

Kai Ambos (Alemania) *

Inmidades en derecho (penal) nacional e internacional

1. Introducción: fundamentos

Inmidad o exención de jurisdicción se refiere a un relevante estatus de las personas que, como representantes de su Estado, ejercen tareas oficiales. Estas personas deben ser excepcionadas de la jurisdicción nacional, por cuanto de alguna manera —así la más temprana *teoría de la extraterritorialidad*— son consideradas¹ como *extraterritoriales* para que puedan ejercer sin interferencias las tareas que les corresponden como representantes del Estado de envío en el territorio del Estado extranjero.²

Según el derecho internacional, bajo el principio de igualdad entre Estados, como sujetos clásicos del *derecho internacional*, ningún Estado puede arrogarse la soberanía para juzgar a otro Estado (*par in parem non habet imperium*).³ De esto se infiere el principio básico de la *inmidad estatal (state immunity)* según el cual un

* Catedrático de Derecho penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional, Georg-August Göttingen, Alemania. El autor agradece al doctorando D. Virgilio Rodríguez Vázquez, investigador del área de Derecho Penal de la Universidad de Vigo, la traducción realizada. La traducción ha sido revisada y actualizada por el autor. <kambos@gwdg.de>

¹ Cf. Schönke: *Festschrift* (en adelante *FS*) Metzger, 1954, pp. 108 y s.; RÜPING: *FS Kleinknecht*, 1985, p. 401; Fischer, en Ipsen: *Völkerrecht*, 2004, § 35, nota marginal (nm) 34; Doehring: *Völkerrecht*, 2004, nm 676; Brownlie: *Principles of Public International Law*, 2003, p. 343; recurren al derecho Oehler: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (en adelante *ZStW*) 91 (1979), pp. 395, 413 y ss., y Vogler: *ZStW* 92 (1980), pp. 1021, 1027, 1040 y ss, para un concepto contrario a la localización.

² Así la dominante *teoría de la representación y necesidad funcional*; cf. Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 34; Brownlie (*supra* nota 1), p. 343.

³ La máxima procede de Batolus (*Tractus repesaliarum*, 1354), cf. Verdross & Simma: *Universelles Völkerrecht*, 3ª ed., 1984, § 1168.

Estado extranjero está exento de la jurisdicción del Estado territorial.⁴ Pero no solamente el Estado mismo sino también sus órganos (por ejemplo, el funcionario correspondiente) gozan de inmunidad *ratione materiae* para actos oficiales de servicio (*acta iure imperii*), porque son imputables al Estado mismo;⁵ de ésta hay que diferenciar la inmunidad, en principio absoluta, *ratione personae*, que se extiende también a los actos no oficiales de servicio (*acta iure gestionis*) y así mismo a los actos puramente privados, pero de determinadas personas. Por lo tanto, se limita en concreto a los actos del presidente del Gobierno, del jefe del Estado (antiguo), de los ministros de Asuntos Exteriores⁶ y de los diplomáticos (sobre ello, *infra*).⁷ Para determinar el radio de alcance de la inmunidad estatal se debe distinguir, por un lado, la posición del órgano y, por otro, la delimitación de significados entre actos oficiales de servicio, actos no oficiales de servicio y actos privados (sobre ello, *infra*). Una consecuencia de la inmunidad estatal es también la inmunidad de guerra y la inmunidad de los buques de guerra y otros, pues son entendidos como órganos del Estado (artículos 32, 95, 96 de la Convención de la Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).⁸ No obstante, hay que tener en cuenta que la inmunidad de los órganos estatales —como inmunidad derivada originariamente de la inmunidad estatal— corresponde sólo al Estado. De esto se deduce que solamente el Estado puede y debe renunciar a ella y que ella no puede sobrevivir sin la existencia misma del Estado.⁹

⁴ Cf. Bothe, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (en adelante *ZaöRV*) 31 (1971), pp. 247 y ss.; Bröhmer: *State Immunity and the Violations of Human Rights*, 1997, pp. 9 y ss.; Verdross & Simma (*supra* nota 1), § 1168 y ss.; Jennings & Watts: *Oppenheim's International Law*, 1992, p. 460 y s.; Herdegen: *ZaöRV* 47 (1987), pp. 221, 223 y ss. Cf. también artículo 6 del proyecto de la CDI (ILM 30 [1991] p. 1554), así como el artículo 3 del proyecto de la OEA (ILM 22 [1983], p. 292); sobre esto también Bröhmer, en otra parte, pp. 125 y ss., 136 y ss.

⁵ Bundesgerichtshof (en adelante BGH) *Neue Juristische Schulung* (en adelante *NJW*) 1979, p. 1101; Bundesverwaltungsgericht (en adelante BVerwG) *NJW* 1989, p. 678; Folz & Soppé: *NStZ* 1996, pp. 576, 578 m.N.

⁶ Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ): “Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)”, Judgement, 14.2.2002, pp. 51 y ss.; conforme a este criterio así mismo, Higgins, Kooijmans & Buergenthal: “Joint Separate Opinion”, pp. 81 y ss.

⁷ Sobre esto Dahm: *FS Nikisch*, 1958, pp. 167 y ss.; Lüke: *Immunität staatlicher Funktionsträger*, 2000, pp. 91 y ss.; Dahm, Delbrück & Wolfrum: *Völkerrecht*, nm I, 1, 2ª ed., 1989, pp. 252 y ss. (para el jefe de Estado), 277 y ss. (para diplomáticos); Doehring (*supra* nota 1), nm 670 y ss.; Folz & Soppé *NStZ* 1996, pp. 576, 577; Herdegen: *ZaöRV* 47 (1987), pp. 221 y ss.; Zappalà: *European Journal of International Law* (en adelante, *EJIL*) 12 (2001), pp. 595 y ss. Sobre la inmunidad de los miembros del gobierno, Bothe: *ZaöRV* 31 (1971), pp. 246 y ss.

⁸ Cf. Gribbohm, en Jähne, Laufhütte & Odersky (dir.): *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, 11ª ed., 1992-2002, antes § 3, nm 258 y ss.; Verdross & Simma (*supra* nota 3), § 1129. Diferentes de ellos son los buques privados, incluyendo los buques mercantes del Estado, que exclusivamente o en su mayoría realizan una actividad lucrativa. Para un caso especial de ilegalidad en aguas jurisdiccionales extranjeras se citan los buques de guerra, cf. Mössner: *NJW* 1982, pp. 1196, 1197.

⁹ Bundesverfassungsgericht (en adelante BVerfG): *Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift* (en adelante *DtZ*) 1992, p. 216; *Entscheidungen des BVerfG* (en adelante *BVerfGE*), pp. 95, 96, 129 y ss.

La inmunidad estatal es diferente de la *inmunidad diplomática*¹⁰ porque ésta depende de la aceptación del Estado de recepción en forma del pláacet (artículo 4 Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18.4.1961, en adelante CVDI¹¹) y no solamente de un acta de creación por parte del Estado de envío, como en la inmunidad estatal,¹² y se les concede únicamente en principio a los diplomáticos acreditados en el Estado de recepción *ad personam* (artículos 29, 31, entre otros, del CVDI). Se refiere por tanto al estatus del diplomático y a su función representativa (*ne impediatur legatio*), de lo cual se infiere que esta inmunidad abarca también los actos privados,¹³ por lo que la diferencia entre actos de servicio y privados no desempeña ningún papel; por otra parte, esta inmunidad depende de una relación de derecho internacional entre el Estado de envío y el Estado de recepción y esta relación *inter partes* excluye un efecto *erga omnes* de la inmunidad diplomática, incluso frente a terceros Estados.¹⁴ Por tanto, un diplomático acreditado en un determinado Estado está expuesto a persecución¹⁵ penal en cualquier otro Estado, aunque para las acciones oficiales de servicio pueda alegar la inmunidad estatal. Finalmente, el régimen diplomático despliega así mismo un tercer efecto, en cuanto un Estado de tránsito debe reconocer inmunidad a un diplomático (artículo 40 CVDI).¹⁶

También la continuidad de la inmunidad funcional para actos cometidos bajo el estatus de diplomático, una vez finalizada esta condición, la así llamada *inmunidad continuada* (artículo 39, apartado 2, p. 2 CVDI), sólo es aplicable frente al Estado de recepción, pues se vincula al anterior estatus a través del pláacet de este Estado;¹⁷ la inmunidad continuada también es aplicable a quienes gozan de *inmunidad estatal*.¹⁸

¹⁰ Para una estricta diferenciación, *BVerfGE* 96, 68 (*NJW* 1998, 51), pp. 85 y ss.; crít. Faßbender: *NStZ* 1998, pp. 144 y ss.; cf. también Verdross & Simma (*supra* nota 1), § 910 nm 68: “Dos círculos... que se intersectan”.

¹¹ *UN Treaty Series* (en adelante *UNTS*) 500, p. 95.

¹² Dinstein: *The International and Comparative Law Quarterly* (en adelante *ICLQ*), 15 (1966), pp. 76 y 88.

¹³ Cf. Rüping, *supra* nota 1, p. 401 y s.; Zappalà: *EJIL* 12 (2001), pp. 595 y 599; Doehring (*supra* nota 1), nm 679; Brownlie (*supra* nota 1), pp. 352 y ss.

¹⁴ Así *BVerfGE* 96, pp. 68, 87 y ss., con referencias posteriores en el mismo sentido Doehring (*supra* nota 1), nm 680; Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 34.

¹⁵ Crítico en este punto Faßbender: *NStZ* 1998, pp. 144 y 145.

¹⁶ De donde se infiere la concreta inmunidad respecto a la jurisdicción penal (Fischer [*supra* nota 1], § 35 nm 79).

¹⁷ *BVerfGE* 96, pp. 68, 86, 89 y s.). A este respecto antes República Democrática Alemana. Los diplomáticos no hacían caso omiso de dicha continuidad de la inmunidad en la República Federal en el proceso de la sucesión estatal (*BVerfGE* 96, pp. 68, 91 y ss.); crít. Faßbender: *NStZ* 1998, pp. 144 y 146).

¹⁸ Bothe: *ZaöRV* 31 (1971), pp. 246, 263 y s.; Doehring (*supra* nota 1), nm 672; Gloria, en Ipsen: *Völkerrecht*, 1999, § 26 nm 29; también Ambos: *Juristenzeitung* (en adelante *JZ*), 1999, pp. 16, 19 y s. con referencia al derecho británico.

