misma finalidad. Por ello, se remite a los comentarios a esa disposición por lo que se refiere a su significado y alcance[1118].

Párrafo 4

15) El párrafo 4 se entiende como una cláusula de salvaguardia a favor del Estado del foro, que, a pesar de haber procedido a la remisión del procedimiento penal al Estado del funcionario y suspendido su propio procedimiento penal, podrá reanudarlo si el Estado del

[1115] *Ibid.*, *septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 44 y 45, proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, proyecto de artículo 10 *(Aut dedere aut iudicare)* y su comentario.

[1116] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 902 *supra*), págs. 460 y 461, párrs. 115 y 120.

[1117] Esta expresión se recoge también en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar* (véase la nota 902 *supra*), págs. 454 y 455, párr. 90.

[1118] Véanse, en particular, los párrafos 32) a 34) del comentario al proyecto de artículo 14 *supra*.

funcionario no cumple adecuadamente con la obligación de someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

16) Aunque la Comisión examinó distintas formulaciones inspiradas básicamente en el artículo 17, párrafos 1 y 2, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[1119], finalmente decidió definir la cláusula de salvaguardia de una forma simple que evite componentes subjetivos y que permita establecer un enlace directo con el párrafo 2 de este proyecto de artículo. De esta manera se asegura que el incumplimiento por parte del Estado del funcionario de la obligación aceptada de someter el asunto a sus autoridades competentes a fines de enjuiciamiento tendrá como resultado la posibilidad de que el Estado del foro reactive su procedimiento penal. El empleo de la expresión "podrá reanudar" pone énfasis en el carácter facultativo de la potestad que se reconoce al Estado del foro. Con ello se han querido recoger las distintas situaciones en que se puede encontrar el Estado del foro en función de la naturaleza del crimen que ha cometido el funcionario, así como de las circunstancias que concurren en él, en particular su gravedad y —muy especialmente— su eventual calificación como crimen de derecho internacional, una categoría de crímenes respecto de los cuales se ha de garantizar que no queden impunes.

17) El párrafo 4 menciona de forma expresa como un factor que da contenido al incumplimiento de la obligación el "no somete[r] con prontitud y de buena fe" el asunto a las autoridades competentes del Estado del funcionario a efectos de enjuiciamiento. Con ello se ha querido llamar la atención sobre la exigencia de evitar prácticas dilatorias o sometimientos meramente formales que serían contrarios a la finalidad perseguida por la remisión del procedimiento.

Párrafo 5

18) El párrafo 5 contiene una cláusula "sin perjuicio", conforme a la cual lo previsto en el proyecto de artículo 15 "se entiende sin perjuicio de cualquier otra obligación del Estado del foro o del Estado del funcionario en virtud del derecho internacional".

19) Este párrafo responde a las preocupaciones expresadas durante el debate sobre el proyecto de artículo 15 en torno a la posibilidad de que el mecanismo de la remisión del procedimiento penal pudiera no ser plenamente compatible o, incluso, pudiera entrar en contradicción con distintas normas de derecho internacional que imponen a los Estados la obligación primaria de ejercer su jurisdicción respecto de individuos que hayan cometido ciertos crímenes de derecho internacional. El debate se centró, en especial, en la obligación de extraditar o juzgar establecida en el artículo 7 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la interpretación que de la misma ha dado la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*. Dado que la Corte ha definido la obligación de juzgar como una obligación convencional, y la extradición como una opción[1120], se ha cuestionado

[1119] De conformidad con el artículo 17, párrafo 1 a), del Estatuto de Roma, la Corte deberá inadmitir un asunto salvo que constate que "el Estado que tenga jurisdicción […] no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo". Por su parte, el párrafo 2 identifica las circunstancias que se han de tener en cuenta para determinar "si hay o no disposición a actuar", a saber: "a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia". La propuesta final que consideró la Comisión estaba redactada en los siguientes términos: "4. Las autoridades competentes del Estado del foro podrán reanudar el ejercicio de su jurisdicción penal cuando las autoridades competentes del Estado del funcionario, tras aceptar la remisión del procedimiento, se comporten de manera que demuestre que: a) no tienen intención de hacer comparecer al funcionario ante la justicia; b) tienen como finalidad sustraer al funcionario de su responsabilidad penal".

[1120] En su fallo de 20 de julio de 2012, la Corte Internacional de Justicia declaró lo siguiente: "94. La Corte aclara que el artículo 7, párrafo 1, exige al Estado interesado que someta el caso a sus

que el sistema de remisión del procedimiento penal establecido en el proyecto de artículo 15, que no condiciona la remisión a la imposibilidad de ejercer su jurisdicción por el Estado del foro, sea conforme con las obligaciones aceptadas voluntariamente por los Estados parte en la Convención contra la Tortura.

