

**EL DERECHO PENAL INTERNO ANTE LOS
ATENTADOS CONTRA PERSONAS
INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS Y LOCALES
DE LEGACIONES EXTRANJERAS:
EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

Ana M. GARROCHO SALCEDO

Profesora de Derecho Penal de la U. Carlos III de Madrid

Pilar OTERO GONZÁLEZ

Profesora Titular de Derecho Penal de la U. Carlos III de Madrid.

Acreditada para Catedrática

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN: LOS DELITOS CONTRA EL DERECHO DE GENTES. II. ART. 605 CP: DELITOS CONTRA JEFES DE ESTADO EXTRANJERO Y PERSONAS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS POR UN TRATADO. 2.1. Sujetos y conducta típica. III. ART 606 CP: LA VIOLACIÓN DE LA INMUNIDAD PERSONAL DE JEFES DE ESTADO Y DE LAS PERSONAS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS POR UN TRATADO. 3.1. El Concepto de inmunidad personal del art. 606.1 CP. 3.1.1 Introducción. Breve excursus sobre las inviolabilidades e inmunidades. 3.1.2 La violación de la inmunidad personal prevista en el art. 606 CP. A) La inmunidad del Jefe del Estado extranjero: concepto y límites. a) Concepto. b) Límites. b.1 Límites a la inmunidad de los Jefes de Estado conforme al Derecho penal internacional. B) Personas internacionalmente protegidas por un tratado. a) Personal diplomático y consular. Analogías y diferencias con la inmunidad del Estado extranjero. b) Otras personas internacionalmente protegidas. IV. LA CLÁUSULA DE RECIPROCIDAD PREVISTA EN EL ART. 606.2 CP. V. DISPOSICIONES COMUNES. ANEXO: BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: LOS DELITOS CONTRA EL DERECHO DE GENTES

Los artículos 605 y 606 del Código Penal español se encuentran incardinados en el Título XXIV rubricado *Delitos contra la Comunidad Internacional* y dentro de él, en el Capítulo I *Delitos contra el Derecho de Gentes*. Sin embargo, esta denominación poca relación guarda con el sentido etimológico del término. En efecto, el *ius gentium*¹, concepto que ya aparece en Cicerón, era el Derecho aplicable a los extranjeros y a los pleitos de éstos con los ciudadanos romanos, caracterizado por la amplitud y universalidad de sus reglas, aplicadas fundamentalmente a las relaciones patrimoniales, que importaban para el comercio, entre personas de diferentes países. Posteriormente, en la época clásica los jurisconsultos llamaron *ius gentium* al conjunto de reglas que eran comunes al Derecho romano y al de otros pueblos, por ejemplo, sobre esclavitud, manumisión e impedimentos de matrimonio entre ascendientes y descendientes, justificándolo en la *naturalis ratio*² o elemento de unidad racional y ética entre todos los Hombres. Finalmente Justiniano otorgó carta de naturaleza a las instituciones del *ius gentium*, dando cima a la desnacionalización del Derecho privado romano que se hizo así legislación universal, mientras el Derecho público permanecía estrecho y bizantino.

Ya en la época moderna, GROCIO, en su célebre obra *De Iure belli ac pacis* admite que las consecuencias que nacen del *consentimiento universal* constituyen el Derecho de Gentes. En esta línea, BYNKERSHÖEK³ considera que no hay Derecho de Gentes sino entre los que se someten *voluntariamente a él por una convención tácita*, o, lo que es lo mismo, su fuerza

obligatoria deriva del sentimiento de Justicia que obliga a los hombres a cumplir sus compromisos. Estos autores hacen, pues, hincapié en el *consentimiento presunto* como esencia del Derecho de Gentes, lo que propicia la modificación de las reglas del Derecho positivo. Para HEFFTER⁴ el Derecho de gentes se funda en la *reciprocidad, como razón de conveniencia*, no de Justicia. CONCEPCIÓN ARENAL⁵ se aproxima al sentido actual del Derecho de Gentes, mencionado hoy en los artículos 605 y 606 CP, de la forma siguiente:

«*cualquiera que sea la organización interior de una nación, tiene su soberanía un representante que comunica con las otras (...) por medio de Embajadores, Enviados, Encargados de negocios, etc. El representante de una nación tiene, por el Derecho de Gentes, grandes consideraciones y privilegios en aquella adonde es enviado (...). Y si comete un delito, en vez de ser juzgado por los tribunales de la nación donde reside se le entrega a la suya para que le juzgue (...) estos privilegios se extienden a su familia y comitiva siempre que vivan bajo su techo (...) las naciones concluyen entre sí convenios para pactar ventajas que mutuamente se conceden*».

A nuestro juicio, pues, el único punto de conexión con el origen etimológico del término radica en que el sujeto objeto de este Derecho es un *extranjero* y que se trata, en el caso de los artículos 605 y 606 CP, de delitos especiales en función igualmente de los sujetos pasivos *extranjeros*, que reciben, de este modo, una protección especial, lo que implica, en consecuencia, una excepción respecto de los delitos comunes, siempre que esa protección especial sea recíproca en el país de origen del sujeto pasivo, tal como previene el art. 606.2 CP. La visión actual deriva de la concepción del Derecho de Gentes tal como se prevé en el Derecho moderno, basada en la *reciprocidad* que emana de los *convenios mutuamente aceptados*, donde se incluyen grandes *ventajas –inmunidades–* para el representante de un Estado cuando es enviado a otro.

¹Ampliamente, CASTILLEJO, José, *Historia del Derecho Romano. Política, Doctrinas, Legislación y Administración* (Edición e Introducción a cargo de Manuel Abellán Velasco. Dykinson/Universidad Carlos III. Madrid, 2004, pp. 294-296, 372, 419, 491.

² Cfr., GAYO, Cayo, *Instituciones* (edición bilingüe). Civitas. Madrid, 1985, I, 1, p. 30.

³ BYNKERSHÖEK, Cornelius VAN, *De foro legatorum*, Clarendon Press. Oxford, 1946, p. 19. Cfr., DE AZCÁRATE, D.G. *Introducción al Ensayo sobre el Derecho de gentes*, de Concepción Arenal. Imprenta de la revista de legislación. Madrid, 1879, p. X.

⁴ Cfr., DE AZCÁRATE, *Introducción al Ensayo*, op. cit, pp. XII y siguientes.

⁵ ARENAL, Concepción: *Ensayo sobre el Derecho de Gentes* Imprenta de la revista de legislación. Madrid, 1879, pp. 7-8.

Trasladando esta idea al ámbito jurídico-penal, puede concretarse el bien jurídico en los tipos de los artículos 605 y 606 CP en la «*convivencia pacífica internacional*», y para conseguirla constituyen un valioso instrumento las relaciones internacionales, conducidas fundamentalmente gracias a la Diplomacia directa y *ad hoc* y a los representantes de las Organizaciones internacionales.

II. ART. 605 CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: DELITOS CONTRA JEFES DE ESTADO EXTRANJERO Y PERSONAS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS POR UN TRATADO

2.1. Sujetos y conducta típica

El art 605 del CP dispone que:

“1. El que **matere al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado**, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión permanente revisable.

2. El que causare **lesiones de las previstas en el artículo 149** a las personas mencionadas en el apartado anterior, será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años.

Si se tratara de alguna de las **lesiones previstas en el artículo 150** se castigará con la pena de prisión de ocho a quince años, y de cuatro a ocho años si fuera **cualquier otra lesión**.

3. **Cualquier otro delito cometido** contra las personas mencionadas en los números precedentes, o contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de dichas personas, será castigado con las penas establecidas en este Código para los respectivos delitos, en su mitad superior”.

El art 605 del CP obedece en buena medida al cumplimiento de España del compromiso internacional adquirido con la ratificación de la **Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos**, adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1973 y ratificada por España, el 8 de agosto de 1985 (BOE núm.33, de 7 de febrero de 1986).

En relación con los *sujetos pasivos*, la norma penal establece una remisión penal en blanco a los tratados internacionales, a cuyo efecto debe atenderse a lo dispuesto en las mencionada Convención. El art 1 de la Convención establece que se entiende por *persona internacionalmente protegida*:

«el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores, así como los miembros de su familia que lo acompañen».

Del mismo modo, tendrán una protección internacional reforzada

«cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado o cualquier funcionario, personalidad oficial u otro agente de una organización intergubernamental, así como los miembros de su familia que formen parte de su casa».

En definitiva, el alcance de este tipo penal depende de la condición de *persona especialmente protegida* conforme a los tratados y convenios de Derecho Internacional, entre ellos, los Convenios de Viena de 1961 y 1963⁶. Sin embargo, la interpretación teleológica que aquí se mantiene vinculada al Convenio del que trae causa el precepto, que expresamente se intitula en su inciso final “*inclusive los agentes diplomáticos*” nos lleva a determinar que el alcance de lo tipificado no abarca a los agentes consulares.

Con respecto a las *conductas típicas*, y dado que estamos ante delitos pluriofensivos pues además del bien jurídico individual lesionado, se vulnera el bien jurídico supraindividual, que hemos cifrado en la *convivencia pacífica internacional*, el art 605 cualifica la pena del homicidio con prisión permanente revisable, al igual que sucede con la penalidad prevista en el art. 485 del CP en relación con el homicidio de cualquier miembro de la Familia Real española. En caso de que la conducta típica pudiera subsumirse en el delito de asesinato sería de aplicación por el principio de especialidad el art 605.1 CP.

Por otro lado, en el precepto opera una

⁶ Igualmente, ténganse en cuenta los tratados enumerados en la letra b) *Otras personas internacionalmente protegidas* del epígrafe III de este capítulo –cfr., infra-

agravación en la comisión de delitos de lesiones, tipificadas en los arts. 149 y 150, sancionándose con las penas exacerbadas de prisión de 15 a 20 años y de 8 a 15 años respectivamente. Igualmente, se contempla una agravación genérica si se tratase de «*cualquier otra lesión*» con prisión de 4 a 8 años. Antes de la modificación del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que suprimió las faltas, se dudaba de si la imprecisión «*cualquier otra lesión*» debía ser corregida atendiendo a lo dispuesto en la cláusula de reciprocidad del art 606.2 CP cuando alude exclusivamente a *delitos* y al propio art. 605.3 al referirse a “*cualquier otro delito*”, llegándose a la conclusión de que el art 605.2 *in fine* debía interpretarse –sistemáticamente–, en todo caso, como los demás *delitos* de lesiones, excluyendo del ámbito típico la comisión de faltas. De otro modo, se hubiera producido una injustificada agravación de la pena por la comisión de meras faltas de lesiones, vulnerando claramente el principio de proporcionalidad⁷. Tras la supresión de las faltas en la mentada reforma ya no cabe, obviamente, otra interpretación que entender «*cualquier otra lesión*» como sinónimo de «*cualquier otro delito*».

Asimismo, el art. 605.3 CP establece una cláusula de recogida referida a cualquier otro *delito* cometido contra las personas mencionadas o contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de esas personas. Este párrafo tercero debe interpretarse como cualquier otro delito contra *bienes estrictamente personales* (vida, integridad física, libertad, integridad moral, libertad e indemnidad sexual, intimidad, honor), debiendo excluirse, en consecuencia, de este ámbito cualquier otro delito que no lesione un bien estrictamente personal, como por ejemplo el patrimonio⁸. Sin embargo, conforme al segundo

inciso son punibles las infracciones contra el *patrimonio*, cuyos objetos materiales están limitados en el tipo penal a los locales oficiales, residencia particular y medios de transporte adscritos a cualquiera de estas personas protegidas, en virtud del carácter oficial de dichos objetos. Igualmente, entendemos que estas *infracciones contra el patrimonio* recogidas en el segundo inciso del art. 605.3 CP deben restringirse a los atentados *violentos* contra el patrimonio que puedan poner en peligro la integridad física o la libertad de la persona internacionalmente protegida. En coherencia, debe excluirse de la tipicidad del art. 605 CP la comisión de cualquier delito que afecte a bienes jurídicos colectivos o difusos. Y entendemos que ello debe ser así por dos razones. La primera emana de la exégesis literal del precepto analizado, que reza “delito contra *las personas*” internacionalmente protegidas. El segundo motivo deriva del propio texto de que trae causa el mencionado precepto, la *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos* (1973), al mantener un ámbito más restringido en relación con las conductas punibles. Así, la Convención hace referencia a delitos de:

«*homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de estas personas*», y a la «*comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad*».

Como puede comprobarse, el legislador cumple con su compromiso internacional, pero se excede extendiendo, más allá de lo internacionalmente pactado, la punición de otras infracciones de menor gravedad que las contempladas *ex* Convenio.

Por lo demás, es de advertir que el dolo en este delito debe abarcar el conocimiento por parte del sujeto activo de la condición de persona especialmente protegida del sujeto pasivo, por lo que su desconocimiento implicará la aplicación de las reglas generales del error en Derecho penal español.

⁷ Lamenta esa extensión de la pena a las faltas por considerarla desproporcionada, TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Art 605”, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 6ªed., Aranzadi. Navarra, 2007, p. 2170.

⁸ Como ya indicó en su día LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Delitos contra Jefes de otro Estado y personas internacionalmente protegidas”, COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios a la Legislación penal*, Tomo V, vol. II, Edersa. Madrid, 1985, p. 613.

La casi inexistente jurisprudencia sobre este precepto utiliza una interpretación extensiva del mismo ampliando su alcance a cualquier otro delito aunque no afecte a bienes individuales, en contra del criterio hermenéutico restrictivo aquí propugnado. En este sentido es de destacarse la Sentencia del Juzgado de lo Penal n° 9 de Sevilla, de 29 de junio de 2010, primera sentencia condenatoria⁹ en España por la comisión de un delito contra la Comunidad Internacional en la figura de un Jefe de Gobierno, castigando por delito de atentado contra persona internacionalmente protegida del art. 605.3 en relación con el delito de atentado contra la autoridad de los artículos 550 y 551.1 CP el supuesto de un ciudadano kurdo, en situación de estancia irregular en España, que arrojó un zapato contra el Primer Ministro de Turquía al tiempo que le llamó “asesino” y “criminal” y manifestó “viva el Kurdistan”. La sentencia justifica el dolo por parte del sujeto activo sobre la condición de funcionario público o autoridad del sujeto pasivo pues sin esa condición, de la que era consciente el sujeto activo, “era imposible que su acción tuviera repercusión” aceptando que aquel principio de autoridad (bien jurídico lesionado a través del delito de atentado) “iba a ser necesariamente vulnerado por causa de su proceder”; “es más – continúa la sentencia- esa acción de arrojar un zapato -con la intención reconocida de alcanzarle- implica un indudable acto de desprecio, en este caso, al principio de autoridad, pero constituye, ante todo, un intento de agresión, un acto de violencia dirigido no contra un símbolo o emblema, sino contra una persona física” (...). Para concluir, a los efectos que nos interesa “en el delito de atentado no cabe la consumación imperfecta, pues el atentado se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llega a consumarse. Se trata de un delito de mera actividad que se consuma con el ataque o acometimiento (...) de manera que el mero intento de agredir ya consuma el delito de atentado”. Esta Sentencia es confirmada por la SAP Sevilla 383/2010, de 4 de agosto corroborando que la dirección del zapato arrojado fuerte y velozmente:

“a escasa distancia por encima de la cabeza del destinatario, oyéndose a continuación un ruido que se superpone al ambiental -ruido que razonablemente cabe pensar que corresponde con la caída al suelo y posterior rodadura del zapato-, todo lo cual da una idea tanto de la intencionalidad perseguida por el lanzamiento como de la fuerza con que se realizó (...) asumiendo, siquiera fuera a título de dolo eventual, la posibilidad de lesionarlo” (...). Que el zapato (derecho) no impactara en el cuerpo de su destinatario es otra cuestión que no impide, dado su carácter de delito formal o de mera actividad, la apreciación del delito de atentado”¹⁰.