En cuanto a la relación entre inmunidad estatal y diplomática, ésta —llamada *self contained regime*¹⁹ para las relaciones diplomáticas— goza de prioridad en el sentido de una *lex specialis*.²⁰ No debe pasarse por alto, sin embargo, que ambos regímenes de inmunidad se refieren a actos oficiales estatales realizados con medios diplomáticos;²¹ un diplomático, por tanto, también —como órgano del Estado— puede disfrutar de inmunidad estatal *ratione materiae*.²²

De lo explicado anteriormente es necesario distinguir el concepto de inmunidad desarrollado por la jurisprudencia anglosajona a través de la *Act-of-state-Doktrin*. En este caso la inmunidad se refiere al acto oficial como tal, pues con esta doctrina se prohíbe de manera general para un determinado órgano el examen de sus actos por tribunales extranjeros (*acts of state*).²³ En este sentido se trata de una expresión de la inmunidad estatal, porque supone la no revisión judicial de los actos oficiales en el sentido de una *judicial restraint*.²⁴ Así también puede sostenerse una inmunidad (jurisdiccional) en un caso determinado con la *Act-of-state Doktrin*; ésta puede servir de base *material* para construir la inmunidad *procesal*. Sin embargo, esta doctrina no es reconocida en el ámbito del derecho europeo continental.²⁵

2. Efectos o consecuencias jurídicas de la inmunidad

En la discusión (jurídico-penal) alemana se debate si la inmunidad despliega un efecto *jurídico-material* o sólo *procesal*. Mientras que la opinión dominante, incluyendo la jurisprudencia, sostiene el último punto de vista considerando a la inmunidad como un *obstáculo procesal*,²⁶ una considerable minoría quiere aceptar en todos

¹⁹ Informes del CIJ, 1980, 1 (Departamento Diplomático y Consular), 40; cf. también Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 39; Doehring (*supra* nota 1), nm 675.

²⁰ *BVerfGE* 96, pp. 68 y 91. Crít. Faßbender: *NStZ* 1998, pp. 144 y 146.

²¹ Correctamente Brownlie (*supra* nota 1), p. 343: “double aspect of diplomatic representation”.

²² En este sentido Faßbender: *NStZ* 1998, pp. 144 y 145 en contra de *BVerfGE* 96, 68 (91).

²³ Cf. Dahm: *Zur Problematik des Völkerstrafrechts*, 1956, pp. 39 y ss.; Bröhmer (*supra* nota 4), pp. 41 y ss.; Scheffler: *Die Bewältigung hoheitlich begangenen Unrechts durch fremde Zivilgerichte*, 1997, pp. 254 y ss.; Lüke (*supra* nota 7), pp. 64 y ss.; Verdross & Simma (*supra* nota 1), § 1178 y ss.; Doehring (*supra* nota 1), nm 658.

²⁴ Correctamente Bröhmer (*supra* nota 1), p. 45: “same basic considerations”; de opinión semejante Scheffler (*supra* nota 23), p. 255; Wirth: *Jura* 2000, pp. 70, 72 y ss, que diferencia de la doctrina las expresiones *derecho internacional* y *derecho nacional*.

²⁵ *BVerfGE* 92, pp. 277, 321 y s.; *BVerfGE* 96, pp. 68, 90; aprob. Gribbohm (*supra* nota 8), § 5 nm 23.

²⁶ *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen* (en adelante RGSt) 52, 167 y s.; *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen* (en adelante BGHSt) 14, pp. 137 y 139; 21, 29 y 32; BGHSt 32, pp. 275 y 276; *Oberlandesgericht* (en adelante OLG): *NJW* 1974, 431; OLG: *NJW* 1992, 641; OLG Düsseldorf: *NStZ* 1987, pp. 87 y s.; OLG Köln: *NStZ* 2000, 667; Rüping (*supra* nota 1), p. 406; Jakobs: *NStZ* 1987, p. 88; Folz & Sopppe: *NStZ* 1996, pp. 576 y 577; Gribbohm (*supra* nota 8), nm 337 y s.; Hoyer, en: Rudolphi & Horn y otros (dir.): *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª ed., 2001, observaciones preliminares a § 3 ss., nm 7; Fischer, en: Tröndle & Fischer: *Strafgesetzbuch*

los casos llamados de “auténtica” extraterritorialidad —lo que significa todos los casos excepto los regulados por el Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas (en adelante, CEF) de 19 de junio de 1951—²⁷ un *principio material de exención penal*.²⁸

Sin embargo, la distinción entre extraterritorialidad “auténtica” y otra (¿“no auténtica?”) no es convincente porque toda forma de inmunidad prevista en los § 18-20 de la *Gerichtsverfassungsgesetz* (Ley de Organización Judicial; en adelante, GVG) depende del derecho internacional y justamente la inmunidad de las tropas aliadas extranjeras es expresión de la inmunidad estatal para actos oficiales que, nuevamente, como regla general del derecho internacional son parte del derecho del Estado alemán (artículo 20 II GVG en relación con artículo 25 Grundgesetz [Constitución Alemana; en adelante, GG]). En verdad, el concepto material de inmunidad alcanza su límite a la vista de los dos escalones del *régimen jurisdiccional* del CEF, y debe por lo tanto establecerse una diferencia entre “auténtica” y “no auténtica” extraterritorialidad, para poder sostener la tesis del efecto material de la inmunidad para aquellos casos que no caben dentro del CEF.

La verdadera *naturaleza jurídica* de la inmunidad y de su efecto respecto a la jurisdicción interna sobre un extranjero realmente “inmune” sólo se puede deducir si procede de la *base del derecho internacional*. El artículo 31 CVDI habla al respecto de “inmunidad de la *jurisdicción penal*” (“*criminal jurisdiction*”); el artículo 43 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24.4.1963 (en adelante, CVRC)²⁹ aplica la inmunidad igualmente a la “jurisdicción”. Sería, sin embargo, prematuro deducir de esto el carácter procesal de la inmunidad, ya que el concepto de *jurisdiction* es *ambiguo*.³⁰ Siguiendo la perspectiva fundamentadora de la US-Restatement,³¹

und Nebengesetze, 52ª ed. 2004, observaciones preliminares a § 3 y ss., nm 21; Lackner en Lackner & Kühl: *Strafgesetzbuch*, 24ª ed., 2001, observaciones preliminares a § 3 y ss., nm 10; Pfeiffer, en Pfeiffer (dir.): *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetzen*, 5ª ed., 2003, § 18; *Gerichtsverfassungsgesetz* (en adelante GVG) nm 7; ídem: *Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz*, 4ª ed., 2002, § 18 GVG nm 2; Kleinknecht & Meyer-Goßner: *Strafprozessordnung*, 47ª ed. 2004, § 18 GVG nm 4; Jescheck & Weigend: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed. 1996, § 19 III. 2.; Roxin: *Strafverfahrensrecht*, 1998, p. 162; crít. Volk: *Prozessvoraussetzungen*, 1978, pp. 221 y 232. Cf. también la más reciente jurisprudencia del CIJ (*supra* nota 6).

²⁷ Bundesgesetzblatt (en adelante BGBl) 1961 II p. 1190.

²⁸ Schönke (*supra* nota 1), p. 109; Eser, en Schönke & Schröder: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26ª ed., 2001, observaciones preliminares a § 3 y ss., nm 44 y s.; Lemke, en Neumann, Puppe & Schild (obra colectiva): *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Stand 2002*, observaciones preliminares a § 3 y ss., nm 56 y ss. Para una “doble función”, Oehler: *Internationales Strafrecht*, 1983, nm 528.

²⁹ Obtenido de <www.univie.ac.at/RI/KONTERM/intlaw/konterm/vrkonen/html/doku/consul.htm#1.0>.

³⁰ Fundamental, Mann: “The doctrine of jurisdiction in International Law”, *RdC* 111 (1964 i), 1 y ss.

³¹ Cf. Ambos, en *Münchener Kommentar*, t. 1, 2003, § 3-7, nm 6.

se la puede entender —*materialmente*— como *jurisdiction to prescribe*, en el sentido de una competencia oficial de regulación, o —*procesalmente*— como *jurisdiction to adjudicate/enforce*, en el sentido de ejercicio y ejecución de la *competencia jurisdiccional*. En este doble sentido se usa también la jurisdicción en la base jurídica de los tribunales penales internacionales. Ya en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (en adelante, TMI)³² se estableció en relación con la *jurisdiction and general principles*, transcribiendo la parte II, no sólo la competencia jurisdiccional sobre la persona natural, es decir, la competencia formal del TMI, sino también la competencia *jurídico-material (subject matter jurisdiction)* en la forma de los concretos tipos penales. En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI)³³ se encuentran normas relacionadas con la *jurisdiction*, etc., en la parte II, titulada “Jurisdiction”, tanto para la *subject matter jurisdiction* como para la competencia formal del Tribunal (artículo 11s.). En consecuencia, según la comprensión general del concepto de *jurisdicción*, éste puede ser entendido desde un punto de vista³⁴ más estricto (procesal)³⁵ y desde un punto de vista más extenso (material).³⁶

El concepto de *jurisdicción* en sí mismo no proporciona por tanto ninguna aclaración, por lo que se debe preguntar al derecho internacional por *el sentido y el objetivo* de las normas de inmunidad (artículo 31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23.5.1969, en adelante CVDT).³⁷ Éste se sintetiza en que —prescindiendo de la amplia inmunidad *ratione personae* de los jefes de Estado y de los diplomáticos— los portadores de la soberanía de los Estados extranjeros deben poder dedicarse tranquilamente a sus tareas oficiales y deben poder representar al Estado de envío en todas aquellas materias que supongan el ejercicio soberano de actos oficiales.³⁸ Estrictamente entendida, la inmunidad se introduce en el derecho penal como un cuerpo extraño procedente del derecho internacional, como ya una vez explicó Jakobs, “un obstáculo al derecho penal impuesto por necesidades diplomáticas”.³⁹

Así pues, la inmunidad representa un obstáculo al *proceso judicial* o sea un *obstáculo procesal*. Salvaguarda a los *diplomáticos* de acciones de investigación *pro-*

³² *Statut des Internationalen Militärgerichtshofe* (en adelante *IMG Statut*) de 8.8.1945, en *UNTS* 82 (1951), 280 = *AJIL* 1945, p. 258; Deutsch y otros, en *IMG Prozess* (1947), t. I, p. 10; Heinze & Schilling: *Rechtsprechung*, 1952, p. 317.

³³ Cf. Ambos (*supra* nota 31), nm 34.

³⁴ Deja abierto por ejemplo H. Schultz: *Goltdammer's Archiv* (en adelante *GA*) 1966, p. 193.

