



Asamblea General

Distr. general
28 de febrero de 2020

Original: español

Comisión de Derecho Internacional

72º período de sesiones

Ginebra, 27 de abril a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2020

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

Índice

	<i>Página</i>
Introducción	2
I. Las relaciones entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales	6
A. Actos realizados a título oficial, crímenes de derecho internacional y límites y excepciones a la inmunidad	8
B. La cuestión de la cooperación con los tribunales penales internacionales	9
C. Los tribunales penales internacionales en el proyecto de artículos	12
II. Solución de controversias	13
III. Buenas prácticas recomendadas	19
IV. Plan de trabajo futuro	21
Anexos	
I. Proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento	22
II. Proyecto de artículo provisionalmente aprobado por el Comité de Redacción en el 71º período de sesiones, transmitido a la Comisión a título informativo	25
III. Proyectos de artículo propuestos para la consideración de la Comisión y pendientes de examen por el Comité de Redacción	26
IV. Proyectos de artículo propuestos para la consideración de la Comisión en su 72º período de sesiones	30



Introducción

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

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

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

4. En ese mismo período de sesiones la Relatora Especial presentó un informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁸. El informe preliminar contribuyó a clarificar los términos del debate que se había venido manteniendo hasta esa fecha, identificó los principales puntos de controversia que subsistían, señaló los temas para analizar y la metodología que debería aplicarse, y propuso un plan de trabajo orientativo para el tratamiento del tema. La Comisión examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en su 64º período de sesiones⁹ y la Sexta Comisión de la Asamblea General lo hizo en el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General¹⁰, avalando en ambos casos las propuestas de la Relatora Especial.

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

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

³ *Ibid.*, párr. 386. El estudio de la Secretaría figura en el memorando [A/CN.4/596](#) [y Corr.1] (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones, 2008). El texto definitivo se publicará como una adición del Anuario... 2008, vol. II (primera parte).

⁴ Los informes del Relator Especial Roman Kolodkin figuran en: Anuario... 2008, vol. II (primera parte), documento [A/CN.4/601](#) (informe preliminar); [A/CN.4/631](#) (segundo informe, 2010); y [A/CN.4/646](#) (tercer informe, 2011).

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

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

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

⁸ [A/CN.4/654](#).

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

¹⁰ La Sexta Comisión de la Asamblea General se ocupó del tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” en las sesiones 20ª a 23ª de su sexagésimo séptimo período de sesiones. Además, dos Estados realizaron referencias al tema en la 19ª sesión. Las intervenciones de los Estados en dichas sesiones pueden consultarse en las actas resumidas

5. Con posterioridad la Relatora Especial ha presentado otros seis informes, en 2013, 2014, 2015, 2016, 2018 y 2019¹¹. Tras el examen de dichos informes¹², la Comisión ha aprobado provisionalmente hasta la fecha los siguientes proyectos de artículo con sus comentarios: proyecto de artículo 1 (sobre el ámbito de aplicación del proyecto de artículos)¹³; proyecto de artículo 2, apartados e) y f) (sobre los conceptos de “funcionario del Estado” y “acto realizado a título oficial”)¹⁴; proyectos de artículo 3 y 4 (sobre los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae*)¹⁵; proyectos de artículo 5 y 6 (sobre los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*)¹⁶; y proyecto de artículo 7 (sobre los crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica) y anexo¹⁷. El texto de estos proyectos de artículo y del anexo al proyecto de artículo 7 provisionalmente aprobados hasta el momento por la Comisión se incluye en el anexo I al presente informe. Durante el 71^{er} período de sesiones de la Comisión, en 2019, el Comité de Redacción inició el examen de los proyectos de artículo 8 a 16 que habían sido presentados por la Relatora Especial en su séptimo informe y recibió también algunas propuestas de otros miembros de la Comisión. Sin embargo, debido a la falta de tiempo, el Comité no pudo finalizar su trabajo sobre los proyectos de artículo pendientes, limitándose a aprobar provisionalmente un nuevo proyecto de artículo (proyecto de artículo 8 *ante*)¹⁸. La Comisión fue informada por el Presidente del Comité de Redacción de la evolución de los trabajos sobre los proyectos de artículo pendientes, que deberán continuar en el 72^o período de sesiones.

contenidas en los documentos [A/C.6/67/SR.19](#) a SR.23. Véase también el resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo séptimo período de sesiones ([A/CN.4/657](#)), párrs. 26 a 38.

¹¹ [A/CN.4/661](#) (segundo informe), [A/CN.4/673](#) (tercer informe), [A/CN.4/686](#) (cuarto informe), [A/CN.4/701](#) (quinto informe), [A/CN.4/722](#) (sexto informe) y [A/CN.4/729](#) (séptimo informe).

¹² Para una visión detallada del tratamiento del tema por la Comisión, véanse los informes de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 65^o a 71^o: *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párrs. 43 a 49; *ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párrs. 126 a 132; *ibid.*, *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párrs. 174 a 243; *ibid.*, *septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párrs. 193 a 250; *ibid.*, *septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párrs. 71 a 141; *ibid.*, *septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, párrs. 270 a 330; e *ibid.*, *septuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/74/10)*, párrs. 122 a 201.

¹³ *Ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 49.

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

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

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

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

¹⁸ El proyecto de artículo 8 *ante* aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción dice lo siguiente:

“Proyecto de artículo 8 *ante*. Aplicación de la cuarta parte

Las disposiciones y garantías procesales de esta parte se aplicarán en relación con todo procedimiento penal contra un funcionario de un Estado extranjero, antiguo o en ejercicio, que afecte a cualquier proyecto de artículo contenido en 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 proyectos de artículo.”

([A/CN.4/L.940](#), mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 71^{er} período de sesiones; véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/74/10)*, párr. 125 y nota 1469.)

6. Por su parte, la Sexta Comisión de la Asamblea General examinó los informes de la Comisión sobre este tema en sus períodos de sesiones de 2013 a 2019¹⁹.

7. Para finalizar este resumen de los trabajos previos sobre el presente tema, ha de recordarse que desde 2013 la Comisión ha venido formulando diversas preguntas a los Estados sobre cuestiones de interés para el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En 2014 los siguientes Estados remitieron comentarios: Alemania, Bélgica, Chequia, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Irlanda, México, Noruega, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suiza²⁰. En 2015 los siguientes Estados remitieron contribuciones: Alemania, Austria, Chequia, Cuba, España, Finlandia, Francia, Países Bajos, Perú, Polonia, Reino Unido y Suiza²¹. En 2016, se recibieron contribuciones escritas de los siguientes Estados: Australia, Austria, España, Países Bajos, Paraguay, Reino Unido y Suiza²². En 2017 los siguientes Estados remitieron comentarios escritos: Alemania, Austria, Chequia, Francia, México, Países Bajos y Suiza²³. En 2018 y 2019 han

¹⁹ Véanse los documentos A/CN.4/666, párrs. 10 a 30; A/CN.4/678, párrs. 37 a 51; A/CN.4/689, párrs. 68 a 76; A/CN.4/703, párrs. 51 a 61; y A/CN.4/713, párrs. 29 a 44, que contienen los resúmenes por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante sus períodos de sesiones sexagésimo octavo a septuagésimo segundo. Los debates celebrados en la Sexta Comisión pueden consultarse en las actas resumidas contenidas en los documentos A/C.6/68/SR.17 a SR.19, A/C.6/69/SR.21 a SR.26 y A/C.6/70/SR.20 y SR.22 a SR.25, A/C.6/71/SR.20, SR. 24 y SR.26 a SR.30, y A/C.6/72/SR.18, SR.19 y SR.21 a SR.26. El texto completo de las intervenciones de los delegados que participaron en el debate puede consultarse en: <https://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/68th-session/agenda>, <https://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/69th-session/agenda>, <https://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/70th-session/agenda>, <https://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/71st-session/agenda> y <https://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/72nd-session/agenda>. Los debates de la Sexta Comisión sobre el séptimo informe son analizados en la presente introducción.

²⁰ En su 65° período de sesiones (2013), la Comisión había pedido a los Estados que “antes del 31 de enero de 2014, proporcion[asen] información sobre la práctica de sus instituciones, y en particular sobre las decisiones judiciales, en lo que concierne al significado dado a las expresiones ‘actos oficiales’ o ‘actos realizados a título oficial’ en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 25.

²¹ En su 66° período de sesiones (2014), la Comisión había pedido a los Estados que “antes del 31 de enero de 2015, proporcion[asen] información sobre su legislación interna y sobre su práctica, especialmente la práctica judicial, en relación con las siguientes cuestiones: a) el significado dado a las expresiones ‘actos oficiales’ y ‘actos realizados a título oficial’ en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; y b) las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, *ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 28.