La pena en estos casos será la que corresponda al delito común en su mitad superior. En aplicación de este párrafo, la sentencia del Juzgado de lo Penal n° 9 de Sevilla comentada impone para este condenado kurdo la pena del delito de atentado en su mitad superior, escogiendo la mínima dentro de este marco, esto es, tres años de prisión, inhabilitación especial

¹⁰ La propia sentencia se apoya en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo para concretar el elemento de la conducta típica del delito de atentado. Así, la STS 1010/2009, de 27 de octubre, RJ 2009, 59990/2009, que es: “c) Un acto típico constituido por el acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave. Acometer equivale a agredir y basta con que tal conducta se de con una acción directamente dirigida a atacar a la autoridad, (a sus agentes o a los funcionarios), advirtiendo la jurisprudencia que el atentado se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llega a consumarse. Lo esencial es la embestida o ataque violento. Por ello se ha señalado que este delito no exige un resultado lesivo del sujeto pasivo, que si concurre se penará independientemente - SSTS 672/2007, de 19 de julio (RJ 2008, 538) y 309/2003 de 15 de marzo 3 (RJ 2003, 6180)-, calificando el atentado como delito de pura actividad, de forma que aunque no se llegue a golpear o agredir materialmente al sujeto pasivo, tal delito se consuma con el ataque o acometimiento - SSTS 652/2004, de 14, de mayo (RJ 2005, 5213), 146/2006, de 10 de febrero (RJ 2006, 3100)-, con independencia de que el acometimiento se parifica con la grave intimidación, que puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo”.

En el supuesto enjuiciado, La SAP de Sevilla, afirmó que está plenamente demostrado ese acto directa o frontalmente dirigido a atacar a una autoridad -STS 432/2000, de 18 de marzo (RJ 2000, 1129)-, con un acometimiento típico en cuanto “acto por su naturaleza violento, (que) no es necesario que sea “brutal” para ser calificado de delictivo” -STS 138/2010, de 2 de marzo (RJ 2010, 1465)-. Acto en el que “el ánimo de ofensa, menosprecio o falta de respeto va ínsito (porque) no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido”, pese a lo que pretende la defensa del apelante (STS 306/2010, de 23 de mayo).

⁹ Realiza un comentario de esta sentencia, LÓPEZ-JURADO, Carmen, en *Revista Española de Derecho Internacional*, n° 2, vol. LXII, julio-diciembre, 2010, pp. 174-178.

del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 4 meses y 16 días, y siendo consciente de que pudiera considerarse excesiva, el Tribunal admite que se podría justificar que se llegase a interesar en la correspondiente ejecutoria la concesión del indulto total o parcial. Por su parte la SAP de Sevilla 383/2010 que confirma en su integridad la sentencia apelada igualmente apoya las eventuales soluciones de futuro para mitigar la posible desproporcionalidad de la pena impuesta en el mínimo legal.

Cuestionamos estas sentencias desde una doble perspectiva. En primer lugar, es discutible desde el punto de vista de una interpretación literal estricta, atendiendo al texto de la ley, y conforme a una interpretación teleológica basada en el texto del Convenio, que este precepto pueda aplicarse al delito de atentado en cuanto que protege un interés colectivo como es la protección del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas para preservar la convivencia social¹¹. Y en segundo lugar, en el supuesto planteado, la persona especialmente protegida es *autoridad* (Primer Ministro) y, esta condición es la razón de ser de la protección especial internacional de la persona. De hecho, el bien jurídico protegido en el delito de atentado, *el buen funcionamiento de la función pública para proteger la convivencia social* y el del delito contenido en artículo 605, *la convivencia pacífica internacional* tienen, a nuestro juicio, una base común vinculada al propio concepto de orden público, cual es la paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, sea en el ámbito nacional (cuya infracción quedaría cubierta por los delitos contra el orden público dentro de los cuales se tipifica el delito de atentado) como internacional (cuya infracción quedaría amparada por los delitos contra el Derecho de gentes). Conforme a esta interpretación, las sentencias analizadas estarían infringiendo el principio “*non bis in ídem*”. En este conflicto, por

¹¹ Así es como la Jurisprudencia más reciente está concretando actualmente el bien jurídico en el delito de atentado. Vid., al respecto, LLOBET ANGLÍ, Mariona, “Atentados contra la autoridad y los funcionarios públicos. Resistencia y desobediencia”, en *Memento Práctico Francis Lefebvre penal 2011*, Francis Lefebvre penal. Santiago de Compostela, 2010, pp. 1586-1587.

el principio de especialidad, siempre sería aplicable el art. 605 cuando la autoridad fuera una persona internacionalmente protegida conforme al Convenio.

Igualmente debe destacarse la condición objetiva de punibilidad que señala el tipo delictivo cuando se refiere a que el sujeto pasivo «*se halle en España*» en el momento en que se da inicio a la ejecución de la conducta lesiva, o bien cuando el delito se consume en el territorio español. Ello no deja de ser una consecuencia lógica de la competencia que ostenta cada Estado en la *prevención* de ciertas conductas delictivas contra las personas internacionalmente protegidas dentro de su territorio. Por ello, cualquiera de estas conductas adquiere relevancia típica a los efectos del 605 CP, cuando se cometen en España tanto por personas nacionales o extranjeras, quedando al margen del ámbito típico cuando se cometan en la jurisdicción de un tercer Estado, incluso cuando el autor del delito ostente la nacionalidad española, y la jurisdicción española pudiera, en virtud del art 23.2 de la LOPJ, reivindicar la competencia jurisdiccional para enjuiciar a su nacional.

III. EL ART 606 CP: LA VIOLACIÓN DE LA INMUNIDAD PERSONAL DE JEFES DE ESTADO Y DE LAS PERSONAS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS POR UN TRATADO

El art. 606.1 CP sanciona con la pena de prisión de seis meses a tres años al que «*violare la inmunidad personal del Jefe de otro Estado o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado*». El tipo penal contiene una **norma penal en blanco** que remite a los tratados para la determinación del sujeto pasivo «*persona internacionalmente protegida*». Para ello es imprescindible acudir al Derecho Internacional convencional, el cual, a través de numerosos tratados, ha procurado una protección reforzada de ciertas personas a las que concede determinados privilegios e inmunidades de diferente alcance.

3.1. El concepto de inmunidad personal del art. 606.1 CP

3.1.1. Introducción. Breve excurso sobre las inviolabilidades e inmunidades

Aunque en nuestro Derecho rija, evidentemente, el principio de igualdad derivado del artículo 14 C.E. y, por extensión -a los efectos que nos interesa- recogido igualmente en los Convenios internacionales sobre Derechos Humanos¹², sin embargo, cabe señalar excepciones en la aplicación de este principio en el ámbito de la legislación penal cuando se trata del ejercicio de ciertas funciones por determinadas personas. Ello implica que para proteger tales funciones se les otorgue una inmunidad personal, bien, por razón de Derecho Público interno, o bien por razón de Derecho Público internacional.

La inmunidad personal por razón de **Derecho Público interno**, puede extenderse bien a la exclusión total de la Ley penal, o lo que es lo mismo, la llamada *inviolabilidad*, que se basa en la especial posición que ocupa la persona en razón de la función pública que desempeña, o bien, a la exigencia de determinados requisitos para proceder contra la misma, esto es, las llamadas *inmunidades (stricto sensu)*. Se trata, en ambos casos, de prerrogativas *ratio functionis* y, por tanto, nunca de un privilegio o facultad singular en función de una persona.

Entre las inviolabilidades que generan irresponsabilidad penal¹³, previstas en Derecho público interno, destacan, en primer lugar, la inviolabilidad del Jefe del Estado (arts. 56.3 y 64 CE), pues al ser moderador de los tres poderes del Estado, en aras a su independencia, no puede someterse a ninguno de ellos. No obstante, si la infracción delictiva estuviera al margen de su actividad política y significara

indignidad podría, según el art. 59.2 CE, ser inhabilitado por las Cortes para ser juzgado posteriormente¹⁴.

En segundo lugar, existe la inviolabilidad parlamentaria (art. 71.1 CE¹⁵) por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, tanto la de los parlamentarios de las Cortes Generales, como la de los de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas¹⁶,

¹⁴ En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, a propósito de la cuestión que se planteó en España una vez firmado el Estatuto de la Corte Penal Internacional y antes de ratificarlo, sobre si era necesario modificar el art. 56.3 CE en lo atinente a la inviolabilidad del Rey en el caso de una eventual participación del monarca en un crimen internacional, señalando que la inviolabilidad reconocida en el art. 56.3 CE se refiere únicamente a los actos realizados dentro de su función institucional, con lo que un crimen de este tipo no estaría cubierto por la inviolabilidad. En consecuencia el Consejo de Estado consideró que no hacía falta modificar la Constitución puesto que el art.56.3 no se oponía a lo dispuesto en el art. 27 del Estatuto de Roma, según el cual «las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho Internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella», lo cual resulta aplicable en relación con los actos de que dicha persona sea responsable. Igual interpretación se mantiene respecto de la inviolabilidad parlamentaria. Véase comentario al respecto de GIL GIL, Alicia, *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, Comares. Granada, 2006, pp. 2, 101, 102.

¹⁵ Art. 71.1 CE: «Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones». Prevista igualmente en el artículo 10 del Reglamento del Congreso, de 24 de febrero de 1982: «Los Diputados gozarán de inviolabilidad, aun después de haber cesado en su mandato, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones». Y en el artículo 21 del Reglamento del Senado, Texto Refundido aprobado por la Mesa del Senado, oída la Junta de Portavoces, en su Reunión del día 3 de mayo de 1994: «Los Senadores gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo».

¹⁶ Por ejemplo, art. 26.6 de la LO 3/79, de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía del País Vasco: «Los miembros del Parlamento Vasco serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo». Art. 57.1 de la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña: Estatuto de los Diputados. «1. Los miembros del Parlamento son inviolables por los votos y las opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo». O art. 11.3 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, Estatuto de Autonomía de Galicia: «Los miembros del Parlamento de

¹² Cfr. arts. 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); Art 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Arts. 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Art 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950). Art 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969); Arts. 2 y 3 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

¹³ O «privilegio de naturaleza sustantiva», tal como lo denominan las SSTC 36/1998 y 243/1988.

con idéntico alcance. En tercer lugar, la inviolabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional¹⁷, del Defensor del Pueblo¹⁸ y sus adjuntos.

El problema que inmediatamente se plantea es el abuso de toda inviolabilidad, pues la propia naturaleza de la misma -como causa personal de exclusión de la pena- impide cualquier atisbo de responsabilidad penal. Sólo una correcta comprensión de la naturaleza¹⁹ de la inviolabilidad relacionada con la *ratio functionis* podría restringir esa amplia prerrogativa. Es decir, la exención de pena debería afectar a la actuación relacionada con la función. Por tanto, es de naturaleza más funcional que personal, como condición indispensable para el ejercicio o cumplimiento de la función, a pesar de que el término pueda inducir a equívoco. No se trata, pues, de un obstáculo procesal. Si así fuera, ese obstáculo para proceder desaparecería con la pérdida de la función que conlleva la prerrogativa. En la inviolabilidad se extiende, pues, *sine die* la irresponsabilidad penal por las acciones realizadas en el ejercicio de la función, que, en el caso de los senadores o los diputados, comprende las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

Las inmunidades, por el contrario, consisten en que determinadas personas que ostentan un cargo público o ejercen una función pública, no pueden ser juzgadas sin previa autorización del órgano estatal al que pertenecen (en el caso de

Galicia serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo».

¹⁷ Art. 22 LOTC 2/79, de 3 de octubre: «Los Magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma; no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones; serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta Ley establece».

¹⁸ Art. 6.2 LODP 3/81, de 6 de abril: «El Defensor del Pueblo gozará de inviolabilidad. No podrá ser detenido, expedientado, multado, perseguido o juzgado en razón a las opiniones que formule o a los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo». 6.4: «Las anteriores reglas serán aplicables a los adjuntos del Defensor del Pueblo en el cumplimiento de sus funciones».

¹⁹ Cfr., GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 64. 1982, pp. 34, 35, 39 y 61.

los parlamentarios, consiste en una petición – *supplicatorio*- a la Cámara para inculpar o procesar). Se trata, así, de un obstáculo procesal que actúa, por tanto, como condición de procedibilidad, para evitar persecuciones arbitrarias, que, en el caso de los parlamentarios, derivarían de posibles motivaciones políticas en el intento de detención o procesamiento. El *supplicatorio* investiga, así, la posible instrumentalización del poder judicial para fines políticos interesados²⁰. Sin embargo, la denegación del *supplicatorio* en relación con conductas no protegidas por la inviolabilidad parlamentaria no debe producir efectos materiales de exención de la responsabilidad, sino sólo de imposibilidad temporal (sobresimiento provisional) de proceder penalmente contra el parlamentario mientras dure su función²¹. Por eso, la concesión del *supplicatorio* tiene naturaleza jurídica de condición objetiva de procedibilidad.

Entre estas inmunidades cabe mencionar la de los Diputados y Senadores: art. 71.2 CE²² tanto

²⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, «Inviolabilidad», op. cit, p. 70. SORIANO, Ramón, «La inmunidad de los parlamentarios: más privilegio que garantía», en *Jueces para la democracia*, N° 43. 2002, pp. 28-29. O, en términos de la STC 90/1985, la inmunidad permite que las Cámaras realicen lo que no pueden hacer los órganos de naturaleza jurisdiccional: valorar el significado político de las acciones

²¹ GÓMEZ BENÍTEZ, «Inviolabilidad», op. cit, p. 75.

²² Art. 71.2 CE: «Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva». Previsto también en el art. 11. del Reglamento del Congreso, de 24 de febrero de 1982: «Durante el período de su mandato, los Diputados gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Congreso». Y en el art. 22 del Reglamento del Senado, Texto Refundido aprobado por la Mesa del Senado, oída la Junta de Portavoces, en su Reunión del día 3 de mayo de 1994: «1. Durante el período de su mandato, los Senadores gozarán de inmunidad y no podrán ser retenidos ni detenidos salvo en caso de flagrante delito. La retención o detención será comunicada inmediatamente a la Presidencia del Senado. Los Senadores no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Senado, solicitada a través del correspondiente *supplicatorio*. Esta autorización será también necesaria en los procedimientos que estuvieren instruyéndose contra personas que, hallándose procesadas o inculcadas, accedan al cargo de

los de las Cortes Generales, como los de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, cuya inmunidad es parcial en relación con la anterior, ya que esta última se regula en los respectivos Estatutos de Autonomía²³ de forma más restringida que la de los parlamentarios de las Cortes, pues no se incluye la explícita exigencia de concesión del suplicatorio²⁴; discriminación que fue avalada por el TC en sentencia de 12 de noviembre de 1981.