³⁵ Así por ejemplo Jennings & Watts (*supra* nota 4), p. 461: “prevent the enforcement of the law” (destacado por el autor).

³⁶ Así por ejemplo Oehler (*supra* nota 28), nm 527 (exención del “derecho penal del Estado de envío”), que no obstante no diferencia conceptos.

³⁷ *UNTS* 1155, p. 331.

³⁸ Cf. también OLG Düsseldorf, *NStZ* 1987, p. 87 y s. Así también la teorías de la representación y de la necesidad funcional, cf. ya *supra* nota 2. Cf. también Rüping (*supra* nota 1), pp. 402 y ss.; Brownlie (*supra* nota 1), pp. 343.

³⁹ Jakobs: *NStZ* 1987, p. 88.

cesales y de medidas coercitivas en general.⁴⁰ Al respecto, el funcionario consular goza también de la citada protección cuando actúa en ejercicio de los deberes consulares (artículo 43 I CVRC). Por lo tanto, las escuchas telefónicas del consulado son ilegales cuando se basan en la sospecha de la realización de un tipo que está en conexión con la observación de los deberes consulares.⁴¹ Un arresto o una prisión preventiva son ilícitos si el funcionario consular no es acusado de un delito peligroso (41 I CVRC). La medida coercitiva adoptada en contra de esta regla *no podrá ser utilizada* en un proceso;⁴² sin embargo, esto se aplica sólo al personal diplomático o consular y no a las personas no integrantes de este grupo.⁴³

Si a la inmunidad se le atribuyese, por otro lado, un *efecto material*, ésta excedería el límite —sin necesidad— de la capacidad interna y eliminaría el *ius puniendi* mismo del Estado. De aquí se deducirá que la persona o el estatus determinado de la acción en un Estado democrático no cambian para nada la punibilidad y el merecimiento de pena de un determinado comportamiento. A modo de ejemplo: si un diplomático borracho causa un accidente de tránsito con resultado de muerte, provoca una “perturbación social”,⁴⁴ igual que si el homicidio imprudente hubiese sido causado por un ciudadano normal. También los diplomáticos están obligados a la observación de la ley del Estado de recepción (artículo 41 CVDI); la cuestión es si pueden ser *procesados*. El *ius puniendi* del país receptor permanece intacto. De hecho puede en cualquier momento *resurgir* si el Estado de envío renuncia a la inmunidad (artículo 32 CVDI, 45 CVRC) o se elimina el estatus que determina tal privilegio.⁴⁵ En caso de una solución jurídico-material, la punibilidad debería ser establecida de nuevo en primer lugar y *ex post* en estos casos, lo que entraría en colisión con la prohibición de retroactividad (artículo 103 apartado 2 GG). *Last but not least*, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) ha confirmado recientemente el concepto procesal.⁴⁶

El ya mencionado efecto continuo de la inmunidad diplomática conforme al artículo 39 II 2 CVDI tampoco habla —contrario a *Lemke*⁴⁷— a favor de la concepción material, pues es válida sólo para acciones de servicio efectuadas mientras se ejerce un cargo. Continúa por tanto obrando únicamente la inmunidad *ratione mate-*

⁴⁰ Kleinknecht & Meyer-Goßner (*supra* nota 26), § 18 GVG nm 2; Pfeiffer, en *Karlsruher Kommentar* (nm 26), § 18 GVG nm 5; ídem: *Strafprozessordnung* (en adelante *StPO*) (nm 26), § 18 GVG nm 1. Cf. también Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 35, 43, 60.

⁴¹ BGHSt 36, pp. 396, 400 y ss.; 37, 30 y 31.

⁴² BGHSt 36, pp. 396, 400 y ss.; 37, 30 y 31.

⁴³ BGHSt 36, pp. 396, 400 y ss.; 37, 30, 32 y ss.

⁴⁴ Jakobs: *NSiZ* 1987, p. 88.

⁴⁵ Jescheck & Weigend (*supra* nota 26), § 19 III. 2; Gribbohm (*supra* nota 8), nm 339.

⁴⁶ CIJ (*supra* nota 6), para 60: “immunity from jurisdiction [...] does not mean [...] impunity [...] Immunity [...] and individual criminal responsibility are quite separate concepts [...]”; así mismo aprob. Higgins, Kooijmans & Buergenthal, Joint Separate Opinion, pp. 74.

⁴⁷ Lemke (*supra* nota 28), nm 56.

riae, mientras que la inmunidad *ratione personae* no procede;⁴⁸ por lo demás, el Estado de envío puede renunciar a la inmunidad continuada *ratione materiae* en cualquier momento. Finalmente, la protección contra la persecución penal más allá del ejercicio del cargo diplomático se puede entender también como un *obstáculo procesal continuo*.

Si además los seguidores de la concepción material quieren entender la inmunidad como *causa de exención personal de la pena*,⁴⁹ es decir, reconociendo la posibilidad de una conducta antijurídica y culpable de un autor privilegiado, queda en la *sustancia* de la diferencia con la concepción procesal sólo el componente temporal: exención material *permanente* o procesal temporalmente *limitada* a la relación de servicio o al acto de servicio.⁵⁰ Entonces parece tratarse sólo de una controversia terminológica, lo que explicaría por qué al derecho internacional no le interesa tanto la naturaleza jurídica sino las consecuencias jurídicas de la inmunidad. Por lo demás, existe consenso en cuanto a que la participación en el hecho del *privilegiado* por la inmunidad y la *legítima defensa* contra él es posible.⁵¹ Finalmente, un efecto material de la inmunidad iría también en contra de la limitación creciente de la inmunidad con base en el derecho penal internacional (sobre ello, *infra*, 3.2).

3. Límites de la inmunidad

3.1. General

El alcance y los límites de la inmunidad son examinados *de oficio y de forma autónoma* por los jueces.⁵² Los tribunales no están sujetos a las opiniones del Ejecutivo, en particular a las que provienen del Ministerio de Asuntos Exteriores.⁵³ La incorrecta apreciación de la inmunidad no conlleva la nulidad sino solamente la *anulabilidad* de la sentencia.⁵⁴ Por lo demás, es válida la diferencia antes expuesta entre inmunidad estatal e inmunidad diplomática.

En el ámbito de la *inmunidad estatal* el principio de inmunidad absoluta ha sido desplazado progresivamente por un concepto *restrictivo* de inmunidad.⁵⁵ Así, la in-

⁴⁸ Doehring (*supra* nota 1), nm 679.

⁴⁹ Eser (*supra* nota 28), nm 44; Lemke (*supra* nota 28), nm 57; Oehler: *ZStW* 91 (1979), pp. 395 y 411.

⁵⁰ Cf. también Jakobs: *NStZ* 1987, pp. 88 y ss. Con referencias posteriores.

⁵¹ Eser (*supra* nota 28), nm 44 por un lado; Gribbohm (*supra* nota 8), nm 338, por otro lado; igualmente Oehler (*supra* nota 28), nm 528.

⁵² BGH *NJW* 1979, p. 1101; Rüping (*supra* nota 1), pp. 406 y ss.

⁵³ BGHSt 32, pp. 275 y 276 (caso *Tabatabai*). En sentido contrario en Estados Unidos y Gran Bretaña, cf. Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 58.

⁵⁴ Rüping (*supra* nota 1), pp. 408 y ss.

⁵⁵ *BVerfGE* pp.16, 27, 28, 36 y ss., 60 y ss.: en el proceso de regulación por convenios y normativización la inmunidad estatal ilimitada ya no es considerada como un principio general del derecho internacional. Cf. también Verdross & Simma (*supra* nota 1), § 1168 y ss.; Gloria (*supra* nota

munidad (funcional) de los órganos del Estado por la ejecución de un determinado acto depende de si el hecho es calificado como de oficial de servicio (*actum iure imperii*), no oficial de servicio (*actum iure gestionis*) o únicamente *privado*. Ya que el derecho internacional no proporciona ninguna regla al respecto, esta delimitación debe hacerse interpretando la “*naturaleza del acto*” desde el punto de vista del derecho *nacional* (sobre esto a continuación).⁵⁶ Al menos el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemán; en adelante, BVerfG) ha identificado un *núcleo central* del poder estatal, en el que siempre se puede hablar de actuación oficial; tal es el caso del ejercicio del poder exterior y militar, el Poder Legislativo, el poder de la policía y la Administración de Justicia.⁵⁷ Sin embargo, un estándar *internacional* que va más allá de las típicas tareas del Estado no encuentra ningún reconocimiento en el derecho internacional.⁵⁸ El derecho alemán por lo menos ha reconocido que el alcance de la inmunidad está limitado a los familiares del jefe del Estado en el marco de una invitación oficial (§ 20 apartado 1 GVG), pero éstos no gozan más allá de ninguna inmunidad; por ejemplo, si estudian en una Universidad del Estado de recepción.⁵⁹

En el campo de la *inmunidad diplomática* no puede establecerse en *principio* ningún límite a la protección de la inmunidad porque desempeña una importante *función de ordenación* internacional y presenta, como ya se dijo, un *self contained regime* que regula concluyentemente la respuesta frente a posibles abusos, como por ejemplo la declaración de un diplomático como “persona non grata” (artículo 9 CVDI).⁶⁰ No obstante, la diferencia entre acto de servicio y privado puede ser relevante, por un lado, en el marco de la “continuidad” de la inmunidad conforme al artículo 39 II 2 CVDI, y por el otro para los nacionales del Estado de recepción que se encuentran en el servicio diplomático del Estado de envío, o para otros miembros de la misión (artículo 38 CVDI). Además, la inmunidad comprende para el *personal consular* los actos que son ejecutados “en observación de las tareas consulares” (artículo 43 I CVRC). Pero tampoco aquí el derecho internacional ofrece criterios para la delimitación entre acto de servicio y privado,⁶¹ así que de nuevo se tiene que acudir

18), § 26 nm 20 y ss.; Doehring (*supra* nota 1), nm 660 y ss.; también ya en Ambos: JZ 1999, pp. 16, 20 y ss.

⁵⁶ BVerfGE 16, pp. 27, 61 y ss.; cf. también Verdross & Simma (*supra* nota 1), § 1173; Gloria (*supra* nota 18), § 26 nm 18; Brownlie (*supra* nota 1), pp. 354.

⁵⁷ BVerfGE 16, pp.27 y 63; fundamental. Dahm (*supra* nota 7), p. 166 y s.; también Verdross & Simma (*supra* nota 1), § 1173.

⁵⁸ Cf. en este punto la moción desarrollada del DGV (BDGV 8, 1968, p.284; crít. Gloria (*supra* nota 18), § 26 nm 19).