20) Teniendo en cuenta esta especial problemática, la Comisión ha incluido una cláusula "sin perjuicio" que se aplicará en relación con la remisión del procedimiento penal. Esta cláusula se aplica tanto a las obligaciones exigibles al Estado del foro como a las exigibles al Estado del funcionario y no está sometida a limitaciones, por lo que se aplica respecto de cualquier obligación nacida en virtud del derecho internacional, con independencia de cuál sea su fuente o la materia a que se refiera.

Artículo 16
Trato justo del funcionario del Estado

1. Todo funcionario de otro Estado sobre el que se está ejerciendo o se podría ejercer la jurisdicción penal del Estado del foro tendrá garantizado un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos y garantías procesales de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional e internacional, incluidos el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

2. Dicho funcionario, cuando se encuentre en prisión, detenido o recluido en el Estado del foro, tendrá derecho a:

a) comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado del funcionario;

b) recibir la visita del representante de ese Estado; y

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

3. Los derechos mencionados en el párrafo 2 se ejercerán de conformidad con las leyes y normativas del Estado del foro, en el entendido de que dichas leyes y normativas han de permitir que tenga pleno efecto el propósito de los derechos mencionados en el párrafo 2.

Comentario

1) En el proyecto de artículo 16 se reconoce el derecho de todo funcionario de otro Estado a recibir un trato justo por parte de las autoridades del Estado del foro que estén ejerciendo o hayan ejercido su jurisdicción sobre ese funcionario. La Comisión ha optado por un enfoque basado en el funcionario, al que se reconocen derechos, y no en la mera enumeración de obligaciones que se exigen al Estado del foro. De esta manera se refleja más adecuadamente la naturaleza eminentemente personal de los derechos y garantías enunciados en el proyecto de artículo. Este enfoque se refleja tanto en el título del proyecto de artículo (Trato justo del funcionario del Estado) como en sus párrafos 1 y 2, que comienzan, respectivamente, con las palabras "[t]odo funcionario […] tendrá garantizado" y "[d]icho

autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, con independencia de que exista una solicitud previa de extradición del sospechoso. En consecuencia, el Estado está obligado a realizar una investigación preliminar (artículo 6, párrafo 2) en cuanto el sospechoso se halle en su territorio. La obligación de someter el caso a las autoridades competentes, con arreglo al artículo 7, párrafo 1, puede dar lugar o no a que se inicie un proceso, según las pruebas con que se cuente en relación con los cargos que se imputen al sospechoso.

95. Sin embargo, si el Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso ha recibido una solicitud de extradición en alguno de los casos previstos en las disposiciones de la Convención, puede eximirse de su obligación de juzgar accediendo a esa solicitud. Con arreglo a la Convención, la elección entre extradición o sometimiento a enjuiciamiento no quiere decir que las dos alternativas tengan el mismo peso porque, si bien la extradición es una opción que la Convención ofrece al Estado, el enjuiciamiento es una obligación internacional establecida por la Convención, y su incumplimiento es un acto ilícito que da lugar a la responsabilidad del Estado". Véase *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 902 *supra*), pág. 456, párrs. 94 y 95.

funcionario […] tendrá derecho a". El conjunto de los derechos reconocidos al funcionario del Estado se engloba bajo la denominación general de "trato justo", en el entendimiento de que esa expresión incluye necesariamente los requisitos de imparcialidad e independencia.

2) El reconocimiento del derecho a un trato justo del funcionario se configura como una garantía adicional a las ya enumeradas en los proyectos de artículo 9 a 15. Esta garantía se predica respecto del funcionario, en la medida en que los derechos contenidos en el proyecto de artículo 16 son de naturaleza individual. No obstante, se debe recordar que esas garantías se aplican al funcionario en su condición de tal y, por consiguiente, constituyen también garantías para el Estado del funcionario. Así, mediante este proyecto de artículo se da respuesta a las preocupaciones expresadas por algunos Estados respecto de la posibilidad de que uno de sus funcionarios sea sometido a la jurisdicción de un Estado cuyo sistema jurídico no establece garantías suficientes de respeto de los derechos humanos, en especial los derechos y garantías que definen el juicio justo.