Para restringir las inmunidades de Derecho público interno coonestándolas con el Derecho a la tutela judicial efectiva, la STC 9/1990, de 18 de enero, declaró inconstitucional la extensión de la inmunidad a los pleitos civiles contra parlamentarios porque se oponía a la finalidad de esta institución consistente en preservar el funcionamiento y composición de la Cámara ante una posible privación de libertad del parlamentario procesado, que no acontecía en los pleitos civiles, y al espíritu del art. 71.2 CE donde alude expresamente a *procesados e inculpado*²⁵. En este caso, el TC enmendó un abuso de inmunidad al infringirse la finalidad de la institución parlamentaria. En toda colisión de

Senador».

²³ Por ejemplo, art. 26.6 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía del País Vasco: «Durante su mandato, por los actos delictivos cometidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, no podrán ser detenidos ni retenidos sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Fuera del ámbito territorial del País Vasco, la irresponsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». Art. 57.1 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña: «Los miembros del Parlamento (...) Durante su mandato tendrán inmunidad a los efectos concretos de no poder ser detenidos salvo en caso de flagrante delito». Art. 11.3 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, Estatuto de Autonomía de Galicia: «Durante su mandato no podrán ser detenidos ni retenidos por los actos delictivos cometidos en el territorio de Galicia sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de Galicia».

²⁴ Ampliamente, GÓMEZ BENÍTEZ, "Inviolabilidad", op. cit, pp. 28-43.

²⁵ Cfr., SORIANO, "La inmunidad", op. cit, p. 30 quien, a mayor abundamiento, aduce razones históricas, donde la institución nace de la revolución francesa como prevención contra los procesos penales.

derechos, el TC²⁶ adopta la doctrina de la ponderación, reduciendo las garantías a un sentido estricto, que, en el caso de la inviolabilidad, deben referirse a las opiniones vertidas en el ejercicio de la función parlamentaria, excluyendo los actos realizados fuera del ejercicio de las competencias y funciones que les pudieran corresponder como parlamentarios, y en el de la inmunidad deben limitarse a los procesos penales.

Junto a estas inmunidades de Derecho Público interno cabe señalar -como se adelantó anteriormente- las llamadas *inmunidades por razón de Derecho Público internacional*. Se trata de exenciones que provocan la incompetencia de los tribunales internos ante determinadas personas extranjeras por hechos delictivos cometidos en España. Pueden distinguirse, en primer lugar, las inmunidades del Jefe de un Estado extranjero, en segundo lugar, las inmunidades del Estado *stricto sensu*, en tercer lugar, las diplomáticas y consulares, en virtud de los Convenios sobre personal diplomático y consular (de 18 de abril de 1961, ratificado por España el 21 de noviembre de 1967 –BOE de 24-1-1968- y de 24 de abril de 1963, ratificado por España el 3 de febrero de 1970 –BOE de 6.3-1970-, respectivamente), que obligan a nuestro país a prescindir, en determinados casos, de su soberanía punitiva, de acuerdo con el art. 63.2 CE y el art. 21.2 LOPJ²⁷. Hay que precisar que estos convenios otorgan inmunidad a los agentes diplomáticos y consulares extranjeros a título personal y no al Estado que representan. Y, en cuarto lugar, las inmunidades de organizaciones internacionales, cuya regulación está caracterizada por la dispersión²⁸.

Estas inmunidades por razón de Derecho Público internacional, a su vez, pueden ser *de jurisdicción y de ejecución*²⁹. La de jurisdicción³⁰

²⁶ STC 51/1985, de 10 de abril. Ampliamente, SORIANO, "La inmunidad", op. cit, p. 31.

²⁷ Art. 21.2 LOPJ: «Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público».

²⁸ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*. Aranzadi. Pamplona, 2008, pp. 32 y ss.

²⁹ Ampliamente, GASCÓN INCHAUSTI, *Inmunidades procesales*, op. cit, pp. 28 y ss. Para la inmunidad de

actúa como excepción de carácter procesal que provoca la incompetencia de los tribunales internos de un Estado para juzgar a otros sujetos de Derecho Internacional, mientras que la de ejecución produce el efecto de impedir la ejecución del fallo, en el caso de que se hubiese concluido el procedimiento. En otras palabras, la primera alude a una excepción procesal que impide el inicio del proceso, incluida la detención, contra el sujeto privilegiado en cualquiera de los órdenes jurisdiccionales. La segunda se refiere a la imposibilidad de ejecutar cualquier resolución judicial dictada por ellos.

3.1.2. La violación de la inmunidad personal prevista en el art. 606 CP

La inmunidad a que hace referencia el art. 606 CP es una inmunidad *personal* por razón de Derecho internacional público.

Centrada así la inmunidad personal tal como se acaba de definir en el epígrafe anterior, el art. 606 CP no añade a la misma ningún tipo de adjetivo, entendiéndose, por tanto, que la cualidad ha de ir referida a toda clase de enjuiciamiento, penal, civil o administrativo. La inmunidad personal está vinculada con la exigencia de *personalidad*, lo que indica³¹ que la misma no abarca las cosas, objetos, locales de la misión diplomática o la residencia particular del Agente, previstos en los artículos 27 a 30 de la Convención de 1961. Esta interpretación de la inmunidad se deduce igualmente de la diferente redacción entre los tipos de los artículos 605 (que sí los especifica, frente al 606 que no alude a ellos, de lo que cabe deducir que solo se

ejecución conforme al art. 7 RD 1654/1980 se deben observar los acuerdos bilaterales. Derogado por el REAL DECRETO 997/2003, de 25 de julio, aunque a los efectos que nos interesa, se trata en todo caso de supuestos en los que el Estado español es demandado por un tribunal extranjero, por lo que se trata de una errónea aplicación analógica en los supuestos inversos. Véase, asimismo, art. 278.2 LOPJ.

³⁰ Vid., por todos, RUIZ COLOME, M^a Ángeles, “Inmunidad de ejecución de los Estados Extranjeros ante los tribunales Españoles en la reciente jurisprudencia constitucional”, en *Derecho Privado y Constitución*, n° 2, enero-abril, 1994, pp. 371-376.

³¹ Como mantiene, CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal*, tomo III (Artículos 120-340 bis c). Ariel. Barcelona, 1978, p. 89.

pretende proteger la inmunidad *personal*).

La violación de la inmunidad se hace efectiva cuando se le imponga al sujeto infractor cualquier medida que conlleve el inicio del enjuiciamiento en cualquiera de las jurisdicciones existentes, entre las que se incluye la detención o intento de detención o cualquier otra medida cautelar tendente a garantizar el enjuiciamiento, como la entrada y registro en el domicilio³². *A sensu contrario*, no hay un verdadero quebrantamiento de la inmunidad cuando un particular o un funcionario público formule denuncia o acusación contra una de las personas previstas en el art. 606 CP, aunque ello haya supuesto quebrantar algunos privilegios contemplados en las Convenciones, pues el precepto penal exige que la violación lo sea, no de cualquier privilegio, sino de la *inmunidad personal*³³.

Por esta misma razón, y aunque *a priori* pudiera parecer lo contrario, se trata de un delito *especial* que sólo puede cometer el funcionario público o autoridad que tenga la capacidad de enjuiciar y, por tanto, la posibilidad de violar la inmunidad de jurisdicción. No obstante, entendido, como aquí se hace, el inicio de la inmunidad de jurisdicción al momento de la detención también podría ser sujeto activo el particular en relación con los supuestos de detención previstos en el art. 490 LECrim³⁴. En ningún

³² URBANO CASTRILLO, Eduardo, “Art. 606”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo 5, Bosch. Barcelona, 2007, p. 3814. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ªed., Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, p. 707. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “Delitos contra la comunidad internacional”, en LAMARCA PÉREZ (COORD.) *Derecho Penal. Parte especial*, 4ª ed., Colex. Madrid, 2008, p. 767. TAMARIT SUMALLA, José M^a, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Aranzadi. Pamplona, 1996, p. 2172. Un concepto más estricto de inmunidad mantiene CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios*, op. cit, pp. 90-91, al limitarlo al momento de la imposición de la media o sanción. Cfr., asimismo, al respecto todas las opiniones doctrinales recogidas por LUZÓN PEÑA, “Delitos contra Jefes de otro Estado”, op.cit., *Comentarios*, p. 619.

³³ CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, op. cit, pp. 90-91.

³⁴ En este sentido, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993, p. 44.

caso puede establecerse concurso con el delito de detención ilegal practicado por autoridad o funcionario público del art. 530 CP, ya que este tipo penal³⁵ se refiere a la violación de las garantías constitucionales y legales³⁶, entre las que no se encuentra la inviolabilidad diplomática, reconocida por normas de Derecho Internacional Público.

Los sujetos pasivos previstos en el art. 606 CP sobre los que puede recaer la violación de inmunidad personal son, en primer lugar, los **Jefes de un Estado extranjero y, en segundo lugar, las personas internacionalmente protegidas por un Tratado**. En todo caso, el delito previsto en el art 606 es un delito doloso. Por tanto, se debe exigir para admitir el dolo que el sujeto activo conozca la condición del sujeto pasivo, y su relación objetiva con el ejercicio del cargo³⁷ por lo que, de no conocerlo, se aplicarán las reglas generales del error en Derecho penal español.

A continuación, se analizará la extensión de la inmunidad de estas personas para así delimitar el alcance de la conducta típica a efectos del art. 606 CP.

A). La inmunidad del Jefe del Estado extranjero: concepto y límites

a) Concepto

Como se ha mantenido anteriormente, la inmunidad de jurisdicción supone una suerte de suspensión de la *potestad jurisdiccional* en sentido amplio de un Estado determinado frente –en este caso concreto– a un Jefe de un Estado extranjero, cuando, en principio, ese Estado ostenta la legítima competencia soberana de jurisdicción o de ejecución de la resolución judicial de que se trate³⁸. El reconocimiento de

estas inmunidades a los Jefes del Estado conforme al Derecho Internacional público proviene del Derecho Internacional consuetudinario³⁹, sin que a día de hoy hayan sido establecidas por ningún instrumento convencional, *a contrario sensu* de lo que ocurre con las inmunidades del personal diplomático o consular o el personal de Organizaciones internacionales (ONU, CPI, etc.). Asimismo debe señalarse que, junto con la inmunidad del Jefe del Estado, se reconoce internacionalmente la inmunidad de los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros por ser sujetos que ostentan especial relevancia internacional dentro de las relaciones internacionales entre Estados⁴⁰.

inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros. Iustel. Madrid, 2007, p. 33.

³⁹ Así, por ejemplo, MALLORY, J.L., “Resolving the confusion over head of State Immunity: the defined Rights of Kings”, en *Columbia Law Review*, 1986, vol. 86, pp. 177-178, 179 considera que el origen consuetudinario de la inmunidad de los Jefes de Estado proviene originariamente de la inmunidad de los Estados, a pesar de ser un tipo de inmunidad diferente, señalando, igualmente, con razón que existe un consenso internacional en la *existencia* de inmunidad aunque sus límites no resultan tan ciertos para los Estados. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional público*, 1ª ed, Tecnos. Madrid, 1994, p. 244. También la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en sentencia de 14 de febrero de 2002 (case concerning the Arrest Warrant of 11 of April 2000-Democratic Republic of Congo v. Belgium) ha declarado la existencia de la inmunidad de jurisdicción en Derecho Internacional, véase parr.51 «*The Court would observe at the outset that in international law it is firmly established that, as also diplomatic and consular agents, certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State, Head of Government and Minister for Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal...*».

⁴⁰ Así, CARRILLO SALCEDO, *Curso*, op cit., P. 244. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional público*. 12ª ed., Tecnos. Madrid, 1999, P. 331. Para posibilitar esta equiparación entre la inmunidad del Jefe del Estado con la del Jefe de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores suele traerse a colación la Convención de Nueva York sobre Misiones Especiales, de 8 de diciembre de 1969, la cual en su art 21 establece que: «*El jefe de Estado que envía, cuando encabece una misión especial, gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho Internacional a los jefes de Estado en visita oficial. 2. El jefe de Gobierno, el ministro de Relaciones Exteriores y demás personalidades de rango elevado, cuando participen en una misión especial del Estado que envía, gozarán en el Estado receptor o en un tercer Estado, además de lo que otorga la presente Convención, de*

³⁵ Como mantiene TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, op. cit, p. 2172.

³⁶ El término «legales» debe interpretarse en relación con la conducta prohibida, lo que requiere acudir a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regulan los presupuestos y procedimiento de la detención. Cfr., TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, op. cit. Pag. 1978.

³⁷ Cfr., LUZÓN PEÑA, “Delitos contra Jefes de otro Estado”, op.cit. *Comentarios*, Pag 609.

³⁸ Por todos, CARNERERO CASTILLA, Rubén, *La*

Dado que la inmunidad de jurisdicción y ejecución que disfrutaban los Jefes de Estado extranjero supone una excepción a los principios elementales del Estado Democrático de Derecho, fundamentalmente, al principio de igualdad y al Derecho a la tutela judicial efectiva, en su justificación habrá de tomarse en cuenta necesariamente la salvaguarda de estos principios, que sólo podrán ceder ante razones de trascendencia equivalente o superior. De ese modo, el entendimiento moderno de las inmunidades pasa por abandonar vetustas concepciones acerca de la soberanía absoluta de los Estados o de la igualdad soberana entre Estados, y dar paso, con el cambio de los tiempos, a incorporar en la justificación de las inmunidades las razones que ameritan el mantenimiento de las mismas. En este contexto es imprescindible circunscribir la cuestión de las inmunidades a un espectro funcional determinado⁴¹. La razón de ser de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución atiende al legítimo desempeño del cargo oficial del Jefe del Estado (y del Gobierno y demás Ministros) quienes representan y ejercen su cargo de forma independiente para la consecución de los fines que son inherentes al cargo que ostentan⁴² (así, por ejemplo, las referidas a la ordenación de la política interior y exterior y demás funciones oficiales).

b) Límites

Con respecto a los *límites* de la inmunidad del Jefe del Estado extranjero (y por extensión el Jefe de Gobierno y los Ministros), deben distinguirse *límites rationae personae*, referidos al

las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho Internacional».

⁴¹ Ya en 1955 PUIG PEÑA señalaba que los límites a las inmunidades del Jefe del Estado o del personal diplomático y consular atienden a la *naturaleza del hecho*, sin que quepa oponer un tipo de inmunidad de carácter absoluto, por lo que la inmunidad se erige como privilegio relativo unido al desempeño del cargo, por lo que, fuera de esta relación, los sujetos deberán someterse a la ley como el resto de los ciudadanos, véase PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal, Parte general*, Tomo 1. Revista de Derecho privado. Madrid, 1955, p. 167.