⁵⁹ Cf. parte II.A.1.a. Rundschreiben des Bundesministerium des Inneren v. 17.8.1993, “Diplomaten und andere bevorrechtigte Personen”, *Gemeinsames Ministerialblatt* 93, pp. 591 y ss. = Kleinknecht & Meyer-Goßner: *Strafprozessordnung*, § 18 GVG nm 11; Pfeiffer: *Karlsruher Kommentar* (*supra* nota 28), § 20 GVG nm 2.

⁶⁰ BVerfGE 96, pp. 68, 82 y ss. En el resultado también Rüping (*supra* nota 1), pp. 403 y ss.

⁶¹ Crít. Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 42.

al derecho nacional. Así pues, para ambas formas de inmunidad pueden ser invocados los criterios de delimitación desarrollados.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, un *acto de servicio* existe siempre que un “*diplomático* obra como órgano ejecutivo de su Estado de envío y su actuación es así imputable al Estado”,⁶² incluso si el acto infringe el derecho nacional del Estado receptor;⁶³ esto es válido también si realiza tareas *consulares*.⁶⁴ Se debe partir de la inmunidad “en casos dudosos” si la actuación (consular) está relacionada de alguna manera con el acto de servicio.⁶⁵ La jurisprudencia se basa en un *concepto amplio*, y entiende que cada actuación para conseguir un determinado objetivo político forma parte de un acto de servicio,⁶⁶ siempre que esto resulte fácil de constatar externamente.⁶⁷ La prueba en contrario sería que la acción con igual finalidad pudiera haberse realizado por un particular.⁶⁸ En caso de la *utilización de un vehículo* solamente existe inmunidad ante comportamientos estrecha y objetivamente relacionados con las tareas propias del consulado,⁶⁹ o si se trata del “ejercicio de un acto de servicio”;⁷⁰ en particular, la visita a un bar y a continuación el regreso en coche son vistos como actuaciones privadas.⁷¹ *Medidas coercitivas* —por ejemplo, un arresto corto— también pueden ser empleadas contra un *diplomático* si se quiere prevenir un crimen inmediato;⁷² esto es consecuencia del ya mencionado derecho a la *legítima defensa* contra delitos de diplomáticos.⁷³ La protección de *funcionarios consulares* es en todo caso más débil.

3.2. Límites en caso de violaciones de derechos humanos con base en el derecho penal internacional

3.2.1. Hacia una restricción de la inmunidad

En el más reciente desarrollo del derecho penal internacional, los límites de la inmunidad reconocidos *por causa de la protección de los derechos humanos* se fun-

⁶² BVerfGE 96, pp. 68 y 80; Salmon: *Manuel de droit diplomatique*, 1994, pp. 458 y ss.

⁶³ BVerfGE 96, pp. 68 y 80; BGHSt 36, pp. 396 y 401; Dahm, Delbrück & Wolfrum (*supra* nota 7), pp. 311 y s.; Salmon (*supra* nota 62), p. 466.

⁶⁴ BGHSt 36, pp. 396, 400 y s.

⁶⁵ BGHSt 36, pp. 396 y 401 (destacado por el autor).

⁶⁶ OLG Köln, NStZ 2000, p. 667; Folz & Soppe: NStZ 1996, pp. 576 y 578.

⁶⁷ Folz & Soppe NStZ 1996, pp. 576 y 578.

⁶⁸ Cf. también Doehring (*supra* nota 1), nm 662.

⁶⁹ BayObLG NJW 1974, 431 (destacado por el autor). Así mismo OLG Hamburg, NJW 1988, 2191. Cf. también Rdschr. BMI (*supra* nota 59) IV B n° 4.

⁷⁰ BayObLG NJW 1992, p. 641.

⁷¹ OLG Hamburg, NJW 1988, p. 2191 (*Abendessen mit Besuch auf Reeperbahn*). Cf. también Rüping (*supra* nota 1), p. 399.

⁷² CIJ informes 1980, 40; sobre esto también Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 39.

⁷³ Cf. también Doehring (*supra* nota 1), nm 677.

dan en la idea de que existen violaciones *graves de derechos humanos* o *crímenes internacionales* que no pueden ser exceptuados de persecución penal por ninguna razón —tampoco por consideraciones diplomáticas—. ⁷⁴ *In concreto* esto se refiere sin duda a los *crímenes nucleares (core crimes)*, reconocidos en el Estatuto de Roma de la CPI, es decir, al *genocidio*, los *delitos contra la humanidad* y *crímenes de guerra* (artículo 5-8). ⁷⁵ Según el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia [ICTY]; en adelante, TPIY), los responsables de tales delitos no pueden alegar la inmunidad ni ante los tribunales nacionales ni ante los tribunales internacionales, “*even if they perpetrated those crimes while acting in their official capacity*”. ⁷⁶ Qué otros delitos, llamados *delicta iuris gentium*, ⁷⁷ reconocidos en otros tratados de derecho internacional, pueden levantar la protección de la inmunidad, es una pregunta que depende de la interpretación de estos tratados y de la praxis de los Estados. Con el caso *Pinochet* debería haber quedado claro que por lo menos la *tortura* —también como crimen individual— no puede ser enumerada entre los actos abarcados por la inmunidad del jefe de Estado, porque el derecho internacional no puede proteger algo que al mismo tiempo —en concreto, a través de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes— prohíbe. ⁷⁸

⁷⁴ Cf. en general Folz & Soppe NStZ 1996, pp. 576, 578 y s. con referencias sobre doctrina en pp. 581 y ss.; Princeton University (ed.): *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction* (“*Princeton Principles*”), 2001, <www.princeton.edu/~lapa/univejur.pdf>, Principle 5 (p. 31), pp. 48 y ss. (diferenciando entre *substantive* y *procedural immunity*); Amnesty International: *Universal Jurisdiction*, chapter XIV, pp. 36 y ss.; Bianchi: *EJIL* 10 (1999), pp. 237, 259 y ss.; Flauss: *RSDIE/SZIER* 2000, pp.311 y ss.; Zappalà: *EJIL* 12 (2001), pp. 595, 601 y ss.; Herdegen: *ZaöRV* 47 (1987), pp. 221 y 224; Danilenko: *Michigan JouRn Int. L.* 21 (2000), pp. 445, 472 y s.; Bungenberg: *AVR* 2001, pp.170,196 y s.; Doehring (*supra* nota 1), nm 684 (ejecución de la inmunidad); Hormazábal Malarée: “La inmunidad del Jefe del Estado”, en García Arán & López Garrido (dir.), *Crimen internacional y jurisdicción universal*, 2000, pp. 163,165 y ss., 182 y ss.; también Ambos: *JZ* 1999, pp.16, 20 y ss.

⁷⁵ Ambos (*supra* nota 31), nm 35 y 366 y ss.

⁷⁶ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY), *Prosecutor v. Blaskic*, sentencia de 29.10.1997 (IT-95-14-AR108bis), párr. 41. Ähnlich Watts: *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, RDC 247 (1994 & III) 9, 84; aprob. en el resultado también Kreß: *IYHR* 2000, pp. 157 y ss, 161.

⁷⁷ Cf. Sobre esta idea Verdross & Simma (*supra* nota 1), § 430 y ss.

⁷⁸ House of Lords, sentencia de 24.3.1999, en Ahlbrecht & Ambos (coords.): *Der Fall Pinochet(s)*, 1999, p. 148 (Lord Browne-Wilkinson), pp. 155 y ss. (p. 164: “contundentes razones [...], que el empleo de tortura [...] ninguna función estatal puede amparar”; p. 167: “Por esta razón respondió el senador Pinochet [...] ya no con función alguna [...], la inmunidad *ratione materiae* deja de aplicarse, si él [...] organizó y autorizó la tortura [...]”); aprob. Higgins, Kooijmans & Buergenthal: Joint Separate Opinion, *supra* nota 6, párr. 85. Sobre esto también Ambos: *JZ* 1999, pp. 16, 22 y s., 565 y s.; Bank: *ZaöRV* 59 (1999), pp. 677, 691 y s.; Kreß: *IYHR* 2000, pp.103 y 157 con referencias posteriores; Wirth: *Jura* 2000, pp.70 y 74.

Sin embargo, en este contexto, no se trata tanto de si también los actos delictivos pueden ser calificados como actos oficiales, sino más bien de una *limitación jurídico-material de la inmunidad*. Porque difícilmente se puede dudar que los delitos internacionales —cometidos en nombre y en el interés de un determinado Estado y de su orden político y gobierno— son realizados inicialmente⁷⁹ para conseguir objetivos oficiales o al menos de servicio.⁸⁰ Iría demasiado lejos no ver la comisión de los hechos delictivos en general como una acción oficial o de servicio, pues entonces la protección de la inmunidad restante quedaría “sin contenido”.⁸¹

Ahora bien, en cuanto a la *extensión de la inmunidad* a los delitos nucleares ya citados, el artículo 7 del Estatuto del TMI y el artículo 6 del Estatuto del TMI de Tokio (International Military Tribunal for the Far East) excluyeron el *cargo oficial* de los reos como una causa de exención penal. De forma análoga, el artículo 7 apartado 2 del Estatuto del TPIY, el artículo 6 apartado 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (International Criminal Tribunal for Rwanda [ICTR]; en adelante, TPIR) y el artículo 27 apartado 2 del Estatuto de Roma declaran insignificante cualquier “cargo oficial” con respecto a la responsabilidad penal de la persona referida. Según el artículo 27 apartado 2 del Estatuto de Roma, la jurisdicción del CPI no debe ser estorbada por la inmunidad que con tales condiciones oficiales se sostiene.⁸² Mientras no se discute que la inmunidad no supone⁸³ ningún obstáculo para un procedimiento jurídico-penal *internacional* y su limitación es reconocida incluso como una norma consuetudinaria internacional,⁸⁴ esto no es válido sin más respecto a las *relaciones interestatales* en las que Estados iguales entre sí se encuentran frente a frente y la regla del *par in parem* resulta de aplicación. Por lo tanto, la

⁷⁹ Sobre la tríada oficiales-de servicio-privados cf. ya Ambos (*supra* nota 31), nm 102.

⁸⁰ Cf. ya Ambos JZ 1999, pp.16 y 23 con referencias posteriores; en sentido parecido *Lord Hope Weekly Law Reports* (1999), pp. 827, 880-01.

⁸¹ Correctamente *BVerfGE* 96, pp. 68 y 82; también Folz & Soppe: *NStZ* 1996, pp. 576 y 578.