3) El proyecto de artículo 16 está inspirado en el proyecto de artículo 11 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad[1121], y sigue básicamente su redacción. Al igual que ese proyecto de artículo, el proyecto de artículo comentado está estructurado en tres párrafos dedicados, respectivamente, al reconocimiento de los derechos y garantías procesales de carácter general de los que puede gozar cualquier individuo (párr. 1); al reconocimiento especial de un conjunto de derechos al funcionario del Estado que se encuentra en prisión, detenido o recluido en el Estado del foro (párr. 2); y a la determinación de la norma aplicable respecto del ejercicio de los derechos especiales enunciados en el párrafo 2 (párr. 3). Sin embargo, aunque el proyecto de artículo 16 sigue la estructura del proyecto de artículo 11 mencionado, se ha de destacar que presenta diferencias de redacción y conceptuales, que se corresponden con elementos diferenciadores que son característicos del presente proyecto de artículos.

4) El párrafo 1 establece que "[t]odo funcionario de otro Estado […] tendrá garantizado un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos y garantías procesales". En este enunciado genérico se incluyen todos los derechos y garantías reconocidos a cualquier individuo en relación con cualquier medida que puedan adoptar contra él las autoridades del Estado del foro. Entre ellos se incluyen los derechos referidos a la libertad personal o la privación de esta, así como los distintos componentes del derecho de acceso a los tribunales y el derecho a un juicio justo, incluidos el derecho de la persona acusada de un delito a ser informada de las acusaciones que se le imputan, el derecho a ser asistida por un abogado de su elección y el derecho a comunicarse con las autoridades del Estado del foro en un idioma que comprenda[1122]. Dentro de la categoría de derechos y garantías procesales se incluyen también los distintos componentes del derecho a la asistencia consular reconocidos en el artículo 36 la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Este derecho es reconocido a cualquier nacional de un Estado con independencia de que disfrute o no de la condición de funcionario en el sentido dado a este término por el presente proyecto de artículos.

5) Los derechos y garantías procesales a que se refiere el párrafo 1 del proyecto de artículo 16, así como las condiciones en que debe garantizarse y protegerse su ejercicio, son los enunciados en el derecho nacional del Estado del foro, así como en el derecho internacional. En particular, el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario definen el estándar internacional aplicable, y cuyo significado fue ya establecido por la Comisión en relación con el proyecto de artículo 11 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad[1123]. Aunque las normas

[1121] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 44 y 45, proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, proyecto de artículo 11 (Trato justo del presunto infractor) y su comentario.

[1122] Véase un listado de los derechos que se incluyen en esta categoría en el séptimo informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/729), párrs. 159 a 168.

[1123] Véase A/74/10, págs. 98 a 101, comentario al proyecto de artículo 11, en particular párr. 7). Véase también el séptimo informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, A/CN.4/729, cap. IV, secc. A, párrs. 159 a 168.

internacionales relevantes se refieren habitualmente a “derechos” o a “derechos y garantías”, en el párrafo 1 se ha empleado la expresión “derechos y garantías procesales” para tener en cuenta la variedad de circunstancias en que estos deben ser asegurados respecto de un funcionario extranjero, que no se limitan a la acción judicial.

6) En relación con esta última cuestión, la Comisión no ha considerado necesario incluir en el proyecto de artículo una referencia expresa a las distintas fases o momentos en que las autoridades del Estado del foro deben asegurar los derechos y garantías procesales del funcionario. Estos deben garantizarse y protegerse siempre que estas autoridades adopten algún tipo de medida respecto del funcionario de otro Estado, tanto en el período anterior a la determinación de la inmunidad como durante el proceso de determinación de la inmunidad y con posterioridad al mismo, incluidos el enjuiciamiento del funcionario y la fase de cumplimiento de la condena que, en su caso, le pueda ser impuesta.

7) El párrafo 2 establece un nuevo derecho que es reconocido al funcionario de otro Estado que haya sido detenido, sometido a prisión o recluido bajo cualquier forma por las autoridades del Estado del foro. Su redacción sigue el modelo del párrafo 2 del proyecto de artículo 11 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, pero introduce importantes modificaciones respecto de este, en particular la supresión de toda referencia a los vínculos de nacionalidad o residencia que pueda existir entre el funcionario y el Estado del funcionario. Ello obedece al hecho de que los derechos especiales articulados en el párrafo 2 del proyecto de artículo 16 son distintos del derecho a la asistencia consular, que se entiende incluido entre los derechos y garantías procesales a que se refiere el párrafo 1 y que será de aplicación en cualquier circunstancia[1124].