⁴² CARNERERO CASTILLA, op.cit., *La inmunidad de jurisdicción*, pp. 55-56.

ejercicio de un cargo oficial y mientras éste es desempeñado, y *límites rationae materiae*, en relación con el tipo de acto sujeto o no a inmunidad una vez se ha cesado en el cargo⁴³.

En relación con los primeros debe advertirse la ausencia de límites en la inmunidad de jurisdicción y ejecución mientras que el Jefe del Estado esté en ejercicio. De ese modo, mientras el Jefe del Estado esté desempeñando su cargo gozará de una *inmunidad absoluta* que el Derecho Internacional le concede para salvaguardar el libre e independiente desarrollo de sus funciones mientras permanezca en el cargo⁴⁴, salvedad hecha de las restricciones que el moderno Derecho penal internacional convencional ha impuesto, y que serán evaluadas más tarde.

A este efecto, resulta pertinente recordar la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso República Democrática del Congo contra Bélgica, de 14 de febrero de 2002. En ella, la CIJ reconoció la responsabilidad internacional de Bélgica por haber violado la inmunidad de jurisdicción penal del entonces Ministro de Asuntos Exteriores congoleño, Abdulaye Yerodia Ndombasi, al emitir una orden de detención el 11 de abril de 2000 contra Yerodia por presuntos crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos antes de incorporarse al Gobierno de Laurent-Désiré Kabila. En este caso, la CIJ estableció que, durante el ejercicio del cargo, los Ministros de Asuntos Exteriores disfrutaban de una inmunidad de jurisdicción absoluta para proteger su actuación de cualquier obstáculo en el desempeño de sus funciones, y con independencia de la naturaleza del acto (oficial o privado), o de la visita que motive su presencia en el territorio del tercer Estado⁴⁵. De ese modo,

⁴³ En relación con la distinción de los límites *rationae materiae* y *rationae personae* de las inmunidades, cfr. opinión de LORD MILLET en la sentencia de apelación de la Cámara de los Lores, de 25 de marzo de 1999.

⁴⁴ Así, por ejemplo, SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 356, 368. CARNERERO CASTILLA, *La inmunidad de jurisdicción penal*, op. cit., pp. 62-63.

⁴⁵ Sentencia de la CIJ, de 14 de febrero de 2002, case concerning the Arrest Warrant of 11 of April 2000-

la CIJ hace una interpretación muy restringida de los eventuales límites a la inmunidad de jurisdicción en relación con los tribunales de terceros Estados, incluso en aquellos supuestos en los que se trate de enjuiciar crímenes de guerra o contra la humanidad por parte de Jefes de Estado o Ministros en activo⁴⁶.

Asimismo, en la sentencia de apelación de la Cámara de los Lores, de 24 de marzo de 1999, por la que se autorizó la extradición de Augusto Pinochet desde Reino Unido a España, los Lores estuvieron de acuerdo en que, durante el desempeño del cargo oficial, los Jefes del Estado gozan de inmunidad completa de jurisdicción respecto a los tribunales de terceros Estados⁴⁷.

Democratic Republic of Congo v. Belgium) Parr. 54 y 55, p. 22, «That immunity and that inviolability protect the individual concerned against **any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties...** Thus, if a Minister for Foreign Affairs is arrested in another State on a criminal charge, he or she is clearly thereby prevented from exercising the functions of his or her office. The consequences of such impediment to the exercise of those official functions are equally serious, **regardless of whether the Minister for Foreign Affairs was, at the time of arrest, present in the territory of the arresting State on an "official" visit or a "private" visit, regardless of whether the arrest relates to acts allegedly performed before the person became the Minister for Foreign or to acts performed while in office, and regardless of whether the arrest relates to alleged acts performed in an "official" capacity or a "private" capacity....**». Negrita añadida. Se cuestiona la existencia de una norma internacional consuetudinaria de tal amplia inmunidad de los Ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio, el juez de la CIJ VAN DER WYNGAERT en su voto disidente a la sentencia de la CIJ, de 14 de febrero de 2002, case concerning the Arrest Warrant of 11 of April 2000-Democratic Republic of Congo v. Belgium) Parr. 23, p. 151.

⁴⁶ Sentencia de la CIJ, de 14 de febrero de 2002, case concerning the Arrest Warrant of 11 of April 2000-Democratic Republic of Congo v. Belgium) Parr. 58, p.24 «The Court has carefully examined State practice, including national legislation and those few decisions of national higher courts, such as the House of Lords or the French Court of Cassation. It **has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suggested of having committed war crimes or crimes against humanity...**». Negrita añadida.

⁴⁷ NICHOLLS, Clive, "Reflections on Pinochet", en *Virginia Journal of International Law*, 140, 2000-2001, p. 146. Véase por ejemplo, la opinión de LORD BROWNE-WILLKINSON, UK House of Lords: ex parte Pinochet,

En el ámbito de nuestro Derecho interno, debe recordarse la posición de la Audiencia Nacional, que considera que, en todo caso, mientras que el Jefe de Estado esté en el ejercicio de sus funciones gozará de inmunidad de jurisdicción y ejecución frente a los tribunales extranjeros hasta que cese en el cargo⁴⁸.

Con respecto a los *límites materiales* de la inmunidad de los Jefes de Estado, debe advertirse que, una vez que el Jefe del Estado ha cesado en su cargo, éste sólo ostentará inmunidad sobre los actos oficiales que realizó en el ejercicio del cargo, quedando al margen de toda inmunidad los actos privados⁴⁹ o aquellos actos realizados valiéndose de su condición

International legal materials, 1999, p. 592, «This immunity enjoyed by a head of state **in power and an ambassador in post is a complete immunity attaching to the person of the head of state or ambassador and rendering him immune from all actions or prosecutions whether or not they relate to matters done for the benefit of the state. Such immunity is said to be granted *ratione personae***». Negrita añadida. Sobre el caso Pinochet y las diversas posiciones que sostuvieron los Lores a la hora de afirmar la existencia de inmunidad de jurisdicción para un jefe de Estado en ejercicio, *in extenso*, SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal*, op. cit., P. 356, nota 753.

⁴⁸ La práctica judicial española en materia de inmunidades de Jefes de Estado en ejercicio ha sido la de considerar que mientras los Jefes de Estado se encuentren en activo, éstos gozan de inmunidad de jurisdicción, procediéndose al *archivo* de las querellas presentadas, AJCI 19 de noviembre de 1998 (caso Fidel Castro); AAN de 4 de marzo de 1999, Sala de lo penal (Fidel Castro); AJCI n°5 23 de diciembre de 1998 (caso Teodoro Obiang Nguema); AJCI n°5 23 de diciembre de 1998 (caso Hassan II); AJCI n°1 de 25 de octubre de 1999 (caso Milosevic); AJCI n°1 de 15 de junio de 2001 (caso Alan García y Alberto Fujimori); A JCI n°4 de 18 de marzo de 2003 (caso Hugo Chávez). Igualmente, aunque procediéndose a la suspensión del proceso, actuó la AN en el *caso Berlusconi* por un presunto delito de falsedad y contra la Hacienda Pública, cometido con anterioridad a su cargo de Primer Ministro italiano, *vid. in extenso* sobre este proceso, ATC núm. 286/2006 (Sala Primera), de 24 julio.

⁴⁹ Sentencia de la CIJ, de 14 de febrero de 2002, case concerning the Arrest Warrant of 11 of April 2000-Democratic Republic of Congo v. Belgium) Parr. 61, P. 25, «after a person **ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity**» Negrita añadida.

oficial, que no son estrictamente oficiales⁵⁰.

Hoy en día no hay duda de que los actos constitutivos de crímenes de Derecho penal internacional (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra) y cuya comisión genera responsabilidad penal del individuo conforme al *ius cogens* internacional, no pueden ampararse en la inmunidad de jurisdicción residual de la que gozan los antiguos Jefes del Estado, respecto a los actos oficiales realizados en el desempeño del cargo⁵¹. Como

⁵⁰ CARNERERO CASTILLA, *La inmunidad de jurisdicción*, op.cit., pp. 140-142.

⁵¹Cfr. en el mismo sentido, opinion de LORD HOPE OF CRAIGHEAD, UK House of Lords: ex parte Pinochet, *International legal materials*, 1999, p.622 «*The principle of immunity ratione materiae protects all acts which the head of state has performed in the **exercise of the functions of government**. The purpose for which they were performed protects these acts from any further analysis. **There are only two exceptions to this approach which customary international law has recognised. The first relates to criminal acts which the head of state did under the colour of his authority as head of state but which were in reality for his own pleasure or benefit** (...) The second relates to acts the prohibition of which has acquired the status under international law of **jus cogens**. This compels all states to refrain from such conduct under any circumstances and imposes an obligation erga omnes to punish such conduct...*». Negrita añadida. Asimismo, véase la opinion de LORD HUTTON, UK House of Lords: ex parte Pinochet, *International legal materials*, 1999, p.638, «*Therefore having regard to the provisions of the Torture Convention, I do not consider that Senator Pinochet or Chile can claim that the commission of acts of torture after 29 September 1988 were functions of the head of state. The alleged acts of torture by Senator Pinochet were carried **out under colour of his position as head of state, but they cannot be regarded as functions of a head of state under international law when international law expressly prohibits torture as a measure which a state can employ in any circumstances whatsoever and has made it an international crime...***». Negrita añadida. También opinión de LORD SAVILLE OF NEWDIGATE UK House of Lords: ex parte Pinochet, *International legal materials*, 1999, p.643, «*So far as these countries at least are concerned it seems to me that from that date these state parties are in agreement with each other that the **immunity ratione materiae of their former heads of state cannot be claimed in cases of alleged official torture**. In other words, so far as the allegations of official torture against Senator Pinochet are concerned, there is now by this agreement an exception or qualification to the general rule of immunity ratione materiae...*». Negrita añadida. Así también en la doctrina consideran que las atrocidades auspiciadas por los altos dirigentes de un Estado no pueden ampararse en la inmunidad *ratione materiae* una vez cesan en el cargo, por ejemplo, REMIRO BROTONS, Antonio. *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca

diría LORD MILLET en su razonamiento definitivo en el caso Pinochet no tiene sentido que la Comunidad internacional establezca un crimen cuya comisión genere responsabilidad penal del individuo conforme al *ius cogens*, y al mismo tiempo dicha actuación quede impune, amparándose en la inmunidad *ratione materiae* por haber sido cometidos como parte de su política gubernativa, u actos oficiales en el desempeño de su cargo como jefe del Estado⁵².

Nueva/Política exterior, Madrid, 1999, pp. 115-116. En el mismo sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Un precedente valioso en el Derecho Internacional”, publicado en el diario EL PAIS el 26 de noviembre de 1998, y reeditado en *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2001, p. 249, quien afirma que «*no hay ciertamente argumentos jurídicos sólidos para fundamentar que el genocidio o la tortura entran dentro de las funciones de los jefes de Estado (...) y que procede la inmunidad frente a lo que claramente imponen los antecedentes de la postguerra mundial y los convenios sobre genocidio, tortura, toma de rehenes...*». Igualmente, niega la inmunidad *ratione materiae* del Jefe del Estado ante la comisión de estos crímenes, cuando éste ha cesado en el cargo, SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal*, op.cit., pp. 352, 354. WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho penal internacional*, (traducción del alemán de M^a del Mar Díaz Pita et al.), Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, pp. 290-291.

⁵² Cfr. opinion de LORD MILLET en el caso Pinochet cuando establece, con razón, que «*The international community had created an offence [tortura] for which immunity ratione materiae could not possibly be available. International law cannot be supposed to have established a crime having the character of a jus cogens and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose*», UK House of Lords: ex parte Pinochet, *International legal materials*, 1999, p. 651. En el mismo sentido, destaca en la doctrina española la opinión de GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Un precedente valioso en el Derecho Internacional”, publicado en el diario EL PAIS el 26 de noviembre de 1998, y reeditado en *Estudios penales*, Colex. Madrid, 2001, p. 249, quien afirma que «*no hay ciertamente argumentos jurídicos sólidos para fundamentar que el genocidio o la tortura entran dentro de las funciones de los jefes de Estado (...) y que procede la inmunidad frente a lo que claramente imponen los antecedentes de la postguerra mundial y los convenios sobre genocidio, tortura, toma de rehenes...*». Asimismo, BOLLO AROCENA, M^a Dolores, “Soberanía, Justicia Universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República Democrática del Congo c. Francia”, *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LVI (2004), I. pp. 123, «*los actos calificables como crímenes internacionales no pueden quedar protegidos bajo el paraguas de la inmunidad de jurisdicción penal de los órganos del Estado, y menos, cuando la persona presuntamente responsable abandona el cargo en virtud del cual hubiera disfrutado de la inmunidad*». SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal*, op. cit., pp. 349-353, 354, «*en la actualidad la idea de inmunidad absoluta de los antiguos representantes es insostenible*»

Llegado este punto, es necesario examinar los límites que el **Derecho penal internacional** ha ido imponiendo con la paulatina consolidación de esta rama del ordenamiento internacional a la inmunidad de jurisdicción de los Jefes del Estado y otros cargos oficiales de alto rango.

b.1. Límites a la inmunidad de los Jefes de Estado conforme al Derecho penal internacional

En primer lugar, es conveniente traer a colación el primer intento de enjuiciamiento de un antiguo Jefe del Estado por crímenes de trascendencia internacional. El art 227 del Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919, estableció que:

«las potencias aliadas y potenciadas asociadas procesan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, antiguo emperador de Alemania, por un delito supremo contra la moralidad internacional y santidad de los Tratados. A tal efecto, se constituirá un tribunal internacional que lo enjuicie, asegurando todas las garantías esenciales para el derecho de defensa...».

Finalmente, el antiguo Káiser alemán no fue enjuiciado por la negativa de Holanda de tramitar la extradición solicitada por los aliados, el 24 de enero de 1920⁵³. La abdicación del Kaiser alemán se produjo el 9 de noviembre de 1918.

Posteriormente, el art 7 del anexo al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, por el que se instituyó el Tribunal Militar internacional de Nuremberg, establecía que *«la posición oficial de los acusados, sea como Jefes del Estado o como funcionarios de responsabilidad en dependencias gubernamentales, no será considerada como excusa eximente para librarles de responsabilidad o para mitigar el castigo»*⁵⁴.

[en relación a los límites *rationae materiae* cuando se trate de graves crímenes]. También CARNERERO CASTILLA, *La inmunidad de jurisdicción* op.cit, pp. 135-136, considera que los crímenes contra la humanidad no podrán considerarse bajo ningún concepto como actos oficiales cometidos por el Jefe del Estado en el ejercicio de su cargo.

⁵³ Por todos, JESCHECK, H. Heinrich. *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, Bonn. 1952, p. 62

⁵⁴ Ver extracto del anexo al Acuerdo de Londres, de 8 de

En un sentido un tanto diferente se pronunciaba el art 6 del Estatuto del Tribunal Militar para el Lejano Oriente cuando afirmaba que:

«en ningún caso, el cargo oficial del acusado ni el hecho de que el acusado actuara conforme a una orden de su Gobierno o de un superior, será suficiente en sí misma para eximirle de responsabilidad por los crímenes que se le imputan, aunque esas circunstancias podrán atenuar la pena si el Tribunal considera que la Justicia así lo requiera».