⁸² Sobre la dificultad de este precepto véase el artículo 98 apartado 1, Estatuto de Roma. Cf. Kreß: *IYHR* 2000, pp. 103, 159 y s. Escéptico sobre la eficacia frente a terceros (frente a Estados no firmantes) del artículo 27 del Estatuto de Roma, Danilenko: *Michigan JouRn Int. L.* 21 (2000), pp. 445, 471 y s.; contra la eficacia frente a terceros Schabas: *Tribunal Penal Internacional* (en adelante TPI), p. 92.

⁸³ Cf. House of Lords, Regina v. Bartle/Evans, ex parte Pinochet, sentencia de. 25.11.1998, en: *WLR* 1998, t. 3, 1465 = *ILM* 37 (1998), p. 1302; deutsch (resumido) en Albrecht & Ambos (*supra* nota 78) p. 103, aquí p. 104 (Lord Slynn): “No existe ninguna duda sobre que los Estados que han reconocido ciertos crímenes no están amparados por el derecho a la inmunidad, si las acusaciones fueron realizadas por tribunales *internacionales*” (destacado por el autor). Aunque esta sentencia fue revocada por otra posterior de 24.3.1999, la declaración de Lord Slynn no ha perdido nada de su validez. (a.A. wohl Kreß *IYHR* 2000, pp.103 y 159).

⁸⁴ Cf. ya Prosecutor v. Blaskic (*supra* nota 76) así como Zappalà: *EJIL* 12 (2001), pp.595, 602 y ss. En el resultado también Kreß: *IYHR* 2000, pp.159 y ss, 161 así como Werle: *Völkerstrafrecht*, 2003, p. 173: “El interés se pone frente a la salvaguarda de la soberanía estatal [...] detrás la [...] sanción del crimen de Derecho internacional”.

CIJ, en el procedimiento *Congo v. Belgium*, levantó la *orden de detención* belga contra el (entonces) ministro de Asuntos Exteriores del Congo porque consideró que éste tenía inmunidad (personal)⁸⁵ y excluyó explícitamente una limitación de esta inmunidad para los delitos mencionados.⁸⁶ Aun si esta sentencia va demasiado lejos (sobre esto, *infra*), la restricción de la inmunidad en el plano interestatal requiere una transposición interna por parte del derecho nacional (cf. artículo 46, 60 IV GG). En un orden jurídico *dualista* estricto, como el derecho inglés, es necesaria⁸⁷ una norma nacional que transponga el derecho internacional al derecho interno. En un (moderado) orden jurídico *monista*, como el derecho alemán, se da una recepción automática, en cierto modo, de todas las reglas de derecho internacional (cf. § 20 II GVG), sin ningún paso intermedio.⁸⁸

Independientemente del método o la forma elegidos, se establece claramente que el derecho nacional se debe ajustar al *desarrollo del derecho internacional* para la persecución penal de los delitos internacionales. Así, en el marco de un proceso de consultas iniciado en el Consejo de Europa sobre el CPI, quedó comprobado que “*solutions must be found in order to secure full compliance with the ICC Statute*”.⁸⁹ En otras palabras, las inmunidades nacionales, que impiden la persecución de los delitos incluidos en el Estatuto de Roma, deben ser eliminadas. El Código alemán de Derecho Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*) no prevé sin embargo ninguna regla sobre esto, “puesto que el derecho penal alemán de todos modos no conoce una eventual exclusión de la punibilidad general para los miembros del gobierno o los parlamentarios”.⁹⁰ En cuanto a la inmunidad parlamentaria del artículo 46 apartado 2 GG, ésta fue considerada suficiente suponiendo que el Parlamento levantase la inmunidad en caso de un crimen internacional perpetrado por un diputado; por ejemplo, instigación al genocidio.⁹¹

La *jurisprudencia alemana* también reconoce en principio una limitación de la inmunidad con base en los derechos humanos. El Tribunal Constitucional alemán remite a la correspondiente discusión en la literatura científica⁹² y a los discutidos límites jurídico-

⁸⁵ CIJ (*supra* nota 6), párr. 70.

⁸⁶ *Ibidem*, párr 58 y ss.

⁸⁷ Cf. ya Ambos JZ 1999, pp.16 y 23 y 565; posiblemente omitido por Zappalà: *EJIL* 12 (2001), pp.595 y 604, en su crítica al fallo emitido por la House of Lords en el caso Pinochet.

⁸⁸ Cf. ya Ambos: *JZ* 1999, pp.16, 23 y s.

⁸⁹ Council of Europe: Second European Consultation on the ICC (Tribunal Penal Internacional), 13 & 14.9.2001, Strasbourg, conclusion 12 (<www.legal.coe.int & criminal & icc>). En sentido parecido Amnesty International (*supra* nota 74), cap. XIV, pp. 39 y s.

⁹⁰ Ver fundamentación del *Völkerstrafgesetzbuches* (BGBl. 2002 I S. 2254), *Bundesrat Drucks* (en adelante *BR-Drucks. Boletín de las Cortes*. 29 & 02 v. 18.1.02, § 2 j), 36, trad. al castellano de Alicia Gil Gil.

⁹¹ *Ibidem*. Para la inmunidad de los diputados recientemente *Brocker Goldammer's Archiv* (en adelante *GA*) 2002, p. 44.

⁹² *BVerfGE* 96, pp. 68 y 72.

penales de la inmunidad estatal.⁹³ La recusación de la queja constitucional del antiguo embajador de Siria en la República Democrática Alemana, a quien fue reprochada la asistencia en actos terroristas, ha sido considerada como un intento del Tribunal Constitucional alemán de fundamentar, basándose en el derecho consuetudinario interno, una restricción de la inmunidad en supuestos de *terrorismo*.⁹⁴ Esto es convincente en relación con actos terroristas de carácter masivo, similares a los atentados del 11 de septiembre de 2001⁹⁵ y 11 de marzo de 2004 (en Madrid), siempre teniendo en cuenta, sin embargo, que los actos estatales u oficiales clandestinos perpetrados en territorio extranjero (¡caso *Mykonos!*) no gozan en ningún supuesto de protección a través de la inmunidad.⁹⁶ El Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán; en adelante, BGH) rechazó pronunciarse en el caso *Honecker* sobre el tribunal competente conforme al § 13^a de la Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal Penal Alemana; en adelante, StPO) por causa de la inmunidad del derecho internacional.⁹⁷ Sin embargo, el Tribunal Supremo determinó el tribunal competente en los procesos contra los militares argentinos y *Pinochet* planteando la pregunta de “si su inmunidad de Derecho internacional [de Pinochet, K. A.] comprendía los hechos señalados”.⁹⁸ El Oberlandesgericht (Tribunal Superior de Justicia; en adelante OLG) de Köln al menos reconoció —en cuanto al entonces presidente iraquí Sadam Hussein— que una recusación de la inmunidad (estatal) puede, en principio, ser posible si los delitos internacionales en cuestión se encuentran codificados; *in concreto*, sin embargo, negó la existencia de tales crímenes.⁹⁹

En otros países europeos merece atención la sentencia de la Corte de Justicia de Ámsterdam en el proceso contra el antiguo jefe de Estado de Surinam, *Bouterse*. El tribunal de justicia afirmó que un antiguo jefe de Estado no podía hacer valer ninguna inmunidad estatal por la tortura (como crimen contra la humanidad) porque la perpetración de estos delitos no podía ser considerada como “*one of the official duties of a head of state*”.¹⁰⁰ Sin embargo, el juicio fue anulado por el Tribunal Supremo Holandés debido a un vicio de competencia.¹⁰¹ En el proceso *francés* contra el jefe

⁹³ *BVerfGE* 96, pp. 68, 84 y s.

⁹⁴ Faßbender *NStZ* 1998, pp. 144 y 146.

⁹⁵ Cf. también Zappalà: *EJIL* 12 (2001), pp. 595, 607 y ss., 609 y s.).

⁹⁶ Cf. Bothe: *ZaöRV* 31 (1971), pp. 246 y 252; Folz & Soppe: *NStZ* 1996, pp. 576 y 578.

⁹⁷ BGHSt 33, p. 97.

⁹⁸ BGH Resolución de 17.6.1998, 2 Ar 80 & 98 (argentinische Militärs); resolución de 18.11.1998, 2 Ars 471 & 98 y 474 & 98 (Pinochet), respecto a ello Pressemitteilung Nr. 83a v. 19.11.1998, reproducido en Ahlbrecht & Ambos (*supra* nota 78), p. 100. Cf. también ya Ambos: *JZ* 1999, pp. 16 y 23.

⁹⁹ OLG Köln, *NStZ* 2000, 667 con nota de Wirth: *NStZ* 2001, p. 665.

¹⁰⁰ Gerechtshof Amsterdam (Corte de Justicia), 20 November 2000, *Nederlandse Jurisprudentie* (2001), 302 (nº 51), 303; traducción: International Commission of Jurists <www.icj.org & objectives & decision.htm.

¹⁰¹ Sentencia de 18.9.2001, número de referencia 00749 & 01 CW 2323, nº 6: El reconocimiento de la potestad penal holandesa fue una violación del principio de irretroactividad, porque Holanda

del Estado del Líbano, *Ghadafi*, la Corte de Apelación de París, en primer lugar, confirmó un límite de la inmunidad; sin embargo, la Corte de Casación anuló este juicio porque en su opinión la restricción a la inmunidad supone una regla del derecho internacional.¹⁰² Un juez instructor belga decretó una orden de detención contra el ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; esta orden de detención fue, sin embargo, declarada ilegal por el ya mencionado juicio del CIJ.¹⁰³ Por último, un tribunal civil *norteamericano* declaró improcedente una reclamación por daños y perjuicios contra *Robert Mugabe* y su ministro de Exteriores por la existencia de “inmunidad diplomática”: a pesar de una “tendencia dominante” (“*prevailing trend*”) hacia la limitación de la inmunidad por graves lesiones de los derechos humanos, prevalece *todavía* el interés de “*friendly relations among sovereign states*”.¹⁰⁴

3.2.2. *El estatus especial de miembros de las fuerzas armadas*

En relación con la inmunidad es de especial interés la posición de los miembros de las fuerzas armadas. A modo de ejemplo, nos referimos al Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas (CEF)¹⁰⁵ y a su Protocolo Adicional del 3.8.1959 aplicable a las tropas extranjeras establecidas en Alemania (en adelante, PA-CEF).¹⁰⁶ En cuanto a la *jurisdicción* sobre los delitos e infracciones¹⁰⁷ de los miembros de las fuerzas armadas establecidas en

todavía no había ratificado en el momento del hecho la Convención de la ONU contra la tortura. Además el Hoge Raad solicitó pruebas posteriores, en concreto la comparecencia de los sospechosos ante el alto tribunal holandés. Cf. también IELR 2001, pp. 514 y s.

