

El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional*

Michelle E. Reyes Milk

1. Introducción

El principio de inmunidad es uno de los pilares clásicos del Derecho Internacional y se encuentra íntimamente ligado con el concepto de soberanía. De este modo, esta antigua institución del Derecho Internacional Público ha sido una figura presente en las relaciones internacionales desde los orígenes de esta rama del Derecho.

Con respecto a los Jefes de Estado, y en concreto, los Jefes de Estado en actividad, el principio de inmunidad de los mismos ha sido objeto de una evolución a lo largo del desarrollo del Derecho Internacional. En este sentido, esta evolución ha implicado tanto la despersonificación de la figura del Estado en su máxima autoridad —lo que ha dado lugar a inmunidades diferenciadas entre el Estado, por un lado, y el Jefe de Estado, por otro— así como a una restricción de este principio. Un hito esencial en esta restricción ha sido, sin duda, el desarrollo del Derecho Penal Internacional y la creación de la Corte Penal Internacional.

En las líneas siguientes, analizaremos la definición del principio de inmunidad y su restricción a la luz de la evolución del Derecho Penal Internacional, para poder así pasar a analizar la regulación de dicho principio en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional.

* Artículo inspirado en la tesis de licenciatura titulada «El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a la comisión de crímenes internacionales», sustentada por la autora en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú febrero de 2009, por la cual obtuvo la mención de sobresaliente por unanimidad.

2. Definición y alcance del principio de inmunidad

El principio de inmunidad tiene como fundamento el principio *par in parem non habet imperium*, el cual literalmente predica que no existe jurisdicción entre iguales, afianzando de este modo el principio de igualdad soberana de los Estados. De este modo, podemos definir al principio de inmunidad como aquel principio por el cual un Estado no puede ejercer sus poderes sobre, o interferir en, actividades legalmente ejercidas por un Estado extranjero en el territorio del primer Estado.¹ Tal como precisó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Al-Adsani c. el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte* (en adelante «Al-Adsani»), «sovereign immunity is a concept of international law, developed out of the principle of *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State».²

Ello dicho, deseamos ahondar en el contenido de este principio haciendo una serie de precisiones. De este modo, en primer lugar, podemos señalar que cuando nos referimos al principio de inmunidad, es necesario enfatizar que este no solo abarca las actividades llevadas a cabo por el Estado como tal, sino también aquellos actos cometidos por los altos funcionarios de un Estado: el Jefe de Estado, los miembros del servicio diplomático y consular, los Ministros de Relaciones Exteriores y otros Ministros viajando en misiones oficiales al exterior.³ Por ello, al abarcar el principio de inmunidad, resulta necesario distinguir claramente entre el principio de inmunidad del Estado, el principio de inmunidad de los Jefes de Estado o de Gobierno, el principio de inmunidad de los agentes diplomáticos, el principio de inmunidad de los funcionarios consulares, y el principio de inmunidad de algunos miembros del gabinete. También podrán gozar de este privilegio los miembros de algunas organizaciones internacionales, como por ejemplo los altos funcionarios de Naciones Unidas,⁴ así como las fuerzas militares extranjeras. El principio de inmunidad también tendrá su alcance sobre las naves y aeronaves de un tercer Estado.

En segundo lugar, deseamos referirnos a las fuentes de este principio. El mismo ha sido regulado desde sus orígenes por el Derecho Internacional consuetudinario, pero con el desarrollo de las inmunidades separadas se dio pie a la regulación convencional de algunas de ellas, como es el caso de la inmunidad del Estado (regulada en diversos

¹ Véase CASSESE, Antonio. *International Law*. Segunda edición. Nueva York: Oxford University Press, 2005, p. 91.

² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 21 de noviembre del 2001, caso *Al-Adsani c. Reino Unido*, párrafo 54.

³ Al respecto, véase CASSESE, Antonio. *Op. cit.*, pp. 91 y ss. Véase también Corte Internacional de Justicia, sentencia del 14 de febrero del 2002, *República Democrática del Congo vs. Bélgica* (Caso Yerodia), párrafo 51.

⁴ La Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 105.1 señala que «La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos».

instrumentos tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, la Convención Europea sobre Inmunidad Estatal y diversas normas internas que regulan el principio de inmunidad de Estados extranjeros), la inmunidad de los agentes diplomáticos y consulares (regulada en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, respectivamente), así como las inmunidades de los representantes ante algunas organizaciones internacionales (como por ejemplo las inmunidades acordadas a algunos funcionarios de la ONU según los términos del artículo 105.1 de la Carta de la ONU, o las inmunidades acordadas a los magistrados, fiscal, fiscales adjuntos y secretarios de la Corte Penal Internacional, según lo dispuesto por el artículo 48 del Estatuto de Roma).

Sin embargo, en el caso del Jefe de Estado, la regulación del principio de inmunidad ha sido netamente consuetudinaria, a pesar de algunos proyectos privados de codificación, como es la Resolución del Institut de Droit International (IDI) sobre la Inmunidad de Jurisdicción y Ejecución de Jefes de Estado y de Gobierno en el Derecho Internacional. A su vez, cabe hacer referencia a la Convención sobre las Misiones Especiales, del 8 de diciembre de 1969, la cual regula, en su artículo 21, la inmunidad de los Jefes de Estados que participan en misiones especiales. No obstante, esta última no abarca el amplio espectro de actividades de los Jefes de Estado ni todos los aspectos del principio de inmunidad. Ante este escenario, ha sido la jurisprudencia la que ha realizado el principal aporte a la regulación del principio de inmunidad de los Jefes de Estado. Por otro lado, los últimos cincuenta años han presenciado la adopción de diversos instrumentos internacionales, relativos a la represión de los más graves crímenes internacionales, que han regulado la irrelevancia del cargo oficial y las excepciones al principio de inmunidad de los Jefes de Estado.⁵

Una tercera precisión nos lleva a concentrarnos en el fundamento de este principio. De modo general, este consiste en permitir que el sujeto que goza de ese privilegio pueda ejercer sus funciones de manera cabal e independiente. La justificación radica en este sentido en facilitar las relaciones entre los Estados, Estados que son iguales ante el Derecho Internacional. Podemos identificar este fundamento en el cuarto párrafo del Preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, adoptada el 18 de abril de 1961, el cual señala lo siguiente: «Reconociendo que tales inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en

⁵ Véase al respecto, el artículo 27 del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, el artículo 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el artículo 7.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el artículo 6.2 Estatuto de Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

calidad de representantes de los Estados». Tal como señala Broomhall,⁶ este mismo fin funcional e impersonal se aplica, *mutatis mutandi*, a la figura del Jefe de Estado, así como a otros altos funcionarios.

Ahora bien, facilitar las relaciones entre los Estados tiene detrás otro fundamento, que a nuestro parecer es el fundamento último del principio de inmunidad: el respeto a la soberanía de los Estados. Así, el principio de inmunidad busca impedir que los Estados interfieran en los actos públicos llevados a cabo por los Estados extranjeros; ello se presenta finalmente como una forma de respetar su independencia.

Una vez señalados los fundamentos del principio de inmunidad, podemos introducir una cuarta precisión en torno al mismo. Debemos así hacer hincapié en el carácter internacional del principio de inmunidad, ya que es importante precisar que las inmunidades reconocidas por el Derecho Internacional difieren de las inmunidades reconocidas por los ordenamientos internos. De este modo, podemos citar como ejemplo el caso de las inmunidades parlamentarias reguladas en los ordenamientos internos con respecto a los miembros del Poder Legislativo. Estas inmunidades, si bien son relevantes para el Derecho interno, no podrán ser alegadas en el marco del Derecho Internacional. Un claro ejemplo de ello es la irrelevancia de la inmunidad parlamentaria de la que gozaba el general Pinochet como senador vitalicio al momento del proceso de extradición llevado a cabo en su contra ante los tribunales ingleses (irrelevancia, cabe precisar, que no alcanzó a la inmunidad de la cual gozaba el general Pinochet como ex Jefe de Estado, ya que esta última inmunidad sí presenta una relevancia ante el Derecho Internacional).⁷

La diferencia entre las inmunidades reconocidas por el Derecho Internacional y aquellas reconocidas por el Derecho interno también se encuentran en la figura del Jefe de Estado. El Institut de Droit International ha señalado que a pesar de que en ambos casos se trata de un privilegio que tiene como fundamento el eficaz ejercicio de sus funciones, «L'immunité qui est accordée par le droit international au chef d'Etat étranger répond en effet à des exigences qui sont en soi parfaitement étrangères à celles auxquelles répond l'immunité qui lui est éventuellement reconnue dans son ordre interne».⁸ En este sentido, continúa el IDI, «L'immunité internationale dont peut se prévaloir un chef d'Etat devant un tribunal étranger ne saurait partant dépendre

⁶ BROOMHALL, Bruce. *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2003, p. 129.

⁷ Al respecto, puede revisarse HUMAN RIGHTS WATCH, «Cuando los tiranos tiemblan. El caso Pinochet», *Human Rights Watch*, Vol. 11, N° 1 (B), pp. 670-671.

⁸ Véase INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international» (travaux préparatoires) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Vancouver, Vol. 69. Paris: Pedone, 2000-2001, pp. 506-507.

ni de celle que lui accorde son propre droit interne ni de celle qui est accordée par le droit du for au chef d'Etat national [...]».⁹

Por su parte, cabe hacer alusión al artículo 27 del Estatuto de Roma, el cual claramente establece que ningún tipo de inmunidades podrá ser alegado ante la CPI. Así, el inciso 2 de este artículo enfatiza la distinción entre las inmunidades de carácter interno y aquellas de carácter internacional al establecer que «Las inmunidades y las normas de procedimientos 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». (La cursiva es nuestra).

Finalmente, una quinta precisión gira en torno al carácter absoluto que caracterizaba al principio de inmunidad en sus orígenes. Tradicionalmente, el principio de inmunidad se presentaba como un privilegio absoluto que abarcaba todos los actos del Estado y del Jefe de Estado. En este sentido, en un primer momento toda acción llevada a cabo por el Estado o el Jefe de Estado era meritoria de una protección especial a través del principio de inmunidad. De este modo, el principio de inmunidad estatal se origina en las monarquías europeas de fines de la era feudal y se plasma en los inicios de la Edad Moderna, donde la mayoría de los Estados eran gobernados por reyes y príncipes que efectivamente, de una u otra forma, personificaban al Estado. El traslado de estos monarcas por los distintos Estados de Europa, así como su permanencia en los mismos, dio pie a la necesidad de una protección especial que fuera compatible con la dignidad e independencia de cada monarca. Fue así como surgió el principio de inmunidad soberana,¹⁰ un principio que nace ante la tensión de dos principios esenciales del Derecho Internacional: el principio de igualdad soberana, por un lado, y el principio de jurisdicción territorial exclusiva, por otro.¹¹

Ahora bien, esta visión absoluta del principio de inmunidad empezó a ser cuestionada una vez que los Estados, así como sus mandatarios, comenzaron a incursionar en actividades comerciales, donde se generaba una situación en la que reaparecía el conflicto entre jurisdicción territorial e igualdad soberana. La famosa sentencia de 1812 de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de *The Schooner Exchange c. McFaddon*¹² fue emblemática en este sentido, en cuanto sentó las bases para una evolución del principio de inmunidad que llevó a la afirmación de la existencia de

⁹ *Ibid.*

¹⁰ GIUTTARI, Theodore R. *The American Law of Sovereign Immunity: An Analysis of Legal Interpretation*, pp. 26-102, 1970. Ver referencia en CAPLAN, Lee. «State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory», nota 31. *American Journal of International Law*, 2003, Vol. 97, N° 4, pp. 745-746.

¹¹ CAPLAN, Lee. *Op. cit.*, p. 745.

¹² Sobre el mismo véase CAPLAN, Lee, *Op. cit.*, pp. 745-746.

una teoría restringida del principio de inmunidad, por lo que se distingue claramente la naturaleza de los actos llevados a cabo por el Estado, identificando claramente los actos privados, de naturaleza comercial, o actos *ius gestionis*, por un lado, y los actos públicos de carácter oficial, o actos *ius imperii*, por otro.