8) A pesar de la aplicabilidad del derecho a la asistencia consular a cualquier funcionario del Estado que sea nacional suyo, la Comisión ha tenido en cuenta que, de conformidad con la definición de “funcionario del Estado” contenida en el proyecto de artículo 2, apartado a), el funcionario no deberá tener necesariamente la nacionalidad del Estado, en cuyo caso no resultaría cubierto por el derecho de asistencia consular del Estado del funcionario. Además, ha tenido igualmente en cuenta que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario se reconoce al funcionario en beneficio del Estado y en virtud de la especial relación que une al funcionario y al Estado del funcionario, lo que debería tener una especial proyección sobre los derechos y garantías procesales que se reconocen al funcionario. Por ello, la Comisión ha considerado útil incluir en el proyecto de artículo dedicado al trato justo del funcionario del Estado una disposición especial por la que se establecen ciertos derechos que operan únicamente en virtud de la relación existente entre el Estado y su funcionario. Estos derechos adicionales se han vinculado al supuesto de que el funcionario esté detenido, en prisión o reclusión en el Estado del foro, ya que se trata del supuesto máximo en que el ejercicio de la jurisdicción por el Estado del foro sobre un funcionario extranjero puede incidir negativamente en el desempeño de sus funciones estatales o en la representación del Estado y, por tanto, en la inmunidad.

9) El párrafo 2 del proyecto de artículo se inicia con la expresión “[d]icho funcionario” para reforzar el vínculo con el párrafo 1, con el que constituye una unidad a la hora de entender el alcance del concepto de “trato justo del funcionario del Estado”. Para definir el contenido de los derechos especiales reconocidos al funcionario de otro Estado se ha seguido el modelo del proyecto de artículo 11 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad. En virtud de lo señalado en el párrafo anterior, la Comisión ha considerado que asegurar que el funcionario extranjero pueda comunicarse con el representante competente más próximo de su Estado y recibir su visita, así como recibir información sobre estos derechos, constituyen una garantía tanto para el funcionario como para el Estado del funcionario.

10) El párrafo 3 reproduce de forma casi literal el párrafo correspondiente del proyecto de artículo 11 antes mencionado, que a su vez retoma el texto del párrafo 2 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Cabe señalar que, a fin de mantener la

[1124] La asistencia consular se ha considerado uno de los componentes del “trato justo”. Véase el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, A/74/10, págs. 106 a 110, comentario al proyecto de artículo 11, en particular párrs. 8) y 9).

terminología utilizada en el presente proyecto de artículos, el párrafo 3 se refiere al derecho aplicable como las leyes y normativas "del Estado del foro"[1125]. De conformidad con este párrafo se identifica el derecho nacional como el aplicable para ejercer los derechos especiales enunciados en el párrafo 2, a fin de tener en cuenta que la forma precisa en que se produce la detención, prisión o reclusión de un individuo está regida, en buena medida, por normas nacionales. Por tanto, la forma en que se ejercen los derechos de dicho individuo a recibir información, comunicarse o recibir la visita de los representantes competentes de otro Estado puede variar de un Estado a otro. Sin embargo, el reconocimiento de esta diversidad y el consiguiente margen de discrecionalidad del Estado del foro están limitados por la última frase del párrafo 3, en la que se establece que la aplicación del derecho nacional se ha de producir "en el entendido de que dichas leyes y normativas han de permitir que tenga pleno efecto el propósito de los derechos mencionados en el párrafo 2". Con este criterio de interpretación finalista se pretende garantizar que el Estado del foro no aplique sus leyes y normativas de manera arbitraria, haciendo inoperantes en la práctica los derechos que se reconocen al funcionario de otro Estado en el párrafo 2 del proyecto de artículo.

Artículo 17
Consultas

El Estado del foro y el Estado del funcionario celebrarán consultas, cuando sea apropiado, a petición de cualquiera de las partes, sobre las cuestiones relacionadas con la inmunidad del funcionario cubierta por el presente proyecto de artículos.

Comentario

1) El proyecto de artículo 17 está dedicado a las consultas entre el Estado del foro y el Estado del funcionario. Las consultas son un mecanismo utilizado habitualmente en las relaciones interestatales con distintas finalidades. En particular, pero no de forma exclusiva, se celebran consultas para obtener información sobre cuestiones de interés común, conocer la posición de otro Estado sobre dichas cuestiones, identificar maneras para evitar una controversia entre dos Estados o facilitar una vía de solución para una controversia ya formalizada. La obligación de celebrar consultas entre los Estados interesados ha sido recogida en multitud de tratados internacionales y ha sido incluida en tratados de cooperación y asistencia jurídica internacional en materia penal[1126].