²² En su 67° período de sesiones (2015), la Comisión había señalado que “agradecería que los Estados le proporcionasen información sobre su legislación y práctica, en particular práctica judicial, en relación con los límites y las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, *ibid.*, *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párr. 29.

²³ En su 68° período de sesiones (2016), la Comisión había solicitado a los Estados “información sobre su legislación y práctica nacional, incluida la práctica de los órganos judiciales y del ejecutivo, en relación con las siguientes cuestiones: a) la invocación de la inmunidad; b) la renuncia a la inmunidad; c) la etapa en que las autoridades nacionales toman en consideración la inmunidad (investigación, acusación, enjuiciamiento); d) los instrumentos de que dispone el ejecutivo para trasladar a los tribunales nacionales información, documentos u opiniones jurídicos en relación con un asunto en que se esté examinando o se pueda examinar la inmunidad; e) los mecanismos de asistencia jurídica, cooperación y consulta internacional a los que pueden recurrir las autoridades del Estado en relación con un asunto en que se esté examinando o se pueda examinar la inmunidad”, *ibid.*, *septuagésimo primer período de*

remitido comentarios los siguientes Estados: Austria, El Salvador, España, Marruecos, Países Bajos y Reino Unido²⁴. En 2020 han respondido a la pregunta de la Comisión Belarús y los Países Bajos²⁵. Además, varios Estados se refirieron en la Sexta Comisión a las cuestiones contenidas en las preguntas que la Comisión les había dirigido. La Relatora Especial desea agradecer muy especialmente a esos Estados sus comentarios, que son de gran utilidad para los trabajos de la Comisión. Igualmente, se agradecerá cualquier otro comentario que los Estados deseen remitir con posterioridad. Estos comentarios, y las observaciones formuladas en las intervenciones orales de los delegados de los Estados en la Sexta Comisión, han sido debidamente tenidos en cuenta para la elaboración del presente informe.

8. Como ya se señaló en su momento, la Relatora Especial finalizó el análisis de los distintos temas que se habían incluido en el programa de trabajo propuesto para la consideración de la Comisión en 2012 en su séptimo informe. Sin embargo, la Relatora Especial también indicó en dicho informe su intención de someter a consideración de la Comisión algunas reflexiones sobre las relaciones entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales, cuyo tratamiento había anunciado en 2018 pero que no había incluido en su séptimo informe teniendo en cuenta que en el momento de terminar su redacción se encontraba pendiente ante la Corte Penal Internacional el recurso de apelación introducido por Jordania contra la sentencia de la Sala de Cuestiones Preliminares II, de 11 de diciembre de 2017, en el asunto *Jordan Referral re Al-Bashir*²⁶. Aunque la Sala de Apelaciones había dictado su sentencia el 6 de mayo de 2019²⁷, la Relatora Especial no consideró oportuno proceder al examen de esta cuestión en el 71^{er} período de sesiones de la Comisión. Transcurrido casi un año desde entonces, parece oportuno abordar ahora el tema de la relación entre inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales de una forma general y comprehensiva. A ello se dedica el capítulo I del presente informe.

9. Junto a ello se analizan igualmente en el presente informe las dos cuestiones que se mencionaron en el séptimo informe, a saber: el establecimiento de un mecanismo

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

²⁴ En su 70^o período de sesiones (2018), la Comisión había solicitado a los Estados información “sobre su legislación y práctica nacional (judicial, administrativa y de otra índole) relativa al tratamiento procesal de la inmunidad, en especial la invocación y renuncia a la inmunidad, así como sobre los mecanismos de comunicación, consulta, cooperación y asistencia jurídica internacional que puedan utilizar en relación con situaciones en que se esté examinando o se pueda examinar por sus autoridades nacionales la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”. También había solicitado a las organizaciones internacionales información “sobre los mecanismos de cooperación internacional que, en el marco de sus competencias, puedan afectar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, *ibid.*, *septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, párr. 34.

²⁵ En su 71^{er} período de sesiones (2019), la Comisión había solicitado a los Estados información “sobre la existencia de manuales, guías, protocolos o instrucciones operativas dirigidas a los funcionarios y órganos del Estado competentes para adoptar alguna decisión que pueda afectar a los funcionarios extranjeros y a su inmunidad de jurisdicción penal en el territorio del Estado del foro”, *ibid.*, *septuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/74/10)*, párr. 29.

²⁶ *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir* (decisión con arreglo al artículo 87, párr. 7, del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento por Jordania de la solicitud de la Corte de detención y entrega de Omar Al-Bashir), 11 de diciembre de 2017 (ICC-02/05-01/09-309).

²⁷ *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, sentencia de la Sala de Apelaciones de 6 de mayo de 2019 (ICC-02/05-01/09-397-Corr).

de solución de controversias entre el Estado del foro y el Estado del funcionario (cap. II) y la identificación y recomendación de buenas prácticas que podrían facilitar la resolución de los problemas que surgen en la práctica en el proceso de determinación y aplicación de la inmunidad (cap. III). Ambas cuestiones son analizadas a la luz de los comentarios realizados por los miembros de la Comisión en su 71^{er} período de sesiones y por los Estados durante de los debates celebrados en la Sexta Comisión en 2019, teniendo igualmente en cuenta los comentarios escritos recibidos por los Estados antes mencionados.

10. Por último, el presente informe incluye varios anexos en los que se reproducen los proyectos de artículo provisionalmente aprobados hasta la fecha por la Comisión (anexo I), un proyecto de artículo aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción y transmitido a la Comisión a título informativo (anexo II), los proyectos de artículo propuestos a la Comisión para su consideración en 2013 y 2019 y que aún no han sido analizados por el Comité de Redacción (anexo III) y los proyectos de artículo propuestos a la Comisión para su consideración en su 72^o período de sesiones (anexo IV).

I. Las relaciones entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales

11. La cuestión de las relaciones existentes entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales ha estado presente en los trabajos de la Comisión sobre el presente tema desde un momento muy temprano, mencionándose ya en el documento que sirvió de base para la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión²⁸, así como en el memorando de la Secretaría elaborado en 2008 a petición de la Comisión²⁹. Por su parte, los dos Relatores Especiales que se han ocupado sucesivamente de este tema se han referido también a esta cuestión³⁰, que ha sido objeto de pronunciamientos diversos por parte de los miembros de la Comisión y de los Estados.

12. Esta problemática ha de ser objeto de un cuidadoso tratamiento dado que viene condicionada, en primer lugar, por el propio ámbito de aplicación del presente tema, que se define en el párrafo 1 del proyecto de artículo 1 provisionalmente aprobado por la Comisión en los siguientes términos:

“[e]l presente proyecto de artículos se aplica a la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado”³¹.

Dicho ámbito de aplicación ha sido aclarado por la Comisión en el comentario al proyecto de artículo en los siguientes términos:

“... 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’. En consecuencia, quedan fuera del ámbito de aplicación del

²⁸ *Anuario ... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 257 y anexo I, párrs. 12 y 19 y notas a pie de página 15 y 16.

²⁹ [A/CN.4/596](#) [y Corr.1] (véase la nota 3 *supra*), párrs. 67 a 87.

³⁰ Véanse el informe preliminar del Relator Especial Roman Kolodkin ([A/CN.4/601](#)) (nota 4 *supra*), párrs. 8 a 11, 44 y 103, y el segundo informe de la Relatora Especial Concepción Escobar Hernández ([A/CN.4/661](#)), párrs. 21 y 27 a 30.

³¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 48. Véase también *infra*, anexo I.

proyecto de artículos las inmunidades ante los tribunales penales internacionales, que estarán sometidas a su propio régimen jurídico. Esta exclusión debe entenderse en el sentido de que ninguna de las normas que rigen el funcionamiento de las inmunidades ante dichos tribunales se verá afectada por lo dispuesto en el presente proyecto de artículos³².

13. En consecuencia, es obvia la conclusión de que el presente tema no se ocupa de las inmunidades ante los tribunales penales internacionales. Sin embargo, con ser ello cierto, no puede negarse tampoco que el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no se construye en abstracto al margen de la nueva realidad representada por la constitución de tribunales penales internacionales creados para enjuiciar los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional. Dado que dichos crímenes pueden haber sido cometidos también por funcionarios del Estado que podrían ser perseguidos tanto ante tribunales penales nacionales como ante tribunales penales internacionales, no parece posible negar la existencia de puntos de relación entre el presente tema y el fenómeno de la jurisdicción penal internacional. Esta relación potencial fue igualmente constatada por la propia Comisión en el comentario al proyecto de artículo 1, en el que señaló lo siguiente:

“No obstante, se ha suscitado la necesidad de tomar en consideración la problemática especial que representa la existencia de los denominados tribunales penales mixtos o internacionalizados. También se ha suscitado la cuestión referida a 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 los tribunales penales internacionales. Aunque se han expresado diversas opiniones en relación con ambos temas, no es posible identificar en este momento una solución concluyente respecto de cada uno de ellos³³.