¹⁰² Arrêt de 20.10.2000 así como Arrêt de 13.3.2001, cf. *Revue générale de droit international public* (en adelante *RGDIP*) 105 (2001), pp. 473 y ss.

¹⁰³ Cf. ya CIJ (*supra* nota 6).

¹⁰⁴ U.S. District Court for the Southern District of N.Y., *Tachiona et al. against Mugabe et al.*, 30.10.2001, 169 F. Supp. 2d 259; ratificada en 14.2.2002.

¹⁰⁵ Sobre ello Rumpf: *Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik*, 1969, pp. 14, 16 y ss. El Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas (en adelante NTS) es válido para todos los estados integrados en la OTAN excepto Islandia, así pues es válido para Bélgica, Francia, Noruega, Estados Unidos (desde 23.8.1953), Dinamarca (27.6.1955), Italia (21.1.1956), Canadá (27.9.1953), Luxemburgo (18.4.1954), Holanda (18.12.1953), Gran Bretaña (12.6.1954), Turquía (17.6.1954), Portugal continental (22.12.1955), España (9.9.1987, BGBI 1988 II p. 105), cf. BGBI II, Agencia de empleo B, 2001, p. 327. Se amplió por “el acuerdo de 19.6.1995 entre los Estados firmantes del Tratado del Atlántico Norte y los otros en la colaboración para la paz de los Estados integrantes en el pacto sobre la posición jurídica de sus tropas” (BGBI 1998 II p. 1340) a los miembros del acuerdo de la pacificación de los Estados Unidos.

¹⁰⁶ BGBI 1961 II pp. 1183, 1218, revocado por la sentencia de 21.10.1971, BGBI 1973 II p. 1022; Sart. II 66 c.

¹⁰⁷ El concepto de culpabilidad utilizado en el artículo VII NTS incluye la ilegalidad (Schwenk: *JZ* 1976, 581).

territorio alemán, existe un conflicto entre los principios internacionales de la *sobranía territorial* del Estado de recepción, por un lado, y de la *sobranía personal* (sobre sus nacionales) del Estado de envío por otro; en particular existe una fuerte controversia en cuanto al estatus especial procedente de la soberanía personal.¹⁰⁸ El CEF prevee un régimen de dos escalones, que diferencia entre jurisdicción exclusiva y concurrente (artículo VII CEF).¹⁰⁹

Un caso de *jurisdicción exclusiva* se presenta cuando un determinado acto está penado sólo por el derecho del Estado de envío o sólo por el derecho del Estado de recepción (artículo VII apartado 2 CEF).¹¹⁰ El Estado de recepción tiene que verificar en este caso —al igual que sucede cuando se trata de constatar la existencia de una norma idéntica en el lugar del hecho en relación con la personalidad pasiva o activa (§ 7 Strafgesetzbuch [Código Penal Alemán; en adelante, StGB]) que la conducta es igualmente punible en el respectivo Estado de envío. Este examen corresponde a las autoridades alemanas competentes, es decir, a la Fiscalía del Estado¹¹¹ o al Tribunal, en cooperación con la autoridad competente del Estado de envío en el marco de un llamado trámite de certificación (*Bescheinigungsverfahren*, artículo 17 PA-CEF): la autoridad extranjera puede presentar a instancia de la autoridad alemana o *proprio motu* una certificación sobre la punibilidad en el Estado de envío. La autoridad alemana decide en consonancia con esta certificación; sin embargo, aquélla puede ser revisada en el nivel del Gobierno Federal. En el caso contrario —el Estado de envío se vale de la jurisdicción exclusiva—, el proceso es aplicable análogamente. *In concreto* los delitos puramente militares pertenecerían a la jurisdicción exclusiva del Estado de envío, mientras que los delitos de circulación y del deber de pagar alimentos conforme al § 170 del StGB quedarían bajo la jurisdicción exclusiva del Estado de recepción (en este caso, alemán).¹¹² Además de lo referido, sobre “los actos contra la seguridad del Estado” en el artículo VII apartado 2.b CEF rige la competencia jurisdiccional del Estado de recepción por los delitos contra la seguridad del Estado, en concreto los crímenes de traición, sabotaje, espionaje y traición de secreto (cf. artículo VII apartado 2.c CEF).

De mayor relevancia son los casos de la *jurisdicción concurrente*,¹¹³ ya que se establece entre Estados integrantes de la OTAN, que sostienen, en lo esencial, los mismos valores y una misma idea sobre la conducta merecedora de pena, especial-

¹⁰⁸ Cf. Witsch: *Deutsche Strafergerichtsbarkeit über die Mitglieder der U.S.-Streitkräfte und deren begleitende Zivilpersonen*, 1970, pp. 7 y ss.; Rumpf (*supra* nota 105), p. 14; cf. también Oehler (*supra* nota 28), nm 617 y ss.; Doehring (*supra* nota 1), nm 692 y ss.

¹⁰⁹ Cf. más próximo Witsch (*supra* nota 108), pp. 17 y ss.; Rumpf (*supra* nota 105), pp. 24 y ss.

¹¹⁰ Más próximo Witsch (*supra* nota 108), pp. 60 y ss.

¹¹¹ Sobre esto así mismo existe un “compromiso” entre las administraciones alemana y americana. Cf. Gribbohm (*supra* nota 8), nm 361.

¹¹² OLG Stuttgart, *NJW* 1967, p. 508. Cf. también Schwenk, *NJW* 1963, p.1425, ders. *JZ* 1976, p. 581; Marenbach: *NJW* 1974, p. 1598.

¹¹³ Más próximo Witsch (*supra* nota 108), pp. 73 y ss.

mente en el ámbito europeo, implicando tal grado de armonización que la mayoría de los actos sea punible en todos los ordenamientos legales de la OTAN.¹¹⁴ Así pues, corresponde al Estado de envío una prerrogativa si se trata de hechos que son dirigidos sólo contra sus bienes jurídicos, en particular su patrimonio o su seguridad (se trata de *actos inter se*) o se encuentran en conexión con actuaciones de servicio (llamados *delitos on duty*) (artículo VII apartado 3.a CEF).¹¹⁵ Aquí se manifiestan, por un lado, los principios de personalidad pasiva y de protección; por otro lado, el enjuiciamiento privilegiado de los *delitos on duty* también puede ser un resultado directo de la inmunidad estatal si se trata de actos oficiales de servicio —*acta iure imperii* no sólo *gestionis*—. ¹¹⁶ En todos los otros casos el Estado de recepción posee el privilegio para ejercer la jurisdicción (artículo VII apartado 3.b NTS). Ambos Estados podrían renunciar a la preferencia (artículo VII apartado 3.c NTS).

Esta distribución de *competencia* es modificada por Alemania —a través del artículo 19 PA-CEF en relación con el protocolo de firma (*Unterzeichnungsprotokoll* [UP]) al PA¹¹⁷ —en favor del *respectivo* Estado de envío—. ¹¹⁸ Según esto Alemania se comprometió a renunciar de manera general a la correspondiente prerrogativa en cualquiera de los casos del artículo VII apartado 3.b CEF, si un Estado de envío lo solicita. Esta —a primera vista considerable— *pérdida de soberanía* se atenúa ya que después de 21 días Alemania puede retirar la renuncia temporal e invocar su competencia si “importantes intereses de la justicia alemana” así lo exigen (artículo 19 apartado 3 PA-CEF). Según el artículo 2.a UP-PA-CEF, se aplica esta regla a los actos juzgados en primera instancia por los tribunales superiores (§ 120 GVG) en caso de delitos referentes a la defensa del Estado, así como asesinatos y graves delitos de violencia. Por lo demás, la renuncia se refiere sólo al *ejercicio* de la prerrogativa en el sentido del artículo VII apartado 3.b CEF, mientras que la *jurisdicción* alemana permanece intacta para delitos cometidos en territorio nacional alemán.¹¹⁹ En particular, la jurisdicción exclusiva territorial puede recaer en el Estado de recepción (Alemania), en el caso de que la impunidad fuese la consecuencia, por ejemplo, si el Estado de envío ya no se encuentra realmente en la posición de hacer uso de su

¹¹⁴ Cf. Sobre el asesinato y el homicidio por ejemplo la investigación de Heine & Vest en McDonald & Swaak Goldmann (dir.): *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law I*, 2000, pp. 175 y ss.

¹¹⁵ Sobre esta terminología también Witsch (*supra* nota 108), p. 73.

¹¹⁶ Cf. Lagodny: *Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltkonflikte vorzusehen?* (Informe del Bundesministerium für Justiz (en adelante BMJ)), 2001, <www.sbg.ac.at & ssk & lago.pdf>, § 7 A. I.

¹¹⁷ Ley de 18.8.1961, BGBl II pp. 1183, 1313; promulgación de 16.6.1963, BGBl II pp. 745.

¹¹⁸ OLG Nürnberg, *NJW* 1975, pp. 2151 y 2153: Zuständigkeitsverschiebung. Más próximo Witsch (*supra* nota 108), pp. 93 y ss.

¹¹⁹ Zutr. OLG Stuttgart, *NJW* 1977, pp. 1019 y 1020; sobre esto también Gribbohm (*supra* nota 8), nm 364.

prerrogativa porque el sospechoso deja de formar parte del ejército.¹²⁰ Los miembros de las fuerzas armadas extranjeras con una *presencia eventual* en territorio alemán también están sujetos, en principio, a la jurisdicción alemana, por lo que deben ser puestos a disposición judicial siempre que se afecten los intereses esenciales de la Administración de Justicia.¹²¹ Éste debería ser entonces el caso si se trata de los delitos citados en el artículo 2.a UP-PA-CEF.

Mientras en los casos anteriores se trata de la jurisdicción exclusiva del Estado de envío a escala *interestatal*, el gobierno actual de Estados Unidos pretende asegurar la inmunidad de sus soldados (y de todos sus ciudadanos) *frente a la CPI* con dos mecanismos. El primero consiste en excluir de la jurisdicción de la CPI a los nacionales de Estados no parte que participen en misiones de paz autorizadas por la ONU. La resolución inicial 1422 del 12 junio de 2002, prorrogada el 12 de junio de 2003 por resolución 1487 un año más, señala al respecto en su inciso primero:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que *no* sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, *no inicie ni prosiga*, durante un período de doce (12) meses a partir del 1 de julio de 2002, *investigaciones o enjuiciamiento* de ningún caso de esa índole, salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario. [Énfasis K. A.]