El juicio de Tokio finalizó con la condena a muerte del antiguo Primer Ministro de Japón desde 1941 a 1944 (Hideki Tōjō), el Ministro de Asuntos Exteriores (Kōki Hirota) y antiguo Ministro de guerra entre 1938-1939 (Sheishirō Itagaki) entre otras condenas a altos cargos del Estado japonés⁵⁵.

Por su parte, la Convención para la prevención y sanción del genocidio, de 9 de diciembre de 1948 establece en su art. 4 que:

«las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares».

De ello, podría deducirse que los Estados que hayan ratificado esta convención estarían aceptando tácitamente una excepción a la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado en activo, teniendo en cuenta el *telos* del precepto, y en general de la propia Convención orientada al principio de responsabilidad penal internacional por la comisión de un genocidio, y con independencia del cargo oficial que esté o haya ejercido el presunto responsable⁵⁶. Los

agosto de 1945, en GIL GIL, Alicia, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Centro Francisco Tomás y Valiente, UNED. Valencia, 1999, p. 177.

⁵⁵ *Vid.* Fallo y las condenas impuestas en el juicio de Tokio, en RÖLING, B.V.A./REUTER C.F, *The Tokio Judgement. The international military tribunal for the Far East*, vol. II, APA- University Press, Amsterdam, 1977, pp. 443-466.

⁵⁶ En el mismo sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Genocidio e inmunidad”, publicado en EL PAIS, el 3 de noviembre de 1998, reeditado en *Estudios penales*, Colex. Madrid, 2001, p. 245. Igualmente GIL GIL,

Principios de Nuremberg establecidos en 1950 por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) señalan en el principio III que:

«el hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de Derecho Internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional»⁵⁷.

Del mismo modo, se mantiene esta norma internacional en torno a la ineficacia del cargo oficial en los Estatutos de los Tribunales penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, en sendos arts. 7.2 y 6.2, afirmando que:

«la categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena».

Llegado este punto, hay que recordar que el Tribunal penal para la antigua Yugoslavia (TPIY) emitió su primer pliego de cargo contra Slobodan Milosevic por la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en Kosovo⁵⁸, cuando éste era aún el Presidente de Yugoslavia hasta que, el 20 de septiembre de 2000, perdió las elecciones presidenciales contra Vojislav Kostunica. Asimismo, el Tribunal penal para Ruanda condenó a prisión perpetua⁵⁹ a Jean Kambanda -Primer Ministro de Ruanda entre el 9 de abril de 1994 hasta el 17 de julio de 1994- por ordenar e instigar la comisión de genocidio y crímenes contra la humanidad, el 4 de septiembre de 1998, si bien en el momento de ser acusado⁶⁰ éste ya había abandonado su cargo como Primer Ministro.

Finalmente, el art 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) establece que:

Alicia, *Bases para la persecución penal*, op. cit, p. 103.

⁵⁷ International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1950, p. 192.

⁵⁸ *Indictment*, Case No. IT-99-37, *Prosecutor against Milosevic, et al.*

⁵⁹ *Judgement*, Case no.: ICTR 97-23-S, *Prosecutor v. Kambanda*, 4 de septiembre de 1998.

⁶⁰ *Indictment*, Case No. ICTR 97-23- DP, *Prosecutor v. Kambanda, de 16 de octubre de 1997.*

«1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.
2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al Derecho Internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella».

A través de esta norma, no sólo se establece que el cargo oficial no resultará relevante a la hora de proceder al enjuiciamiento de los sujetos por actos oficiales constitutivos de crímenes de guerra, contra la humanidad o genocidio (límites *rationae materiae*), sino que además esta norma exceptúa la inmunidad *rationae personae* de altos cargos, esto es: la Corte Penal Internacional (CPI) puede ejercer su jurisdicción incluso contra personas que, en el momento de iniciar el proceso, estén ejerciendo un cargo oficial⁶¹. Principal muestra de ello es la orden de detención, de 4 de marzo de 2009, que ha emitido la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, actual Presidente de la República de Sudán, por la presunta comisión de crímenes de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad contra población civil de Darfur perteneciente a los grupos Fur, Masala y Zaghawa⁶². Asimismo la CPI emitió orden de detención contra el antiguo Jefe del Estado libio, Muammar Gaddafi, el 27 de junio de 2011, cerrándose formalmente el caso, el 22 de noviembre de 2011, tras el asesinato en Sirte (Libia) del Presidente después de ser capturado por milicianos rebeldes contrarios al régimen gadafista. En el momento en que la CPI emitió la orden de detención Gaddafi era aún el Jefe del Estado libio⁶³.

⁶¹ Así, WERLE, *Tratado*, op.cit., P. 292.

⁶² Véase *Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, que dicta la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, de 4 de marzo de 2009.

⁶³El 26 de febrero de 2011 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas remitió a la Fiscalía de la CPI la situación acontecida en Libia. Tras ello, la Sala de Cuestiones Preliminares I emitió una orden de detención triple, el 27 de junio de 2011, contra MUAMMAR

No obstante, el art 98.1 del ECPI podría plantear problemas en la cooperación judicial de los Estados parte con la CPI, cuando establece que:

«La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el Derecho Internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad»⁶⁴.

De este modo, el art 98 obliga a la CPI a inhibirse en la petición de entrega de un presunto responsable cuando, conforme al Derecho Internacional, el Estado donde se halla el presunto responsable le brinde inmunidad, salvo que el Estado de la nacionalidad del supuesto autor renuncie a la inmunidad del mandatario en ejercicio. Posiblemente, las razones que subyacen a esta norma tengan que ver con la evitación de discordias o tensiones internacionales entre Estados. Ello, no obstante, supone una notable restricción a la jurisdicción efectiva por parte de la CPI. Por un lado, debe tenerse en cuenta que la CPI prohíbe los juicios *in absentia* (art.63 ECPI), y de otro lado, que la cooperación judicial entre la CPI y los Estados parte es crucial en este ámbito, debido a las restricciones propias del Derecho Internacional convencional, sometido a la voluntad de los Estados de la Comunidad Internacional. En estos supuestos, habrá que estar a la eventual renuncia de la inmunidad por parte del Estado de la nacionalidad del autor -que, en principio, se presumirá negativa a levantar la inmunidad-, o esperar a que el presunto responsable pierda su inmunidad en razón del ejercicio del cargo, en

GADDAFI, SAIF AL-ISLAM GADDAFI, Presidente de la Fundación Gadafi para el Desarrollo, actuando *de facto* como Primer Ministro y ABDULLAH AL-SENUSSI, coronel de las Fuerzas Armadas Libias y Jefe de la Inteligencia Militar. Actualmente el caso se halla pendiente de la confirmación de cargos por parte de la CPI.

⁶⁴ Muy crítico con la inclusión del art 98 del ECPI, por ejemplo, REMIRO BROTONS, op. cit., *El caso Pinochet*, P. 117, quien considera que la CPI no ha superado la concepción tradicional sobre inmunidad de jurisdicción *rationae personae* de los Jefes del Estado.

cuyo caso, el Derecho Internacional vigente no extiende la inmunidad de jurisdicción una vez cesado en el ejercicio del cargo, como se afirmó anteriormente.

Por tanto, y a la vista del desarrollo del Derecho penal internacional, puede concluirse que, en principio, el ejercicio de la competencia jurisdiccional de la Corte penal internacional no está limitado en ningún caso por la inmunidad de jurisdicción que disfrute un Jefe de Estado en ejercicio⁶⁵. Asimismo, podría considerarse que los tribunales nacionales de los Estados parte en la Convención para la prevención y sanción del genocidio, habrían exceptuado -con su ratificación- la inmunidad de jurisdicción que, con carácter general, gozan los Jefes del Estado en ejercicio, en aquellos casos en los que se enjuicie la comisión de un delito de genocidio⁶⁶.

Por el contrario, cuando los órganos jurisdiccionales competentes sean los tribunales nacionales podría plantearse, en principio, el juego de la inmunidad *rationae personae* (en razón del ejercicio del cargo), cuando la legislación interna, remitiendo al Derecho Internacional vigente -como sucede en el caso español (art 21.2 LOPJ)- brinde inmunidad a los Jefes de Estado y altos cargos en ejercicio⁶⁷. A esa misma conclusión llegó la Cámara de los Lores en el caso Pinochet y la sentencia de la CIJ en el caso

⁶⁵ En un sentido parecido se manifestó la Corte Internacional de Justicia en el caso **Yerodia**, considerando que «an *incumbent* or former Minister of Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction», parr. 61, P. 25, por lo que la CIJ no excluye que un Jefe de Estado en ejercicio sea enjuiciado, si existe competencia para ello, por parte de un Tribunal penal internacional.

⁶⁶ Así, GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Genocidio e inmunidad”, publicado en EL PAIS, el de 3 de noviembre de 1998, reeditado en Estudios Penales, Colex, Madrid, p., 245. Igualmente, GIL GIL, *Bases para la persecución penal*, op. cit., P. 103.

⁶⁷ Así WERLE, *Tratado*, op. cit., P. 292 y nm 519. Cuestiona la vigencia de la inmunidad de los Jefes de Estado en razón del ejercicio del cargo (*rationae personae*), cuando éstos están implicados en la violación sistemática de los Derechos Humanos, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “La inmunidad del Jefe del Estado”, en GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal (El caso Pinochet)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 184.

Yerodia⁶⁸. En el caso español, la Audiencia Nacional ha procedido al archivo de las querellas presentadas contra Jefes de Estado extranjero en ejercicio, atendiendo a la inmunidad absoluta *rationae personae* de los altos cargos oficiales en ejercicio⁶⁹.

En conclusión, y respecto a los límites *rationae personae*, debe lamentarse que, en la actualidad, todavía no se haya consolidado como *práctica entre Estados* una excepción a la regla de inmunidad de jurisdicción de Jefes de Estado y otros altos representantes de un Estado en ejercicio, cuando los hechos a enjuiciar sean constitutivos de los llamados *core crimes* de Derecho penal internacional (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra). El principio de responsabilidad por la comisión de estos graves crímenes requeriría que los Estados configurasen una excepción a la regla de la inmunidad de jurisdicción mientras se desempeñe el cargo, sobre todo para tratar de prevenir, en lo posible, con su detención, su perpetuación en el tiempo, bastante indudable, por cierto, mientras que el *gabinete criminal* se mantenga en el poder. Sin embargo, los antecedentes históricos demuestran que los juicios celebrados contra este tipo de altos cargos oficiales, se produjeron una vez cesados de sus funciones oficiales (así, por ejemplo, Núremberg, Tokio, Ruanda, o por tribunales nacionales, Pinochet, Videla, Fujimori). Pareciendo entonces, y a juzgar por lo dispuesto en el propio art 98 de la ECPI, que, a día de hoy, tanto el equilibrio en las relaciones entre Estados, como la independencia en el ejercicio del cargo oficial, fuerzan el mantenimiento de la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado extranjeros en ejercicio por parte de los

tribunales penales nacionales⁷⁰, relegando a un segundo plano la cuestión de la eventual responsabilidad de estos altos representantes.

Por lo demás, en todo caso, cesado el Jefe del Estado o de Gobierno de su cargo, podrá enjuiciarse por los actos privados o aquellos realizados valiéndose de su carácter oficial, y desde luego respecto a aquellos actos que, aun siendo oficiales por naturaleza, son constitutivos de los crímenes más graves de trascendencia internacional. En estos supuestos, el *ius cogens* internacional -que impone la responsabilidad penal individual de aquellos que cometieron alguno de los crímenes que conforman el Derecho penal internacional, con independencia del cargo oficial- supone una excepción a la inmunidad de jurisdicción *rationae materiae* una vez que el Jefe del Estado cesó en el cargo.

B). Personas internacionalmente protegidas por un Tratado

a) Personal Diplomático y Consular. Analogías y diferencias con la inmunidad del Estado extranjero

Como recuerda PUIG PEÑA⁷¹ la inviolabilidad de los legados constituye «una antiquísima institución», que proviene del solemne principio del Derecho romano: *Sancti habentur legati*.

Evidentemente, aquella inmunidad absoluta vinculada a la extraterritorialidad hoy se ha ido relativizando, en primer lugar, a través de su previsión restringida en las distintas Convenciones y, en segundo lugar, por los esfuerzos interpretativos de la Jurisprudencia para evitar que esta inmunidad conculque el Derecho a la tutela judicial efectiva.

Para analizar el alcance actual de la inmunidad diplomática y consular y los sujetos que la disfrutaban, debemos remitirnos al *Convenio sobre relaciones diplomáticas* de 18 de abril de 1961, ratificado por España el 21 de noviembre de 1967 –BOE de 24-1-1968–, y al *Convenio sobre relaciones consulares* de 24 de abril de 1963,

⁶⁸ Véase Sentencia de la CIJ, de 14 de febrero de 2002, case concerning the Arrest Warrant of 11 of April 2000-Democratic Republic of Congo v. Belgium) Parr. 54, P. 22, «The Court accordingly concludes that the functions of a Minister for Foreign Affairs (are such that, **throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability**. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties». Negrita añadida.

⁶⁹ Cfr. *supra* nota 48.

⁷⁰ Similar, SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisprudencia universal*, op. cit, pp. 365-368. WERLE, *Tratado*, op. cit, p.294.

⁷¹ PUIG PEÑA, Federico, *Derecho Penal*, op. cit, p. 165.

ratificado por España el 3 de febrero de 1970 – BOE de 6.3-1970.

El art 37 de la Convención sobre *personal diplomático* establece que los «*miembros de la familia de un agente diplomático*» que formen parte de su casa gozarán de los privilegios e inmunidades que ostenten los diplomáticos. En el anterior CP en su versión anterior a la Reforma de 1983, en la medida en que la protección del sujeto pasivo estaba cifrada en la cualidad de ser «*representante de otra potencia*», se excluía a los miembros de la familia del ámbito del tipo penal (art 137 ACP), pues a pesar de estar prevista su inmunidad en el art. 37⁷² de la citada Convención, la familia del Agente no representaba a otra potencia, por lo que su violación no daba lugar a la comisión de la infracción contenida en el antiguo art 137.

Sin embargo, la redacción del art. 606 CP actual se refiere más ampliamente a «*persona internacionalmente protegida por un Tratado*» por lo que debe entenderse que la inmunidad también se extiende a los familiares⁷³ del Agente Diplomático, pues éstos gozan de la misma protección e inmunidad conforme al mencionado art. 37. Igualmente -conforme al art 37.2 de la Convención- gozan de inmunidad el personal administrativo y técnico de la misión y sus respectivos familiares, si bien con un alcance más limitado que los agentes diplomáticos en relación con la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa que se circunscribe al ejercicio de sus funciones.

En lo que respecta al *personal consular*, los arts.