2) Las consultas a que se refiere el proyecto de artículo 17 no están limitadas a un objeto concreto, pudiendo referirse a todas "las cuestiones relacionadas con la inmunidad del funcionario del Estado cubierta por el presente proyecto de artículos". Por tanto, las consultas pueden estar relacionadas tanto con el proceso de determinación de la inmunidad como con cualquier otra cuestión relacionada con la inmunidad, incluyendo los elementos normativos que definen la inmunidad *ratione personae* (segunda parte) y la inmunidad *ratione materiae* (tercera parte), así como las disposiciones y garantías procesales (cuarta parte). Las consultas deben diferenciarse, por tanto, de las "solicitudes de información" recogidas en el proyecto de artículo 13, que se limitan a la información necesaria para proceder a la determinación de la inmunidad por el Estado del foro y a la decisión sobre la invocación de la inmunidad por parte del Estado del funcionario o la renuncia a ella.

3) Las consultas constituyen una garantía procesal que opera tanto respecto del Estado del funcionario como respecto del Estado del foro y, por ello, se celebrarán a petición de cualquiera de ellos. Atendiendo a su consideración como garantía procesal, la Comisión ha optado por emplear el tiempo verbal "celebrarán", que indica el carácter obligatorio de las consultas. No obstante, se ha incluido la expresión "cuando sea apropiado" para introducir un elemento de flexibilidad que permita al Estado del foro y al Estado del funcionario

[1125] Por consiguiente, la terminología difiere de la utilizada en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares ("las leyes y reglamentos del Estado receptor") y el párrafo 3 del proyecto de artículo 11 sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad ("Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentra la persona"). Véase A/74/10, cap. IV, párr. 44.

[1126] Véanse Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 18; y Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 21.

adaptarse a las circunstancias de cada caso concreto, incluida la situación de sus relaciones diplomáticas. El empleo de esta fórmula de flexibilidad no cambia el carácter obligatorio de las consultas ni convierte en una mera recomendación el recurso a las mismas.

4) La Comisión no ha considerado necesario establecer ningún procedimiento para la celebración de consultas, a fin de preservar la naturaleza extremadamente flexible de este mecanismo.

5) Por último, se ha de destacar que las consultas no constituyen por sí mismas un sistema de arreglo de las controversias, ni su función está exclusivamente relacionada con la solución de controversias. Sin embargo, nada impediría que se celebrasen consultas en el contexto de una controversia, actual o emergente, entre el Estado del foro y el Estado del funcionario. Por esta razón, el proyecto de artículo dedicado a las consultas se ha incluido al final de la cuarta parte del proyecto de artículos, inmediatamente antes del proyecto de artículo dedicado a la solución de controversias.

Artículo 18
Arreglo de controversias

1. En caso de controversia sobre la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos, el Estado del foro y el Estado del funcionario tratarán de buscarle solución mediante la negociación u otros medios pacíficos de su elección.

2. Si no se puede alcanzar una solución mutuamente aceptable en un plazo razonable, la controversia se someterá, a petición del Estado del foro o del Estado del funcionario, a la Corte Internacional de Justicia, a menos que ambos Estados convengan en someter la controversia a arbitraje o a otro medio de solución conducente a una decisión obligatoria.

Comentario

1) El proyecto de artículo 18 es la última de las disposiciones de la cuarta parte del proyecto de artículos y está dedicado al arreglo de las controversias que puedan surgir entre el Estado del foro y el Estado del funcionario.

2) La práctica generalmente seguida por la Comisión hasta la fecha ha sido la de no incluir disposiciones sobre arreglo de controversias en sus proyectos de artículos, dejando tal cuestión a la decisión ulterior de los Estados. Sin embargo, el reciente proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad incluyó el proyecto de artículo 15 dedicado al arreglo de controversias, lo que se justificó por el hecho de que dicho proyecto de artículos fue concebido por la Comisión como un proyecto de tratado.

3) Dado que la Comisión no se ha pronunciado todavía sobre si recomendará o no a la Asamblea General que el presente proyecto de artículos se utilice como base para la negociación de un tratado, se han expresado distintas opiniones sobre la conveniencia de incluir o no en él el proyecto de artículo 18. Sin embargo, la Comisión ha considerado preferible incluir un proyecto de artículo dedicado al arreglo de controversias por varios motivos. Entre ellos, favorecer que los Estados expresen sus preferencias al respecto y puedan formular comentarios sobre el proyecto de artículo, lo que no sería posible si este se incluyese únicamente con ocasión de la adopción del proyecto de artículos en segunda lectura.