Dicho ello, cabe entonces subrayar que el principio de inmunidad es una excepción a una regla constituida por el principio de jurisdicción territorial. En sus lecciones de la Academia de la Haya, en 1980, y haciendo especial referencia al caso de *The Schooner Exchange*, el profesor Ian Sinclair fue enfático al señalar que la razón de ser del principio de inmunidad estatal se encuentra en su «operation by way of exception to the dominating principle of territorial jurisdiction».¹³

3. La restricción del principio de inmunidad del Jefe de Estado a través de la distinción entre actos públicos y actos privados

La erosión del principio de inmunidad, en el caso de los Jefes de Estado (así como también de otros altos funcionarios) presenta, en nuestro parecer, una doble manifestación. En primer lugar, la erosión —y evolución— se traduce, por un lado, en la separación y distinción entre actos oficiales o públicos, y actos privados,¹⁴ (distinción comparable a las categorías de actos *ius imperii* y actos *ius gestionis* en lo que se refiere a inmunidad del Estado). En efecto, tal como se da con el principio de inmunidad del Estado, la teoría restrictiva del principio de inmunidad también se aplica a la inmunidad de los Jefes de Estado. Como bien señala Sears, «[the] shift from absolute to restrictive immunity evidenced states' recognition that certain state actions *or the conduct of their officials* (la cursiva es nuestra) fell outside the traditional notions of state conduct or official capacity».¹⁵

En segundo lugar, consideramos que una de las manifestaciones de la erosión del principio de inmunidad se encuentra íntimamente vinculada con un fenómeno crucial en el desarrollo del Derecho Internacional: el fenómeno de la humanización.¹⁶ De este modo, con la aparición y el reconocimiento de nuevos sujetos de Derecho Internacional —sujetos secundarios y limitados— y concretamente, con el recono-

¹³ SINCLAIR, Ian. «The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments». 167 *RCADI* 113, 215 (1980 II), p. 215.

¹⁴ Al respecto, véase HASSON, Adam Isaac, «Extraterritorial Jurisdiction and Sovereign Immunity on Trial: Noriega, Pinochet and Milosevic – Trends in Political Accountability and Transnational Criminal Law». *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 25, N° 1, 2002, p. 6.

¹⁵ SEARS, Jill M. «Confronting the “Culture of Impunity”: Immunity of Heads of State from Nuremberg to ex parte Pinochet». *German Yearbook of International Law*, Vol. 42, 1999, p. 133.

¹⁶ Sobre el fenómeno de humanización, véase CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, 2001, p. 14.

cimiento del individuo como sujeto de Derecho Internacional, el principio de inmunidad del Jefe de Estado comienza a cuestionarse ante ciertas situaciones, tanto de carácter comercial (u otros actos privados) como de carácter penal, siendo las situaciones más extremas aquellas relativas a la comisión de crímenes internacionales. Esto último responde al reconocimiento no solo de una responsabilidad (y capacidad) activa del individuo en el plano internacional que le permite tomar un rol activo en el marco de la protección de los derechos humanos, sino también a la afirmación de una responsabilidad pasiva de los individuos acusados de cometer, ordenar o permitir la comisión de crímenes internacionales, reconocimiento que va de la mano con el desarrollo del Derecho Penal Internacional. Ello guarda, a su vez, una estrecha relación con otro fenómeno al que ya hemos hecho alusión en líneas posteriores: la despersonalización del Estado en la figura del Jefe de Estado, dando paso a dos inmunidades —y responsabilidades— diferenciadas.

3.1. Las inmunidades *ratione personae* y las inmunidades *ratione materiae* del Jefe de Estado

Antes de pasar a analizar la distinción entre los actos públicos y privados del Jefe de Estado, es necesario detenernos en las dos clases de inmunidades de la que gozan los Jefes de Estado. En efecto, al igual que los agentes diplomáticos y algunos otros altos funcionarios estatales,¹⁷ los Jefes de Estado gozan de dos clases de inmunidades.¹⁸ La primera de ellas, las inmunidades *ratione materiae*, también conocidas como inmunidades funcionales, son aquellas inmunidades que cubren las actividades realizadas por *todo* agente estatal, siempre y cuando estas se realicen en el ejercicio de sus funciones, al margen del lugar donde estas sean llevadas a cabo. Un aspecto importante a destacar de este primer tipo de inmunidades es que las mismas no culminan con el fin del mandato del agente estatal, por lo que se extienden más allá del cargo. Asimismo, esta clase de inmunidades gozan de un efecto *erga omnes*, por lo que son oponibles ante cualquier Estado. La lógica detrás de esta regla es la presunción de que los actos oficiales del Jefe de Estado son realizados en representación del propio Estado, y no en su capacidad privada.¹⁹

La segunda clase de inmunidades son las llamadas inmunidades *ratione personae*, también conocidas como inmunidades personales. Estas son otorgadas solamente a algunos agentes estatales específicos que desarrollan sus actividades en el exterior

¹⁷ Véase CASSESE, Antonio. *Op. cit.*, pp. 114-116.

¹⁸ Véase GAETA, Paola. «Official Capacity and Immunities». En Antonio Cassese, Paola Gaeta y John K.W.D. Jones (editores). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I. New York: Oxford University Press, 2002, (pp. 975-1002) pp. 975-976.

¹⁹ *Ibid.*, p. 976.

(tales como los agentes diplomáticos, y, en caso de visitas oficiales, los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno, los Ministros de Relaciones Exteriores y, en algunos casos, algún otro miembro del gabinete ministerial). Asimismo, son otorgadas en razón del estatus especial de dichos agentes, en otras palabras, en razón de su persona. Si bien el fundamento de las mismas radica en permitir al agente el libre ejercicio de sus funciones dentro del territorio de un tercer Estado, al ser otorgadas en razón de la persona, estas inmunidades cubren *toda* actividad realizada por este agente estatal especial, sea en su capacidad oficial o privada, realizada antes de o durante el mandato del mismo, dentro o fuera del territorio del Estado extranjero en cuestión. A su vez, a diferencia de las inmunidades funcionales, las inmunidades personales, al ser inmunidades otorgadas al agente estatal que desempeña sus funciones en el exterior, solo podrán ser invocadas *vis-à-vis* el Estado en el que el agente se encuentre desempeñando sus funciones (ello, aclaremos, principalmente en el caso de los agentes diplomáticos, mas no en el caso de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y, de ser el caso, algunos ministros del gabinete).²⁰ Asimismo, estas inmunidades culminarán con el fin del mandato del agente estatal.

En lo que se refiere a la diferencia entre las inmunidades personales y las inmunidades funcionales, podemos traer a colación uno de los argumentos de la defensa de Alberto Fujimori, antiguo Presidente del Perú, ante la Corte Suprema de Chile, tal como fue recogida en la sentencia de la misma el 11 de julio de 2007. Así, la defensa del ex mandatario pareciera confundir ambas clases de inmunidad al alegar lo siguiente:

Sostiene el requerido que desde hace décadas el Derecho Internacional reconoce la inmunidad de los ex jefes de Estado en razón de los principios internacionalmente asentados tanto por los tratadistas como por reiterados fallos judiciales en tal sentido. El origen de tal inmunidad de jurisdicción nace por el reconocimiento que los Estados civilizados estatuyen a los ex gobernantes en sus calidades de tales, por el solo hecho de haber detentado y ejercitado la investidura y poder de Alto Dignatario.²¹

Como podemos apreciar, la defensa alude a una supuesta inmunidad de los ex Jefes de Estado «por el solo hecho de haber detentado» el cargo, y por haber «ejercitado la investidura» del mismo. Una inmunidad fundamentada en el mero hecho de haber ostentado un cargo viene a ser una inmunidad personal, inmunidad que como hemos ya señalado culmina con el cese del cargo, por lo que como ex Jefe de Estado Alberto Fujimori ya no goza de la misma.

²⁰ GAETA, Paola. *Op. cit.*, p. 977.

²¹ Corte Suprema de Chile, sentencia del 11 de julio de 2007, Sentencia del Juez O. Alvarez sobre la extradición de Alberto Fujimori, p. 34.

3.2. La distinción entre actos públicos y actos privados del Jefe de Estado

En lo que se refiere a la distinción entre actos públicos y actos privados (o también, entre un acto o conducta llevada a cabo por un Jefe de Estado bajo sus capacidades oficiales o bajo sus capacidades personales) cabe señalar que esta distinción ha implicado no solo una erosión en materia civil, sino también que se abra la puerta al cuestionamiento de mantener una inmunidad absoluta en materia penal. Ello responde al hecho de que dicha erosión se viene produciendo en buena medida gracias al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional. Estamos aquí ante supuestos más recientes de cuestionamientos al principio de inmunidad absoluta, como es la comisión de crímenes internacionales. Tal como señala Sears,²² «[...] developments since World War II in extradition law and, especially, the international human rights movement have eroded the immunity afforded to individuals accused of committing «international crimes». El caso *Pinochet* ante los tribunales británicos ha sido, de este modo, emblemático en cuanto a la diferenciación entre actos públicos y privados de un (ex) Jefe de Estado, distinción, sobre todo, relacionada con la comisión de crímenes internacionales, para efectos del reconocimiento o no de la inmunidad *ratione materiae* de los ex Jefes de Estado.²³ También lo ha sido, en este sentido, el caso del antiguo presidente del Perú, Alberto Fujimori.

En el caso *Fujimori*, sin duda la sentencia más interesante respecto al principio de inmunidad es aquella emitida por el juez Orlando Álvarez de la Corte Suprema chilena el 11 de julio de 2007, en el marco del proceso de extradición de Alberto Fujimori ante los tribunales chilenos. Si bien esta sentencia fue duramente criticada por parte de la comunidad de derechos humanos y por académicos en general al desestimar la extradición después de que la Fiscal de la Corte Suprema, la doctora Maldonado, haya presentado fuertes argumentos a favor de la extradición —crítica que compartimos— podemos rescatar de la sentencia del juez Álvarez lo precisado en torno a la desestimación del principio de inmunidad de Alberto Fujimori, ya que consideramos que el juez Álvarez se acogió correctamente a la tendencia en el Derecho Internacional

²² SEARS, Jill M. *Op. cit.*, p. 125.

²³ Fueron tres las sentencias ante la Cámara de los Lores en el caso *Pinochet*, en vista de que la primera de ellas tuvo que ser anulada debido a que la esposa de uno de los jueces, Lord Hoffman, había ocupado varios puestos administrativos en Amnistía Internacional en Londres, organización que había participado como *amicus curiae* en *Pinochet 1*, por lo que se cuestionó la objetividad de dicha sentencia. La primera sentencia ante la Cámara de los Lores, la sentencia anulada, *Reg. vs. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex p. Pinochet Ugarte (1998)* (en adelante *Pinochet 1*) fue emitida el 25 de noviembre de 1998. En el segundo caso *Pinochet*, se declaró la nulidad de *Pinochet 1* (*Reg vs. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex p. Pinochet Ugarte (N° 2) (1999)* (en adelante *Pinochet 2*) en la sentencia del 15 de enero de 1999. Finalmente, en el tercer caso *Pinochet*, *Reg vs. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex p. Pinochet Ugarte (N° 3) (1999)* (en adelante *Pinochet 3*) la Cámara de los Lores emitió su sentencia el 23 de marzo de 1999.

actual respecto a la desestimación del principio de inmunidad ante actos que no podían ser calificados como actos de función. En este sentido, cabe resaltar la alusión, por parte del juez Álvarez, dentro del análisis del principio de inmunidad que lleva a su desestimación de la misma, no solo a la Convención contra la Tortura sino también a las normas de *ius cogens*. Asimismo, cabe rescatar la precisión que hace el juez Álvarez sobre la irrelevancia de la inmunidad de un ex Jefe de Estado que haya presuntamente cometido crímenes que atentan contra los derechos humanos. Es así como Álvarez señala lo siguiente: «Más todavía tratándose de delitos contra los derechos humanos, el Derecho Internacional postula invariablemente que no eximirá de responsabilidad por tales actos el hecho de que el responsable haya ostentado el carácter de Jefe de Estado, todo ello precisamente porque en tales casos es muy frecuente que ellos formen parte de políticas estatales».²⁴

Sin mencionarlo directamente, podemos apreciar un apego a lo precisado por los lores (Cámara de los Lores en el Reino Unido) en el caso *Pinochet*, quienes establecieron que la inmunidad de un antiguo Jefe de Estado sí podía ser objeto de restricción frente a los tribunales de un tercer Estado cuando se estaba ante graves violaciones a los derechos humanos. En esta medida, es pertinente referirnos a lo apuntado por Fox:

[...] until the Lords decision in the *Pinochet* case, it was assumed, although there was little State practice either way, that customary international law, whilst withdrawing the personal immunity of a head of State for his private acts after he had vacated office, preserved the immunity *ratione materiae* for criminal acts committed during the term of office in the course of his functions.²⁵

Finalmente, cabe precisar que, en lo que se refiere a la inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a los tribunales de un Estado extranjero ante la comisión de actos de naturaleza penal, la inmunidad de los Jefes de Estado sigue siendo, como regla general, absoluta. Sin embargo, el desarrollo del Derecho Penal Internacional y el establecimiento de tribunales penales internacionales han significado una restricción, en el marco de estos últimos, del principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a la comisión de crímenes internacionales, lo que, en últimos términos, significa una restricción al principio de inmunidad personal de los Jefes de Estado.

²⁴ Corte Suprema de Chile, sentencia del 11 de julio de 2007, Considerando N° 17.

²⁵ FOX, Hazel. *The Law of State Immunity*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 442.

4. El desarrollo del Derecho Penal Internacional y su reconocimiento de la responsabilidad penal internacional del individuo

Nos es difícil concebir, en la actualidad, al concepto de inmunidad como un concepto aislado, por lo que debemos ver al mismo como un concepto que coexiste con una serie de obligaciones convencionales y consuetudinarias, que podrán exigir de los Estados el ejercicio de su jurisdicción penal y civil con respecto a ciertas violaciones del Derecho Internacional.²⁶ De este modo, el Derecho Internacional consuetudinario, sea a través de normas plasmadas en tratados o en normas consuetudinarias no recogidas convencionalmente, reconoce la existencia de ciertos actos que, debido a su gravedad, serán calificados como crímenes internacionales, lo que acarreará una serie de consecuencias legales; entre ellas la irrelevancia, en ciertos supuestos, del cargo oficial.²⁷ Esta afirmación va de la mano con una de las principales causas de la evolución del principio de inmunidad, la cual radica en la creciente importancia que ha dado la comunidad internacional al respeto de los derechos humanos.

Ello dicho, podemos definir al Derecho Penal Internacional como el conjunto de normas que regula aquellas conductas criminales que atentan contra los principales intereses de la comunidad internacional, y que se encuentran reguladas en diversos instrumentos internacionales o derivan del propio Derecho Internacional consuetudinario.²⁸ Así, mientras que el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos brinda una protección ante la violación por parte de los Estados de estos intereses fundamentales para la comunidad internacional, el Derecho Penal Internacional asume la protección de los principales derechos humanos cuando la violación a estos últimos se presenta como un crimen internacional, donde el responsable será no el Estado sino un individuo en particular.²⁹

En lo que se refiere a los orígenes de esta rama del Derecho, cabe señalar que la primera mitad del siglo XX (concretamente entre 1919 y 1945) fue testigo de diversos intentos fallidos para el establecimiento de ciertas instituciones penales internacionales.³⁰ En 1919, la Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la aplicación de penas por la violación de las leyes y costumbres de la guerra³¹ propuso el establecimiento de un alto tribunal conformado por jueces provenientes de distintas naciones. Ese mismo año, las potencias vencedoras de la Primera Guerra

²⁶ Véase ORAKHELASHVILI, Alexander. «State Immunity and International Public Order». *German Yearbook of International Law*, Vol. 45, 2002, p. 228, nota 4.

²⁷ *Ibid.*, p. 228.

²⁸ BARBOZA, Julio. «International Criminal Law», *R.C.A.D.I.*, tomo 278 (Vol. 3), 1999, pp. 24-25.

²⁹ *Ibid.*, p. 25.

³⁰ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 327.

³¹ *Commission on the Responsibility of the Authors of War and on Enforcement of Penalties*.

Mundial habían adoptado el Tratado de Paz de Versailles, el cual, en su artículo 227 proveía el establecimiento de un tribunal especial, conformado por cinco jueces (nombrados por EEUU, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón) para juzgar al káiser Guillermo II de Alemania. Sin embargo, ante la negativa de los Países Bajos de extraditar al Káiser, quien había buscado refugio en dicho Estado, no se llegó a establecer dicho tribunal.³²

Un segundo intento por establecer un tribunal penal internacional se dio en el marco de la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional. En este sentido, el Advisory Committee of Jurists, quien recibió en 1920 el encargo de crear el proyecto para la formación de la Corte Permanente de Justicia Internacional, propuso ese mismo año que aquella corte debería también «be competent to try crimes constituting a breach of international public order or against the universal law of nations, referred to it by the Assembly or by the Council of the League of Nations».³³ No obstante, dicha sugerencia fue rechazada unos meses después por la Asamblea General de la Sociedad de Naciones, al considerar la misma como prematura.³⁴ Otros proyectos para establecer un tribunal penal internacional fueron asumidos por entidades privadas, tales como aquel elaborado por la Asociación de Derecho Internacional en 1926. Desafortunadamente, todos estos proyectos no pudieron concretarse debido, principalmente, al gran rol que seguía ocupando el principio de soberanía de los Estados. Sin embargo, los mismos constituyeron intentos pioneros y loables por el reconocimiento—sin duda adelantado para sus tiempos—de la necesidad de establecer un tribunal penal internacional.³⁵

En esta medida, sería el fin de la Segunda Guerra Mundial el escenario para un avance indiscutible en el campo del Derecho Penal Internacional, principalmente a través de la adopción de los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y de Tokio. Sin embargo, la segunda mitad del siglo XX fue el escenario de un posterior estancamiento de esta rama del Derecho debido, en parte, a que el mundo se vio enmarcado en plena Guerra Fría. Este estancamiento se mantuvo al margen de la continua labor de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) durante esos años, en torno a la elaboración de un estatuto para la creación de un tribunal penal internacional.³⁶ Cabe precisar que la labor de la CDI exigía la elaboración de dos tareas. La primera de ellas consistía en la codificación de los crímenes internacionales, por lo

³² CASSESE, Antonio. *Op. cit.*, p. 328.

³³ *Ibid.*, pp. 328-329.

³⁴ *Ibid.*, p. 329.

³⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁶ Sobre la labor de la CDI en la elaboración de un estatuto para un tribunal penal internacional, véase CASSESE, Antonio. *Op. cit.*, pp. 333-334.

que la CDI se enmarcó en elaborar un proyecto de Código de Crímenes para la Paz y Seguridad de la Humanidad, respondiendo al pedido de la Asamblea General del 21 de noviembre de 1947 (Resolución 177/II). La segunda tarea consistía en elaborar un proyecto de estatuto para la creación de un tribunal penal internacional. Dicha tarea fue asignada a un Relator Especial, quien presentó su informe a la CDI en marzo de 1951. La CDI elaboró, en torno a dicho informe, un proyecto de estatuto en 1951, el cual fue revisado en 1953. Sin embargo, este último proyecto fue archivado al no haberse logrado definir el crimen de agresión. No obstante, la principal causa para el fracaso de esta tarea fue el contexto político por el cual atravesaba el mundo en esos años, un mundo claramente dividido y bajo el riesgo constante de la guerra.³⁷

Fue con el fin de la Guerra Fría que se dio el contexto para la resurrección del Derecho Penal Internacional. Así, la década de 1990 representó el desarrollo a pasos agigantados del Derecho Penal Internacional, a un ritmo no visto desde los días de Nuremberg. Como bien precisa Broomhall, este ulterior desarrollo dio pie a un Derecho Penal Internacional más refinado, donde las normas han sido completadas y mejoradas, donde se han establecido instituciones especializadas en la persecución y represión de los crímenes internacionales, y en el cual se han dado importantes pronunciamientos y sentencias de la mano de tribunales trascendentales, tanto a nivel internacional como a nivel nacional.³⁸ No cabe duda de que un hito esencial en este desarrollo ha sido la creación de una corte penal internacional de carácter permanente, hecho que implicó un giro sorprendente para una institución que fue considerada utópica en los días de la Guerra Fría.³⁹ Asimismo, el establecimiento de los tribunales ad hoc implicó un paso esencial en este desarrollo.

En opinión de Barboza,⁴⁰ dicho desarrollo ha sido posible, principalmente, gracias a la ampliación de la faceta pública del Derecho Internacional, fenómeno que se originó con el gran incremento del peso así como de la presencia de la comunidad internacional dentro de las relaciones interestatales. Ello ha resultado en que los Estados comenzaran a aceptar la aparición de ciertas nociones —que les imponen a su vez obligaciones— tales como las de obligaciones *erga omnes* y las normas de *ius cogens*, así como aceptar el deber de protección de los derechos humanos y del medio ambiente, y la prohibición y represión de los crímenes internacionales.⁴¹ A su vez, los eventos políticos por los que atravesó la segunda mitad del siglo XX fueron esenciales en el desarrollo del Derecho Penal Internacional. En esta medida, el fin de la Guerra

³⁷ *Ibid.*, p. 334.

³⁸ BROOMHALL, Bruce. *Op. cit.*, p. 1.

³⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁰ BARBOZA, Julio. *Op. cit.*, p. 26.

⁴¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

Fría dio lugar a la aparición de diversos conflictos internos que fueron escenario, y algunos siguen siendo, de graves violaciones a los derechos humanos y de comisión de crímenes internacionales.⁴² Podemos mencionar a modo de ejemplo los conflictos en Somalia, Ruanda, la ex Yugoslavia y Sudán.

Como podemos apreciar, el desarrollo del Derecho Penal Internacional ha estado marcado por una constante tensión que sigue operando en la comunidad internacional actual: la tensión entre la soberanía de los Estados, por un lado, y la búsqueda de valores colectivos tales como la paz, la justicia y los derechos humanos, por otro.⁴³

5. La inmunidad de los Jefes de Estado en actividad ante los tribunales penales internacionales

Si bien, como precisa Simbeye,⁴⁴ «immunities under criminal jurisdiction have not developed as comparably as under civil jurisdiction», lo cierto es que la regulación de los distintos crímenes internacionales y la afirmación de una responsabilidad penal internacional han llevado al reconocimiento, dentro de un importante sector de la doctrina, así como dentro de los estatutos de los distintos tribunales penales internacionales, de la jerarquía de la represión penal de los autores de dichos crímenes por encima del reconocimiento del principio de inmunidad. Ello ha sido afirmado en el marco de los distintos tribunales internacionales, incluso en el caso de antiguos Jefes de Estado y Jefes de Estado en actividad.

No obstante, el desarrollo de las excepciones a la inmunidad de los Jefes de Estado *en actividad* ante la jurisdicción penal no ha sido uniforme. Precisamente, podemos identificar una distinción entre la regulación de las inmunidades frente a los tribunales penales internacionales, y la manera que las mismas han sido reguladas en el marco de los tribunales nacionales de terceros Estados. En este sentido, cabe traer a colación lo establecido por el profesor Sands, quien señala lo siguiente:

In respect of the jurisdictional immunities of serving heads of state, international law and practice has generally distinguished between proceedings before national and international courts. As regards the international courts and tribunals which have been established—all in the 20th century—practice has been consistent, in that no serving head of state has been recognized as being entitled to rely on jurisdictional immunities.⁴⁵

⁴² *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴³ BROMHALL, Bruce. *Op. cit.*, Prólogo.

⁴⁴ SIMBEYE, Yitiha. *Immunity and International Criminal Law*, Hants/ Burlington: Ashgate, 2004, p. 105.

⁴⁵ SANDS, Phillippe. «Immunities before international courts». En *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor*. La Haya: ICC-OTP, 2003, p. 4.

En efecto, como bien precisa Sands,⁴⁶ será otra la solución cuando estemos ante tribunales nacionales, teniendo en cuenta que bajo el Derecho Internacional general los Jefes de Estado en actividad gozan de inmunidad absoluta frente a la jurisdicción penal de los tribunales nacionales de terceros Estados, a menos que el Estado al que representan haya renunciado a dicha inmunidad. Ello se fundamenta, según Jennings, justamente en el principio *par in parem non habet imperium*, el cual establece que un Estado no podrá ejercer su jurisdicción sobre otro Estado. Es atendiendo a ello que la jurisdicción de un tribunal internacional no atenta contra esta máxima. Precisamente, Jennings establece lo siguiente:

It must be remembered that the immunity applies only in circumstances which involve the principle that one sovereign state will not exercise its jurisdiction over another sovereign state; *par in parem non habet imperium*. That aphorism is the foundation and the sum of the rule of immunity. For that reason even heads of state do not by international law have any immunity from the jurisdiction of an international tribunal; nor indeed from the domestic courts of their home state.⁴⁷

Ello ha sido confirmado tanto en el caso *Pinochet* ante los tribunales británicos como en el caso *Yerodia* ante la CIJ. De este modo, como bien precisó Lord Slynn en *Pinochet 1*, «That international law crimes should be tried before international tribunals or in the perpetrator's own state is one thing; that they should be impleaded without regard to a long-established customary international law rule in the courts of other states is another».⁴⁸

Asimismo, Lord Lloyd precisó que:

The setting up of these special international tribunals for the trial of those accused of genocide and other crimes against humanity, including torture, shows that such crimes, when committed by heads of state or other responsible government officials cannot be tried in the ordinary courts of other States.⁴⁹

A su vez, en su sentencia del 14 de febrero del 2002 (caso «Yerodia»), la CIJ precisó que «(it) has also examined the rules concerning the immunity or criminal responsibility of persons having an official capacity contained in the legal instruments creating international criminal tribunals, and which are specifically applicable to the latter [...] It finds that these rules likewise do not enable it to conclude that any

⁴⁶ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁷ JENNINGS, Robert. «The Pinochet Extradition Case in the English Courts». En Laurence Boisson de Chazournes y Vera Gowlland-Debbas (editores). *The International Legal System in Quest of Equity and Universality-Liber Amicorum Georges Abi-Saab*. La Haya, Londres, Boston: Martinus Hijhoff Publishers, 2001, p. 692.