⁷² Art. 37 Convención de 1961: «1. Los miembros de la familia de un agente diplomático que formen parte de su casa gozarán de los privilegios e inmunidades especificados en los artículos 29 a 36, siempre que no sean nacionales del Estado receptor».

⁷³ LUZÓN PEÑA, “Delitos contra Jefes de otro Estado”, op.cit. *Comentarios*, pp. 606, 607 y 616. TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, op. cit, p. 2172. En contra, URBANO CASTRILLO, “Art. 606”, op. cit., p. 3814, basándose en el origen y naturaleza del privilegio, lo que impide que se pueda cobijar a familiares. Se muestra contraria también RODRÍGUEZ NÚÑEZ, “Delitos contra la comunidad internacional”, op. cit, p. 767. Asimismo, en contra GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Delitos contra la Comunidad Internacional”, en *Compendio de Derecho Penal Español (Parte especial)* (Dirigido por Manuel Cobo del Rosal). Marcial Pons. Madrid, 2000, p. 1106.

43⁷⁴ y 53⁷⁵ del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 conceden a los funcionarios y empleados consulares y a sus familiares protección e inmunidad de jurisdicción. Por tanto, dentro de los sujetos pasivos «*personas internacionalmente protegidas*», quedan incluidos igualmente el personal consular y sus familiares.

No obstante⁷⁶, resulta conveniente señalar que, aunque formalmente los familiares y miembros del personal de la misión tengan la misma protección que el Diplomático, la proliferación de personas beneficiarias del estatuto diplomático constituye un factor desestabilizador en cuanto que multiplica los abusos de la condición diplomática. Esta expansión *ratione personae* se ve ampliada asimismo por la proliferación de Organizaciones internacionales y la consiguiente celebración de conferencias internacionales que han hecho surgir una importante diplomacia *ad hoc* con un estatuto privilegiado.

Con respecto a la cuestión de si al personal diplomático y consular debe exigírseles «*carácter oficial*», parece claro⁷⁷ que sólo por el hecho de estar protegidos en el art. 37 tienen ya «*carácter oficial*», esto es, el *carácter oficial* es inherente a su

⁷⁴ Art. 43 del Convenio de 1963: «1. Los funcionarios consulares y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares. 2. Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán en el caso de un procedimiento civil: a) que resulte de un contrato que el funcionario consular, o el empleado consular, no haya concertado, explícita o implícitamente, como agente del Estado que envía, o b) que sea entablado por un tercero como consecuencia de daños causados por un accidente de vehículo, buque o avión, ocurrido en el Estado receptor».

⁷⁵ 53.2. «Los miembros de la familia de un miembro de la oficina consular que vivan en su casa, y los miembros de su personal privado, gozarán de los privilegios e inmunidades previstos en la presente Convención, desde la fecha en que el miembro del consulado goce de privilegios e inmunidades con arreglo al párrafo 1 de este artículo, o desde su entrada en el territorio del Estado receptor o desde el día en que lleguen a formar parte de la familia o del personal privado del miembro de la oficina consular. De esas fechas regirá la que sea más posterior».

⁷⁶ Siguiendo a QUEL LÓPEZ, F. Javier, *Los privilegios e inmunidades de los Agentes Diplomáticos en el Derecho Internacional y en la práctica española*. Civitas. Madrid, 1993, p. 204.

⁷⁷ Siguiendo a LUZÓN PEÑA, “Delitos contra Jefes de otro Estado”, op. cit. *Comentarios*, p. 618.

nombramiento o, lo que es lo mismo, esta naturaleza va implícita en su propia denominación ya que se trata de un fuero personal⁷⁸, por lo que la mención -que se mantenía expresamente en el art. 137 concordante del Código penal anterior- se ha suprimido por innecesaria. Por tanto, para consumar el tipo penal no se precisa que la violación de la inmunidad se produzca durante una visita oficial⁷⁹ de la persona protegida. Interpretación por lo demás coherente con la redacción del art. 606.2, pues, en ausencia de reciprocidad, se impondrá al autor la pena prevista en el Código *«si la persona no tuviere carácter oficial»*.

Por otro lado, se les reconoce la inmunidad independientemente de que sean representantes de modo permanente o sólo temporalmente para una misión concreta.

El contenido de estas inmunidades tiene diferente alcance según se trate de personal diplomático o personal consular.

En efecto, en virtud del art. 29 del Convenio de 1961 *sobre relaciones diplomáticas*, *«la persona del agente diplomático (...) no puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto»*. Por su parte el art. 31.1 establece que:

«El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:

- a) de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;*
- b) de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como executor testamentario, administrador, heredero o legatario;*
- c) de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor fuera de sus funciones oficiales»*.

⁷⁸ URBANO CASTRILLO, "Art. 606", op. cit, p. 3814.

⁷⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ NUÑEZ, "Delitos contra la comunidad internacional", op. cit, p. 765, en relación con el art. 605 CP.

Sin embargo, los funcionarios consulares gozan de una inmunidad de jurisdicción más limitada que los anteriores. Conforme al art. 41 del Convenio sobre relaciones consulares de 1963:

«los funcionarios consulares no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva sino cuando se trate de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente» (debe recordarse que la prohibición de detención del agente diplomático, prevista en el Convenio de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas, no está sometida a ninguna condición).

La detención en estos casos deberá iniciarse sin la menor dilación (art 41.3 *in fine*). Asimismo, el art. 41.3 añade que:

«cuando se instruya un procedimiento penal contra un funcionario consular, éste estará obligado a comparecer ante las autoridades competentes. Sin embargo, las diligencias se practicarán con la deferencia debida al funcionario consular en razón de su posición oficial y (excepto en el caso de que se trate de un delito grave), de manera que perturbe lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares».

En relación con la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa del personal consular, el art. 43.1 del Convenio de 1963 establece que:

«los funcionarios consulares y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares».

Sin embargo, el art 43.2 establece dos excepciones a la inmunidad de jurisdicción civil de los Cónsules:

- «a) que resulte de un contrato que el funcionario consular, o el empleado consular, no haya concertado, explícita o implícitamente, como agente del Estado que envía, o*
- b) que sea entablado por un tercero como consecuencia de daños causados por un accidente de vehículo, buque o avión, ocurrido en el Estado receptor»*.

Resulta claro, por tanto, que los funcionarios

consulares no gozan de inmunidad de jurisdicción penal, ostentando sólo inmunidad de jurisdicción administrativa y civil (con ciertas excepciones), mientras que los agentes y el personal diplomático tienen inmunidad de jurisdicción penal, administrativa y civil, también esta última con las excepciones mencionadas.

Las inmunidades del personal diplomático y consular pueden desembocar, al igual que las inmunidades del Jefe del Estado extranjero, o las que provienen del Derecho Público interno, en verdaderos abusos por parte de los sujetos protegidos. Ante esta situación, la antigua inmunidad *absoluta* de jurisdicción que actuaba bajo la presunción imperante antaño *in dubio pro immunitate*, debe considerarse hoy en claro retroceso, imperando una interpretación restringida de estas inmunidades de acuerdo con el debido respeto que debe garantizarse de los Derechos Fundamentales, y más concretamente del Derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta forma de entender la inmunidad de jurisdiccional en un sentido restringido se vislumbra en la Convención de 1961 sobre relaciones diplomáticas, cuando el art 9.1 prevé que el Estado receptor declare al jefe u otro miembro del personal diplomático como persona *non grata*. Ante ello, el Estado acreditante *deberá retirar* a esa persona o *poner término* a sus funciones en la misión diplomática. En caso de que el Estado acreditante no retire a esa persona, el Estado receptor podrá negarse a reconocer como miembro de la misión a la persona de que se trate *ex* art 9.2 de la Convención, momento en el cual, conforme al art 43, ese agente diplomático cesará en sus funciones. Con independencia de lo anterior, el agente diplomático podrá, en todo caso, ser enjuiciado por los tribunales del Estado de origen (art. 31.4).

Esta previsión del Convenio ha sido traída a colación en la STC 140/1995, de 28 de septiembre⁸⁰. Conforme a ella, el TC considera

⁸⁰ Cfr., el comentario a la misma de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio, “Inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos en España versus tutela judicial efectiva. A propósito de una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional”, en *Derecho Privado y Constitución*,

que, ante eventuales procesos contra agentes diplomáticos (salvo que el proceso se refiera a una acción exenta de inmunidad *ex* Convenio, art. 31.1) el procedimiento a seguir es el siguiente: la parte demandante, que ha soportado la acción contraria a Derecho por parte del personal diplomático, deberá poner en conocimiento tal situación al Ministerio de Asuntos Exteriores para que éste solicite al Estado acreditante, bien que compela al Agente diplomático a cumplir dicha obligación, o bien que renuncie a la inmunidad de jurisdicción civil (art 32.1 del Convenio). Si el Estado acreditante no accede a ello, podrá comunicarle que el Agente diplomático es considerado *persona non grata* en España, lo que entrañará la retirada o el término de las funciones diplomáticas de éste acordada por el Estado acreditante, y, caso de no acordarla, el Estado receptor podrá negarse a reconocerlo como miembro de la misión (art. 9.2 del Convenio), lo que podría reconducir al Agente Diplomático no reconocido como tal, a la jurisdicción de los tribunales españoles, si se hallare todavía en España.

Sin embargo, esta solicitud del particular ante el Ministerio de Asuntos Exteriores puede ir seguida de una pasividad administrativa lo que haría inoperante la pérdida de inmunidad de jurisdicción⁸¹ y sólo, excepcionalmente, se podría proceder a la expulsión. Aún así, si los poderes públicos no adoptan las medidas adecuadas para proteger los intereses de la víctima española, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma sea procedente, el particular podrá ejercer eventualmente una petición indemnizatoria ante los tribunales españoles en virtud del art. 106.1 CE. Por tanto, tal inmunidad que *a priori* podría parecer desproporcionada, se está interpretando de forma restrictiva para que la misma constituya un límite constitucionalmente legítimo a la tutela judicial efectiva.

n° 9, mayo-agosto, 1996, pp. 371 y ss.

⁸¹ Véase ampliamente SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio, “Inmunidad de jurisdicción”, *op. cit.*, pp. 379-380. Cabría acudir a la vía de la protección diplomática cuando se demuestre que el Estado extranjero ha violado una norma de Derecho Internacional. Cfr., RUIZ COLOME, “Inmunidad de ejecución”, *op. cit.*, p. 386.

No obstante, en esta sentencia se emitió un voto particular que concede una mayor preponderancia a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) sobre el art. 31 de la Convención de Viena de 1961. En él se argumenta que, el decaimiento de la inmunidad de jurisdicción por violación de la ley española por parte del diplomático respecto de actos privados del mismo (se trataba en este caso de una acción de desahucio por no pagar la renta de un alquiler), no ponen en peligro el normal ejercicio de sus funciones diplomáticas ni directa ni indirectamente, pues, de lo contrario, se produciría un abuso de la prerrogativa de la inmunidad jurisdiccional. Ello resucita explícitamente la teoría que distingue entre *acta iure imperii* y *acta iure gestionis* en relación con la inmunidad de los Estados. A pesar de que el propio voto particular reconoce que son inmunidades diferentes, apela a dicha distinción entre *acta iure imperii* y *acta iure gestionis*, pues resulta útil «para delimitar el alcance de las inmunidades en atención a si los actos que se pretenden someter a la jurisdicción afectan o no a las funciones diplomáticas».

No obstante, este argumento que distingue ambos tipos de actos⁸² y que es plausible en aras a la protección de la tutela judicial efectiva, no está reflejado expresamente entre las excepciones a la inmunidad de jurisdicción del art. 31.1 de la Convención de Viena. En consecuencia, de *lege lata*, para ser escrupulosos con el texto de la citada Convención y no hacer una interpretación analógica, el conflicto no podría resolverse con la supresión de la inmunidad de jurisdicción del Diplomático por actos privados, sino simplemente con la expulsión del Diplomático y, en todo caso, con el resarcimiento de los daños sufridos por el demandado.

⁸² Como mantiene SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “Inmunidad de jurisdicción”, op. cit, p. 385. También SALMON, Jean-Marc. *Manuel de Droit Diplomatique*, E. Bruylant. Bruxelles, 1994. Pag. 318. Igualmente, de modo muy crítico QUEL LÓPEZ, *Los privilegios e inmunidades*, op. cit, p. 211, resalta que «la práctica judicial ha sido, en ocasiones, ignorante del derecho aplicable lo que ha abocado indefectiblemente a una confusión de conceptos y categorías jurídicas (...) en el que un desliz puede provocar un incumplimiento del tratado y la consiguiente responsabilidad internacional del Estado».

Por el contrario, esta distinción entre los *acta iure imperii* y los *acta iure gestionis*⁸³ es perfectamente aplicable al caso de los *Estados extranjeros* infractores. Como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, el primer sujeto pasivo de la conducta de violación de la inmunidad personal, el *Jefe de un Estado Extranjero*, no incluye, obviamente, al *Estado Extranjero en sí*. Para estos últimos, se viene considerando, en efecto, que se trata de un privilegio jurisdiccional que cede a favor de la jurisdicción del Estado receptor, cuando se trata de simples actos de *gestión*, en los que el Estado actúa como un particular. Así, la STC 107/1992, de 1 de julio, se esfuerza en restringir los efectos de la inmunidad de los bienes de los Estados extranjeros asentada en la diferenciación entre los bienes destinados a actividades *iure imperii* y los bienes destinados a actividades *iure gestionis*⁸⁴, y trata de diferenciarla de la inmunidad absoluta de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares, en la medida en que para este personal todos los bienes⁸⁵,

⁸³ No obstante, para eludir las difíciles interpretaciones en supuestos difusos entre ambos tipos de actos, la Convención Europea sobre la Inmunidad de los Estados, firmada con su protocolo adicional en Basilea el 16 de mayo 1972, y que entró en vigor el 11 de junio de 1976, establece la relación de casos en la que los Estados firmantes se comprometen a no alegar la inmunidad de jurisdicción y dispone así, por ejemplo, en el art. 5 «que un Estado no puede invocar la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado si el proceso se refiere a un contrato de trabajo concluido entre el Estado y una persona física cuando el trabajo deba realizarse en el territorio del Estado del foro. Criterio que es mantenido en los trabajos llevados a cabo en las Naciones Unidas, al sostenerse que los actos de gestión son excepcionales a la regla general de la inmunidad de un Estado por sus actividades en el territorio de otro», o las obligaciones contractuales que están exentas de inmunidad, previstas en el art. 4.

⁸⁴ Aunque, como destacan CHUECA SANCHO, Ángel G.; DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, “La admisión de la tesis restrictiva de las inmunidades del Estado extranjero en la reciente práctica española”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, n° 2, vol. XL, p. 53, nuestros tribunales a la hora de aplicar la tesis restrictiva de inmunidad del Estado extranjero no determinan caso por caso si el acto de ese Estado es *iure gestionis* o *iure imperii*. Por todo ello parece aconsejable elaborar una ley sobre inmunidades del Estado extranjero.

⁸⁵ Cfr. comentario a la STC 107/1992, de 1 de julio, realizado por RUIZ COLOME, “Inmunidad de ejecución”, op. cit, pp. 380-381. Igualmente sobre la intangibilidad de los bienes adscritos a la función diplomática, vid., FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, “La soberanía del Estado y sus límites internos, la autonomía de los entes territoriales y la tutela judicial efectiva del

incluidas las cuentas corrientes bancarias, utilizados para los fines de la misión diplomática gozan de inmunidad, porque el Convenio así lo impone. Para salvar la indefensión de la víctima, debe ordenarse la ejecución de la sentencia condenatoria a través del embargo de otros bienes del Estado extranjero, situados en el Estado acreditante, distintos de los que gozan de la inmunidad absoluta, procediendo, en todo caso, la indemnización al demandante como contraprestación por los inconvenientes que genera el cumplimiento de la normativa internacional.

Igualmente, sobre el alcance de la inmunidad de ejecución del Estado extranjero, la STC de 10 de febrero de 1997⁸⁶ estima el amparo del recurrente oponiéndose al archivo de la acción ejecutoria debido a la apariencia de imposibilidad de hallazgo de bienes embargables del demandado y manteniendo, de fondo, que no puede decaer una pretensión justa, bien por imposibilidad de distinguir los *acta iure imperii* de los *acta iure gestionis*, bien por imposibilidad de encontrar bienes a nombre del Estado infractor no afectos a una actividad soberana.

Sin embargo, a pesar de la existencia de elementos comunes (*vid. infra* más detenidamente) entre la inmunidad de jurisdicción del Estado y la inmunidad de los agentes diplomáticos y consulares, éstas no deben confundirse desde el punto de vista técnico y conceptual. Con frecuencia ambos tipos de inmunidades se han confundido por la remisión que, de forma genérica, realiza el art. 21.2 LOPJ a las «normas internacionales». Esta remisión ha sido interpretada -en la mayoría de las ocasiones- de forma incorrecta, al aplicarse extensivamente al Estado extranjero (esto es, a las Embajadas y Consulados) lo previsto únicamente para el personal diplomático y consular en virtud de los Convenios de 1961 y 1963⁸⁷. Confusión que, finalmente, ha sido

subsanaada por el TS en sentencias de 10 de febrero de 1986 y 1 de diciembre de 1986 al admitir que las inmunidades estatales no están reguladas por los referidos textos internacionales y las prerrogativas que en ellos se reconocen se atribuyen únicamente a las *personas* que lo componen por razón de sus funciones.

Por otro lado, al margen de las diferencias en su regulación internacional (diferencia normativa), el fundamento de la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos y la inmunidad de jurisdicción de los Estados tiene diferente alcance. La inmunidad de jurisdicción de los Estados obedece -como lo ha puesto de manifiesto el TS en Sentencia (Sala de lo Social), de 1 de diciembre de 1986- al «respeto a la recíproca independencia», o lo que es lo mismo, «la no subordinación de un Estado a la potestad de otro Estado»⁸⁸. Ello se muestra como una exigencia para el buen funcionamiento de las relaciones entre Estados soberanos, que en poco o nada difiere de la concepción actual de las inmunidades de jurisdicción de los Jefes de Estado extranjero y de los Agentes diplomáticos y consulares⁸⁹. Sin embargo, la inmunidad de

ejecución”, op. cit, pp. 378-379. Igualmente CHUECA SANCHO/ DÍEZ-HOCHLEITNER, “La admisión de la tesis”, op. cit., pp. 12-15.

⁸⁸ En el mismo sentido, la STC 197/1992 alude como fundamento a «la soberanía y el principio de igualdad de los Estados». E igualmente, el TEDH 21 de noviembre de 2001, asuntos McElhinney c. Irlanda, Al-Adsani c. Reino Unido y Fogarty c. Reino Unido, 12 de Diciembre de 2002, asunto Kalegoropoulou y otros c. Alemania y Grecia, 3 de marzo de 2005, asunto Manolescu y Dobrescu c. Rumanía y Rusia. Cfr., asimismo FERNÁNDEZ TOMÁS, “La soberanía del Estado”, op. cit., p. 348. GASCÓN INCHAUSTI, *Inmunidades procesales*, op. cit, p. 37.

⁸⁹ Cfr., PUIG PEÑA, *Derecho penal*, op. cit, p. 165. Muestra de este fundamento compartido entre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos y consulares es la reciente *Convención de ONU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, de 16 de diciembre de 2004, donde en el art. 2.1 b) se establece que, para los efectos de la presente Convención, se entiende por “Estado”: i) el Estado y sus diversos órganos de gobierno; (...) iv) los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter. Lo cual indica que la Convención extiende la inmunidad jurisdiccional del Estado a las personas físicas que lo representen. No obstante, el art 3.1 b) de la propia convención establece que las inmunidades del Estado

ciudadano, en la jurisdicción del Tribunal Constitucional español”, en *Anuario hispano-luso-americano de Derecho Internacional*, n° 13, 1997, pp. 351-352.

⁸⁶ Cfr. comentario a la misma por FERNÁNDEZ TOMÁS, “La soberanía del Estado...”, op. cit, pp. 359-360.

⁸⁷ Cfr., al respecto, RUIZ COLOME, “Inmunidad de

jurisdicción de los agentes diplomáticos o consulares adquiere un *plus* adicional referido al ejercicio de su cargo⁹⁰, tal y como es previsto en su status personal de diplomático. Así, la inmunidad de jurisdicción garantiza además el correcto ejercicio de las funciones diplomáticas y consulares evitando que el ejercicio de la potestad jurisdiccional sobre estos Agentes pueda usarse por el Estado receptor como herramienta de presión con el Estado acreditante, especialmente, cuando las relaciones entre ambos no son buenas⁹¹. Esta dimensión funcional también es acogida por el TC en sentencia 140/1995, de 28 de septiembre, cuando afirma que el fundamento de la inmunidad de los diplomáticos es «permitir el libre y eficaz ejercicio de las funciones de la misión diplomática en el estado receptor». Igualmente el TEDH en las SSTEDH asunto *Manoilescu y Dobrescu c. Rumanía y Rusia*, de 3 de marzo de 2005, o el asunto *Hirschhorn c. Rumanía*, de 26 de julio de 2007, considera que la inmunidad de jurisdicción de los diplomáticos asegura «el óptimo funcionamiento de las misiones diplomáticas».

Asimismo, y en relación con las inmunidades de las Organizaciones internacionales, se acumulan los dos fundamentos, a saber: garantizar la independencia de las organizaciones internacionales y reconocer que estas inmunidades son necesarias para cumplir las funciones que les han sido asignadas por los Estados. Esta doble fundamentación ha sido asumida en SSTEDH de 18 de febrero de 1999, caso *Waite y Kennedy c. Alemania y Beer y Regan c. Alemania*. En análogo doble sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia Comunitario al interpretar la inmunidad prevista en el art. 1 del

serán sin perjuicio de otras inmunidades de personas adscritas a misiones diplomáticas y oficinas consulares, por lo que parece que persiste la distinción entre ambos tipos de inmunidades.

⁹⁰ Así, por todos, CARRILLO SALCEDO, *Curso*, op. cit. p. 239, «la inmunidad de jurisdicción de los diplomáticos es un trato especial concedido por el Derecho Internacional a fin de permitir a las misiones y agentes diplomáticos el cumplimiento de sus funciones»; p. 240. Lo mismo es predicable de la inmunidad de los funcionarios consulares, vinculándola al ejercicio de su función, p., 242.

⁹¹ GASCÓN INCHAUSTI, *Inmunidades procesales*, op. cit. p. 37.

Protocolo sobre los Privilegios y las Inmunidades de la Unión Europea, cuando afirma que si no concurre la inmunidad «se obstaculiza el buen funcionamiento y la independencia de las Comunidades Europeas»⁹².

En conclusión de todo lo anterior, debe mantenerse una inmunidad relativa para solucionar los problemas de colisión de estas prerrogativas -que «rezuman prepotencia y producen notorias injusticias materiales»⁹³- con el ejercicio del Derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, todas estas inmunidades personales, tanto las fundamentadas en razones de Derecho público interno como las de Derecho público internacional, colisionan -no cabe duda- con el ejercicio de ciertos Derechos Fundamentales, y en especial con el Derecho a la tutela judicial efectiva del 24 CE.

Sin embargo, en el plano de las inmunidades internacionales, como se ha podido plantear, la ponderación entre ambos intereses no es tan fácil. En consecuencia, si bien hay que destacar que la Jurisprudencia -tanto de Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo- se aproxima cada vez más a encontrar vías eficaces para proteger la tutela judicial efectiva sin vulnerar el texto de los Tratados Internacionales, admitiendo que la soberanía no es algo absoluto y sagrado, sin embargo, no puede trasladarse sin más la doctrina que distingue los *acta iure imperii* de los *acta iure gestionis* a los supuestos de abuso de la inmunidad de jurisdicción por parte del personal diplomático y consular. Ello es así porque, aunque la inmunidad de jurisdicción de los Estados Extranjeros y la del personal diplomático y consular compartan un fundamento común, técnica y conceptualmente son diferentes inmunidades.

En relación con la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos -más amplia que la inmunidad de los funcionarios consulares- de *lege lata* no cabe otra vía para restringir su espectro de inmunidad que acudir a lo dispuesto en el Convenio sobre relaciones diplomáticas en

⁹² GASCÓN INCHAUSTI, *Inmunidades procesales*, op. cit. pp. 36-39.

⁹³ FERNÁNDEZ TOMÁS, “La soberanía del Estado”, op. cit. p. 349.

el art 9. Es decir, instar la declaración del diplomático como persona *non grata*, solicitando al Estado acreditante que renuncie a la inmunidad de jurisdicción de su Agente (art 32), o le deponga de sus funciones, retornando, entonces, la competencia a los tribunales españoles para juzgar al diplomático. Si, por el contrario, el Estado acreditante no pusiere fin a las funciones diplomáticas del infractor, violando el art. 9.1 de la Convención de Viena, el particular podrá ejercer eventualmente una petición indemnizatoria ante los tribunales españoles en virtud del art. 106.1 CE. Asimismo España podría instar ante la Corte Internacional de Justicia un proceso para sancionar al Estado acreditante por haber incumplido lo dispuesto en el art 9 de la Convención, declarando así la responsabilidad internacional de ese Estado. Toda actuación que se excediera del tenor literal previsto en la citada Convención estaría impidiendo el normal funcionamiento de la representación diplomática y conllevaría, por tanto, la responsabilidad internacional del Estado infractor por injerencia. Asimismo, todo lo que exceda de lo establecido en el Tratado podrá ser relevante a efectos penales y supondrá la comisión de la infracción penal del art 606 CP.

De *lege ferenda* convendría que el Convenio restringiese la inmunidad de jurisdicción de agentes diplomáticos, exclusivamente, a los procesos penales⁹⁴, pues éstos obviamente pueden incidir directamente en el correcto desempeño de la función diplomática. La inmunidad de jurisdicción civil o administrativa debería restringirse, como ocurre con la inmunidad de los Estados, a lo sumo a actos realizados en el ejercicio del cargo, de su soberanía (*iure imperii*), dejando al margen de toda inmunidad los actos privados de estos agentes diplomáticos, y no sólo los mencionados escuetamente en el art. 31.1 de la Convención sobre relaciones diplomáticas. Sólo así se concibe una delimitación constitucionalmente aceptable del Derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad.

⁹⁴ Cfr. URBANO CASTRILLO, “Art. 606”, op. cit, p. 3815, quien considera que también es necesario imponer una inmunidad de jurisdicción en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

En relación con la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes diplomáticos y demás personal de la misión diplomática, debe advertirse que, el hecho de que estas personas gocen de inmunidad de jurisdicción frente a los Tribunales nacionales del Estado receptor, no obsta para que, cesado en el cargo para esa misión pueda ser enjuiciado en el Estado acreditante o en su propio Estado. Llegado este punto, habría que plantearse qué ocurre con el cómputo de la prescripción, que como es sabido, conforme al CP español ésta se interrumpe cuando «el procedimiento se dirija contra el culpable» (art 132.2 CP), por lo que convendría de *lege ferenda* hacer algún tipo de matización al respecto para los casos es los que las personas gocen de inmunidad de jurisdicción. En caso contrario, puede suceder que el plazo de prescripción no quede interrumpido, y cuando se levante la inmunidad por el cese en el cargo del representante de un Estado extranjero, el delito ya haya prescrito.

b) Otras personas internacionalmente protegidas

Como se ha adelantado, la regulación de las inmunidades de Organizaciones internacionales está caracterizada por la dispersión. Destacan al respecto las siguientes por su importancia y por orden cronológico:

1. Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, en cuyo artículo 105 establece:

«1. La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos. 2. Los representantes de los Miembros de la Organización y los funcionarios de ésta, gozarán asimismo de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización».

2. Acuerdo General sobre Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa, número 002 del Consejo de Europa, hecho en París el 2 de septiembre de 1949, ratificado por España («BOE núm. 167/1982, de 14 de julio de 1982») que recoge las inmunidades y privilegios

aplicables a los representantes del Comité de Ministros, Asamblea Consultiva y funcionarios del Consejo de Europa (artículos 9 y ss.), modificado por el Tercer Protocolo (adoptado en Estrasburgo, el 6 de marzo de 1959 y ratificado por Instrumento de adhesión de España (BOE n° 8 de 9 de enero de 1997).

3. Convenio sobre personal de la OTAN de 20 de septiembre de 1951, ratificado por España 17-7-1987 (BOE n° 217 de 10-9-1987), hecho en Nueva York el 8 de diciembre de 1969.

4. Convención sobre las Misiones Especiales y Protocolo Facultativo sobre la solución obligatoria de las controversias, adoptada en Nueva York, el 8 de diciembre de 1969, cuyo artículo 31 establece la inmunidad de jurisdicción:

«1. Los representantes del Estado que envía la misión especial y los miembros del personal diplomático de esta gozarán de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. 2. Gozarán también de inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa del Estado receptor»⁹⁵.

5. Protocolo de Privilegios e Inmunidades de la Organización Europea de Telecomunicaciones por Satélite (EUTELSAT), hecho en París el 13 de febrero de 1987, y ratificado por España

⁹⁵ Salvo en caso de:

- a) Una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que la persona de que se trate los posea por cuenta del Estado que envía para los fines de la misión;
- b) Una acción sucesoria en la que la persona de que se trate figure, a título privado y no en nombre del Estado que envía, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario;
- c) Una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por la persona de que se trate en el Estado receptor, fuera de las funciones oficiales;
- d) Una acción por daños resultante de un accidente ocasionado por un vehículo utilizado fuera de las funciones oficiales de la persona de que se trate.

Y con la extensión, conforme al art. 21, de estas inmunidades al jefe de Estado y a las personalidades de rango elevado, que son (art. 21.2): El jefe de Gobierno, el ministro de relaciones exteriores y demás personalidades de rango elevado, cuando participen en una misión especial del Estado que envía.

(BOE n° 240 de 6-10-1992).

6. Tratado de la Unión Europea, Maastricht 7 de febrero de 1992, apartado 9 del art. 188 B del Instrumento de Ratificación, que equipara el régimen jurídico de los miembros del Tribunal de Cuentas al de los Jueces del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, establecido en el Estatuto del Tribunal de Justicia.

7. Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994 (BOE-A-1999-11693, 25-5-99) que gozan de inmunidad conforme al art. 4. A los efectos del presente Convención, el art. 1 entiende:

«a) «personal de las Naciones Unidas»:

i) Las personas contratadas o desplegadas por el Secretario general de las Naciones Unidas como miembros de los componentes militares, de policía o civiles de una operación de las Naciones Unidas;

ii) Otros funcionarios y expertos en misión de las Naciones Unidas o sus organismos especializados o el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) que se encuentren presentes, con carácter oficial, en una zona donde se lleve a cabo una operación de las Naciones Unidas;

b) Por «personal asociado» se entenderá:

i) Las personas asignadas por un gobierno o por una organización intergubernamental con el acuerdo del órgano competente de las Naciones Unidas;

ii) Las personas contratadas por el Secretario general de las Naciones Unidas, por un organismo especializado o por el OIEA;

iii) Las personas desplegadas por un organismo u organización no gubernamental de carácter humanitario en virtud de un acuerdo con el Secretario general de las Naciones Unidas, con un organismo especializado o con el OIEA, para realizar actividades en apoyo del cumplimiento del mandato de una operación de las Naciones Unidas».

8. Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional (Naciones Unidas 2002) en cuyos artículos 13 y siguientes se prevén las inmunidades de los representantes de Estados Partes que participen en la Asamblea de la CPI y sus órganos subsidiarios y de los representantes de las organizaciones

intergubernamentales, que gozan de los mismos privilegios e inmunidades reconocidos a los jefes de las misiones diplomáticas y, una vez expirado su mandato, seguirán gozando de inmunidad de jurisdicción por las declaraciones que hayan hecho verbalmente o por escrito y los actos que hayan realizado en el desempeño de sus funciones oficiales. Asimismo, gozarán de los privilegios, las inmunidades y las facilidades que sean necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones. Por tanto, está contemplada una inmunidad con un alcance mayor que la del propio personal diplomático y consular aproximando su naturaleza a la de la inviolabilidad parlamentaria por razón de Derecho Público interno, pues subsiste una vez expirado el mandato por las declaraciones realizadas en el desempeño de sus funciones. Esta misma inmunidad está prevista en los artículos 15 y siguientes para los Magistrados, Fiscal, Fiscales Adjuntos y Secretario, para el Personal contratado localmente y que no esté de otro modo contemplado en el presente Acuerdo, para los Abogados y personas que asistan a los abogados defensores, en la medida en que sea necesario para el ejercicio independiente de sus funciones, para los Testigos, para las Víctimas y para los Peritos.

8. Y finalmente reseñamos, el Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de la Unión Europea, de 16 de diciembre de 2004, *Diario Oficial de la Unión Europea* C 310/261. Sin embargo, no se le dedica una especial atención en la medida en que ni su ámbito ni el tratamiento jurisprudencial en supuestos de conflicto han planteado problemas de aplicación.

En cualquier caso, para el adecuado alcance de estas inmunidades se dan por reproducidas las conclusiones alcanzadas para determinar por vía interpretativa el ámbito de las inmunidades del personal diplomático y consular en la medida en que la fundamentación material y funcional de las respectivas inmunidades es la misma.

IV. LA CLÁUSULA DE RECIPROCIDAD PREVISTA EN EL ART. 606.2 CP

Advierte el 606.2 CP que:

«cuando los delitos comprendidos en este artículo y en el anterior no tengan señalada una penalidad recíproca en las leyes del país a que correspondan las personas ofendidas, se impondrá al delincuente la pena que sería propia del delito, con arreglo a las disposiciones de este Código, si la persona ofendida no tuviese el carácter oficial mencionado en el apartado anterior».

Como consecuencia del carácter de reciprocidad ínsito al Derecho de Gentes e íntimamente vinculado al bien jurídico protegido en este Capítulo, la convivencia pacífica internacional, resulta lógica la previsión expresa de esta condición de reciprocidad consistente en aplicarse este precepto y el anterior, sólo si las Leyes del país al que pertenece el sujeto pasivo contienen la previsión de una infracción de naturaleza similar, aunque no resulta necesario⁹⁶ que la penalidad sea idéntica. En caso contrario, se impondrá al delincuente la pena que le correspondería con arreglo al CP si la persona no tuviere carácter oficial. Por otro lado, si la persona no tuviere carácter oficial no se viola la inmunidad lo que supone que esta cláusula de reciprocidad es operativa únicamente para el art. 605 CP⁹⁷, estando vacía de contenido en relación con el art. 606. En otras palabras, esta cláusula se convierte en condición objetiva de punibilidad⁹⁸ dado que no hay reciprocidad con relación a la violación de la inmunidad ya que no existe delito común correspondiente.

En consecuencia, esta cláusula de reciprocidad debería ubicarse, de *lege ferenda*, en un segundo párrafo añadido al art. 605 CP.

V. DISPOSICIONES COMUNES

⁹⁶ CORDOBA RODA, *Comentarios*, op. cit, p. 92.

⁹⁷ En este sentido TAMARIT SUMALLA, *Comentarios*, op. Cit, pp. 2173.

⁹⁸ Queremos matizar, por tanto, que, de forma general, esta cláusula no es condición objetiva de punibilidad pues, como afirma RODRÍGUEZ DEVESA, José M^a, *Derecho Penal Español. Parte especial*, 18^a edición. Dykinson. Madrid, 1995, p. 654, «no estamos ante un anexo al tipo, sino frente a una condición que determina que en lugar de ésta se aplique otra ley penal. El hecho –dice– sigue siendo punible, pero conforme a otros preceptos». Al no haber precepto común en el caso de violación de inmunidad cuando no hay reciprocidad, por eso mantenemos que sólo en este caso es condición objetiva de penalidad.

Dentro de las disposiciones comunes previstas en el Capítulo IV del Título XXIV son aplicables a los delitos objeto de estudio, únicamente los artículos 615 y 616.

Artículo 615. «*La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en los capítulos anteriores de este Título se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos.*».

El legislador penal español prevé la tipificación específica de los actos preparatorios punibles para estos delitos como muestra de la gravedad que atribuye a los mismos, previsión que también está contemplada en el art. 488 en relación con los delitos contra la Corona, cuyo homicidio, tipificado en el art. 485, prevé la misma pena que la del homicidio del Jefe del Estado Extranjero (art. 605) esto es: prisión permanente revisable. Sin embargo, los delitos que se analizan en este escrito no prevén una penalidad especial para la tentativa de los mismos, por lo que se aplica la regla general sobre la penalidad de la tentativa del art. 62 CP (se rebaja la pena en uno o dos grados), a diferencia de lo que dispone el CP en los delitos contra la Corona tras la reforma por LO 1/2015, en los que se exceptúa la regla general de punición de la tentativa, previendo la rebaja facultativa de la pena en un grado respecto de la del delito consumado⁹⁹.

Artículo 616. «*En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en los Capítulos anteriores de este Título, excepto los previstos en el artículo 614 y en los apartados 2 y 6 del 615 bis, y en el Título anterior por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; si fuese un particular, los Jueces o Tribunales podrán*

imponerle la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años.».

Curiosamente este precepto afecta no sólo al Título XXIV dentro del cual se comprenden los artículos analizados, sino también al anterior¹⁰⁰, lo que carece de fundamentación. Se trata de una regla penológica que aleja a las inhabilitaciones –absoluta y especial, respectivamente– del carácter accesorio unido, por tanto, a la pena principal que ostentan de modo general. En consecuencia, se convierten en virtud de este precepto y gracias a la previsión del art. 55 *in fine*, en pena principal cumulativa a la de prisión. Debe advertirse, no obstante, que resulta extraordinariamente desproporcionada la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de hasta veinte años en relación con la gravedad de la infracción prevista en el art. 606 (violación de inmunidad). De esta extravagante penalidad se deduce que el Legislador, al establecer esta regla penológica, está pensando en ser aplicada a las conductas de genocidio, delitos de lesa humanidad e infracciones contra personas y bienes protegidas en caso de conflicto armado.

Nótese además que, por virtud del art. 42 CP redactado conforme a la reforma por LO 15/2003, de 25 de noviembre, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. La imposición, asimismo de la pena de inhabilitación especial dirigida a particulares¹⁰¹, deberá ser motivada ya que se ha previsto con carácter facultativo.

ANEXO: BIBLIOGRAFÍA

⁹⁹ Antes de la mentada reforma, la punición de la tentativa también se separaba de la regla general pues se castigaba obligatoriamente, conforme al art. 485.2 CP, con la pena inferior en un grado. Rezaba el artículo 485.2 CP: “*La tentativa del mismo delito se castigará con la pena inferior en un grado*”. Tras ella, en cambio, ha quedado redactado de la siguiente forma (art. 485.3): “*En el caso de tentativa de estos delitos podrá imponerse la pena inferior en un grado*”, por lo que es posible que la pena de un delito intentado contra la Corona se mantenga en prisión permanente revisable (pena prevista para el delito consumado).

¹⁰⁰ Y, como mantiene FEIJÓO SÁNCHEZ, “Art 616”. RODRIGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas. Madrid, 1997, p. 1433 plantea además muchos problemas para determinar las penas que corresponden a ciertos hechos delictivos. Vid. Sobre esta problemática, el mismo, “Delitos contra el Derecho de gentes”, en *Memento Práctico Francis Lefebvre penal 2011*, Francis Lefebvre penal. Santiago de Compostela, 2010, pp. 1703-1704.

¹⁰¹ Cfr., URBANO CASTRILLO, “Art. 616”, op. cit. p. 3848.

- ARENAL, Concepción, *Ensayo sobre el Derecho de gentes*. Imprenta de la revista de legislación. Madrid, 1879.
- BYNKERSHÖEK, Cornelius VAN, *De foro legatorum.*, Clarendon Press. Oxford, 1946.
- CARNERERO CASTILLA, Rubén, *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*. Iustel. Madrid, 2007.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional público*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1994.
- CASTILLEJO, José, *Historia del Derecho Romano. Política, Doctrinas, Legislación y Administración* (Edición e Introducción a cargo de Manuel Abellán Velasco). Dykinson/Universidad Carlos III. Madrid, 2004.
- CHUECA SANCHO, Ángel G.; DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, “La admisión de la tesis restrictiva de las inmunidades del Estado extranjero en la reciente práctica española”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, n° 2, vol. XL, 1988.
- CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal*, tomo III (Artículos 120-340 bis c). Ariel. Barcelona, 1978.
- DE AZCÁRATE, D.G. *Introducción al Ensayo sobre el Derecho de gentes*, de Concepción Arenal, Madrid: imprenta de la revista de legislación, 1879.
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional público*. Tecnos. Madrid, 12ª ed., 1999.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “art. 605” y “art. 616” en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, Civitas. Madrid, 1985.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “Delitos contra el Derecho de gentes”, en *Memento Práctico Francis Lefebvre penal 2011*, Francis Lefebvre penal. Santiago de Compostela, 2010.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, “La soberanía del Estado y sus límites internos, la autonomía de los entes territoriales y la tutela judicial efectiva del ciudadano, en la jurisdicción del Tribunal Constitucional español”, en *Anuario hispano-luso-americano de Derecho Internacional*, n° 13, 1997.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*. Aranzadi. Pamplona, 2008.
- GAYO, Cayo, *Instituciones* (edición bilingüe). Civitas. Madrid, 1985.
- GIL GIL, Alicia, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Centro Francisco Tomás y Valiente, UNED, Valencia, 1999.
- GIL GIL, Alicia, *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, Comares. Granada, 2006.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 64. 1982.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Un precedente valioso en el Derecho Internacional”, publicado en el *diario EL PAIS* el 26 de noviembre de 1998, y reeditado en *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2001.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Genocidio e inmunidad”, publicado en *EL PAIS*, el 3 de noviembre de 1998, reeditado en *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2001.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Delitos contra la Comunidad Internacional”, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Compendio de Derecho Penal Español (Parte especial)*, Marcial Pons. Madrid, 2000.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “La inmunidad del Jefe del Estado”, en GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal (El caso Pinochet)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- JESCHECK, H. Heinrich. *Die Verantwortlichkeit der Staatorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, Bonn, 1952.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, “Atentados contra la autoridad y los funcionarios públicos. Resistencia y desobediencia”, en *Memento Práctico Francis Lefebvre penal 2011*, Francis Lefebvre penal. Santiago de Compostela, 2010.
- LÓPEZ-JURADO, Carmen, “Comentario a la Sentencia del Juzgado de los Penal n° 9 de Sevilla, de 29 de junio de 2010” en *Revista Española de Derecho Internacional*, n° 2, vol. LXII, julio-diciembre, 2010.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Delitos contra Jefes de otro Estado”, en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios a la Legislación Penal: la reforma del CP de 1983*, Tomo V, vol. 2°. EDESA. Madrid, 1985.
- MALLORY, J.L., “Resolving the confusion over head of State Immunity: the defined Rights of Kings”, en *Columbia Law Review*, vol. 86, 1986.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal*.

Parte Especial, 17ªed., Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.

NICHOLLS, Clive, “Reflections on Pinochet”, en *Virginia journal of International Law*, 140, 2000-2001.

PUIG PEÑA, Federico, *Derecho Penal. Tomo I. Parte General*. EDERSA. Madrid, 1955.

QUEL LÓPEZ, F. Javier, *Los privilegios e inmunidades de los Agentes Diplomáticos en el Derecho Internacional y en la práctica española*. Civitas. Madrid, 1993.

REMIRO BROTONS, Antonio. *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva/Política exterior, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ DEVESA, José Mª, *Derecho Penal Español. Parte especial*, 18ª edición. Dykinson. Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “Delitos contra la comunidad internacional”, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 4ª edición Colex. Madrid, 2008.

RÖLING, B.V.A/REUTER C.F, *The Tokio Judgement. The international military tribunal for the Far East*, vol. II, APA- University Press, Ámsterdam, 1977.

RUIZ COLOME, Mª Ángeles, “Inmunidad de ejecución de los Estados Extranjeros ante los tribunales Españoles en la reciente jurisprudencia constitucional”, en *Derecho Privado y Constitución*, n° 2, enero-abril, 1994.

SALMON, Jean-Marc. *Manuel de Droit*

Diplomatique, E. Bruylant. Bruxelles, 1994.

SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio, “Inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos en España versus tutela judicial efectiva. A propósito de una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional”, en *Derecho Privado y Constitución*, n° 9, mayo-agosto, 1996.

SORIANO, Ramón, “La inmunidad de los parlamentarios: más privilegio que garantía”, en *Jueces para la democracia*, N° 43. 2002.

TAMARIT SUMALLA, José Mª, en QUINTEROS OLIVARES (Dir.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 6ª ed., Aranzadi. Pamplona, 2007.

URBANO CASTRILLO, Eduardo, “Art. 606”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo 5, Bosch. Barcelona, 2007.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993.

WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho penal internacional*, (traducción coordinada por Mª del Mar DÍAZ PITA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.