14. Por tanto, es evidente para esta Relatora Especial que, si bien el ámbito de aplicación del presente tema no permite ocuparse directamente de la cuestión de la inmunidad ante los tribunales penales internacionales, tampoco es posible finalizar el trabajo de la Comisión sin haber examinado al menos la posible interacción entre la jurisdicción penal extranjera y la jurisdicción penal internacional en relación con la inmunidad. Se trata, en todo caso, de una interacción estrechamente vinculada con el principio de rendición de cuentas y con la lucha contra la impunidad de los crímenes de derecho internacional, que ha recibido igualmente el apoyo de un número importante de miembros de la Comisión y de un cierto número de Estados que en los debates en la Sexta Comisión han puesto el énfasis en la necesidad de asegurar que el proyecto de artículos respete y no afecte negativamente los logros alcanzados en el ámbito del derecho internacional penal en términos tanto sustantivos como institucionales.

15. Respetando plenamente el ámbito de aplicación del presente tema, la Relatora Especial ha llamado la atención en varios de sus informes sobre la problemática especial que presenta la relación del mismo con los tribunales penales internacionales, abordándola en particular en el contexto de la definición de los actos realizados a título oficial y los límites y excepciones a la inmunidad, por un lado (quinto informe); y de los aspectos procesales de la inmunidad, por otro (informes sexto y séptimo). En ambos casos, la Comisión ha examinado dichos informes dando lugar a un debate interesante que merece la pena recordar brevemente en el presente informe.

³² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 49, comentario al proyecto de artículo 1, párr. 6).

³³ *Ibid.*

A. Actos realizados a título oficial, crímenes de derecho internacional y límites y excepciones a la inmunidad

16. En el quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se analizó la jurisprudencia de varios tribunales penales internacionales a los efectos de determinar, en primer lugar, en qué medida dichos tribunales habían considerado que los crímenes de derecho internacional bajo su competencia podían ser considerados como actos realizados a título oficial; y, en segundo lugar, en qué medida dichos tribunales habían considerado el carácter internacional de esos crímenes como un motivo para excluir una alegación de inmunidad ante esos tribunales³⁴. Sobre la base de dicho análisis, en el proyecto de artículo 7 presentado por la Relatora Especial, dedicado a los crímenes respecto de los que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no se aplica, se incluyó un párrafo 3 redactado en los siguientes términos:

“3. Lo previsto en los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de:

- a) cualquier disposición de un tratado, que obligue al Estado del foro y al Estado del funcionario, en virtud de la cual la inmunidad no sea aplicable;
- b) la obligación de cooperar con un tribunal internacional que, en cada caso, sea exigible al Estado del foro”³⁵.

17. Con ocasión del examen del informe por la Comisión, se produjo un interesante debate sobre esa propuesta en el que algunos miembros llamaron la atención sobre el hecho de que la referencia a la obligación de cooperar con los tribunales penales internacionales no tenía cabida en un proyecto dedicado a los límites y excepciones a la inmunidad y debía ser simplemente suprimida, haciendo alguno de ellos referencia expresa al hecho de que la inclusión de dicha cláusula podría prejuzgar una cuestión (el alcance de la obligación de cooperar con la Corte Penal Internacional) que en aquel momento se encontraba *sub judice* ante la Corte en el marco del asunto relativo a la no cooperación de Sudáfrica en la detención y entrega del entonces Presidente Al-Bashir, del Sudán. Otros miembros de la Comisión consideraron, por el contrario, que el párrafo 3 del proyecto de artículo 7 propuesto por la Relatora Especial debía mantenerse, ya que el trabajo de la Comisión sobre el presente tema no debía alterar las competencias de la Corte Penal Internacional y las obligaciones asumidas libremente por los Estados partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)³⁶. Y un tercer grupo de miembros expresó su opinión de que el contenido del citado párrafo era valioso y debería incluirse en el proyecto de artículos, si bien consideraba que el proyecto de artículo 7 no era el lugar más adecuado para ello, siendo probablemente preferible incluirlo bajo una formulación más general que pudiera aplicarse a la totalidad del proyecto de artículos, señalando algunos de estos miembros que quizás la parte del proyecto de artículos dedicada a los aspectos procesales del tema podría ser un lugar más adecuado.

18. Como resultado de este debate y de los trabajos del Comité de Redacción, la Comisión aprobó finalmente por amplia mayoría un proyecto de artículo 7 que circunscribía los límites y excepciones contemplados en el mismo a la inmunidad *ratione materiae* y del que se suprimía el párrafo 3 antes citado³⁷.

³⁴ A/CN.4/701, párrs. 96 a 246.

³⁵ *Ibid.*, párr. 248.

³⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3.

³⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 140. Véase también *infra*, anexo I.

19. En todo caso, ha de recordarse que el párrafo 3 del proyecto de artículo 7 propuesto por la Relatora Especial formaba parte de un proyecto de artículo en el que se pretendía regular de forma global la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, si bien estableciendo regímenes separados para la inmunidad *ratione personae* y para la inmunidad *ratione materiae*. Sin embargo, tras el trabajo desarrollado en el seno del Comité de Redacción se produjo una modificación del proyecto de artículo, considerándose que era preferible circunscribirlo a los límites y excepciones a la inmunidad *ratione materiae*, puesto que la Comisión ya se había pronunciado previamente sobre el carácter pleno de la inmunidad *ratione personae*. Este cambio, que limita el alcance del proyecto de artículo 7, no afecta —sin embargo— a la naturaleza y alcance del párrafo 3 del primitivo proyecto de artículo 7 que, por su carácter general, estaba concebido originalmente para aplicarse tanto a la inmunidad *ratione personae* como a la inmunidad *ratione materiae*.

B. La cuestión de la cooperación con los tribunales penales internacionales

20. La cuestión de la relación entre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales presenta, además de elementos sustantivos, otros de tipo procesal que están vinculados con la cooperación entre los tribunales penales nacionales y los tribunales penales internacionales. Por ello, en su sexto informe³⁸ la Relatora Especial recordó que esta cuestión había quedado pendiente en 2017 y que era su intención ocuparse de la misma con ocasión del tratamiento de los aspectos procesales de la inmunidad en su séptimo informe.

21. Sin embargo, en el momento de presentar dicho informe, se habían producido dos hechos nuevos sobre los cuales la Relatora Especial llamó la atención de la Comisión. En primer lugar, que la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado estaba siendo objeto de debate indirecto ante la Corte Penal Internacional, con ocasión del recurso de apelación presentado por Jordania contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II, por la que decidió comunicar a la Asamblea de los Estados Partes el incumplimiento por parte de dicho país del deber de cooperar con la Corte en la detención y entrega del Presidente del Sudán, Omar Hassan Ahmad Al-Bashir³⁹. En segundo lugar, que se había incluido en el programa de la Asamblea General un punto titulado “Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias de las obligaciones jurídicas que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes del derecho internacional con respecto a las inmunidades de los Jefes de Estado y de Gobierno y otros altos funcionarios”. Este punto del programa había sido incluido a propuesta de Kenya en representación de los Estados africanos Miembros de las Naciones Unidas y estaba directamente relacionado con el debate sobre la cooperación con la Corte Penal Internacional con ocasión de la acusación dirigida contra varios dirigentes africanos, en especial los Presidentes Al-Bashir (Sudán) y Kenyatta (Kenya)⁴⁰. Teniendo en cuenta ambos hechos, la Relatora Especial consideró

³⁸ A/CN.4/722, párr. 43.

³⁹ Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir* (decisión con arreglo al artículo 87, párr. 7, del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento por Jordania de la solicitud de la Corte de detención y entrega de Omar Al-Bashir) (véase la nota 26 *supra*). El recurso de apelación fue presentado por Jordania, con fecha 12 de marzo de 2018 (ICC-02/05-01/09-326).

⁴⁰ Programa del septuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General, punto 89 (A/73/251). Véase también A/73/144.

que no era oportuno analizar en su séptimo informe el tema de la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y los tribunales penales internacionales, si bien advirtió de que teniendo en cuenta las cuestiones que se debatían en ambos casos y la posibilidad de que las decisiones judiciales pudieran afectar al tema en estudio ante la Comisión, se reservaba el derecho de volver sobre esta cuestión una vez que la Corte Penal Internacional hubiese dictado sentencia. Dicha advertencia fue realizada fundamentalmente teniendo en cuenta que en el procedimiento que se estaba siguiendo ante la Corte Penal Internacional se suscitaban diversas cuestiones que podrían ser de interés para el presente tema, y que en las audiencias públicas celebradas ante la Corte se había hecho referencia en varias ocasiones a los trabajos de la Comisión sobre la inmunidad⁴¹.