4) Además, se ha tenido en cuenta también que el proyecto de artículo 18 responde a un planteamiento lógico que inspira el contenido y la estructura de la cuarta parte del proyecto de artículos. Las disposiciones y garantías procesales contenidas en esta cuarta parte tienen como finalidad, entre otras, contribuir a la creación de condiciones de confianza entre el Estado del foro y el Estado del funcionario que eviten o minoren la posibilidad de que se genere una controversia en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario concreto. Sin embargo, si tal controversia llegase a producirse, no podría solventarse más que a través de los medios de arreglo pacífico de controversias aceptados en el derecho internacional contemporáneo. Por ello, la Comisión ha considerado útil incluir el proyecto de artículo 18 como cierre del *iter* o secuencia lógica que actúa como hilo conductor de la cuarta parte del proyecto de artículos.

5) A fin de garantizar la coherencia en sus trabajos, la Comisión ha tenido en cuenta el texto del proyecto de artículo 15 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad mencionado *supra*, cuyos elementos básicos se han recogido en el proyecto de artículo ahora comentado. Sin embargo, el texto aprobado por la Comisión presenta una redacción parcialmente distinta, a fin de recoger ciertas peculiaridades del sistema de arreglo de controversias aplicable en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

6) El párrafo 1 del proyecto de artículo establece la obligación de resolver a través de medios pacíficos toda controversia que surja entre el Estado del foro y el Estado del funcionario. La controversia se ha definido por referencia a "la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos", utilizando así una terminología generalmente aceptada, presente en diversas cláusulas de arreglo de controversias contenidas en tratados, así como en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales.

7) En líneas generales, el párrafo 1 sigue la redacción del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, empleando la expresión "tratarán de buscarle solución" para referirse a una obligación de comportamiento que se exige al Estado del foro y al Estado del funcionario. Con la frase "mediante la negociación u otros medios pacíficos de su elección", se ha querido poner énfasis en el principio de libre elección del medio. Con la mención específica de la negociación se ha seguido el modelo generalmente aceptado en distintas cláusulas convencionales de arreglo de controversias, sin que ello implique la exclusión de ningún otro medio pacífico de solución de controversias. Por el contrario, ha de entenderse que la referencia a "otros medios pacíficos" incluye todos los medios específicamente enumerados en el Artículo 33 de la Carta: negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial, recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la negociación a que se refiere este párrafo 1 no puede confundirse en ningún caso con las consultas a que se refiere el proyecto de artículo 17, que tienen naturaleza autónoma y cuya celebración no constituye una condición previa para la aplicación del proyecto de artículo 18.

8) El párrafo 2 establece un sistema de arreglo de controversias que, siguiendo el modelo tradicional, entrará en funcionamiento únicamente si los Estados no han podido resolverlas a través de un medio de su elección conforme a lo previsto en el párrafo 1 del proyecto de artículo. Este sistema de arreglo tiene carácter obligatorio, como se refleja en la expresión "la controversia se someterá", y podrá ser activado unilateralmente tanto por el Estado del foro como por el Estado del funcionario, con la única condición de que no hayan podido alcanzar "una solución mutuamente aceptable en un plazo razonable". La Comisión no ha considerado oportuno fijar un plazo concreto a tal fin, habiendo considerado preferible emplear la expresión "plazo razonable", cuyo alcance deberá ser determinado caso por caso por la Corte Internacional de Justicia u otro órgano competente para solucionar la controversia.

9) La competencia para resolver la controversia de forma obligatoria se atribuye a la Corte Internacional de Justicia, salvo que el Estado del foro y el Estado del funcionario "convengan en someter la controversia" a otro medio jurídico que deberá terminar, en todo caso, con "una decisión obligatoria". De esta manera se reconoce el carácter de la Corte Internacional de Justicia como jurisdicción de referencia para el derecho internacional, que —además— ha jugado un papel relevante en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

10) Entre los medios alternativos de arreglo obligatorio de las controversias relativas a la inmunidad, la Comisión ha incluido en primer lugar el arbitraje, ya que es un medio bien establecido al que los Estados acuden con frecuencia y que se recoge como medio jurídico alternativo en un buen número de tratados internacionales. El párrafo 2 del proyecto de artículo 18 contempla también como un medio alternativo cualquier "otro medio de solución conducente a una decisión obligatoria". Al incluir esta formulación, tomada del artículo 282 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[1127], la Comisión ha tenido

[1127] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, núm. 31363, pág. 3.

en cuenta la posibilidad de que las controversias sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado puedan o deban ser sometidas a otros tribunales internacionales, especialmente los establecidos de conformidad con tratados o en el seno de organizaciones regionales.

11) En cualquier caso, se debe destacar que la sustitución de la Corte Internacional de Justicia por otro medio de arreglo, en virtud del acuerdo entre los Estados interesados, exige en todo caso que el órgano alternativo elegido tenga competencia para resolver la controversia mediante una decisión que sea obligatoria para las partes, bien sea un laudo arbitral, bien una sentencia de un tribunal internacional o internacionalizado.