Del análisis del mismo texto se desprenden varias conclusiones. La primera, que esta resolución se refiere a operaciones no sólo establecidas sino *autorizadas* por las Naciones Unidas; esto significa que si, por ejemplo, la guerra contra Irak hubiera sido “autorizada” por ese organismo, tendría lugar la aplicación de esta resolución y los ciudadanos de estados no parte no podrían ser sometidos a la CPI aunque Irak fuera estado parte de la ECPI o hubiera aceptado la competencia mediante declaración *ad hoc* (artículo 12, inciso 3). La segunda conclusión se refiere a los “funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado no parte”; es decir, se hace mención no solamente a los soldados del ejército u oficiales de la fuerza pública, sino también al personal contratado por los Estados Unidos como, por ejemplo, mercenarios de empresas privadas de seguridad. Es justamente por la participación de estas personas en conflictos armados por lo que Estados Unidos pretendía extender esta norma a ese personal y a los ex funcionarios. Como ya se apuntó críticamente, estas resoluciones crearon dos clases de Estados.¹²² Finalmente,

¹²⁰ BGHSt 28, pp. 96 y 99.

¹²¹ Cf. artículo 2 § 7 StreikkräfteaufenthaltsG v. 20.7.1995 (BGBl II S. 554); sobre esto también Borchmann: *NJW* 1997, pp. 101 y s.

¹²² Cf. Ambos: *Süddeutsche Zeitung* de 16.7.02, 13 (en castellano en *Desarrollo y Cooperación* 5/2002, 7; *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile, 7/02, 18; *La Gaceta Jurídica*, La Paz (Bolivia), 16.8.02, 11; crít. también Kreß: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2002, n° 9, 1087; Stahn: *EJIL* 14 (2003), p. 85.

el segundo intento de prórroga a petición de los Estados Unidos no prosperó y el proyecto correspondiente tuvo que ser *retirado* el 23 de junio de 2004 en el Consejo de Seguridad.¹²³

Las normas mencionadas han sido complementada con las resoluciones 1497 del 1 de agosto de 2003 y 1502 del 26 de agosto de 2003. La primera —autorizando una misión de paz en Liberia para facilitar la salida del señor Charles Taylor a Nigeria— establece la *jurisdicción exclusiva* del Estado de envío que no sea Estado parte del Estatuto de la CPI, es decir, de Estados Unidos, China, Rusia, India etc.¹²⁴ La segunda calificó, a raíz del atentado en Bagdad contra las Naciones Unidas, los ataques contra personal humanitario como crimen de guerra, pero los Estados Unidos vetaron una referencia explícita al Estatuto de Roma (que tenía una definición consensuada del ataque en contra del personal de asistencia humanitaria en el artículo 8.2.b.iii y e.iii, artículo 5) sustituyéndola por una referencia a “la tipificación de esos ataques como crímenes punibles por la ley” (§ 5).

A nivel *bilateral* los Estados Unidos logran la inmunidad a través de convenios de no entrega de sus nacionales que ya cerraron con más de 80 Estados.¹²⁵ La parte decisiva de estos convenios —en esencia idéntica en todos ellos— dice:¹²⁶

1. Para los fines del presente Acuerdo la expresión “persona de los Estados Unidos de América” significa cualquier funcionario, empleado (incluido cualquier contratista), o miembro del servicio militar, actual o antiguo, del Gobierno de los Estados Unidos que goce de inmunidad frente a la jurisdicción penal en virtud del derecho internacional o que esté sujeta, de cualquier manera, a la jurisdicción del Estado que Envía (los Estados Unidos de América).

2. Una persona de los Estados Unidos de América, el Estado que Envía, no será, salvo con el consentimiento expreso de los Estados Unidos de América:

- a) entregada ni trasladada de ninguna manera a la Corte Penal Internacional para ningún propósito, ni
- b) entregada ni trasladada de ninguna manera a ninguna entidad o tercer país, ni expulsada a un tercer país. con el propósito de entregarla o trasladarla a la Corte Penal Internacional.

¹²³ Ver la declaración del embajador de los Estados Unidos ante la ONU enfatizando el rechazo de la CPI por los Estados Unidos (*UN Press Release* 112 (04), 23 de junio de 2004).

¹²⁴ La Resolución establece en la cláusula 7 la siguiente fórmula: “7. Decide que los ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea una parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, quedarán sujetos a la *jurisdicción exclusiva de ese Estado* aportante en relación con todos los presuntos actos u omisiones dimanantes de la fuerza multinacional o de la fuerza de estabilización de las Naciones Unidas en Liberia, o relacionados con ellas, a menos que ese Estado aportante haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva” (las cursivas son mías)

¹²⁵ Véase <www.iccnw.org & documents & otherissuesimpunityagreem.html>. De Latinoamérica han firmado hasta ahora en tal convenio El Salvador, Honduras, República Dominicana, Bolivia y Colombia.

¹²⁶ Cito aquí del convenio con Colombia de 17.9.2003.

Los convenios se extienden así —de forma análoga a la citada resolución del Consejo de Seguridad— no sólo a los miembros de las tropas militares sino otra vez “sólo” a todos los ciudadanos de Estados Unidos, y también a cada persona que por orden del Gobierno de los Estados Unidos es parte activa y también para los miembros de los Estados partes del Estatuto de Roma. Esta amplitud sobre ciudadanos no pertenecientes a los Estados Unidos todavía es más clara en el correspondiente convenio firmado con Bolivia, cuando allí se dice:

[...] y al personal militar que cumpla o haya cumplido funciones en el pasado para los Estados Unidos, que no tenga la nacionalidad de Estados Unidos [...]¹²⁷

Pues bien, estos acuerdos son criticables no sólo por su extensión a nacionales no americanos, sino en mayor medida por cuanto quebranta el deber de colaboración de los Estados partes del CPI, con elevados riesgos para el orden internacional. Parece claro que estos acuerdos no deben impedir la obligación de un Estado parte de cooperar con la CPI (artículo 86), especialmente en cuanto a la entrega de personas (artículo 89). En todo caso, si esta obligación existiese antes de un acuerdo bilateral, el acuerdo sería ilegal, pues violaría la obligación del Estado y así iría en contra del objetivo y propósito del Estatuto de Roma (artículo 18 de la Convención de Viena sobre Tratados, de 1969). En consecuencia, se debe exigir el consentimiento del Estado de envío (*sending state*) solamente si “un acuerdo internacional” preexistente al Estatuto de Roma exige este consentimiento. Esta opinión ha sido confirmada por un dictamen de la Comisión de la Unión Europea¹²⁸ y una resolución del Parlamento Europeo.¹²⁹ Así, los *Principios rectores de la UE en relación con los acuerdos entre un Estado Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte*, aprobados por el Consejo de Ministros de la UE el 30 de setiembre de 2002,¹³⁰ tienen el objetivo de mantener la integridad del Estatuto de Roma y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados partes señalando, *inter alia*, que:

¹²⁷ Convenio de 19.5.2003, párr. 1.

¹²⁸ Dictamen interno del 13 de agosto de 2002. Publicado en inglés en *Human Rights Law Journal (HRLJ)*, t. 23 (2002), p. 15; en alemán en *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)* 2002, p. 469.

¹²⁹ Resolución del 26 de setiembre de 2002 que critica, en la letra D, “la presión política a nivel mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos [...]” y expresa, en la letra F, su decepción “por la decisión del gobierno rumano de firmar un acuerdo que contradice el espíritu del Estatuto de la CPI (Doc. P5_TA-PROV (2002) 09-26; <www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PV2&LANGUE=ES>; en alemán en *EuGRZ* 2002, p. 554.

¹³⁰ Sesión n° 2450 del Consejo de la Unión Europea (asuntos generales y relaciones exteriores), Bruselas, 30 de setiembre de 2002, Doc. 12516 & 02, punto 6 “Corte Penal Internacional” con anexo II (conclusiones del Consejo sobre la CPI con los principios rectores); véase <<http://register.consilium.eu.int/pdf/es/02/st12/st12516es02.pdf>>; en alemán en *EuGRZ* 2002, p. 665.

- Deben tomarse en consideración los *acuerdos* internacionales *existentes*, en particular entre un Estado parte en la CPI y los Estados Unidos, como los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y los acuerdos sobre cooperación judicial en materia penal, incluidos los de extradición.
- Celebrar los acuerdos *propuestos* por los Estados Unidos, tal como están redactados en la actualidad, sería *incompatible con las obligaciones de los Estados parte* en la CPI y puede ser incompatible con otros acuerdos internacionales suscritos por Estados partes de la CPI.
- Toda solución debe incluir las disposiciones prácticas pertinentes que garanticen que las personas que hayan cometido *crímenes* que sean competencia de la Corte *no queden impunes*. Dichas disposiciones deben garantizar que se pueda investigar convenientemente y, cuando existan pruebas suficientes, que las jurisdicciones nacionales sometan a la acción de la justicia a las personas reclamadas por la CPI.
- Toda solución debe incluir únicamente a personas que *no sean nacionales* de un *Estado parte* en la CPI.

3.2.3. *Ponderación de intereses: ejercicio soberano de la función pública o protección penal de los derechos humanos*

La restricción de la inmunidad por razones de derechos humanos y de derecho penal internacional es el resultado de una *ponderación de intereses* entre la pretensión del Estado nacional de ejercer sus acciones oficiales sin ser estorbado en la mayor medida posible y la pretensión del individuo de que se protejan sus derechos fundamentales a través de la consecuente implementación de las obligaciones de persecución del derecho penal internacional en el plano internacional y nacional.¹³¹ La limitación de la inmunidad no solamente presupone que se trate de la persecución de los crímenes internacionales más graves, sino también que la actuación oficial del Estado afectado —su llamada *soberanía funcional*— no sería obstaculizada más allá de lo estrictamente *necesario*, ya que de lo contrario se acabaría arriesgando el *orden internacional* (diplomático).¹³² Por lo tanto, como regla general prevalece la inmunidad absoluta (*ratione personae*) de un *jefe de Estado en funciones* ante un tribunal *nacional* en el nivel de las *relaciones interestatales*;¹³³ así pues, cualquier *acción de*

¹³¹ Cf. ya Ambos: *JZ* 1999, pp.16, 21 y ss.; en sentido semejante Higgins, Kooijmans & Buergenthal: Joint Separate Opinion, *supra* nota 6, párr. 5, 75; también Flauss: *RSDIE/SZIER* 2000, pp. 307 y ss. Para los derechos fundamentales y los derechos humanos como contenido de un orden público internacional. Cf. Kokott: *DGVR* 35 (1998).