⁴⁸ *Pinochet 1*, p. 79. Véase referencia en SANDS, Phillipe, *Op. cit.*, nota 19.

⁴⁹ *Pinochet 1*, p. 98. Véase referencia en SANDS, Phillipe, *Op. cit.*, nota 20.

such exception exists in customary international law *in regard to national courts*»⁵⁰ (el énfasis es nuestro). Como bien precisa Sands⁵¹, la CIJ enfatizó esta idea al resumir los cuatro escenarios en que se podrán desestimar las inmunidades de un alto funcionario de un Estado: en primer lugar, ante los tribunales internos del Estado al que representa dicho agente; en segundo lugar, cuando el Estado del agente decide renunciar a la inmunidad del mismo (el *waiver of immunity*); en tercer lugar, cuando el agente cesa en sus funciones (por lo que se podrá desestimar la inmunidad *ratione materiae*, la cual, como hemos ya apuntado, es la única que permanece tras el cese de funciones, a diferencia de la inmunidad *ratione personae*); y en cuarto lugar, ante ciertos tribunales penales internacionales.⁵² Como podemos apreciar, no se menciona la situación en que un alto funcionario estatal sea juzgado por un tribunal interno de un tercer Estado.

Finalmente, cabe traer a colación lo establecido por Stern con relación a las inmunidades frente a los tribunales nacionales y los tribunales internacionales, donde hace hincapié en la distinción que se debe hacer entre uno y otro tipo de tribunal:

Strictly speaking, [in relation to international courts] one does not deal here with immunity, but rather with impunity. It is quite clear that the theory of immunity has developed in order to protect a state and its agents from being tried in the states' courts, primarily in the jurisdiction of another state. The immunity from arrest as well as the immunity from jurisdiction or execution is based on the sovereign equality of states. But naturally, the sovereign equality of states does not prevent a state's representative from being prosecuted before an international court, if this court is given jurisdiction over former or acting heads of state.

Before an international tribunal, no procedural bar exists and it has also been asserted, so that things are unambiguous that no excuse can exist on the merits, because of the official position of a defendant. In other words, immunity is not an issue before the international tribunals and irresponsibility has been clearly swept out.⁵³

Asimismo, Broomhall hace hincapié en el mantenimiento de las inmunidades *ratione personae* ante los tribunales nacionales, precisando que la erosión de las mismas, fuera del contexto de los tribunales internacionales, será sin duda lenta. En este sentido, afirma lo siguiente:

⁵⁰ Corte Internacional de Justicia, sentencia del 14 de febrero del 2002, *Caso relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, párrafo 58.

⁵¹ SANDS, Phillippe. *Op. cit.*, p. 24.

⁵² Corte Internacional de Justicia, sentencia del 14 de febrero de 2002, *Caso relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, párrafo 61.

⁵³ STERN, Brigitte, «Immunities for Head of State: Where Do We Stand?». En M. Lattimer y P. Sands (editores). *Justice for Crimes against Humanity*, Oxford: Hart Publishing, 2003. Citado por SANDS, Phillippe, *Op. cit.*, p. 27, nota 57.

What appears certain on the basis of the experience to date is that the immunities *ratione personae* enjoyed by current high officials and diplomatic agents will be slow to erode, and will—outside the context of international tribunals—enjoy ongoing support from States as a necessary component of inter-State relations.⁵⁴

Ahora bien, si bien concordamos en que el foro ideal para enjuiciar a un Jefe de Estado, sobre todo un Jefe de Estado en actividad, es efectivamente el foro internacional a través de los tribunales penales internacionales, no podemos negar el gran rol que jugaron diversos tribunales internos de terceros Estados que se animaron a juzgar a determinados altos funcionarios extranjeros, incluyendo ex Jefes de Estado, como fue el caso *Pinochet* ante la Cámara de Lores del Reino Unido.

Pues, como podemos observar, las distintas opiniones a las que acabamos de hacer alusión, así como la jurisprudencia mencionada, no contemplan la posibilidad de enjuiciar a estos altos funcionarios en el marco de tribunales nacionales, por lo que finalmente no se pronuncian sobre una excepción al principio de inmunidad si tomamos en cuenta que se basan en una definición del mismo en torno a la máxima *par in parem non habet imperium*, donde la única excepción al principio de inmunidad, según esta máxima, radicaría en llevar a cabo un juicio ante los tribunales internos de un tercer Estado (ya que la jurisdicción internacional, ante los tribunales penales internacionales, no se plantearía como una excepción a esta máxima, en vista que una interpretación literal de la misma implica que esta opera *vis-à-vis* los tribunales internos de los Estados).

Ahora bien, por un lado, cabe precisar que la desestimación al principio de inmunidad, según la interpretación desprendida de las opiniones a las que acabamos de hacer alusión (un juicio llevado contra un alto funcionario estatal, que goce del principio de inmunidad, ante los tribunales nacionales de un tercer Estado) sí se ha dado, aunque no, de manera definitiva, en el caso de Jefes de Estado en actividad. De este modo, tribunales nacionales de un tercer Estado han enjuiciado, por ejemplo, al general Pinochet, así como al general Ghadafi (donde la Cámara de Acusación de la Corte de Apelaciones de París desestimó su inmunidad, decisión que fue luego revertida por la Corte de Casación) y otros tribunales han intentado hacerlo contra otros Jefes de Estado y altos funcionarios estatales (como los tribunales belgas contra el Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo, Abdulaye Yerodia Ndombasi, así como las diversas querellas presentadas ante la Audiencia Nacional española contra diversos Jefes de Estado o de Gobierno, donde dicho órgano ha

⁵⁴ BROOMHALL, Bruce. *Op. cit.*, p. 146.

reconocido, como regla general, la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado o de Gobierno).⁵⁵

Ello dicho, lo cierto es que el principio de inmunidad no debe entenderse como un principio estrictamente basado en la máxima *par in parem non habet imperium* cuya única vulneración radicaría en la violación a la soberanía de un Estado por parte de otro Estado, o sea, en entablar un juicio contra un Estado o sus agentes en tribunales de terceros Estados. Consideramos que ello es una interpretación en torno a una concepción estatista del Derecho Internacional Público y que responde justamente a los orígenes del mismo. El desarrollo del Derecho Penal Internacional nos obliga a concebir el principio de inmunidad en un sentido amplio, como un principio que protegería al alto funcionario estatal contra toda injerencia judicial, más allá de la naturaleza del foro (como lo ha reconocido indirectamente la CIJ en *Yerodia* al estimar las cuatro situaciones en que se podrá desestimar la inmunidad), pero que también podrá ser objeto de restricción en toda clase de foro. Es atendiendo a ello que los estatutos de los diferentes tribunales penales internacionales —que analizaremos a continuación— han regulado la irrelevancia del principio de inmunidad.

Asimismo, somos de la opinión que aquellos tribunales internos que han ejercido su jurisdicción a través del principio de jurisdicción universal llenaron un vacío dentro del Derecho Penal Internacional con el fin último de evitar la impunidad. Precisamente, consideramos que la aplicación del principio de jurisdicción universal ha llenado espacios importantes en un escenario en que no se contaba aún con una corte penal internacional de carácter permanente. Teniendo en cuenta que hoy sí contamos con dicho escenario, y teniendo en cuenta que el mismo opera bajo el principio de complementariedad, consideramos que hoy sí podemos hablar de la prevalencia de los tribunales penales internacionales sobre los tribunales nacionales de *terceros Estados* para el juzgamiento de los altos funcionarios —incluidos los Jefes de Estado en actividad— acusados de cometer graves crímenes internacionales. Más que una prevalencia (ya que no estamos ante una jerarquía, jurídicamente hablando) estamos ante una conveniencia atendiendo principalmente al principio de seguridad jurídica, en vista de que en el caso de la CPI estamos ante un tribunal cuya competencia ha sido aceptada por los Estados que han ratificado el Estatuto de Roma —así como aquellos Estados que sin haberlo ratificado reconocen la competencia de la CPI para

⁵⁵ Al respecto puede revisarse ZAPPALA, Salvatore. «Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French *Cour de Cassation*». *European Journal of International Law*, 2001, Vol, 12, N° 3, pp. 595- 612. Asimismo, véase CARNERERO CASTILLA, Rubén. «La inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado y de Gobierno extranjeros en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional española», *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, N° 16, 2003, pp. 292-293.

un caso en concreto, tal como lo permite el artículo 12.3 del Estatuto de Roma— por lo que estamos ante Estados que han manifestado su voluntad a través de la ratificación de un tratado internacional, y, en el caso de los tribunales ad hoc, estamos ante instrumentos internacionales creados por una Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU cuyo mandato se torna en vinculante para todos los Estados miembros de la ONU.⁵⁶ Al elemento de seguridad jurídica, cabe agregar el elemento de respeto a la soberanía de los Estados, atendiendo justamente a que los Estados han manifestado su voluntad a través de la ratificación del Estatuto de Roma o, en el caso de los tribunales ad hoc o la remisión de un caso a la CPI por el Consejo de Seguridad, a través de su membresía a las Naciones Unidas. De este modo, la ratificación de un tratado internacional así como la membresía de una organización internacional se presentan como actos soberanos según el Derecho Internacional. Asimismo, podemos agregar que la seguridad jurídica inherente a la justicia internacional brinda también mayores indicios de imparcialidad.

Ello dicho, dedicaremos las siguientes líneas a la regulación del principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad en el marco del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional.

6. La regulación de las inmunidades en el Estatuto de Roma y las dificultades *ad intra*

6.1. El alcance del artículo 27 del Estatuto de Roma

Tal como hemos precisado, el proceso de creación de una corte penal internacional de carácter permanente fue sin duda largo y lento, y no fue hasta el final de la Guerra Fría que se dieron las condiciones para que la CDI retome el proyecto de creación de tal corte. En esta medida, el 25 de noviembre de 1992, la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 47/33, en la cual solicitó a la CDI redactar un Estatuto para una corte penal internacional, teniendo en cuenta que este último órgano se encontraba elaborando el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Asimismo, los primeros proyectos de la CDI para el establecimiento de una corte penal internacional, así como los estatutos de los tribunales ad hoc, sirvieron como precedentes esenciales para la adopción del Estatuto de Roma.

⁵⁶ Este carácter vinculante se presenta también en el supuesto de un caso remitido por el Consejo de Seguridad ante la CPI contra un nacional de un Estado que no es parte del Estatuto de Roma y que haya cometido crímenes en un Estado que no es parte del Estatuto de Roma, y en el cual ninguno de estos dos últimos Estados haya reconocido la competencia de la CPI para un caso en concreto según los términos del artículo 12.3 del Estatuto de Roma.

La CDI adoptó un primer proyecto de estatuto en 1993, y una versión final del mismo en su 46° Período de Sesiones en el año 1994, en el cual recomendó a la Asamblea General a que convocara una conferencia de plenipotenciarios para analizar dicho proyecto y continuar con la labor de adopción del estatuto de una corte penal internacional. Es así como la Asamblea General creó, en 1995, un Comité Especial para el establecimiento de una corte penal internacional, el cual revisó el proyecto de la CDI de 1994. A su vez, dicho comité estableció, en 1996, un Comité Preparatorio, el cual adoptó un texto final en abril de 1998 y lo presentó ante la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Roma entre el 15 de junio y el 17 de julio de ese año.⁵⁷ Finalmente, el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional fue adoptado el 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1 de julio de 2002, al primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se depositó el sexagésimo instrumento de ratificación.

Es así como se logró, finalmente, crear una corte penal internacional de carácter permanente con la competencia para juzgar los crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y agresión. En lo que atañe a su competencia *ratione temporis*, el artículo 11 del Estatuto de Roma establece que la CPI tiene competencia únicamente respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto. Asimismo, con respecto a aquellos Estados que hayan ratificado el Estatuto después de la entrada en vigor del mismo, la Corte solamente podrá ejercer su competencia respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto para el Estado en concreto, a menos que este último haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12.

Con respecto a la competencia *ratione loci* y *ratione personae*, y tal como lo establece el artículo 12 del Estatuto, la Corte Penal Internacional podrá ejercer su competencia en torno al principio de territorialidad, si los hechos fueron cometidos en el territorio de un Estado Parte del Estatuto de Roma (o, si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, si el Estado de matrícula del buque o la aeronave es un Estado Parte) y en torno al principio de nacionalidad del autor (principio de personalidad activa), si los hechos fueron cometidos por un nacional de un Estado Parte. Estos criterios de conexión funcionan de manera alternativa, por lo que si un nacional de un Estado Parte comete un crimen dentro de la competencia de la Corte en el territorio de un Estado que no es parte del Estatuto, la CPI tendrá competencia sobre dicho crimen. *Mutatis mutandi*, si uno de los crímenes dentro de la competencia de la CPI es cometido por un nacional de un Estado que

⁵⁷ Véase CASSESE, Antonio. *Op. cit.*, pp. 340 y ss.

no es Parte del Estatuto dentro del territorio de un Estado Parte, la Corte podrá también ejercer su competencia por dicho crimen.

Ahora bien, más allá de la vocación universal de la CPI, lo cierto es que la misma no opera bajo el principio de jurisdicción universal, ya que se deberá tomar en cuenta los conectores tradicionales de territorialidad y nacionalidad, a los que acabamos de hacer referencia, al momento de establecer la competencia del tribunal. No obstante, sí existe un supuesto de aplicación del principio de universalidad: la remisión de un caso al Fiscal de la CPI por parte del Consejo de Seguridad de la ONU, según lo estipulado en el artículo 13.b del Estatuto.⁵⁸ En dicha situación, no es necesario cumplir con los requisitos de territorialidad y nacionalidad. En este sentido, cabe referirnos a la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad, adoptada el 31 de marzo de 2005, en la cual, basándose en el capítulo VII de la Carta de la ONU, el Consejo de Seguridad decidió remitir al Fiscal de la CPI, Luis Moreno-Ocampo, la situación en Darfur por los hechos cometidos a partir del 1 de julio de 2002.

Con respecto a la competencia *ratione personae* cabe también precisar que el Estatuto de Roma es aplicable exclusivamente a las personas naturales. Asimismo, quedan excluidos de la competencia de la Corte los menores de edad, entendiéndose como aquellas personas que, *al momento de la comisión de los hechos criminales*, eran menores de 18 años de edad. Finalmente, la competencia de la Corte se extiende también a aquellas personas que gozan de inmunidades según el Derecho Internacional y/o el Derecho interno de sus Estados, por lo que el Estatuto de Roma recoge la irrelevancia del cargo oficial para efectos de la atribución de la responsabilidad penal internacional del individuo así como para las consecuencias de dicha responsabilidad.

Ello dicho, cabe ahora referirnos al artículo 27 del Estatuto de Roma, el cual establece lo siguiente:

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.

⁵⁸ Sobre la competencia *ratione personae*, *ratione loci* y *ratione temporis*, véase PARDO, Fernando. «La Corte Penal Internacional y su competencia *ratione personae*, *ratione loci* y *ratione temporis*». En Elizabeth Salmón (coordinadora). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. Lima: PUCP, 2001, pp. 55-74.

Las disposiciones relativas a la irrelevancia del cargo oficial contenidas tanto en el Tratado de Versailles, en los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales instaurados tras la Segunda Guerra Mundial, en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, así como en los Estatutos de los tribunales ad hoc sirvieron como importantes precedentes para el artículo 27, precedentes que fueron tomados en cuenta por el Comité Preparatorio creado para el establecimiento de la Corte Penal Internacional. De este modo, en agosto de 1996, dicho comité adoptó, en un primer volumen, el informe de sus dos primeras sesiones, donde expresó el amplio consenso existente «for the Statute to disallow any plea of official position as head of state or government or as a responsible government official».⁵⁹ A su vez, en el volumen II de dicho informe se hizo alusión expresa a la irrelevancia del cargo oficial, y se presentó una propuesta de lo que es hoy el párrafo dos del artículo 27.

En este sentido, el objetivo principal del artículo 27 fue clarificar el alcance de la responsabilidad penal individual por los crímenes de Derecho Internacional. Como bien precisa Triffterer,⁶⁰ el Comité Preparatorio consideró que con la afirmación de la responsabilidad penal individual de los Jefes de Estado así como la afirmación de la irrelevancia del cargo oficial, no era necesario hacer una alusión expresa a las inmunidades. Después de todo, no se había hecho esta referencia explícita a la desestimación de las inmunidades en el artículo 7 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, ni tampoco en los Estatutos de los tribunales ad hoc, en los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales, o en el Tratado de Versailles, ya que se presumía que la irrelevancia del cargo oficial para efectos de la atribución de la responsabilidad penal internacional del individuo llevaba automáticamente a la aceptación de la jurisdicción del tribunal y la desestimación de la inmunidad del funcionario estatal. En otras palabras, la afirmación de la responsabilidad traía efectos directos sobre las consecuencias por dicha responsabilidad.

A pesar de ello, se decidió finalmente incluir de manera expresa la desestimación de las inmunidades. Ello recoge tanto lo precisado por la Cámara de los Lores en el caso *Pinochet*, por la CIJ en el caso *Yerodia*, así como la práctica de otros tribunales internacionales, quienes han afirmado que no se podrá alegar el principio de inmunidad ante los tribunales penales internacionales. De este modo, el Comité Preparatorio del Estatuto de Roma apostó por la fórmula de dos párrafos, regulando en el primero de ellos la atribución de la responsabilidad penal internacional del individuo, y reservando el segundo para establecer las consecuencias de dicha responsabilidad, o sea la

⁵⁹ Véase TRIFFTERER, Otto. «Article 27». En Otto Triffterer (editor). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*. Baden-Baden: Verlagsgesellschaft, 1999, p. 506.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 505-506.

atribución de competencia a la Corte, y la desestimación de las inmunidades, sean de carácter internacional o interno. Así, la inclusión del párrafo segundo respondió a la necesidad de hacer frente a las obligaciones de los Estados para con la CPI teniendo en cuenta aquellas otras en torno a sus deberes de cumplimiento de disposiciones internacionales y de normas internas que regulen las inmunidades.⁶¹ En este sentido, como bien apunta Akande,⁶² mientras que el artículo 27.1, más que analizar el tema de la inmunidad, analiza la responsabilidad de los agentes estatales por la comisión de crímenes internacionales, (disposición cuya esencia, por lo tanto, radica en establecer la irrelevancia del cargo oficial para efectos de la atribución de la responsabilidad penal individual), el artículo 27.2 establece de manera explícita el rechazo a las inmunidades tanto de carácter internacional como de carácter interno, siendo esta última disposición, a diferencia de aquella contenida en el 27.1, una disposición novedosa en el Derecho Internacional.

Sin embargo, un mayor análisis del primer párrafo del artículo 27 nos demuestra que dicha disposición sí tiene como efecto remover por lo menos algunas inmunidades de las que gozan ciertos altos funcionarios estatales, teniendo en cuenta que «questions of legal responsibility are not wholly separate from questions of immunity».⁶³ Asimismo, continúa Akande, al precisar que el Estatuto de Roma es también aplicable a altos funcionarios estatales, el artículo 27.1 establece que aquellos agentes están, efectivamente, sujetos a la persecución de la CPI incluso cuando estos actuaron en su capacidad oficial. De ello se desprende que el artículo 27.1 también tiene una naturaleza jurisdiccional. Por consiguiente, la segunda oración del 27.1 excluye, de manera implícita, aquellas inmunidades conferidas en torno al carácter oficial del acto, mientras que la primera oración establece, también de manera implícita, que el estatus oficial del acusado no lo excluirá de la jurisdicción de la Corte.⁶⁴

Ahora bien, dicho ello, cabe detenernos en analizar los distintos elementos que configuran el artículo 27.⁶⁵ Así, el artículo 27.1 señala expresamente que el Estatuto de Roma es aplicable «por igual a todos», por lo que se enfatiza que la responsabilidad penal internacional del individuo, según lo estipulado en el artículo 25, es aplicable por igual a toda persona, sin excepciones. Dicha disposición guarda relación con otras disposiciones contenidas en el Estatuto, tales como aquellas contenidas en el artículo 28 relativas a la responsabilidad de los jefes y otros superiores. En este

⁶¹ *Ibid.*, p. 508.

⁶² AKANDE, Dapo. «International Law Immunities and the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, (julio 2004), Vol. 98, N° 3, p. 419.

⁶³ *Ibid.*, p. 419.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 419-420.

⁶⁵ Al respecto, véase TRIFFTERER, Otto. *Op. cit.*, pp. 508 y ss.

sentido, lo que se busca afianzar con esta inclusión universal es justamente evitar la impunidad, por lo que, como bien establece Triffterer,⁶⁶ el artículo 27 es una de las más claras manifestaciones, dentro del Estatuto, del objetivo de dicho instrumento de cumplir con aquello establecido en el quinto párrafo del Preámbulo del mismo: «Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes». Al establecer el vínculo entre el artículo 27 y el quinto párrafo del Preámbulo del Estatuto podemos por lo tanto confirmar que, precisamente, la desigualdad ha sido tradicionalmente una de las principales causas de la impunidad. Un claro ejemplo de ello ha sido la persecución y sanción de funcionarios estatales con rangos inferiores por la comisión de crímenes ordenados por sus superiores. Asimismo, cabe precisar que si bien el término «por igual a todos» alude claramente al cargo oficial, los trabajos preparatorios del Estatuto nos demuestran, como bien apunta Triffterer, que no quedan excluidas del alcance de esta disposición otras distinciones tales como aquellas basadas en la culpabilidad individual o la intensidad de participación.⁶⁷

En lo que atañe al término «cargo oficial», el mismo tiene un alcance amplio y alude a todo tipo de inmunidades que podrían ser alegadas como exención de la responsabilidad penal. En esta medida, los ejemplos brindados en el párrafo primero del artículo del artículo 27 (Jefes de Estado, Jefes de Gobierno, miembros de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno) son meramente ejemplificadores, ya que el artículo 27 alude a *todo* cargo oficial, tanto a nivel internacional como a nivel nacional, por lo que los cargos mencionados responden al hecho, según Triffterer, de que dichos cargos son los que más se prestan a abusos de poder.⁶⁸ Por otro lado, según Triffterer, es irrelevante si el ejercicio de las capacidades oficiales responde a una naturaleza *de jure* o *de facto*.⁶⁹ Es atendiendo a ello que la CDI precisó, en sus trabajos preparatorios en torno a la elaboración del Proyecto de Artículos sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1991, lo siguiente:

[t]he words «he acts» apply to the exercise of both legal powers and factual powers. If a person was acting as though he were head of State of Government or a government official when in fact he was not, he would incur criminal responsibility just as much, if the acts committed were criminal acts under the code.⁷⁰

⁶⁶ *Ibid.*, p. 509.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 509-510.

⁶⁹ Al respecto, cabe hacer alusión al caso *Kambanda* ante el TPIR, donde este tribunal hizo alusión al ejercicio de la autoridad de Jean Kambanda, efectuada tanto de manera *de jure* como de manera *de facto*. Véase Tribunal Penal Internacional para Ruanda, sentencia del 4 de septiembre de 1998 (Cámara de Primera Instancia), *Prosecutor vs. Kambanda*, caso N° ICTR-97-23-S, pág. 39.

⁷⁰ Véase informe de la Comisión de Derecho Internacional en su sesión N° 40, 9 de mayo al 29 de julio de

En efecto, el artículo 27 tiene un alcance sobre todo cargo oficial, más allá del nivel jerárquico del agente, por lo que puede abarcar todo el espectro desde un funcionario estatal hasta el Jefe de Estado o Jefe de Gobierno. En lo que atañe a los miembros del gobierno o parlamento, Triffterer precisa que ello incluye toda persona que ocupe un puesto o un asiento dentro del Poder Ejecutivo o Legislativo, respectivamente, sea a nivel federal, estatal o municipal, y al margen de que los mismos hayan sido electos o nombrados. Precisamente, es irrelevante también la forma en que dicho agente llegó a ocupar su cargo.⁷¹

En cuanto a la expresión «en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal», dicha precisión tiene como objetivo aclarar que no existe excepción alguna, basada en el cargo oficial, para quedar exento de la responsabilidad penal individual. Así, los efectos procedimentales de esta regla radican en que la Corte no tendrá que indagar en el alcance o la naturaleza del cargo que ocupaba el agente acusado al momento en que este último cometió el presunto acto criminal. La alusión al cargo, por lo tanto, se plantea como una situación hipotética: incluso si tal persona ocupó tal o cual cargo, ello no le eximirá de responsabilidad penal.⁷²

A su vez, con respecto a la precisión que señala que el cargo oficial de la persona no «constituirá per se motivo para reducir la pena», cabe señalar que, efectivamente, el cargo oficial no solo es irrelevante como exención de pena ni constituirá, per se, motivo para reducir la pena, sino que, por el contrario, podrá considerarse que el abuso del cargo constituye un agravante.⁷³ En este sentido, los tribunales penales internacionales precedentes a la CPI han hecho especial hincapié, en su jurisprudencia, en la especial gravedad del abuso del cargo oficial para la comisión de crímenes internacionales.

Ahora bien, una vez analizados los elementos que configuran el primer párrafo del artículo 27, cabe detenernos en analizar el segundo párrafo. Al respecto, podemos referirnos a lo apuntado por Broomhall,⁷⁴ quien establece que el régimen de las inmunidades dentro del Estatuto de Roma deberá ser analizado con relación a lo siguiente: en primer lugar, a los procedimientos ante la propia CPI, en segundo lugar, con relación a la entrega de un sospechoso por parte de su Estado nacional, respondiendo a una solicitud de la Corte (donde entran en juego las inmunidades conferidas por el Derecho interno de dicho Estado), y en tercer lugar, con relación a la entrega de un sospechoso por parte de un tercer Estado (que no es el Estado nacional del

1988, U.N. Doc. A/43/10 (1988) 2 Y.B.I.L.C., Parte 2, 71. Véase referencia en TRIFFTERER, Otto, *Op. cit.*, nota 12.

⁷¹ TRIFFTERER, Otto. *Op. cit.*, pp. 510-511.

⁷² *Ibid.*, p. 511.

⁷³ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁷⁴ BROOMHALL, Bruce. *Op. cit.*, p. 137.

sospechoso), como respuesta a una solicitud de la Corte (donde entran en juego las inmunidades conferidas por el Derecho Internacional).

En este orden de ideas, cabe relacionar el párrafo segundo del artículo 27 con la enumeración de cargos oficiales contenida en el primer párrafo. De este modo, tal como señala Gaeta,⁷⁵ la *raison d'être* de la enumeración de cargos oficiales contenida en el artículo 27.1 se basa en el hecho de la existencia, dentro de los ordenamientos nacionales, de inmunidades funcionales conferidas a ciertos agentes estatales, particularmente Jefes de Estado, miembros del gobierno y miembros del parlamento. Akande⁷⁶ comparte esta opinión al precisar que el artículo 27.1 alude también a la desestimación de inmunidades, en este caso inmunidades funcionales contenidas tanto en el Derecho interno como en el Derecho Internacional. Es atendiendo a ello que Gaeta precisa lo siguiente:

Within the framework of, and with reference to complementarity, Article 27(1) makes it clear that—whenever a State exercises its jurisdiction over one of the crimes under Article 5, the possible application of national legislation on functional immunities runs counter to the Statute. Consequently, the Court is entitled to exercise its jurisdiction.⁷⁷

Ahora bien, retornando al análisis del 27.2, cabe precisar que dicha disposición desestima tanto las inmunidades *ratione materiae* como las inmunidades *ratione personae*, pues es irrelevante si al momento de la presunta comisión del acto delictivo o al momento en que la Corte ejerza su competencia, el acusado gozaba de una u otra de estas dos clases de inmunidades.⁷⁸ En este sentido, al no distinguir entre las inmunidades *ratione materiae* y las inmunidades *ratione personae*, la CPI podrá juzgar tanto a antiguos Jefes de Estado como a Jefes de Estado en actividad, siempre y cuando los mismos se encuentren bajo la custodia de la Corte. Entre otros efectos, un efecto esencial de ello es contribuir al potencial de la Corte de tomar acciones respecto a situaciones continuas. Ello, sobre todo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 58.1.b.iii del Estatuto, el cual establece que la Corte podrá emitir una orden de detención cuando esta parezca necesaria para impedir que una persona siga cometiendo un mismo crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.⁷⁹ Podemos vislumbrar el efecto preventivo —y, en cierta medida, inmediato (dependiendo de la cooperación de los Estados y las circunstancias contempladas en el artículo 98 del Estatuto)— de esta disposición. En este sentido, la desestimación de la inmunidad personal permite a la Corte ejercer

⁷⁵ GAETA, Paola. *Op. cit.*, p. 991.

⁷⁶ AKANDE, Dapo, *Op. cit.*, pp. 419-420.

⁷⁷ GAETA, Paola. *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁸ TRIFFTERER, Otto. *Op. cit.*, p. 512.

⁷⁹ BROOMHALL, Bruce. *Op. cit.*, pp. 138-139.

su competencia sobre un Jefe de Estado en actividad que se encuentre ordenando o cometiendo crímenes internacionales. De no permitirse una excepción al principio de inmunidad *ratione personae* (existe tan solo una excepción a la inmunidad funcional o la inmunidad *ratione materiae*) la Corte tendría que esperar a que dicho Jefe de Estado cese en sus funciones para poder juzgarlo, por lo que estaríamos ante una situación de impunidad, por lo menos temporalmente, que tendría efectos no solo en cuestiones de justicia sino también, y peor aún, en la probable continuidad de la comisión de crímenes internacionales.

La desestimación de ambos tipos de inmunidades resalta también el principio de igualdad, no solamente entre aquellas personas que ostentan un cargo oficial y gozan del principio de inmunidad y el resto de individuos que no gozan de dicho principio, sino también entre los propios agentes estatales. Como hemos tenido oportunidad de apuntar, el principio de inmunidad personal se limita a aquellos agentes estatales que ocupan los más altos rangos dentro de la jerarquía estatal. De este modo, al no distinguir entre ambos tipos de inmunidades, no se distingue, para efectos de la imputación de la responsabilidad penal individual y la activación de la jurisdicción de la Corte, entre aquellos altos funcionarios que gozan de la inmunidad personal y aquellos otros funcionarios que solamente gozan de inmunidad funcional.⁸⁰

Por otro lado, en lo que atañe al término «normas de procedimiento», este alude a toda regulación nacional, más allá de la jerarquía, así como toda regla del Derecho Internacional general o especial. Por su parte, la alusión a la jurisdicción tiene como objetivo enfatizar que la desestimación de la inmunidad no solo opera para efectos de la imputación de la responsabilidad penal individual; en efecto, la inmunidad tampoco podrá ser alegada como una forma de lograr la impunidad por razones procedimentales. Es por este motivo que la jurisdicción de la Corte no requiere una renuncia o «*waiver*» a la inmunidad.⁸¹ Así, el párrafo segundo del artículo 27 parte de la premisa que la persona en cuestión se encuentra «disponible» para ser juzgada.

La alusión a las normas relativas a la inmunidad dentro del ordenamiento interno plantea una intrínseca relación entre la Corte y los Estados. En efecto, como bien señala Broomhall,⁸² el régimen de inmunidades con respecto a la entrega de un sospechoso por parte de su Estado se encuentra intrínsecamente vinculado con el principio de complementariedad que caracteriza el funcionamiento de la Corte. Así, la Corte solo podrá ejercer su competencia sobre un caso cuando el Estado en cuestión

⁸⁰ *Ibid.*, p. 139.

⁸¹ Ello difiere de la renuncia a la inmunidad para efectos de la entrega del acusado, según lo estipulado en el artículo 98, disposición que analizaremos en breve.

⁸² BROOMHALL, Bruce. *Op. cit.*, p. 139.

no pueda o no quiera ejercer la jurisdicción penal (artículo 17.1.a del Estatuto). Por lo tanto, la primacía de la cual gozan los ordenamientos internos frente a la CPI les exige implementar el Estatuto de Roma y adecuar sus disposiciones internas en torno al mismo, ya que se podrá interpretar que un Estado que no haya adecuado sus disposiciones internas al Estatuto de Roma «no podrá» (según los términos del artículo 17) —o «no querrá», si es que no existe una voluntad para hacerlo— ejercer su competencia por los presuntos actos criminales. En este sentido, el principio de complementariedad permite a los Estados participar de manera directa en la represión de los crímenes, y se presenta como un verdadero incentivo para que los Estados ejerzan la jurisdicción sobre sus propios nacionales, incluyendo a sus propios agentes.⁸³ Por consiguiente, si bien el Estatuto de Roma no plantea, según Kleffner, una obligación *expresa* de implementar, dicha obligación se desprende del objeto y fin del tratado, atendiendo tanto al principio de complementariedad como a la obligación que tienen los Estados Parte al Estatuto de Roma de cooperar con la CPI.⁸⁴

En esta medida, cabe traer a colación lo precisado en el artículo 88 del Estatuto de Roma (ubicado dentro de la Parte IX relativa a la cooperación internacional), el cual establece que «los Estados Parte se asegurarán de que en el Derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte». Por consiguiente, uno de los requisitos de la aplicación del principio de complementariedad consiste en que los Estados remuevan, para el ejercicio de su jurisdicción *respecto a aquellos crímenes que caen bajo la competencia de la CPI*, aquellas inmunidades conferidas bajo los ordenamientos internos.⁸⁵

En efecto, «for the first time an international treaty obliges States to comply with and implement the principle that no individual, not even those who occupy the highest position in the State hierarchy, may eschew the criminal jurisdiction of national courts, if accused of one of the crimes provided for in Article 5 of the Statute».⁸⁶ Es así como los gobiernos han barajado un amplio espectro de posibilidades legislativas para hacer frente a esta obligación. Tal como señala Broomhall,⁸⁷ la enmienda a aquellas disposiciones constitucionales relativas a las inmunidades internas (muchas de ellas disposiciones que han estado presente a lo largo de toda la historia constitucional del propio Estado) suele ser una tarea engorrosa, por lo que muchos Estados han optado por otras soluciones, tales como adoptar enmiendas que permitan la entrega a la CPI,

⁸³ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁸⁴ Véase KLEFFNER, Jann. «The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law». *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, N° 1, 2003, pp. 88-89.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 103.

⁸⁶ GAETA, Paola. *Op. cit.*, p. 1001.

⁸⁷ BROOMHALL, Bruce. *Op. cit.*, p. 141.

sin remover aquellas inmunidades que impidan a las autoridades judiciales de dichos Estados juzgar a sus propios agentes —de ello se desprende que el Estado estaría renunciando a su primacía de jurisdicción—. Otra solución puede ser alcanzada por medio de la interpretación, por lo que las disposiciones internas relativas a la regulación de inmunidades podrán ser interpretadas de modo tal que permitan a los Estados iniciar procedimientos internos así como entregar a los sospechosos ante la CPI. Por su parte, Gaeta también enfatiza la exigencia de la implementación del Estatuto dentro de los ordenamientos internos, exigencia que según la autora se desprende del artículo 27:

[...] It can thus be said that Article 27(1) of the Statute might have the knock-on effect of compelling contracting States to remove or repeal national legislative provisions in substantive or procedural immunities accruing to individuals discharging certain official functions. These legislative changes will enable *national courts* to exercise their jurisdiction for the prosecution and trial of the crimes covered by Article 5.⁸⁸

Por lo tanto, mientras que el artículo 27(1) *presupone*, implícitamente, la adaptación del ordenamiento interno al Estatuto de Roma, el artículo 27.2 *exige*, legalmente, dicha adaptación, al leerse de manera conjunta con el artículo 88.⁸⁹

El impacto del artículo 27 no solo se da sobre la regulación nacional de las inmunidades, sino también sobre la regulación internacional de las inmunidades. Ahora bien, la derogación o desestimación de las inmunidades planteadas en el artículo 27 opera a nivel vertical, o sea, opera en la relación entre los Estados y la CPI.⁹⁰ Sin embargo, cabe analizar si dicha derogación puede entenderse como una derogación también a nivel horizontal, o sea una derogación entre los Estados de la comunidad internacional. Para ello, será necesario analizar el artículo 27 del Estatuto (particularmente el párrafo segundo) a la luz del artículo 98.1 del mismo instrumento.

6.2. El principio de inmunidad frente a obligaciones concurrentes de los Estados bajo el Derecho Internacional

El artículo 98.1 del Estatuto de Roma establece lo siguiente:

La Corte podrá negarse a dar 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 obtenga la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

⁸⁸ GAETA, Paola. *Op. cit.*, p. 957.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*, p. 1000.

De este modo, el artículo 98 tiene como objetivo evitar el conflicto de intereses entre los Estados al momento en que la Corte requiera la cooperación de un Estado para poder ejercer su competencia.⁹¹ Ello responde al hecho de que los Estados pueden celebrar tratados bilaterales o multilaterales en los cuales acuerden reconocer las inmunidades *ratione personae* o *ratione materiae* de sus funcionarios. Asimismo, muchas de estas inmunidades tienen su origen en obligaciones internacionales consuetudinarias. Por lo tanto, al momento de ratificar el Estatuto, un Estado podrá verse sometido ante obligaciones concurrentes derivadas de dichos acuerdos o dichas obligaciones. Al margen de ello, y al margen de lo dispuesto en el artículo 98, aquellas obligaciones no podrán obstaculizar, en *teoría*, la jurisdicción de la Corte. Pero pareciera que sí podrían obstaculizarla en la *práctica* y, contrariamente a lo establecido en el artículo 27, impedir u obstaculizar a la Corte a que ejerza su jurisdicción sobre un individuo que goza de inmunidades, siempre y cuando la Corte no pueda asegurar, por ningún otro medio, la presencia del sospechoso ante la misma, teniendo en cuenta que el Estatuto de Roma prohíbe los juicios *in absentia*. Analizaremos, por lo tanto, los efectos prácticos de la aplicación de ambos artículos en las líneas siguientes.

Ahora bien, es importante enfatizar el hecho de que el Estatuto de Roma *no prevé* situaciones en que se pueda invocar el principio de inmunidad ante la CPI. De este modo, el artículo 98 *no* se presenta como una excepción al principio de inmunidad, sino que plantea un requisito procedimental y de jurisdicción: la renuncia a la inmunidad de un funcionario estatal por parte de un tercer Estado⁹². Al respecto, cabe traer a colación lo apuntado por Prost y Schlunck, quienes hacen la siguiente precisión con respecto al artículo 98:

It is important to note that this provision does not accord an immunity from prosecution to individuals, which the Court may seek to prosecute. Article 27 makes it clear that no such immunity is available. This particular article does not reduce the effect of article 27 in any way. A person sought for arrest for prosecution by the Court cannot claim an immunity based on official capacity nor does such capacity [e]ffect the jurisdiction of the Court over the person.⁹³

Como podemos apreciar, el artículo 98 no reduce o elimina en absoluto el alcance del artículo 27. De este modo, ambos artículos no son incompatibles. Empero, tam-

⁹¹ TRIFFTERER, Otto. *Op. cit.*, p. 513.

⁹² Véase SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 64.

⁹³ PROST, Kimberly y Angelika SCHLUNCK. «Article 98». En Otto Triffterer (editor). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*. Baden-Baden: Verlagsgesellschaft, 1999, p. 1132.

poco estamos en un escenario donde el Estatuto haya *eliminado* las inmunidades, pues, como bien apuntan Lirola Delgado y Martín Martínez:

El Estatuto de la CPI no ha *eliminado* las inmunidades de las que gozan los jefes de Estado y de gobierno en el marco del derecho internacional y el derecho interno, y que seguirán beneficiando a los jefes de Estado en activo, sino que se limita a establecer un régimen que permite *desactivar* con carácter general las inmunidades para el supuesto de que la Corte tenga que ejercitar su competencia sobre una persona que, en principio, pudiera beneficiarse de las mismas». ⁹⁴ (la cursiva es nuestra).

Por lo tanto, el artículo 98 opera solamente ante una circunstancia determinada: cuando la solicitud de entrega emitida por la Corte, exigiendo una persona que goza del beneficio de la inmunidad, requiera que un Estado Parte deba violar una obligación de Derecho Internacional asumida para con un tercer Estado. A su vez, el agente requerido deberá encontrarse fuera del territorio de su Estado, y en el territorio de un tercer Estado. De este modo, «aunque el Estatuto es taxativo en cuanto al régimen aplicable si la CPI ejerce su competencia, es evidente que no puede per se cambiar otros regímenes existentes en Derecho Internacional». ⁹⁵

Por consiguiente, el artículo 98 plantea una relación triangular: en la cúspide del triángulo se encuentra la CPI, que forma una relación vertical entre ella y el Estado requerido, el cual será siempre un Estado Parte (ya que la Corte no podrá solicitar la entrega de un sospechoso a un Estado que no es Parte del Estatuto, con la excepción de la activación de la competencia de la Corte tras la remisión de una situación por parte del Consejo de Seguridad.) Ahora bien, el tercer ángulo, o sea la segunda Parte ubicada en la base del triángulo, se encuentra formada por un tercer Estado, el Estado requirente, que será el Estado nacional del sospechoso. Así, la relación entre el Estado requerido y el Estado requirente será una relación horizontal (si graficamos el ejemplo, será fácil constatar esta horizontalidad si ubicamos estos dos Estados en la base del triángulo).

En esta medida, estamos, según Lirola y Martín, ante una disposición de *lex specialis* que le exige a la Corte no poner a un Estado Parte ante una situación conflictiva frente a otras obligaciones internacionales. Por ende, de la lectura literal de la disposición del 98.1, se desprende que la Corte deberá buscar una renuncia a la inmunidad del agente *antes* de dar curso a una solicitud de entrega. De este modo, la Corte tendrá dos opciones de acción: o no dar curso a dicha solicitud, o iniciar las negociaciones con el tercer Estado para obtener la renuncia a la inmunidad. Tal como señalan Prost

⁹⁴ LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena MARTÍN MARTÍNEZ. *La Corte Penal Internacional, Justicia vs. Impunidad*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 145.

⁹⁵ *Ibid.*

y Schlunck,⁹⁶ la CPI tiene entonces la obligación de acudir a estas dos opciones antes de dar curso a la solicitud. En el caso de que la Corte decida continuar con la solicitud, y desestimar esta obligación, el Estado requerido podrá dar a conocer esta situación ante la propia Corte y expresarle a la misma la necesidad de que ella obtenga una renuncia a la inmunidad. A pesar de ello, continúan las autoras, quedará finalmente al libre albedrío de la Corte obtener dicha renuncia, ya que ello no se encuentra regulado expresamente dentro del Estatuto.

De lo apuntado hasta ahora pareciera que el artículo 98 presenta un verdadero obstáculo para el cumplimiento de lo establecido en el artículo 27. Sin embargo, el verdadero alcance de esta primera disposición nos exige acudir a una interpretación más allá del sentido literal. Al respecto, cabe traer a colación lo establecido en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969. Esta última disposición establece que «Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y *teniendo en cuenta su objeto y fin*» (la cursiva es nuestra). Considerando que una interpretación literal en el sentido corriente del artículo 98, que torne inoperativa la disposición contenida en el artículo 27, atenta contra el objeto y fin del tratado —evitar la impunidad de los autores de crímenes internacionales— será necesario acudir a una interpretación del artículo 98.1 que sea coherente justamente con el objeto y fin del Estatuto de Roma.

En efecto, son dos las interpretaciones que podrán hacerse del artículo 98.1.⁹⁷ La primera de ellas consiste en llevar a cabo una interpretación literal, por lo que surge un problema de coordinación y compatibilidad con el artículo 27. Bajo esta interpretación, la Corte solamente podrá emitir una orden de solicitud una vez que haya obtenido la renuncia a la inmunidad por parte del Estado requirente, *al margen de que el Estado requirente sea o no un Estado Parte*. En este sentido, bajo esta interpretación, el término «tercer Estado» contemplado en el artículo 98.1 no alude a un Estado que no es Parte del Estatuto, sino que se plantea en oposición al Estado requerido. Por lo tanto, «el tercer Estado» vendría a ser el Estado requirente, nacional del sospechoso. De este modo, bajo esta primera interpretación, la renuncia a la inmunidad por un tercer Estado constituiría siempre una *conditio sine qua non* para la ejecución de una orden de detención y solicitud de traslado con respecto a individuos que gozan de inmunidades personales según el Derecho Internacional. Según Akande,⁹⁸ esta primera interpretación no anula del todo el efecto del artículo 27, pero le deja poco alcance

⁹⁶ PROST, Kimberly y Angelika SCHLUNCK. *Op. cit.*, p. 1133.

⁹⁷ Véase GAETA, Paola. *Op. cit.*, pp. 962 y ss.

⁹⁸ AKANDE, Dapo. *Op. cit.*, p. 424.

al mismo. Por lo tanto, coincidimos plenamente con Gaeta al considerar que esta primera interpretación es incoherente con el objeto y fin del tratado.⁹⁹ Precisamente, al admitir que la renuncia de la inmunidad será siempre necesaria, más allá de que el Estado requirente sea o no un Estado Parte, estaríamos admitiendo que, en efecto, el artículo 27.2 resulta bastante inútil. Pues, como bien señala Akande, el artículo 27.2 resultaría efectivamente inútil si no se prevé supuesto alguno en que los individuos que gocen de las inmunidades personales puedan ser llevados ante la Corte.¹⁰⁰ Por consiguiente, de aceptar esta primera interpretación, tendríamos que aceptar que el único supuesto en que un individuo que goce de estas inmunidades pueda ser juzgado por la Corte, por lo tanto, el único supuesto donde el artículo 27 sería aplicable, sería el supuesto —bastante improbable— en que un individuo que goce de estas inmunidades se apersona voluntariamente ante la Corte. Ello, claro está, al margen del supuesto de la remisión por parte del Consejo de Seguridad.

Por lo tanto, para dotar no solo de utilidad sino también de sentido al artículo 27, será necesario acudir a una interpretación más realista e integradora del artículo 98.1, precisamente aquella que guarde coherencia con el objeto y fin del tratado. Así, Gaeta¹⁰¹ es de la posición que el artículo 98.1 solamente exigirá la renuncia de la inmunidad, como *conditio sine qua non* para que la Corte emita una orden de detención, cuando el Estado requerido haya contraído una obligación internacional con un Estado que *no* es Parte del Estatuto de Roma. Solamente en este supuesto es que el Estatuto de Roma mantiene las inmunidades personales establecidas en el Derecho Internacional consuetudinario de aquellos funcionarios de los Estados que no hayan ratificado el Estatuto.¹⁰² Como bien precisa Akande:

A more compelling argument in support of the view that article 98.1 benefits only non-parties is that an interpretation that allows officials of states parties to rely on international law immunities when they are in other states would deprive the statute of its stated purpose of preventing impunity and ensuring that the most serious crimes of international concern do not go unpunished.¹⁰³

Por lo tanto, para que sea aplicable el supuesto previsto en el artículo 98.1, el tercer Estado —bajo esta segunda interpretación, deberá entenderse al término «tercer Estado», como Estado no parte al Estatuto¹⁰⁴— en la relación triangular (el Estado requirente) deberá ser un Estado no Parte del Estatuto que no tenga una obligación

⁹⁹ GAETA, Paola. *Op. cit.*, p. 993.

¹⁰⁰ AKANDE, Dapo. *Op. cit.*, p. 425.

¹⁰¹ GAETA, Paola. *Op. cit.*, p. 994.

¹⁰² Ello siempre y cuando la Corte no obtenga, previamente, una renuncia de inmunidad por parte del Estado no parte al Estatuto.

¹⁰³ AKANDE, Dapo. *Op. cit.*, p. 423.

¹⁰⁴ Véase GAETA, Paola. *Op. cit.*, p. 994.

de cooperar con la Corte y que no esté obligado bajo el principio de complementariedad. En efecto, la lógica detrás de esta segunda interpretación radica en el hecho de que el tercer Estado (que no es Parte del Estatuto), al no estar vinculado con la Corte, no tiene la obligación, ante la CPI, de juzgar a un nacional suyo del cual se sospecha haya cometido algún crimen dentro de la competencia de la CPI. Por consiguiente, el Estado requirente, que no ha ratificado el Estatuto de Roma, no tiene una relación vertical para con la CPI, y se deberá honrar las obligaciones internacionales contraídas entre el Estado requerido, que es Parte del Estatuto, y el Estado requirente que no es Parte del Estatuto, por lo que la CPI deberá esperar, en esta situación, a que se de una renuncia a la inmunidad del agente por parte del Estado requirente para poder proceder con la orden de detención. Esta situación tiene una excepción: la remisión de un caso por el Consejo de Seguridad, donde se activa el artículo 103 de la Carta de la ONU, por lo que todos los Estados miembros de la ONU tendrán la obligación de cooperar en la entrega y/o detención del acusado, más allá del consentimiento de los Estados implicados.¹⁰⁵

Tal como podemos apreciar, la derogación de las inmunidades planteada en el artículo 27 del Estatuto no solo opera a nivel vertical (entre la CPI y el Estado requerido) sino que opera también a nivel horizontal en las relaciones *vis-à-vis* entre los Estados Parte al Estatuto de Roma. Precisamente, si el Estado requerido se encuentra obligado *vis-à-vis* con un Estado Parte al Estatuto, no se requiere una renuncia previa a la inmunidad, por parte del Estado requirente, para que la Corte pueda emitir una orden de detención o traslado de aquellos individuos que, en las relaciones internacionales entre el Estado requerido y el Estado requirente, gozan de inmunidades. Después de todo, aquel Estado requirente que haya ratificado el Estatuto de Roma tiene también la obligación de cooperar con la Corte. En este sentido, en virtud del artículo 98.1 así como la obligación de cooperación con la Corte plasmada en los artículos 86 y siguientes del Estatuto de Roma, el Estado requerido se encuentra obligado a acatar una solicitud de entrega de la Corte aun si el Estado requirente —siempre y cuando sea un Estado Parte al Estatuto— no tenga la intención de renunciar a la inmunidad del acusado.

Como bien precisa Gaeta,¹⁰⁶ esta segunda interpretación del artículo 98.1 se basa en el principio de efectividad, por lo que ella permite que el artículo 27.2 adquiera su propia *raison d'être*, y gracias a la cual la Corte podrá ejercer su jurisdicción sobre aquellas personas que gocen, en el Estado requerido que ha procedido a su detención y entrega a la CPI, de inmunidades personales derivadas del Derecho Internacional. En esta medida, cabe traer a colación lo apuntado por Wirth, quien señala que al momento

¹⁰⁵ LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena MARTÍN MARTÍNEZ. *Op. cit.*, p. 146.

¹⁰⁶ GAETA, Paola. *Op. cit.*, pp. 994-995.

en que un Estado Parte acepta, bajo la primera oración del artículo 27.1, que el Estatuto es aplicable a sus funcionarios estatales, acepta por ende que todo el Estatuto es aplicable a dichos funcionarios, incluyendo la parte relativa a la cooperación. En efecto, precisa que «Thus, the States parties to the Statute have waived any existing immunities concerning application of the Statute, including the Cooperation Regime in part IX. Moreover, they have also submitted to an obligation not to establish any new immunities».¹⁰⁷ Atendiendo a ello podemos afirmar que el Estatuto de Roma que crea la CPI no deroga las inmunidades generales del Derecho Internacional, sino tan solo las deroga para efectos de la entrega ante la CPI, tanto a nivel vertical, como a nivel horizontal en las relaciones internacionales entre los Estados Parte al Estatuto.¹⁰⁸

Podemos entonces concluir que, en vista de que las inmunidades de un funcionario estatal de un Estado Parte al Estatuto (el Estado requirente) son derogadas por el Estatuto de Roma para efectos de su entrega a la CPI, un Estado Parte requerido, donde se encuentre dicho funcionario, que detenga y entregue a dicho funcionario ante la CPI, no estaría actuando «en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el Derecho Internacional».¹⁰⁹

De este modo, la práctica de muchos Estados subsiguiente a su ratificación del Estatuto deja constancia de que los mismos han aceptado la aplicabilidad del artículo 98.1 solamente frente a Estados que no son parte del Estatuto. Ello puede ser comprobado en distintas legislaciones aprobadas por Canadá, el Reino Unido, Malta y Nueva Zelanda, entre otras.¹¹⁰ Ello es un claro signo de la cooperación de los Estados con la CPI, teniendo en cuenta, como bien precisa Zhu Wenqi, que la cooperación de los Estados es un factor indispensable para el funcionamiento de la Corte, ya que, a diferencia de los tribunales nacionales, la CPI no cuenta con el apoyo de fuerzas policiales o armadas bajo su jurisdicción.¹¹¹ A pesar de ello, como hemos podido apreciar, las obligaciones de cooperación que asumen los Estados Parte *vis-à-vis* la Corte no van lo suficientemente lejos como para exigirles a dichos Estados Parte que, para acatar una solicitud de entrega de la Corte, deban violar sus obligaciones internacionales contraídas *vis-à-vis* Estados que no son Parte del Estatuto.

¹⁰⁷ WIRTH, Steffen. «Immunities, related problems, and article 98 of the Rome Statute», *Criminal Law Forum*, Vol. 12, N° 4, 2001, p. 452.

¹⁰⁸ Véase al respecto AKANDE, Dapo. *Op. cit.*, p. 424.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 424-425.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ WENQI, Zhu. «On co-operation by states not party to the International Criminal Court», *Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)*, Vol. 88, N° 861 (marzo 2006), p. 88.

Como bien precisan Kaul y Krieb,¹¹² la relación vertical, aquella entablada entre la Corte y los Estados Parte, es una relación inherente a los tribunales internacionales que persiguen a los presuntos autores de crímenes internacionales, por lo que, ante la CPI, el régimen de cooperación es vertical más que horizontal (a pesar de que se da la faceta horizontal en las relaciones entre los Estados Parte). Ello atendiendo al hecho de que mientras que la cooperación horizontal es una cooperación que enfatiza la soberanía estatal, la cooperación vertical enfatiza el interés comunitario en la persecución penal internacional. Por ello que la cooperación vertical establece, según los autores, un régimen *sui generis* de cooperación. Por su parte, Cassese señala que mientras que las relaciones de los Estados se basan en el principio de igualdad, la relación entre un Estado y la jurisdicción penal internacional, como aquella ejercida por la CPI, se basa en el principio jerárquico.¹¹³

Por consiguiente, el régimen de cooperación plasmado en el Estatuto de Roma establece una serie de obligaciones, tales como acatar una orden de detención de un nacional de un Estado Parte, cooperar con el traslado de un detenido, cooperar en materia de ejecución de la pena, entre otras. A su vez, dicho régimen se inicia con la voluntad de los Estados de ratificar el Estatuto, o sea, al momento mismo de la ratificación; ejemplo de ello es la adaptación de la legislación interna al Estatuto, adaptación que con ocasiones se puede dar incluso antes de la ratificación. En este sentido, el artículo 88 del Estatuto de Roma establece la obligación de que los Estados implementen formas de cooperación con la Corte dentro de su ordenamiento interno. Según Gaeta,¹¹⁴ esta disposición es una de las principales dentro del Estatuto, ya que apunta a que la Corte pueda ejercer su jurisdicción de manera efectiva.

Finalmente, no podemos dejar de referirnos a los primeros casos ante la CPI que involucran el principio de inmunidad. Nos referimos en concreto al caso del Ministro de Asuntos Humanitarios de Sudán, Ahmad Muhammad Harun, y la solicitud del Fiscal de la CPI a los magistrados de esta última de que emitan una orden de detención contra el actual Presidente de Sudán, Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Cabe precisar que si bien el Estado de Sudán no es Parte del Estatuto de Roma, la competencia de la CPI ha sido activada mediante la remisión de la situación en Darfur al Fiscal de la CPI por parte del Consejo de Seguridad (a través de su Resolución 1593 (2005)).

¹¹² KAUL, Hans Peter y Claus KREB. «Jurisdiction and cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Promises», *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1996, pp. 158-159.

¹¹³ CASSESE, Antonio. «¿Hay un conflicto inseparable entre soberanía de los Estados y justicia penal internacional?». En Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty (editores). *Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales*. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2004, p. 22.

¹¹⁴ GAETA, Paola. *Op. cit.*, p. 999.

Al antiguo Ministro del Interior y actual Ministro de Asuntos Humanitarios de Sudán (Harun) se le acusa de haber cometido crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra entre abril de 2003 y septiembre de 2005. Atendiendo a ello, el 27 de abril de 2007 la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional emitió una orden de detención contra Harun e inculpó al mismo de 51 cargos de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.¹¹⁵ Si bien dicha orden de detención no hace mención expresa a la desestimación del principio de inmunidad, la misma señala que desde abril de 2003 hasta septiembre de 2005 Ahmad Harun ejercía el cargo de Ministro del Interior del gobierno de Sudán y que bajo tal cargo contribuyó a la comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Así, la Sala ha estimado lo siguiente:

Considering that there are reasonable grounds to believe that, due to his position at the Darfur Security desk and through his overall coordination and personal participation in key activities of the Security Committees, namely the recruiting, arming and funding of the Militia/Janjaweed in Darfur, Ahmad Harun intentionally contributed to the commission of the above-mentioned crimes, knowing that his contribution would further the common plan carried out by the Sudanese Armed Forces and the Militia/Janjaweed, which consisted of attacking the civilian populations in Darfur;

Considering that there are reasonable grounds to believe that Ahmad Harun, by virtue of his above-mentioned position, had knowledge of the crimes committed against the civilian population and of the methods used by the Militia/Janjaweed; and that in his public speeches Ahmad Harun not only demonstrated that he knew that the Militia/Janjaweed were attacking civilians and pillaging towns and villages, but also personally encouraged the commission of such illegal acts.¹¹⁶

Como podemos apreciar, la Corte enfatiza el empleo del cargo público para la supuesta comisión de los crímenes internacionales. Cabe señalar que el caso ante Harun recién se encuentra en su etapa inicial.

En lo que atañe al Presidente de Sudán, estamos ante un escenario aún más reciente y menos desarrollado. De este modo, si bien la Corte aún no ha abierto instrucción contra el mismo, el Fiscal de la CPI ya ha solicitado a esta última la emisión de una orden de detención y apertura de instrucción¹¹⁷, por la supuesta comisión de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Asimismo, en su solicitud,

¹¹⁵ Corte Penal Internacional (Sala de Cuestiones Preliminares I), decisión del 27 de abril de 2007, *Prosecutor vs. Ahmad Muhammad Harun (Warrant of Arrest for Ahmad Harun)*.

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 14 y 15.

¹¹⁷ *Summary of the Case, Prosecutor's Application for Warrant of Arrest under Article 58 against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, adoptada el 14 de julio de 2008. Véase en <www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-152-ENG.pdf>. Véase también *Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July 2008*, adoptada el 12 de septiembre de 2008. Véase en <www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-157-ENG.pdf>.

Moreno-Ocampo hace especial hincapié en el empleo del cargo para la comisión de dichos crímenes, al precisar que:

At all times relevant to this Application, AL BASHIR has been President of the Republic of the Sudan, exercising both de jure and de facto sovereign authority, Head of the National Congress Party and Commander in Chief of the Armed Forces. He sits at the apex of, and personally directs, the state's hierarchical structure of authority and the integration of the Militia/Janjaweed within such structure. He is the mastermind behind the alleged crimes. He has absolute control.¹¹⁸

A su vez, precisó que:

AL BASHIR controls and directs the perpetrators. The commission of those crimes on such a scale, and for such a long period of time, the targeting of civilians and in particular the Fur, Masalit and Zaghawa, the impunity enjoyed by the perpetrators, and the systematic cover-up of the crimes through public official statements, are evidence of a plan based on the mobilization of the state apparatus, including the armed forces, the intelligence services, the diplomatic and public information bureaucracies, and the justice system.¹¹⁹

Ante este escenario, podemos concluir afirmando que los tribunales penales internacionales han respondido a obligaciones convencionales (derivadas de sus estatutos de creación) en torno a la desestimación del cargo oficial y del principio de inmunidad, lo que les ha permitido reafirmar la responsabilidad penal internacional del individuo por la comisión de crímenes internacionales, aun cuando se trate de Jefes de Estado en actividad. Si bien estas desestimaciones se han dado en el marco de los tribunales penales internacionales respondiendo, efectivamente, a aquellas obligaciones convencionales que disponen la irrelevancia del cargo oficial y la desestimación de las inmunidades, tanto funcionales como personales, para efectos del juzgamiento ante los mismos, cabe preguntarnos si las distintas manifestaciones de diversas organizaciones internacionales y la propia jurisprudencia de los tribunales penales internacionales —así como la escasa jurisprudencia de tribunales internos— en torno a la desestimación del principio de inmunidad personal se presentan como los primeros indicios de una norma consuetudinaria en formación (en una etapa aún muy embrionaria) que plantea la desestimación del principio de inmunidad personal de los Jefes de Estado frente a la comisión de crímenes internacionales. Lamentablemente no es este el objeto de este trabajo, pero es una pregunta que sin duda invita a la reflexión y a líneas adicionales de análisis.

¹¹⁸ *Summary of the Case, Prosecutor's Application for Warrant of Arrest under Article 58 against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, adoptada el 14 de julio de 2008. Véase en <www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-152-ENG.pdf>, pág. 3.

¹¹⁹ *Ibid.*, párrafo 40.