22. En relación con estas dos circunstancias, conviene destacar que la hipótesis de que la Corte Internacional de Justicia pueda pronunciarse sobre el tema no parece factible por el momento, ya que la Unión Africana en la cumbre celebrada en febrero de 2020 ha adoptado la decisión de instar a los países africanos a que retiren la solicitud de opinión consultiva que habían inscrito en el orden del día de la Asamblea General.

23. Por su parte, la Corte Penal Internacional dictó sentencia en el caso antes mencionado el 6 de mayo de 2019. A pesar del interés de la sentencia para la definición del sistema de justicia penal internacional instaurado por el Estatuto de Roma, la valoración que se ha hecho de la misma desde distintas posiciones académicas no ha sido pacífica. Y tampoco lo ha sido la valoración que de la sentencia han hecho algunos Estados y la propia Corte. En todo caso, no parece necesario que la Comisión examine de modo detallado la sentencia y, mucho menos, que proceda a realizar una evaluación de esta. Ello no entra en el marco de su mandato y —además— generaría un debate de largo alcance que no se puede abordar sin analizar cuestiones que exceden el ámbito material de nuestro tema y el ámbito de aplicación del proyecto de artículos que la Comisión está elaborando. Teniendo esto en cuenta, la propia Relatora Especial informó a la Comisión en 2019 que no era su intención presentar un informe específico sobre la sentencia de la Corte Penal Internacional⁴². Esta posición fue avalada por algunos miembros de la Comisión⁴³.

24. Sin embargo, sí se considera útil mencionar ahora algunos elementos de la sentencia que se refieren a cuestiones que entran en el ámbito de aplicación del presente tema y que ya han sido abordados a lo largo de los trabajos de la Comisión sobre este tema y que —por lo que ahora nos interesa— pueden ser resumidos de la siguiente manera:

a) los tribunales nacionales y la Corte Penal Internacional están sometidos a reglas distintas por lo que se refiere a la inmunidad, de forma que, si bien la inmunidad

⁴¹ Véase la transcripción de las audiencias públicas celebradas del 10 al 14 de septiembre de 2018 ante la Sala de Apelación de la Corte Penal Internacional (ICC-02/05-01/09-386 y anexos 1 a 5).

⁴² Véase el acta resumida provisional de la 3480ª sesión de la Comisión (A/CN.4/SR.3480), disponible en el sitio web de la Comisión.

⁴³ Véanse las declaraciones de los Sres. Tladi (A/CN.4/SR.3481), Park (*ibid.*), Murphy (*ibid.*), Hassouna (A/CN.4/SR.3485), Zagaynov (A/CN.4/SR.3486), Wood (A/CN.4/SR.3487) y Reinisch (*ibid.*). En contra se manifestó el Sr. Gómez Robledo (A/CN.4/SR.3486). Por su parte, el Sr. Hmoud señaló que no formularía ningún comentario al respecto dada su condición de agente de Jordania en el caso ante la Corte Penal Internacional, aunque se reservó su derecho de intervenir al respecto en el futuro (A/CN.4/SR.3480). Las actas resumidas provisionales de las sesiones del 71^{er} período de sesiones de la Comisión están disponibles en el sitio web de la Comisión.

de los funcionarios del Estado puede ser alegada ante una jurisdicción penal extranjera, no será posible alegar dicha inmunidad ante la Corte;

b) el Jefe de Estado goza de inmunidad ante los tribunales penales nacionales de un tercer Estado, pero no ante los tribunales penales internacionales⁴⁴.

25. Se trata de conclusiones que no entran en contradicción con los trabajos de la Comisión ni con los proyectos de artículo aprobados hasta la fecha en el marco del presente tema, por lo que no es preciso analizarlas con más detalle. Sin embargo, junto a estas dos conclusiones, la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional añade otros tres elementos que podrían tener alguna relación con nuestro tema, en particular por cuanto pueden afectar al propio concepto de jurisdicción penal extranjera, a saber:

a) en cumplimiento del Estatuto de Roma los Estados partes tienen la obligación de cooperar plenamente con la Corte Penal Internacional, incluido mediante la detención y entrega de personas acusadas de haber cometido un crimen de competencia de la Corte;

b) esta obligación de cooperar está vinculada con el artículo 27 del Estatuto de Roma, que produce efectos tanto verticales (jurisdicción de la Corte Penal Internacional) como horizontales (jurisdicciones nacionales);

c) al cumplir con la solicitud de cooperación que le dirige la Corte “el Estado parte requerido no procede a arrestar al Jefe de Estado a fin de perseguirle ante los tribunales de dicho Estado parte: está únicamente prestando asistencia a la Corte en ejercicio de su propia jurisdicción”⁴⁵.

26. Sin duda esta última conclusión de la sentencia es la que puede generar un mayor debate en relación con nuestro tema, ya que, llevada a su interpretación más amplia, podría incidir sobre el propio concepto de jurisdicción penal extranjera en cuyo marco se aplica la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado, pudiendo excluir de dicha categoría aquellas actuaciones de las jurisdicciones penales nacionales que se producen en virtud de una petición de cooperación de la Corte Penal Internacional.

27. Sin embargo, a juicio de la Relatora Especial, la Comisión no necesita pronunciarse sobre esta cuestión en el marco de los trabajos en curso, ni siquiera para definir el concepto de jurisdicción penal extranjera. Y ello por dos razones esenciales. En primer lugar, la finalidad perseguida por los trabajos de la Comisión en el presente tema es la elaboración de un proyecto de artículos que defina el régimen general aplicable a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en todos aquellos supuestos en que no exista un régimen más específico de base convencional aplicable a dicha institución. Y, por consiguiente, el concepto de jurisdicción penal extranjera debe entenderse en términos generales, de forma que pueda ser aplicado en cualquier circunstancia y respecto de la jurisdicción penal de cualquier Estado, con independencia de que dicho Estado sea o no parte en tratados internacionales específicos, incluido el Estatuto de Roma. En segundo lugar, ha de llamarse igualmente la atención sobre el hecho de que las conclusiones a que ha llegado la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en el caso el asunto *Jordan Referral re Al-Bashir* han de entenderse exclusivamente en el contexto de las obligaciones que asumen los Estados partes en virtud del Estatuto de Roma y, por consiguiente, la forma en que la Corte califique las acciones de las jurisdicciones

⁴⁴ Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, sentencia de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional de 6 de mayo de 2019 (véase la nota 27 *supra*), párrs 101, 102, 110, 111 y 113. Téngase en cuenta que la Corte Penal Internacional se refiere en su sentencia únicamente a la inmunidad de jurisdicción penal del Jefe de Estado.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 4.

penales de dichos Estados para cumplir con el deber de cooperar con la Corte es aplicable únicamente en el contexto de dicho régimen jurídico especial y no puede ser extrapolada para definir la naturaleza de la acción de dichas jurisdicciones en el marco general en que la Comisión desarrolla el presente trabajo.

C. Los tribunales penales internacionales en el proyecto de artículos

28. Siguiendo los argumentos reflejados en los párrafos anteriores, ha de abordarse en este momento la cuestión de si procede incluir en el proyecto de artículos alguna referencia expresa a los tribunales penales internacionales. Dicha posibilidad ha de valorarse desde dos perspectivas distintas pero complementarias.

29. En primer lugar, no se puede olvidar que la inmunidad ante los tribunales penales internacionales no forma parte del ámbito de aplicación del presente tema, y por tanto puede cuestionarse la conveniencia de adoptar algún proyecto de artículo que remita a obligaciones que se deriven de regímenes jurídicos establecidos en tratados internacionales que pudieran tener, por esa vía, alguna incidencia jurídica para el proyecto de artículos. Esta opción podría entrar en colisión con la naturaleza general del régimen que se pretende definir en el proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En efecto, como ya se ha señalado *supra*, la Comisión definió el ámbito de aplicación del presente tema y lo limitó a la jurisdicción penal extranjera de los Estados, excluyendo de dicho ámbito de aplicación los tribunales penales internacionales. Sin embargo, contrariamente a lo que sucede con otros regímenes especiales que regulan determinadas formas de inmunidad de jurisdicción penal, ha de destacarse que la exclusión de los tribunales penales internacionales del ámbito de aplicación del proyecto de artículos tan solo se produce por una interpretación *a contrario* del párrafo 1 del proyecto de artículo 1, que se refleja en el comentario que se ha reproducido *supra*.

30. Sin embargo, no puede olvidarse tampoco que la relevancia de los tribunales penales internacionales en relación con la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes de trascendencia internacional ha sido recordada de forma reiterada por un buen número de miembros de la Comisión y por los Estados en la Sexta Comisión, que han llamado la atención sobre la necesidad de que el trabajo de la Comisión sobre el presente tema se lleve a cabo teniendo en cuenta los logros de la comunidad internacional en el ámbito del derecho internacional penal, de forma que el resultado final de esos trabajos no cause perjuicio a las normas elaboradas en dicho ámbito, tanto en su dimensión sustantiva como en su dimensión institucional. Ello ha quedado igualmente reflejado en el comentario al proyecto de artículo 1, en el que se afirma expresamente lo siguiente:

“Esta exclusión debe entenderse en el sentido de que ninguna de las normas que rigen el funcionamiento de las inmunidades ante dichos tribunales se verá afectada por lo dispuesto en el presente proyecto de artículos”⁴⁶.

31. Por otro lado, no puede olvidarse que el interés por preservar en los trabajos de la Comisión el lugar que le corresponde a los tribunales penales internacional en el derecho internacional contemporáneo vendría, además, avalado por el hecho de que la propia Corte Internacional de Justicia en el asunto *Orden de detención de 11 de abril de 2000* ha identificado a dichos tribunales como una vía alternativa para evitar la impunidad en aquellos casos en que los tribunales penales de un Estado no pueden

⁴⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 49, comentario al proyecto de artículo 1, párr. 6).

ejercer su jurisdicción⁴⁷. Ello permitiría que la remisión de un caso a un tribunal penal internacional pueda ser contemplada como una vía para garantizar simultáneamente el respeto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y la depuración de la responsabilidad penal internacional por la comisión de ciertas categorías de crímenes. En este sentido, cabe recordar que dicha posibilidad ya ha sido recogida en una propuesta formulada por un miembro de la Comisión en relación con el proyecto de artículo 7 y las garantías procesales.

32. Teniendo en cuenta lo expresado en los párrafos anteriores, la Relatora Especial cree que la Comisión podría considerar la inclusión en el proyecto de artículos de una disposición expresa que, bajo la fórmula de una cláusula “sin perjuicio”, permita compaginar ambos elementos. A tal fin se propone el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo 18

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

II. Solución de controversias

33. El conjunto de medidas procesales propuestas en el séptimo informe tiene entre sus finalidades el contribuir a la creación de condiciones de confianza entre el Estado del funcionario y el Estado del foro, facilitando de esa manera la solución de las controversias que puedan surgir entre ambos en el proceso de determinación y aplicación de la inmunidad. Sin embargo, no es menos cierto que en determinadas circunstancias la discrepancia de posiciones jurídicas entre uno y otro Estado puede subsistir, generándose una controversia en sentido estricto que no podrá solventarse más que a través de los medios de solución pacífica de controversias generalmente aplicables en el derecho internacional contemporáneo. A juicio de la Relatora Especial, ello obliga a reflexionar sobre la posibilidad y conveniencia de incluir en el proyecto de artículos alguna disposición específica dedicada a la solución de controversias, cuestión que también se había planeado en su día el anterior Relator Especial, el Sr. Kolodkin, y que ha sugerido algún Estado en la Sexta Comisión.

34. A ello obedecía el párrafo 176 del séptimo informe, en el que se solicitaba la opinión de los miembros de la Comisión sobre este tema⁴⁸. Las respuestas han sido variadas. Para algunos miembros de la Comisión, la incorporación de dicha propuesta dependerá de la naturaleza final del trabajo de la Comisión sobre el presente tema, destacando alguno de estos miembros que una disposición sobre el arreglo pacífico de controversias sólo tendría sentido en el contexto de un proyecto de artículos que tenga como finalidad servir de base para la celebración ulterior de un tratado internacional, dado que sólo en este tipo de instrumentos tiene sentido el establecimiento de mecanismos específicos de arreglo de controversias. Para otro grupo de miembros de la Comisión, sería útil en cualquier caso formular sugerencias sobre el arreglo de controversias, destacando algún miembro que sólo mediante esta fórmula sería posible resolver los problemas últimos que genera la determinación y aplicación de la inmunidad. Y, en tal sentido, algunos miembros de la Comisión han formulado sugerencias específicas relativas a esta cuestión, señalando en particular la posibilidad de emplear el modelo ya acordado en el contexto del tema “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” o del tema “Crímenes de lesa humanidad”. Además, algún miembro de la Comisión ha llamado igualmente la

⁴⁷ *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 págs. 25 y 26, párr. 61.

⁴⁸ A/CN.4/729, párr. 176.

atención sobre el hecho de que la incorporación de una disposición de estas características en el proyecto de artículos debería ser analizada a la luz de la eficacia que la misma pudiera tener. En todo caso, debe destacarse que la opinión de incluir alguna disposición relativa a los mecanismos de arreglo de controversias ha sido mayoritaria entre los miembros de la Comisión que participaron en el debate sobre este tema en 2019.

35. Por su parte, la Sexta Comisión se ha ocupado también de este tema.

36. La Relatora Especial es plenamente consciente de que la práctica de la Comisión es ajena en buena medida a la incorporación de disposiciones sobre medios de solución de controversias en los trabajos que ha venido elaborando hasta una fecha muy reciente. Y, de la misma manera, es igualmente consciente de que estas disposiciones son características de instrumentos convencionales, en cuyo contexto cobran todo su sentido los medios específicos de solución de controversias, si bien siempre de forma limitada y con un fuerte componente potestativo. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que la cuestión de cuál deba ser la naturaleza del trabajo producido en el marco del presente tema se encuentra pendiente en este momento, siendo preferible esperar a la finalización de los trabajos en segunda lectura para adoptar una decisión definitiva al respecto.

37. Desde esta perspectiva, podría considerarse que una propuesta sobre solución de controversias no debería incluirse en el actual estadio de desarrollo de los trabajos. Sin embargo, a juicio de la Relatora Especial existen razones suficientes para incluir esta cuestión en el proyecto de artículos, debiendo destacarse especialmente dos. En primer lugar, el hecho de que la Comisión debería adoptar en el presente período de sesiones un proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en primera lectura. Dicho proyecto debe entenderse como un proyecto de artículos completo, que ofrezca a los Estados la visión total de la propuesta que formula la Comisión sobre este tema, permitiéndoles así realizar comentarios y observaciones que la Comisión deberá examinar en su momento con ocasión de la aprobación del proyecto de artículos en segunda lectura. Desde esta perspectiva, posponer a la segunda lectura la adopción de un proyecto de artículo sobre la solución de controversias impediría a los Estados tener conocimiento de una propuesta que un cierto número de miembros de la Comisión han considerado útil para el tratamiento del tema. A ello debe añadirse, en segundo lugar, que recientemente la Comisión ha incluido una propuesta relacionada con la solución de controversias en un tema cuyo fin no es en absoluto la elaboración ulterior de un tratado internacional, a saber: la conclusión 21 del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) aprobado en primera lectura en 2019⁴⁹.

38. Dicho lo anterior, es preciso analizar la forma que podría revestir la referencia a la solución de controversias en el proyecto de artículos. A tal respecto, debe destacarse, en primer lugar, que la inclusión de un proyecto de artículo sobre ese tema no afecta ni interfiere en ningún caso en el modelo bien establecido de solución de controversias vigente en el derecho internacional contemporáneo. Por el contrario, es obvio que cualquier controversia surgida entre dos Estados en relación con la determinación y aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario del Estado podrá solventarse mediante el recurso a los medios tradicionales de solución de controversias, incluido el judicial. Así lo pone de manifiesto la práctica ya analizada en informes anteriores de la Relatora Especial, en especial respecto de la Corte Internacional de Justicia a la que se han sometido varios

⁴⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/74/10)*, párr. 56.

asuntos que guardan una relación directa con el presente tema⁵⁰. En todos ellos, la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se ha presentado desde distintas perspectivas y la Corte se ha pronunciado sobre cuestiones relativas a la inmunidad, resolviendo la controversia que había surgido entre el Estado del funcionario y el Estado del foro. Además, la Corte se ha pronunciado también en vía consultiva sobre estas cuestiones⁵¹, habiendo adoptado una opinión consultiva en la que ha dirimido igualmente cuestiones relevantes sobre la determinación y alcance de la inmunidad de un individuo que también han sido tenidas en cuenta en los trabajos en curso.

39. Sin embargo, aceptando que dicha vía de solución de controversias está permanentemente abierta, no es menos cierto que su utilización se ha producido siempre una vez que las decisiones adoptadas por el Estado del foro sobre la inmunidad ya se habían producido, generándose un eventual ilícito internacional del que cabría derivar la correspondiente responsabilidad internacional del Estado infractor. En este sentido, los mecanismos tradicionales de solución de controversias han funcionado como último recurso para la identificación y restablecimiento de la legalidad internacional, pero no han servido al fin antes mencionado de ofrecer a los Estados fórmulas que les permitan resolver la controversia en un momento temprano de su aparición y, por esa vía, reforzar la confianza mutua y reducir el riesgo de que se generen relaciones internacionales inestables y conflictivas. Esa finalidad puede lograrse, en primer lugar, mediante el sistema de consultas diseñado en el proyecto de artículo 15 sometido a consideración de la Comisión, así como mediante los sistemas de intercambio de información previstos en el proyecto de artículo 13 que se encuentra también ante el Comité de Redacción. Pero si ninguno de estos mecanismos funciona, podría ser oportuno proponer un mecanismo de arreglo de controversias en el que se prevea la posibilidad de someter la controversia naciente a un tercero al que se reconozca la posibilidad de resolverla de forma neutral e imparcial, emitiendo una suerte de pronunciamiento prejudicial. El sometimiento de la cuestión a un medio de solución se convertiría así en una condición para la suspensión de las actuaciones jurisdiccionales del Estado del foro, al tiempo que la decisión adoptada por el órgano tercero se convertiría en obligatoria tanto para el Estado del foro como para el Estado del funcionario, que se comprometerían a adaptar sus respectivas posiciones a la solución dada por el tercero.

40. Las fórmulas que cabría establecer al respecto pueden variar notablemente tanto por lo que se refiere a la identificación del tercero como a las condiciones de sumisión de la controversia y a los efectos que se puedan derivar del recurso a un concreto medio de solución.

41. En relación con la primera de las cuestiones, las opciones posibles se concretan básicamente en tres: a) el recurso a la Corte Internacional de Justicia; b) el recurso al arbitraje; y c) el recurso a un órgano internacional *ad hoc* de naturaleza permanente.

42. En los dos primeros casos, el sometimiento de un asunto a la Corte o a un órgano arbitral no plantea dificultades especiales, con la única excepción de que habrán de respetarse las reglas específicas de atribución de competencia a alguno de estos órganos. Ello remite a la voluntad de los Estados interesados que habrán de actuar caso por caso o, en el caso de la Corte, de conformidad con el sistema de aceptación

⁵⁰ Véanse los asuntos *Arrest Warrant of 11 April 2000* (nota 47 *supra*); *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 177; *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, medidas cautelares, providencia de 17 de junio de 2003, *I.C.J. Reports 2003*, pág. 102; *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*.

⁵¹ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 62.

de la competencia de la Corte previsto en el Artículo 36, párrafo 6, de su Estatuto. En ambos casos, el recurso a estos mecanismos tiene la ventaja de que son medios existentes y bien establecidos, que están a disposición de los Estados interesados sin que sea preciso adoptar complejas decisiones de naturaleza orgánica, y que son mecanismos de arreglo de controversias que dejan un margen de flexibilidad a los Estados, en especial el recurso a un órgano arbitral⁵².

43. Por su parte, el recurso a un órgano *ad hoc* permanente presentaría la ventaja de su especialización y de que estaría abierto a cualquier Estado, sin que fuera necesario un acuerdo caso por caso. Además, se beneficiaría de la inmediatez de la respuesta, ya que al ser un órgano abierto y permanente no sería preciso esperar al complejo proceso de constitución de un órgano arbitral. En este sentido, podrían encontrarse modelos en el sistema de comités creados por los distintos tratados de derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas⁵³. Sin embargo, la práctica pone de manifiesto que la creación y constitución de este tipo de órganos especializados precisa de un amplio consenso y tan sólo se han puesto en funcionamiento en virtud de tratados internacionales que, en el presente caso, deberían ser de ámbito universal. Ello, en último caso, dificultaría su constitución, sin que eliminara el margen de discrecionalidad de que gozan los Estados para aceptar o no la competencia contenciosa de dichos órganos.

44. Teniendo esto en cuenta, la Relatora Especial considera preferible optar por una fórmula que ofrezca una mayor flexibilidad a los Estados y que no exija el establecimiento de nuevas estructuras orgánicas permanentes especializadas, aunque ello pudiese ser una fórmula factible a más largo plazo. Además, la opción a favor de un mecanismo más flexible ofrece la ventaja añadida de que no precisa de un tratado internacional que lo establezca pero tampoco lo impide, lo que deja abierta la cuestión de la decisión que la Comisión deberá tomar en su día sobre la naturaleza del producto final de sus trabajos sobre el presente tema.

45. A la luz de las reflexiones que anteceden, la Comisión puede considerar de interés estudiar las dos formulaciones más recientes sobre solución de controversias que ha adoptado en sus trabajos, a saber: la conclusión 21 del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y el artículo 15 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad. Ambas fórmulas han sido mencionadas por distintos miembros de la Comisión como fuente de inspiración para elaborar un proyecto de artículo sobre arreglo de controversias en el marco del presente tema. A ello debería añadirse el mecanismo de conciliación al que se refiere el artículo 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁵⁴, que fue mencionado también por otro miembro de la Comisión.

46. La conclusión 21 del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) está redactada en los siguientes términos:

⁵² En relación con la flexibilidad, no puede olvidarse tampoco la posibilidad, ya empleada en la práctica, de constituir una Sala *ad hoc* en el seno de la Corte Internacional de Justicia.

⁵³ Esta posibilidad fue ya examinada por la Comisión en relación con el tema “Crímenes de lesa humanidad”, aunque finalmente no se retuvo en el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad aprobado por la Comisión en segunda lectura en su 71^{er} período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/74/10)*, párr. 44. En particular, véase el memorando elaborado por la Secretaría a petición de la Comisión con información sobre los mecanismos convencionales de vigilancia existentes que pueden ser de relevancia para la futura labor de la Comisión (A/CN.4/698).

⁵⁴ 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.

“Conclusión 21. Requisitos de procedimiento

1. El Estado que invoque una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) como causa de nulidad o de terminación de una norma de derecho internacional deberá notificar su pretensión a los otros Estados interesados. La notificación deberá hacerse por escrito y en ella habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto a la norma de derecho internacional en cuestión.

2. Si ninguno de los otros Estados interesados formula objeción alguna en un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses, el Estado que haya invocado la norma podrá adoptar la medida que haya propuesto.

3. Si cualquier Estado interesado formula una objeción, los Estados interesados deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. Si no se encuentra una solución en un plazo de 12 meses, y el Estado que haya formulado la objeción o los Estados interesados se ofrecen a someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, el Estado que haya invocado la norma no podrá adoptar la medida que haya propuesto hasta que se resuelva la controversia.

5. El presente proyecto de conclusión se entenderá sin perjuicio de los requisitos de procedimiento establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las normas pertinentes relativas a la competencia de la Corte Internacional de Justicia u otras disposiciones aplicables en materia de solución de controversias acordadas por los Estados interesados.”⁵⁵

47. Por su parte, el tenor literal del artículo 15 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad es el siguiente:

“Artículo 15. Solución de controversias

1. Los Estados procurarán solucionar mediante negociaciones las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos.

2. Toda controversia entre dos o más Estados acerca de la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos que no se solucione mediante negociación se someterá, a solicitud de cualquiera de ellos, a la Corte Internacional de Justicia, a menos que esos Estados convengan en someter la controversia a arbitraje.

3. Todo Estado podrá declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente proyecto de artículo. Los demás Estados no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente proyecto de artículo respecto de ningún Estado que haya hecho tal declaración.

4. Todo Estado que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 3 del presente proyecto de artículo podrá retirar esa declaración en cualquier momento.”⁵⁶

⁵⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/74/10)*, párr. 56. Los comentarios de la Comisión a los proyectos de conclusión figuran en *ibid.*, párr. 57.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 44. Los comentarios de la Comisión a los proyectos de artículo figuran en *ibid.*, párr. 45.

48. Aunque ninguno de los textos reproducidos *supra* puede ser empleado de forma integral para definir un modelo de solución de controversias en el sentido que se ha dado al mismo en el presente capítulo, no puede dejar de destacarse que ambos incorporan elementos de notable interés que merecen ser tenidos en cuenta, a saber: a) la referencia a la notificación como requisito previo e irrenunciable y la identificación de los efectos de la no oposición a dicha notificación; b) la referencia a la negociación como medio primario para resolver la diferencia y la apertura a la utilización de otros medios de solución; c) la referencia a la solución judicial (Corte Internacional de Justicia) o arbitral como medio último de solución de controversias y los efectos que ello tendría sobre las medidas que el Estado que inicia el procedimiento pretenda adoptar.

49. Todos los elementos enumerados en el anterior párrafo guardan relación con diversas cuestiones que se suscitan también en nuestro tema. Algunas de ellas han sido objeto de tratamiento en los dos anteriores informes de la Relatora Especial y se reflejan en proyectos de artículo que están pendientes de examen por parte del Comité de Redacción, en particular la notificación del Estado del foro (proyecto de artículo 12) y la respuesta del Estado del funcionario, bien sea por la vía de la invocación o de la renuncia a la inmunidad (proyectos de artículo 10 y 11), así como la celebración de consultas (proyecto de artículo 15). El resto de los elementos contenidos en los textos reproducidos *supra* constituyen elementos útiles para definir un sistema de solución de controversias que se pueda incluir en el proyecto de artículos, en especial los siguientes: a) el sometimiento de la controversia a un tercero que pueda pronunciarse de forma obligatoria sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario del Estado afectado; b) la necesidad de establecer un plazo para la solución directa de la controversia antes de someterla a un tercero; y c) los efectos que el sometimiento de la controversia a un tercero tendría sobre el ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado del foro.

50. En relación con el primero de los elementos, los dos modelos referidos con anterioridad se refieren especialmente a la Corte Internacional de Justicia y al arbitraje. Además, la conclusión 21 del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) menciona los restantes medios de arreglo de controversias enunciados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, entre los que debería inscribirse la conciliación regulada en el artículo 66 y en el anexo de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que también han sido mencionados en los debates. En cualquier caso, ambos textos se refieren a medios de solución que terminan por decisiones obligatorias para los Estados implicados, que es sin duda el elemento esencial que debe ser preservado en toda propuesta de solución de controversias incluida en el presente tema, ya que solo este carácter vinculante de la decisión preserva la eficacia de la propuesta y permitiría deducir algún efecto sobre el ejercicio de la jurisdicción del Estado del foro en virtud de la regla de la prejudicialidad.

51. Junto a ello, la exigencia de eficacia de todo sistema de arreglo de controversias que se pueda proponer en el contexto del presente tema requiere que se determine un plazo máximo para la solución de la controversia por vía bilateral (consultas y negociaciones) antes de acudir a un sistema externo. Dicho plazo debe establecerse, además, teniendo en cuenta las peculiaridades de la inmunidad y el hecho de que las medidas que son objeto de controversia pueden afectar a los derechos del funcionario extranjero, al correcto desempeño de sus funciones, al ejercicio de la jurisdicción de la que son titulares las autoridades del Estado del foro (en especial las judiciales) y a la estabilidad de las relaciones internacionales. En consecuencia, el plazo debería ser lo más corto posible y tener en cuenta siempre las circunstancias especiales de cada caso.

52. Por último, por lo que se refiere a los efectos que el recurso a un sistema de solución de controversias en que decidirá un tercero pueda tener sobre el ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado del foro, ha de tenerse en cuenta que el mismo será tanto más eficaz cuanto más contribuya a evitar que se puedan tomar decisiones susceptibles de generar responsabilidad para el Estado que las adopte, bien sea el Estado del foro bien el Estado del funcionario. Desde esta perspectiva, parece lógico concluir que el sometimiento de la controversia a un sistema de arreglo externo debería tener como consecuencia la suspensión del ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado del foro hasta que el órgano responsable de la solución de la controversia emita una decisión final obligatoria para ambas partes.

53. A partir de estos elementos es posible definir un modelo de arreglo de controversias que se configura como una última garantía para el Estado del foro y el Estado del funcionario. Ese mecanismo estará sometido a las reglas generales del sistema de solución de controversias vigente en el derecho internacional contemporáneo y, por tanto, no puede dejar de verse afectado por el carácter potestativo de esta categoría de mecanismos. Sin embargo, no por ello deja de ser un instrumento útil para ofrecer garantías a los Estados interesados en la defensa de sus respectivos intereses, evitando al mismo tiempo que se pueda producir una situación de hechos consumados que podría resultar contraria y perjudicial para el respeto y la garantía de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

54. Sobre la base de lo antes señalado, se propone el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo 17
Solución de controversias

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

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

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

III. Buenas prácticas recomendadas

55. En el párrafo 176 del séptimo informe, la Relatora Especial planteó la posibilidad de incorporar en el proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado alguna referencia a “buenas prácticas” cuya adopción podría recomendarse a los Estados en relación con el tema, mencionando en especial dos aspectos: a) la conveniencia de que las decisiones relativas a la determinación y aplicación de la inmunidad se adopten por autoridades nacionales de alto nivel; y b) la utilidad de que los Estados elaboren manuales o guías dirigidos a los órganos estatales que puedan tener que intervenir en el proceso de determinación y aplicación de la inmunidad. Este planteamiento obedecía, en especial, a la constatación de que en un cierto número de casos los órganos estatales responsables de la toma de decisiones en este ámbito no estaban familiarizados con la problemática especial que genera la inmunidad en derecho

internacional, su relación con principios fundamentales de ese sistema y la influencia que las decisiones sobre inmunidad de un funcionario extranjero pueden tener en el ámbito de las relaciones internacionales del Estado. Ello motivó la selección de estos dos ámbitos de “buenas prácticas” que podrían ser recomendadas a los Estados de manera general y no prescriptiva, sin perjuicio de que se identificasen otros supuestos de buenas prácticas por parte de otros miembros de la Comisión o por los propios Estados. A ello responde la petición que la Comisión incluyó en el capítulo III de su informe a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 71^{er} período de sesiones⁵⁷, en 2019, que sin embargo no ha permitido identificar la existencia en los ordenamientos internos de guías o manuales sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

56. En los debates que se desarrollaron durante el 71^{er} período de sesiones de la Comisión, un cierto número de miembros se pronunciaron sobre la conveniencia y utilidad de recomendar buenas prácticas. Algunos consideraron que no eran necesarias o útiles, mientras que otros señalaron que podían ser de alguna utilidad. Junto a ellos, algunos miembros de la Comisión se refirieron a las “buenas prácticas” desde una perspectiva distinta a la antes señalada. En este tercer grupo, algunos entendieron la referencia a las “buenas prácticas” desde la perspectiva de la elaboración por parte de la propia Comisión de una guía de buenas prácticas, separada del proyecto de artículos, que podría acompañar al mismo. Y, desde esta aproximación señalaron con total acierto que ello implicaría un esfuerzo añadido a los trabajos en curso que demoraría su finalización y haría imposible que el proyecto de artículos se pudiese aprobar en primera lectura en 2020, por lo que no se mostraron favorables a la elaboración de dicha guía de buenas prácticas. Un segundo grupo de miembros incluidos en este tercer bloque expresaron su interés por la propuesta de incorporar “buenas prácticas” al proyecto de artículos, pero desde una perspectiva completamente distinta. Para ellos las buenas prácticas podrían estar integradas por algunos de los elementos ya incluidos en los proyectos de artículo sobre los aspectos procesales que han de ser examinados por la Comisión, lo que permitiría reducir a lo esencial el contenido de los proyectos de artículo y presentar de forma ordenada en una “guía de buenas prácticas recomendadas” el resto de aspectos procesales, si bien no se propuso una identificación de qué elementos deberían incorporarse en los proyectos de artículo y cuáles en la guía de buenas prácticas. Sin embargo, no se produjo un pronunciamiento expreso sobre los dos tipos de buenas prácticas sugeridas por la Relatora Especial, aunque algunos miembros de la Comisión ofrecieron en sus distintas intervenciones ejemplos de interés relacionados con sus propios sistemas jurídicos nacionales o se pronunciaron sobre la conveniencia de que las decisiones de las autoridades nacionales competentes para pronunciarse sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera fuesen adoptadas al más alto nivel.

57. Por su parte, durante los debates de la Sexta Comisión diversos Estados expresaron su opinión sobre la cuestión de las “buenas prácticas recomendadas”.

58. La Relatora Especial comparte la opinión de los miembros de la Comisión de que la elaboración de una guía de buenas prácticas requeriría dedicarle un tiempo que impediría aprobar en primera lectura el proyecto de artículos en el presente período de sesiones. Además, desea dejar constancia de que nunca fue su intención sugerir tal posibilidad ya que se aparta totalmente de la naturaleza del trabajo que durante casi tres quinquenios, y especialmente en los dos últimos, ha venido desarrollando la Comisión. Por otro lado, aunque reconoce que la propuesta de desgajar parte del contenido de los proyectos de artículo 8 a 16 y transformarlos en una suerte de “guía práctica” puede tener algún mérito, tampoco está plenamente convencida de que esta sea la mejor fórmula para tratar de forma sistemática los aspectos procesales de la

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 29.

inmunidad. En todo caso, esta cuestión deberá ser examinada por el Comité de Redacción en cuyo seno se encuentran los proyectos de artículo y, por tanto, no considera preciso formular propuesta alguna al respecto.

59. A pesar de todo, la Relatora Especial sigue considerando que los dos temas que identificó en su séptimo informe bajo la categoría de “buenas prácticas” continúan teniendo valor para el proyecto de artículos. La recomendación de que las decisiones relativas a la inmunidad se tomen al más alto nivel posible viene avalada por las múltiples intervenciones de los miembros de la Comisión en tal sentido, así como por alguna propuesta formulada por algún miembro de la Comisión que pone el énfasis en esta cuestión en relación con la elaboración de una disposición específica de garantías particulares aplicables en los supuestos en los que concurra una excepción o límite a la inmunidad. Sin embargo, dicha cuestión puede abordarse suficientemente en el contexto de los proyectos de artículo ya sometidos a la consideración de la Comisión, teniendo en cuenta en todo caso la diversidad de modelos jurisdiccionales existentes a nivel estatal y la particularidad de cada régimen jurídico nacional.

60. Por lo que se refiere a la sugerencia de que los Estados consideren la utilidad y posibilidad de aprobar manuales o guías dirigidos a los órganos del Estado que por razón de su competencia pueden entrar en contacto con la inmunidad, baste ahora con recordar los interesantes ejemplos de Alemania y la República de Corea que fueron presentados ante la Comisión el año pasado. Se trata de un instrumento que no afecta a la autonomía de los órganos estatales ni limita su competencia y que, sin embargo, puede ayudar a resolver dificultades prácticas susceptibles de generar problemas reales que podrían evitarse fácilmente, como, por ejemplo, la detención de un funcionario extranjero, su identificación o la requisa de algunos de sus bienes; o la forma en que debería informarse de tales extremos en caso de producirse y la autoridad a la que debe dirigirse tal información. Se trata de un tipo de guías que ya ha sido elaborado en algunos Estados en relación con los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares y que, por tanto, no sería totalmente ajeno a la práctica estatal. En todo caso, la elaboración de una guía o manual correspondería a los Estados, debiéndose limitar la Comisión, en su caso, a recomendar su redacción si es que ello se entiende como una “buena práctica”.

61. Teniendo en cuenta lo antes señalado, la Relatora Especial no considera necesario formular propuestas específicas respecto de la cuestión de las “buenas prácticas recomendadas”. Por tanto, el presente informe se limita a llamar la atención sobre esa problemática en relación con los dos supuestos identificados en 2019, en el entendimiento de que, si la Comisión lo estima oportuno, ambas cuestiones podrán ser abordadas en otro contexto, bien sea en relación con los proyectos de artículo ya presentados bien en el marco de los comentarios específicos o generales que habrán de acompañar al proyecto de artículos.

IV. Plan de trabajo futuro

62. Con la presentación del presente informe, la Relatora Especial considera que ha finalizado el examen de todas las cuestiones que pueden ser de interés para la Comisión en el tratamiento del tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”. Por tanto, espera que tras el debate sobre el tema y el análisis de los proyectos de artículo ahora propuestos y de los que todavía están pendientes en el Comité de Redacción, la Comisión esté en condiciones de aprobar en primera lectura el proyecto de artículos sobre este tema en el actual período de sesiones.

Anexo I

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

Primera parte

Introducción

Proyecto de artículo 1

Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos

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

Proyecto de artículo 2

Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[...]

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

Segunda parte

Inmunidad *ratione personae*

Proyecto de artículo 3

Beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*

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

Proyecto de artículo 4

Alcance de la inmunidad *ratione personae*

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

Tercera parte

Inmunidad *ratione materiae*

Proyecto de artículo 5

Beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*

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

Proyecto de artículo 6

Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

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

Proyecto de artículo 7

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

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

Anexo I

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;

* *Idem.*

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

Crímenes de lesa humanidad

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

Crímenes de guerra

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

Crimen de *apartheid*

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

Tortura

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

Desapariciones forzadas

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

Anexo II
Proyecto de artículo provisionalmente aprobado por
el Comité de Redacción en el 71^{er} período de sesiones,
transmitido a la Comisión a título informativo

Proyecto de artículo 8 *ante*
Aplicación de la cuarta parte

Las disposiciones y garantías procesales de esta parte se aplicarán en relación con todo procedimiento penal contra un funcionario de un Estado extranjero, antiguo o en ejercicio, que afecte a cualquier proyecto de artículo contenido en 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 proyectos de artículo.

Anexo III

Proyectos de artículo propuestos para la consideración de la Comisión y pendientes de examen por el Comité de Redacción

Primera parte

Introducción

Proyecto de artículo 2[3]

Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) Se entiende por “jurisdicción penal” el conjunto de competencias, procesos, procedimientos y actos que, conforme al derecho del Estado que pretende ejercer su jurisdicción, son necesarios para que un tribunal pueda determinar y hacer efectiva la responsabilidad penal individual derivada de la comisión de actos tipificados como crímenes o delitos conforme al derecho aplicable en dicho Estado. A los efectos de la definición del concepto de “jurisdicción penal” es irrelevante el título competencial que habilite al Estado para el ejercicio de la jurisdicción;

b) Se entiende por “inmunidad de jurisdicción penal extranjera” la protección de que gozan ciertos funcionarios del Estado frente al ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los jueces y tribunales de un tercer Estado;

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

d) Se entiende por “inmunidad *ratione materiae*” la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de un funcionario del Estado en relación con los actos que el mismo realiza en cumplimiento de su mandato y que pueden ser calificados como “actos oficiales”.

Cuarta parte

Disposiciones y garantías procesales

Proyecto de artículo 8

Consideración de la inmunidad por el Estado del foro

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

Proyecto de artículo 9
Determinación de la inmunidad

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

Proyecto de artículo 10
Invocación de la inmunidad

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

Proyecto de artículo 11
Renuncia a la inmunidad

1. El Estado podrá renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios.
2. La renuncia deberá ser expresa y clara, con mención del funcionario a cuya inmunidad se renuncia y, en su caso, los actos a que dicha renuncia se refiere.

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

Proyecto de artículo 12

Notificación al Estado del funcionario

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

Proyecto de artículo 13

Intercambio de información

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

información, el Estado del funcionario considerará la posibilidad de someter la entrega de la información a condiciones.

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

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

Proyecto de artículo 14

Remisión del procedimiento al Estado del funcionario

1. Las autoridades del Estado del foro podrán considerar el inhibirse en el ejercicio de su jurisdicción a favor del Estado del funcionario, remitiendo al mismo el procedimiento penal que se haya iniciado o se pretenda iniciar contra el funcionario.

2. A partir de la solicitud de remisión, el Estado del foro suspenderá el procedimiento penal hasta que el Estado del funcionario se pronuncie sobre aquella.

3. La remisión del procedimiento al Estado del funcionario se realizará de conformidad con lo previsto en la legislación nacional del Estado del foro y en los convenios de cooperación internacional y asistencia judicial mutua en que sean parte el Estado del foro y el Estado del funcionario.

Proyecto de artículo 15

Consultas

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

Proyecto de artículo 16

Trato justo e imparcial del funcionario

1. El funcionario del Estado cuya inmunidad de jurisdicción penal extranjera esté siendo examinada por las autoridades del Estado del foro gozará de todas las garantías de un trato justo, incluyendo los derechos y garantías procesales propios del juicio justo e imparcial.

2. Estas garantías deberán aplicarse tanto en el proceso de determinación de la aplicación de la inmunidad de jurisdicción, como en todo proceso judicial que se siga contra el funcionario en caso de que la inmunidad de jurisdicción no se aplique.

3. Entre las garantías del trato justo e imparcial se incluirá en todo caso la obligación de comunicar sin demora al representante más próximo del Estado del funcionario la detención o cualquier otra medida que afecte a la libertad personal del funcionario, a fin de que pueda recibir la asistencia a que tiene derecho de conformidad con el derecho internacional.

4. El trato justo e imparcial del funcionario se ejercerá de conformidad con las normas internacionales aplicables, así como de las leyes y demás normativa del Estado del foro.

Anexo IV

Proyectos de artículo propuestos para la consideración de la Comisión en su 72º período de sesiones

Proyecto de artículo 17 **Solución de controversias**

1. Si tras la celebración de consultas entre el Estado del foro y el Estado del funcionario subsisten diferencias respecto de la determinación y aplicación de la inmunidad, ambos Estados procurarán resolver la controversia mediante negociaciones a la mayor brevedad posible.
2. Si en un plazo razonable, que no podrá exceder de [6] [12] meses, no se alcanzase una solución negociada, tanto el Estado del foro como el Estado del funcionario podrán ofrecer a la otra parte el someter la controversia a arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia.
3. En el caso de que la controversia se someta a arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia, el Estado del foro suspenderá el ejercicio de su jurisdicción hasta que el órgano competente adopte una decisión definitiva.

Proyecto de artículo 18

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