12) Para terminar con el comentario al sistema de arreglo de controversias, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el proyecto de artículo 18 no contiene una cláusula de derogación unilateral del sistema obligatorio de arreglo de controversias establecido en el párrafo 2, separándose así del modelo del proyecto de artículo 15 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad. Aunque la inclusión de esta cláusula de derogación fue apoyada por algunos miembros de la Comisión, otros consideraron que preferían que no se incluyera, puesto que se trata de una cuestión estrechamente relacionada con la forma final del proyecto de artículos y la recomendación que se dirija al respecto a la Asamblea General en su momento. Por último, otros miembros señalaron que el debate sobre la inclusión o no de una cláusula derogatoria no tiene un efecto real, ya que la derogación unilateral del sistema obligatorio de arreglo de controversias podría producirse en cualquier circunstancia. Teniendo en cuenta las distintas posiciones que se han resumido *supra*, la Comisión ha considerado preferible no incluir una cláusula unilateral de derogación en la primera lectura del proyecto de artículos, aunque podría volver más adelante sobre dicha cuestión a la luz de los comentarios de los Estados y de la recomendación que dirigirá a la Asamblea General sobre el futuro del proyecto de artículos.

13) Por último, se debe destacar que el proyecto de artículo 18 aprobado por la Comisión en primera lectura no incluye un último párrafo, propuesto originalmente por la Relatora Especial, en virtud del cual "[e]n 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"[1128]. Aunque algunos miembros de la Comisión expresaron su opinión de que la obligación de suspender el procedimiento penal tras someter la controversia a un medio de arreglo de naturaleza obligatoria podía constituir una garantía procesal de interés, la referencia a la misma fue excluida teniendo en cuenta que no es posible encontrar antecedentes que sirvan de apoyo para esta disposición ni en tratados internacionales vigentes ni en la jurisprudencia internacional. A ello se añade el hecho de que la suspensión del procedimiento penal en estas circunstancias podría encontrarse con serias dificultades en distintos ordenamientos jurídicos estatales. Por ello, el proyecto de artículo 18 no regula esta cuestión, dejando la posible suspensión del procedimiento nacional dependiendo de un eventual acuerdo entre las partes o, en su caso, de las medidas cautelares que puedan ser dictadas por la Corte Internacional de Justicia o por cualquiera de los órganos que resulten competentes en virtud del párrafo 2.

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.

[1128] Octavo informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/739), párr. 54, proyecto de artículo 17, párrafo 3.

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.

Comentario

1) Como se señala en el párrafo 2 del proyecto de artículo 7, "los crímenes de derecho internacional […] mencionados [en el párrafo 1] se entienden conforme a la definición de los mismos contenida en los tratados enumerados en el anexo al presente proyecto de artículos". Como se indica en el comentario al párrafo 2, la lista incluida en el anexo tiene como única finalidad identificar las definiciones de los crímenes de derecho internacional respecto de los que no se aplica la inmunidad *ratione materiae*, y no tiene efecto alguno sobre la naturaleza consuetudinaria de estos crímenes ni sobre las obligaciones específicas que se puedan derivar de los tratados incluidos en la lista para los Estados parte.

2) La elección de los tratados cuyos artículos se incluyen en el anexo a efectos de la definición de los crímenes de derecho internacional se realizó teniendo en cuenta tres criterios básicos: a) la voluntad de evitar posibles confusiones cuando varios tratados utilizan diferente terminología para definir un mismo crimen; b) que el tratado incluido en la lista sea de ámbito universal; y c) que el tratado en cuestión contenga la definición más actualizada de dicho crimen ofrecida por normas convencionales.

3) El genocidio fue definido por primera vez en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio[1129], y su tipificación se ha mantenido constante en el derecho penal internacional contemporáneo, debiéndose destacar el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (art. 4)[1130], el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (art. 2)[1131] y, de modo especial, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que, en su artículo 6, recoge la definición contenida en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Por su parte, la Comisión definió el genocidio en el artículo 17 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996[1132]. A los efectos del presente proyecto de artículos, la Comisión incluyó en el anexo tanto el Estatuto de Roma (art. 6) como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (art. II), dada la práctica identidad y significado de los términos empleados por ambos instrumentos.

4) Por lo que se refiere a los crímenes de lesa humanidad, ha de recordarse que algunos tratados internacionales han calificado ciertos comportamientos de "crímenes de lesa

[1129] Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. II.
[1130] Véase la nota 930 *supra*.
[1131] Véase la nota 931 *supra*.
[1132] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 48.

humanidad”[1133] y que los tribunales internacionales se han pronunciado sobre el carácter consuetudinario de esa categoría de crímenes. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (art. 5) y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (art. 3) también han definido ese crimen. La propia Comisión definió esta categoría de crímenes en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 (art. 18)[1134]. Sin embargo, es el Estatuto de Roma el instrumento en que por primera vez se define esta categoría de crímenes de forma integral y autónoma. Por esta razón, la Comisión consideró que el artículo 7 del Estatuto de Roma debía ser entendido como la definición de los crímenes de lesa humanidad a los efectos del presente proyecto de artículo. Esa decisión es coherente con la adoptada con anterioridad por la Comisión en relación con el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, que, en su proyecto de artículo 2, reproduce la definición de esta categoría de crímenes contenida en el artículo 7 del Estatuto de Roma[1135].

5) El concepto de crímenes de guerra tiene una larga tradición que se vincula originalmente a los tratados de derecho internacional humanitario. Así, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la Protección de las Víctimas de la Guerra y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) definen dicha categoría de crímenes bajo la denominación de “infracciones graves”[1136]. Los crímenes de guerra fueron definidos también en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (arts. 2 y 3) y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (art. 4), así como por la propia Comisión en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 (art. 20)[1137]. La última definición de los crímenes de guerra figura en el artículo 8, párrafo 2, del Estatuto de Roma, que recoge los precedentes y se refiere de forma amplia a los crímenes de guerra cometidos tanto en un conflicto armado internacional como en un conflicto armado no internacional, así como a los crímenes de base convencional y de base internacional consuetudinaria. A los efectos del presente proyecto de artículo, la Comisión decidió retener la definición contenida en el artículo 8, párrafo 2, del Estatuto de Roma, por considerarla la versión más actualizada de la definición de esta categoría de crímenes. Dicha decisión no implica, sin embargo, ignorar el lugar destacado que los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I ocupan en relación con la definición de lo que ha de entenderse como crímenes de guerra.

6) El crimen de *apartheid* fue definido por primera vez en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, que, aunque lo califica de crimen contra la humanidad y crimen de derecho internacional (art. I), contiene una definición autónoma y detallada del crimen de *apartheid* (art. II). Por esta razón, la Comisión decidió retener la definición de la Convención de 1973 a los efectos del presente proyecto de artículo.

7) La tortura se define como una violación de derechos humanos en todos los instrumentos internacionales en la materia. Su calificación como conducta prohibida que

---

[1133] Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. I; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, párrafo quinto del preámbulo.

[1134] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 51.

[1135] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), págs. 29 a 50.

[1136] Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Primer Convenio de Ginebra), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 970, pág. 31, art. 50; Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Segundo Convenio de Ginebra), *ibid*., núm. 971, pág. 85, art. 51; Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Tercer Convenio de Ginebra), *ibid*., núm. 972, pág. 135, art. 130; Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Cuarto Convenio de Ginebra), *ibid*., núm. 973, pág. 287, art. 147; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977), *ibid*., vol. 1125, núm. 17512, pág. 3, art. 85.

[1137] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 57 y 58.

debe dar lugar a represión penal se recoge por primera vez en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, que la define como un crimen autónomo en su artículo 1, párrafo 1. Dicha definición incorpora, además, el elemento significativo de que la calificación de un acto como tortura exige que este sea realizado por funcionarios públicos o por instigación o consentimiento de funcionarios públicos, lo que sitúa a ese crimen en relación directa con el tema objeto del presente proyecto de artículos. Una definición similar figura en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (arts. 2 y 3)[1138]. La Comisión considera que, a los efectos del presente proyecto de artículo, la tortura ha de entenderse conforme a la definición que de la misma da la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

8) Las desapariciones forzadas de personas se definieron por primera vez en la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, de 9 de junio de 1994 (art. II)[1139]. Por su parte, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, define igualmente este crimen (art. 2). Al igual que en el caso de la tortura, la definición de este crimen exige que sea realizado por funcionarios públicos o por instigación o consentimiento de funcionarios públicos, lo que lo sitúa en relación directa con el tema objeto del presente proyecto de artículos. Por ello, la Comisión considera que, a los efectos del presente proyecto de artículo, la definición de desapariciones forzadas debe entenderse conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Convención de 2006.

9) Teniendo en cuenta su relación con el proyecto de artículo 7, el comentario al anexo debe leerse conjuntamente con el comentario a dicho proyecto de artículo.

[1138] Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 9 de diciembre de 1985), Organización de los Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 67.

[1139] Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994), Organización de los Estados Americanos, *Documentos Oficiales*, OEA/Ser.A/55.