¹³² Cf. Zappalà: *EJIL* 12 (2001), pp. 595, 600 y 607; de este modo ya Ambos: *JZ* 1999, pp.16 y 23; aprob. Wirth: *NSiZ* 2001, p. 667.

¹³³ En este sentido totalmente tradicional *Princeton Principles* (*supra* nota 74), p. 49: “Under international law as it exists, *sitting heads of state, accredited diplomats, and other officials cannot be*

persecución penal —como por ejemplo, su detención— deviene ilegal si con ella se produce una grave intervención en la soberanía funcional del Estado afectado provocando una profunda intromisión y desestabilización de la relaciones *internacionales*. El mismo principio es válido para todos los *diplomáticos*, que gozan de inmunidad personal, pues justamente sus actos garantizan la existencia de unas mínimas relaciones diplomáticas y desempeñan así una función esencial de orden y estabilidad en el sistema internacional.¹³⁴

La CIJ, sin embargo, va más allá de lo necesario al extender, por un lado, la inmunidad absoluta *ratione personae* también a un ministro de Relaciones Exteriores y, por otro lado, al limitar la responsabilidad de un antiguo ministro a los actos realizados durante el ejercicio de su cargo, sólo si los ha realizado “*in private capacity*”:¹³⁵ ya que con estos requisitos solamente es posible una persecución penal *nacional* posterior del antiguo jefe de Estado o del antiguo ministro de Relaciones Exteriores si se puede probar o tiene, por lo menos, la sospecha fundada de que ellos habían cometido un delito internacional de forma “privada” —una idea bastante alejada de la realidad que además conduciría al difícilmente superable problema de la limitación entre actos oficiales de servicio y actos privados—.¹³⁶ Por lo demás, la CIJ concede a los portadores de la inmunidad personal (ya privilegiados) una continuidad de su inmunidad aun en el caso de crímenes internacionales.

La aquí defendida restricción jurídico-material de la inmunidad debe también conducir, en principio, a su aplicación a la *inmunidad diplomática*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán opina que semejante limitación sólo es válida para la inmunidad estatal y no para la inmunidad diplomática, porque se trata de “institutos diferentes de derecho internacional con sus propias reglas”, y esta última es merecedora de atención en un doble sentido.¹³⁷ Por un lado, porque el elemento personal de la inmunidad diplomática protege también al diplomático —*ratione personae*— si no realiza actos oficiales y cuando ningún órgano “normal” del Estado gozaría de una protección a través de la inmunidad.¹³⁸ Por otro lado, porque la inmunidad diplomática no requiere de una restricción jurídico-material, pues sólo genera efectos *inter partes* (ya *supra* 1) y por lo tanto terceros Estados no se ven impedidos, en principio,

prosecuted while in office for acts committed in their official capacities” (destacado por el autor). También se reconoce allí (51), que la inmunidad “for sitting heads of state” etc. pueda ser más y más cuestionada.

¹³⁴ Para Watts (*supra* nota 76), p. 19, el número de jefes de Estado y “representantes senior” debe alcanzar a escala mundial la cifra de 500-600 personas.

¹³⁵ CIJ (*supra* nota 6), párr. 61.

¹³⁶ De otra opinión aparentemente Higgins, Kooijmans & Buergenthal: Joint Separate Opinion, *supra* nota 6, párr. 85, continúa hasta ahora el pensamiento mayoritario de la comunidad internacional y conserva la delimitación aparente por practicable.

¹³⁷ BVerfGE 96, pp. 68, 84 y s.

¹³⁸ Cf. también BVerfGE 16, pp.27, 34 y ss.; BVerfGE 96, pp. 68 y 85.

de llevar a cabo una persecución penal (excepto artículo 40 CVRD). Las consideraciones basadas en los derechos humanos pueden, sin embargo, desempeñar un papel relevante si se trata de la persecución de un diplomático *en y por* el Estado de recepción y si se trata de actos no oficiales que quedarían abarcados por la inmunidad *ratione personae*. Aquí debería hacerse un balance, como en el caso de la inmunidad estatal, tomando en consideración la gravedad de los crímenes cometidos y las posibles consecuencias que la recusación de la inmunidad diplomática tendría para el orden internacional. Por supuesto, es necesario diferenciar entre la *persecución penal* de un diplomático y las *medidas de orden policial* contra un diplomático. Ciertamente, en una embajada en que se ha asesinado y torturado no puede tener validez el derecho de inmunidad, así como tampoco en el caso de un jefe de Estado que ordenó el citado delito.¹³⁹ Además, el Estado de recepción tiene el derecho¹⁴⁰ —conforme a la idea de legítima defensa— de tomar contramedidas para intervenir si desde una embajada se cometen hechos delictivos, como por ejemplo, disparar.¹⁴¹ Por último, el diplomático también tiene que respetar la ley del Estado de recepción (artículo 41 I CVRD). Sin embargo, todo esto no debe conducir automáticamente a una persecución penal del diplomático. Más bien el Estado de recepción tiene que tomar antes de nada medidas policiales y jurídico-diplomáticas; en concreto, debe declarar al diplomático criminal *persona non grata*.

¹³⁹ Doehring (*supra* nota 1), nm 684.

¹⁴⁰ Así mismo Doehring (*supra* nota 1), nm 684; de opinión abierta Brownlie (*supra* nota 1), pp. 348.

¹⁴¹ Cf. en este sentido también el “Libyen-Botschaftsfall”; sobre esto Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 38.

Bibliografía seleccionada

- ALBRECHT & AMBOS (dir.): *Der Fall Pinochet(s)*, 1999.
- AMBOS: “Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht”, *JZ* 1999, 16.
- BOTHE: “Die strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane”, *ZaöRV* 31 (1971), 246.
- BRÖHMER: *State Immunity and the Violations of Human Rights*, 1997.
- CASSESE: “When may senior state officials be tried for intern. Crimes?”, *EJIL* 13 (2002), 853.
- DELMAS-MARTY: “La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités)”, en: CASSESE & DELMAS-MARTY (dir.): *Juridictions nationales et crimes internationaux*, 2002, p. 613.
- FASTENRATH: “Möglichkeiten u. Grenzen repressiven Menschenrechtsschutzes...”, en: v. SCHORLEM (dir.), *Praxishandbuch UNO*, 2002, p. 369.
- FLAUSS: “Droit des immunités et protection internationale es droits de l’homme”, *RSDIE/SZIER* 2000, 299.
- FOLZ/SOPPE: “Zur Frage der Völkerrechtsmäßigkeit von Haftbefehlen gg. Regierungsmitglieder anderer Staaten”, *NStZ* 1996, 576.
- GUILHERME DE ARAGÃO: “Grenzen des Weltrechtsgrundsatzes: Der Haftbefehl Fall des IGH”, *HuV* 2002, 77.
- HERDEGEN: Die Achtung fremder Hoheitsrechte als Schranke nationaler Strafgewalt, *ZaöRV* 47 (1987) 221.
- HORMAZÁBAL MALARÉE: “La inmunidad del Jefe del Estado”, en: GARCÍA ARÁN & LÓPEZ GARRIDO (dir.): *Crimen internacional y jurisdicción universal*, 2000, 163.
- KREß: “War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice”, *IYHR* 30 (2000), p. 103.
- LÜKE: *Immunität staatlicher Funktionsträger*, 2000.
- MARENBACH: “Aktuelle Probleme des Nato-Truppenstatuts”, *NJW* 1974, 1598;
- RUMPF: *Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik*, 1969.
- RÜPING: “Die völkerr. Immunität im Strafverfahren”, *Kleinknecht FS*, 1985, p. 397.
- H. SCHULTZ: “Zur Regelung des räuml. Geltungsbereiches durch den E 1962”, *GA* 1966, 193.
- WERLE: *Völkerstrafrecht*, 2003, pp. 171 y ss..
- WIRTH: “Immunities, related problems, and artículo 98 of the Rome Statute”, *CLF* 12 (2001), 429.
- “Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgement in The Congo v. Belgium Case”, *EJIL* 13 (2002), 877.
- WITSCH: *Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der U.S.-Streitkräfte und dere begleitende Zivilpersonen*, 1970.
- ZAPPALÁ: “Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes?...”, *EJIL* 12 (2001), p. 595.

Abreviaturas

| | |
|------------|---|
| AVR | Archiv des Völkerrechts |
| BGBI | Bundesgesetzblatt |
| BGHSt | Bundesgerichtshof in Strafsachen |
| BGHT | Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán) |
| BMI | Bundesministerium des Inneren |
| BMJ | Bundesministerium für Justiz (Ministerio de Justicia) |
| BR-Drucks | Bundesrat Drucks (Boletín de las Cortes) |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemán) |
| BVerfGE | Entscheidungen Bundesverfassungsgericht (Colección de sentencias del Tribunal Constitucional Alemán) |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| CDI | Comisión de Derecho Internacional (ONU) |
| CEF | Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas |
| CIJ | Corte Internacional de Justicia |
| CPI | Corte Penal Internacional |
| CVDI | Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas |
| CVDT | Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados |
| CVRC | Convención de Viena sobre Relaciones Consulares |
| DtZ | Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift |
| EJIL | European Journal of International Law |
| EuGRZ | Europäische Grundrechte Zeitschrift |
| FS | Festschrift |
| GA | Goldammer's Archiv |
| GG | Grundgesetz (Constitución Alemana) |
| GVG | Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Organización Judicial) |
| HRLJ | Human Rights Law Journal |
| ICLQ | The International and Comparative Law Quarterly |
| IELR | International Enforcement Law Reporter |
| ILC | International Law Commission |
| IMG Statut | Statut des Internationalen Militärgerichtshofe |
| JZ | Juristenzeitung |
| nm. | número marginal |
| NStZ | Neue Zeitschrift für Strafrecht |
| OEA | Organización de Estados Americanos |
| OLG | Oberlandesgericht (Tribunal Superior de Justicia del Land) |
| RdC | Recueil des Cours de l'Académie de la droit international |
| RGDIP | Revue générale de droit international public |

| | |
|-------|---|
| StPO | Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal) |
| TMI | Tribunal Militar Internacional |
| TPIR | Tribunal Penal Internacional para Ruanda |
| TPIY | Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia |
| UNTS | UN Treaty Series |
| ZaöRV | Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht |
| ZStW | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |