

# MANDATARIOS AL BANQUILLO: LOS LEGADOS DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES *AD HOC* Y DESAFÍOS ACTUALES PARA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL JUZGAMIENTO DE LOS JEFES DE ESTADO EN FUNCIONES

Michelle Reyes Milk\*

*En el presente artículo, la autora analiza el fenómeno político e internacional contemporáneo que ha empezado a darse de forma acelerada desde el final de Guerra Fría y con el reciente proceso denominado “la Primavera Árabe”: Los juicios realizados contra autócratas y dictadores incluso antes de ser derrocados, las implicancias que esos procesos han tenido en la jurisprudencia internacional y el impacto de estos mismos juicios en el funcionamiento de las instituciones judiciales, así como su legitimidad para proceder y sus alcances.*

*Sobre el particular, la autora contrapone dos modelos institucionales que se retroalimentan pero, a su vez, son propensos a entrar en conflicto respecto de estos mismos casos: Los Tribunales ad hoc y la Corte Penal Internacional.*

\* Abogada. Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinadora para las Américas de la Coalición por la Corte Penal Internacional (CCPI).

## I. LAS SITUACIONES DE DARFUR (SUDÁN) Y LIBIA: EL ROL DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN LA REMISIÓN A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El 26 de febrero de 2011, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (en adelante, Consejo de Seguridad) adoptó, de forma unánime, la Resolución 1970 (2011); la cual, entre otras acciones, “decide remitir la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia desde el 15 de febrero de 2011 al Fiscal de la Corte Penal Internacional”<sup>1</sup>. Tan sólo unos días después, el 3 de marzo del mismo año, el entonces Fiscal de la Corte Penal Internacional (en adelante, la Corte), el argentino Luis Moreno Ocampo, decidió abrir formalmente una investigación en Libia por los presuntos crímenes cometidos en el territorio de aquel Estado desde el 15 de febrero de aquel año, y que caerían bajo la competencia de la Corte. Así, sin mucha dilación, Libia se convirtió en la sexta situación ante la Corte Penal Internacional<sup>2</sup>, y la Fiscalía procedió a identificar los presuntos responsables de los crímenes bajo competencia de la Corte<sup>3</sup>. El 16 de mayo de aquel año, Moreno Ocampo solicitó a los jueces de la Corte la emisión de tres órdenes de arresto contra quienes consideró albergaban la mayor responsabilidad penal por los crímenes internacionales cometidos en Libia en el contexto de la llamada Primavera Árabe: El entonces Presidente libio Muammar Gaddafi, su hijo Saif al-Islam Gaddafi, y su jefe de inteligencia Abdullah al-Senussi. En concreto, la Fiscalía solicitó la emisión de órdenes de

detención contra los tres individuos en torno a los cargos de homicidio y persecución, ambos como crímenes de lesa humanidad, según lo estipulado en el artículo 7 del Estatuto de Roma –el tratado fundacional de la Corte. El 27 de junio siguiente, la Sala de Cuestiones Preliminares I atendió la solicitud de la Fiscalía de modo favorable y emitió dichas órdenes de detención contra ambos Gaddafi (padre e hijo) y al-Senussi<sup>4</sup>.

Si bien Libia no es un Estado parte del Estatuto de Roma, la remisión de la situación de Libia por parte del Consejo de Seguridad brindó luz verde para activar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre los presuntos crímenes internacionales cometidos en Libia. La Corte, al igual que la mayoría de los tribunales nacionales, ejerce su jurisdicción, de manera ordinaria, en torno a los principios de territorialidad y nacionalidad, por lo que podrá ejercer su competencia por aquellos crímenes internacionales regulados en el Estatuto de Roma que se cometen en el territorio de un Estado parte o por el nacional de un Estado parte<sup>5</sup>. Estos conectores no tienen que operar conjuntamente, lo cual resulta en que la Corte, por ejemplo, pueda ejercer competencia por los crímenes cometidos por un nacional de un Estado no parte pero en el territorio de un Estado parte al Estatuto, y viceversa, según lo estipulado en el artículo 12 del Estatuto<sup>6</sup>.

Cabe aclarar que si bien la Corte Penal Internacional no es un órgano de las Naciones Unidas y que, además, se constituye como una orga-

<sup>1</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 1970 de fecha 26 de febrero de 2011.

<sup>2</sup> A la fecha, la Corte Penal Internacional ha abierto 8 investigaciones en los siguientes países: República Democrática del Congo (abierta en el 2004), Uganda (abierta en el 2004), Darfur, Sudán (abierta en el 2005), República Centroafricana (abierta en el 2007), Kenia (abierta en el 2010), Libia (abierta en el 2011), Costa de Marfil (abierta en el 2011) y Mali (abierta en el 2013).

<sup>3</sup> Adoptado el 17 de julio de 1998, y en vigor desde el 1 de julio de 2002, el Estatuto de Roma –el tratado fundacional de la Corte Penal Internacional– dota a dicha Corte la capacidad de juzgar a aquellos **individuos** presuntamente responsables por la comisión del crimen de genocidio, de crímenes de lesa humanidad, de crímenes de guerra y del crimen de agresión, según lo estipulado en el artículo 5 de dicho tratado internacional. La Corte Penal Internacional no es retroactiva y, por lo tanto, únicamente puede ejercer su jurisdicción a partir del 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigor del Estatuto.

<sup>4</sup> Pre Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Muammar Mohamed Abu Minyar Gaddafi, 27 June 2011. Pre Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Saif al-Islam Gaddafi, 27 June 2011. Pre Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Abdullah Al-Senussi, 27 June 2011.

<sup>5</sup> A la fecha, el Estatuto de Roma cuenta con 122 Estados parte, lo cual se traduce en casi dos tercios de la totalidad de Estados en la Comunidad Internacional. Cabe resaltar que Sudamérica constituye la única región donde todos los Estados han reconocido la competencia de la Corte. En el caso de la Unión Europea, todos sus Estados miembros también son parte del Estatuto, aunque, en términos geográficos, no toda Europa occidental se encuentra representada, ya que Mónaco aún no ha ratificado el Estatuto.

<sup>6</sup> Artículo 12.- “Condiciones previas para el ejercicio de la competencia

a. El Estado que pase a ser parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5.

nización internacional por sí misma, desde sus orígenes ha tenido una relación estrecha con la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU). Ello se manifiesta en el Acuerdo de Relación firmado por ambas organizaciones en el 2004, que afianza la cooperación entre ambas organizaciones. La Corte y la ONU están dotadas de mandatos específicos en torno a la justicia internacional, aunque ello no significa que no haya coordinaciones frecuentes entre ambas organizaciones<sup>7</sup>. Una de esas coordinaciones radica, justamente, en el rol asignado al Consejo de Seguridad en el propio Estatuto de Roma, en torno a la capacidad del Consejo de Seguridad de remitir situaciones (y no casos concretos) a la Corte para su investigación, según los términos del artículo 13.b. Dicha remisión puede darse sin atender los conectores de territorialidad ni de nacionalidad<sup>8</sup>.

La relación entre el Consejo de Seguridad y el sistema instaurado por el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional responde a un fuerte contenido axiológico, en la medida que el Estatuto de Roma termina por consolidar y reafirmar la relación intrínseca entre dos valores esenciales para la convivencia internacional: La paz y la justicia. Lo que otrora se consideró (y, en ciertos escenarios, se sigue considerando) como dos intereses que no podían conciliarse mutuamente –pensemos en quienes alegaban que la investigación de la Corte en Sudán afectaría el proceso de paz en aquel país africano–, hoy se traduce en una creciente tendencia hacia la aceptación de que no existirá una paz duradera sin una justicia efectiva. Este vínculo esencial fue lo que justificó el establecimiento de los tribunales

militares internacionales tras la Segunda Guerra Mundial (Nuremberg y Tokio) pero, sobre todo, lo que justificó el establecimiento de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda en la década de los noventa.

De este modo, cabe recordar que el rol asignado al Consejo de Seguridad en el Estatuto de Roma se condice con el mandato fundacional de la propia ONU: La promoción de la paz y seguridad internacional. De acuerdo al capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, esta tarea le corresponde por excelencia al Consejo de Seguridad. Así, ante la barbarie cometida en Ruanda y la ex Yugoslavia durante la década de los noventa en el marco de los conflictos armados que se produjeron en cada uno de estos espacios, el Consejo de Seguridad se vio ante la urgente tarea de explorar qué medidas tomar para frenar aquellos actos, catalogados como crímenes internacionales, que arrojaron un número exorbitante de víctimas, pero también para prevenir la futura comisión de tales crímenes y para abordar los mismos desde un plano judicial. Fue así como el vínculo entre la paz y la justicia dejó de considerarse desde un plano teórico o utópico para incorporar una discusión con efectos empíricos y pragmáticos. Pues si bien no existía duda sobre el rol del Consejo en términos de paz y seguridad internacional, no existe un mandato específico para el Consejo de Seguridad, en torno al establecimiento de tribunales penales internacionales. La solución adoptada por el Consejo en 1993 y 1994 –establecer el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda a través de una resolución del Consejo de

- b. En el caso de los apartados a ó c del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:
- (i) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;
  - (ii) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.
- c. Si la aceptación de un Estado que no sea parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX”.

<sup>7</sup> Al respecto, puede revisarse el siguiente enlace: <http://www.coalitionfortheicc.org/?mod=unicc&lang=es>.

<sup>8</sup> Artículo 13.- “Ejercicio de la competencia

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto, si:  
[...]

- b. El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes [...]”.

Seguridad— significó un precedente inigualable en el Derecho Penal Internacional y reafirmó la teoría de las competencias implícitas de la propia ONU y del Consejo de Seguridad: La capacidad de tomar las medidas necesarias para cumplir con su mandato<sup>9</sup>: En este caso, el establecer los tribunales penales *ad hoc* en favor de la paz y la seguridad internacional, bajo los parámetros del artículo 41 de la Carta de la ONU (medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada)<sup>10</sup>.

Al respecto, cabe aludir a lo precisado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso de Milosevic, al responder a la objeción preliminar presentada por la defensa del ex presidente yugoslavo en torno a la ilegalidad de la creación del tribunal: “In the Chamber’s view, the establishment of the International Tribunal with power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia [...] is, in the context of the conflict in the country at that time, pre-eminently a measure to restore international peace and security”<sup>11</sup>.

La remisión de la situación de Libia a la Corte Penal Internacional por parte del Consejo de Seguridad no constituiría la primera vez que el Consejo hiciera uso de dicha facultad. En efecto, si bien aquella remisión fue la primera en contar con un acuerdo unánime entre los 15 miembros del Consejo —incluyendo a sus cinco miembros permanentes<sup>12</sup>—, aquel órgano de la ONU ya había hecho uso de

aquella facultad en el año 2005, al decidir remitir la situación de Darfur, Sudán (por los graves crímenes cometidos en esa zona) a la Corte<sup>13</sup>.

Ahora bien, los términos del Estatuto de Roma establecen claramente el mandato del Consejo de Seguridad de remitir una situación, mas no un caso concreto. Ello significa que le corresponde a la Fiscalía realizar la investigaciones correspondientes para poder identificar quiénes podrían ser objeto de una orden de comparecencia o una orden de detención (dependiendo de si existe el riesgo de que la persona no comparezca ante la Corte, ponga en peligro la investigación o para impedir que la persona siga cometiendo un crimen bajo la competencia de la Corte)<sup>14</sup>. Ello reafirma no sólo la independencia de la Fiscalía, sino que constituye una salvaguardia para impedir una politización de los casos concretos ante la Corte.

## II. LOS CASOS DE BASHIR Y GADDAFI Y LA DESESTIMACIÓN DE INMUNIDADES ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El 14 de julio de 2008, el antiguo Fiscal de la Corte, Luis Moreno Ocampo, solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte que emita una orden de detención contra el Presidente de Sudán, Omar Hasan al Bashir, por su presunta responsabilidad en la comisión de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de genocidio<sup>15</sup>. La Sala de

<sup>9</sup> La competencia del Consejo de Seguridad para establecer un tribunal penal internacional derivado de sus competencias implícitas fue analizado detenidamente por la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en su Decisión Relativa a la Apelación de la Defensa concerniente a la Excepción Prejudicial de Incompetencia, emitida el 2 de octubre de 1995. Véase TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 2 de octubre de 1995. párrafos 33-36.

<sup>10</sup> El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue establecido mediante la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, adoptada el 25 de mayo de 1993. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue establecido mediante la Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, adoptada el 8 de noviembre de 1994. Cabe precisar que fue el propio Estado ruandés el que solicitó al Consejo de Seguridad el establecimiento de dicho tribunal.

<sup>11</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*. Decisión del 8 de noviembre del 2001 (decisión sobre objeciones preliminares). párrafo 7.

<sup>12</sup> Cabe recordar que de los 5 miembros permanentes al Consejo de Seguridad, sólo 2 de ellos, el Reino Unido y Francia, son Estados partes al Estatuto de Roma.

<sup>13</sup> La remisión de la situación de Darfur, Sudán a la Corte Penal Internacional tiene como antecedente legal la adopción de la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad, emitida el 31 de marzo de 2005. En aquella ocasión, si bien no se contó con la unanimidad de todos los Estados Miembros, ningún miembro permanente utilizó su derecho al veto.

<sup>14</sup> Véase el artículo 58 del Estatuto de Roma.

<sup>15</sup> 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](http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-152-ENG.pdf). Véase

Cuestiones Preliminares I emitió, en el año 2009, una orden de detención por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra<sup>16</sup> y, tras analizar con detenimiento la evidencia presentada por la Fiscalía, emitió una segunda orden de detención por el crimen de genocidio<sup>17</sup>. En dichas órdenes de detención, a Bashir se le acusa, como autor mediato o coautor, por cinco cargos de crímenes de lesa humanidad (asesinato, exterminio, traslado forzoso de población, tortura y violación), dos cargos de crímenes de guerra (el crimen de dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades, y el crimen de saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto), y tres cargos de genocidio (matanza de miembros de grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; y sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial)<sup>18</sup>.

Si bien Omar al Bashir continúa, a la fecha, en su cargo como Presidente de Sudán, permaneciendo como un prófugo de la justicia internacional (dado que la Corte no lleva a cabo juicios *in absentia*), el caso de al Bashir permanece como un referente inevitable en el proceso de evolución del principio de inmunidad. Si bien los tribunales nacionales aún son reticentes al momento de desestimar el principio de inmunidad de Jefes de Estado extranjeros (en funciones)

ante la comisión de crímenes internacionales –a pesar de importantes excepciones–, la inmunidad como defensa ante los tribunales penales internacionales ha sido rechazada desde las primeras experiencias en el Derecho Penal Internacional. En efecto, los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales ya rechazaban la inmunidad de los altos funcionarios estatales como defensa, aun cuando se tratara de Jefes de Estado en actividad (aunque ello no alcanzó, por razones políticas, al Emperador Hirohito de Japón), pero serían los Estatutos y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda los que brindarían un mayor desarrollo a este principio esencial del Derecho Internacional Público<sup>19</sup>. La desestimación al principio de inmunidad también ha sido establecida en el Estatuto para el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>20</sup>. Finalmente, el Estatuto de Roma contempla dicha excepción en su artículo 27, al contemplar lo siguiente:

Artículo 27.- “Improcedencia del cargo oficial  
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.

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](http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-157-ENG.pdf).

<sup>16</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad al Bashir*. Warrant of Arrest for Omar Hassan al Bashir. 4 de marzo de 2009.

<sup>17</sup> *Ibíd.* Second Warrant of Arrest for Omar Hassan al Bashir. 12 de julio de 2010.

<sup>18</sup> Para un resumen del caso Bashir, así como los documentos relevantes, véase: [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/Pages/icc02050109.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/Pages/icc02050109.aspx).

<sup>19</sup> Artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia:

[...]

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

[...].”

Artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

[...]

b. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena [...].”

<sup>20</sup> Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona

“Article 1.- The Special Court shall, except as provided in subparagraph (2), have the power to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996, **including those leaders who, in committing such crimes, have threatened the establishment of and implementation of the peace process in Sierra Leone**” [El énfasis es nuestro].

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”.

Si bien el artículo 27 deberá leerse a la luz del artículo 98.1 del Estatuto<sup>21</sup>, lo cierto es que existen posiciones divergentes en la doctrina en torno al alcance de este último artículo, en la medida que algunos consideran que todo Estado parte deberá garantizar la judicialización de un sospechoso, provenga o no de un Estado parte al Estatuto, mientras que otros consideran que el alcance de ese artículo variará si se está ante el nacional de un Estado no parte.

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<sup>22</sup>. 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.

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 Corte. 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 Estado<sup>23</sup>. Por lo tanto, no reduce los efectos del artículo 27 (el cual resulta aplicable para efectos de la emisión de una orden de detención y para el desarrollo del proceso en sí, al desestimar el principio de inmunidad en ambos contextos), pero puede surtir efectos al momento en que un tercer Estado deba entregar a un extranjero ante la Corte<sup>24</sup>.

Son dos las interpretaciones que podrán hacerse del artículo 98.1<sup>25</sup>. 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. Sobre la base de esta interpretación, la Corte solamente podrá dar curso a una solicitud de entrega 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

<sup>21</sup> Artículo 98.- “Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega

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

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, amén que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”.

<sup>22</sup> TRIFFTERER, Otto. “Article 27”. En: TRIFFTERER, Otto. “Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer’s Notes, Article by Article”. Baden-Baden: Verlagsgesellschaft. 1999. p. 513.

<sup>23</sup> Véase SCHABAS, William. “An Introduction to the International Criminal Court”. Cambridge: Cambridge University Press. 2001. p. 64.

<sup>24</sup> Véase al respecto PROST, Kimberly y Angelika SCHLUNCK. “Article 98”. En: TRIFFTERER, Otto. Op. cit. p. 1132.

<sup>25</sup> Véase GAETA, Paola. “Official Capacity and Immunities”. En: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola y John JONES. “The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary”. Volumen I. Nueva York: Oxford University Press. 2002. p. 962 y siguientes.

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<sup>26</sup>, esta primera interpretación no anula del todo el efecto del artículo 27, pero le deja poco alcance al mismo.

Por lo tanto, coincidimos plenamente con Gaeta al considerar que esta primera interpretación es incoherente con el objeto y fin del tratado<sup>27</sup>. 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<sup>28</sup>.

Para dotar no sólo 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. En este sentido, Gaeta<sup>29</sup> 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<sup>30</sup>. En opinión de 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”<sup>31</sup>.

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 Estatuto<sup>32</sup>– en la relación triangular (el Estado requirente) deberá ser un Estado no parte al Estatuto que no tenga una obligación de cooperar con la Corte y que no esté obligado bajo el principio de complementariedad<sup>33</sup>. En efecto, la lógica detrás de esta segunda interpretación radica en el hecho de que el tercer Estado (que no es parte al Estatuto), al no estar vinculado con la Corte, no tiene la obligación, ante ésta, de juzgar a un nacional suyo del cual se sospecha haya cometido algún crimen dentro de la competencia de la Corte. Por consiguiente, el Estado requirente, que no ha ratificado el Estatuto de Roma, no tiene una relación vertical para con la Corte, 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 Corte deberá esperar, en esta situación, a que se dé 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

<sup>26</sup> AKANDE, Dapo. “International Law Immunities and the International Criminal Court”. En: American Journal of International Law 98. Tomo III. 2004. p. 424.

<sup>27</sup> GAETA, Paola. Op. cit. p. 993.

<sup>28</sup> AKANDE, Dapo. Op. cit. p. 425.

<sup>29</sup> GAETA, Paola. Op. cit. p. 994.

<sup>30</sup> Ello siempre y cuando la Corte no obtenga, previamente, una renuncia de inmunidad por parte del Estado no parte al Estatuto.

<sup>31</sup> AKANDE, Dapo. Op. cit. p. 423.

<sup>32</sup> Véase GAETA, Paola. Op. cit. Loc. cit.

<sup>33</sup> El principio de complementariedad, recogido tanto en el Preámbulo del Estatuto de Roma como en los artículos 1 y 17 del mismo, establece que los Estados tienen jurisdicción primaria para investigar y enjuiciar a los presuntos autores de crímenes internacionales. Dado ello, según este principio, la Corte Penal Internacional únicamente ejercerá su competencia cuando los Estados no quieran (falta de voluntad) o no puedan (falta de capacidad) llevar a cabo tales procesos.

de cooperar en la entrega y/o detención del acusado, más allá del consentimiento de los Estados implicados<sup>34</sup>. Este es el caso tanto de Omar al Bashir como, en su momento, de Muammar Gaddafi (antes de su fallecimiento), dado que tanto la situación en Darfur cuanto la situación en Libia se derivan de remisiones por parte del Consejo de Seguridad (en el cual no entra en juego los conectores de territorialidad ni de personalidad).

Tal como podemos apreciar, la derogación de las inmunidades planteada en el artículo 27 del Estatuto no sólo opera a nivel vertical (entre la Corte 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<sup>35</sup>. Precisamente, si el Estado requerido se encuentra obligado *vis-à-vis* con un Estado parte del 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 aún si el Estado requirente –siempre y cuando sea un Estado parte al Estatuto o en su defecto haya habido una remisión por el Consejo– no tenga la intención de renunciar a la inmunidad del acusado. Ello, claro está, debe analizarse a la luz del principio de complementariedad, en la medida que si el Estado requirente tiene la intención (y pueda hacerlo) de juzgar al sospechoso, entonces el

Estado requerido podrá entregarlo al Estado requirente.

Atendiendo a ello, podemos afirmar que el Estatuto de Roma que crea la Corte no deroga las inmunidades generales del Derecho Internacional, sino tan sólo las deroga para efectos de la entrega ante la Corte, tanto a nivel vertical, cuanto a nivel horizontal en las relaciones internacionales entre los Estados parte al Estatuto<sup>36</sup>.

Es atendiendo al artículo 27 que la Fiscalía solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares I una orden de detención contra el ex Presidente Libio, Muammar Gaddafi, la cual fue emitida por esta Sala el 27 de junio de 2011. En dicho orden de detención, a Muammar Gaddafi se le imputaron dos cargos de crímenes de lesa humanidad como coautor mediato: Asesinato como crimen de lesa humanidad y persecución (de un grupo o colectividad con identidad propia) como crimen de lesa humanidad.

Por otro lado, cabe referirnos al caso contra el antiguo presidente de Costa de Marfil, Laurent Gbagbo, quien ya se encuentra en La Haya a la espera de la apertura del juicio contra su persona ante la Corte Penal Internacional. El 23 de junio de 2011, el entonces Fiscal de la Corte, Luis Moreno Ocampo, solicitó a los jueces de la Corte autorización para la apertura de una investigación en Costa de Marfil, acudiendo a sus facultades de iniciar una investigación de *proprio motu*, según lo estipulado en el artículo 15 del Estatuto. Dicha solicitud se hizo con el fin de investigar presuntos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en aquel país desde el 28 de noviembre de 2010. La decisión del Fiscal se basó en los acontecimientos ocurridos en el marco de la violencia post electoral de 2010, la cual dejó

<sup>34</sup> LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena MARTÍN MARTÍNEZ. “La Corte Penal Internacional, Justicia vs. Impunidad”. Barcelona: Ariel. 2001. p. 146.

<sup>35</sup> Si bien Gaeta afirma, en la página 996 de la obra citada, que “Indeed the derogation from customary (and treaty) law provided for in the Statute only operates within the framework of vertical relations [...] By contrast, that derogation does not operate at the horizontal level, i.e. at the level of relations between **States Parties** to the Statute” [El énfasis es nuestro], la autora se corrige en la página 1000, al precisar que “Thus, an important derogation from customary international law is provided for in the Statute. However, this derogation only operates (i) at the vertical level [...] and (ii) by virtue of Article 98(1), only in the reciprocal relationships between States Parties to the Statute” [El énfasis es nuestro]. Véase GAETA, Paola. Op. cit. pp. 996 y 1000. Asimismo, sobre la relación vertical y horizontal entre los Estados y el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, véase TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Blaskić (subpoena)*. Decisión del 29 de octubre de 1997 (Cámara de Apelaciones). párrafo 47.

<sup>36</sup> Véase al respecto AKANDE, Dapo. Op. cit. p. 424.

un saldo de 3000 muertos, 72 desaparecidos y 520 personas privadas de su libertad arbitrariamente, según las cifras presentadas por la Fiscalía en su solicitud.

Si bien Costa de Marfil no era, a la fecha, un Estado parte al Estatuto, tanto el propio Gbagbo cuanto su sucesor, Alassane Ouattara, habían solicitado a la Corte la apertura de una investigación en Costa de Marfil, haciendo uso del artículo 12.3 del Estatuto, el cual permite a un Estado no parte al Estatuto solicitar a la Corte que ejerza competencia sobre un crimen contemplado en el Estatuto de Roma (mientras que Gbagbo había solicitado que la investigación se remonte al año 2003, Ouattara solicitó que la misma se remontara a noviembre 2010)<sup>37</sup>.

El 3 de octubre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares III autorizó al Fiscal abrir la investigación en Costa de Marfil por hechos acaecidos desde el 28 de noviembre de 2010 y, el 22 de febrero de 2012, la misma Sala expandió el ámbito de investigación para incluir también crímenes cometidos entre el 19 de setiembre de 2002 y el 28 de noviembre de 2010, por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos tanto por las fuerzas de Gbagbo cuanto por fuerzas de su rival político Ouattara. Dichos crímenes incluirían asesinato, violación sexual, desaparición forzada, saqueos, tortura, privación arbitraria de la libertad y ataques contra la población civil. El 23 de noviembre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares III emitió una orden de detención contra Laurent Gbagbo, acusándolo, bajo coautoría mediata, de cuatro crímenes de lesa humanidad: Asesinato, violación y otras formas de violencia sexual, persecución y otros actos inhumanos. Gbagbo fue transferido a La Haya en noviembre de 2011 y la audiencia para la confirmación de cargos se inició el 19 de febrero del presente año.

Cabe precisar que, si bien a la fecha de confirmación de cargos Gbagbo ya no era presidente

en funciones, la Fiscalía ha precisado que investigará los presuntos crímenes cometidos tanto por los simpatizantes de Gbagbo cuanto por los simpatizantes de Ouattara, por lo que tocará estar atentos a si la Fiscalía determina algún grado de responsabilidad del actual Presidente de Costa de Marfil.

En lo que se refiere a la situación de Kenia, el 8 de marzo de 2011, la Corte emitió una orden de comparecencia contra el actual Presidente de Kenia, Uhuru Kenyatta (en ese entonces se desempeñaba como vice primer ministro), junto con otras 5 personas de nacionalidad keniana<sup>38</sup>. Al momento de la orden de comparecencia, los seis individuos ocupaban altos cargos gubernamentales. A la fecha, únicamente tres de ellos –Uhuru Kenyatta, William Ruto (actual vicepresidente de Kenia) y Joshua Sang– continúan en juicio, ya que la Corte no confirmó los cargos contra dos de los sospechosos (Mohammed Hussein Ali y Henry Kiprono Kosgey) y, seguidamente, retiró los cargos contra un tercer sospechoso (Francis Muthaura). La fase formal del juicio se iniciaría el 28 de mayo de 2013 para Ruto y Sang, y el 9 de julio de 2013 para Kenyatta (a la fecha sólo se ha procedido con la confirmación de cargos)<sup>39</sup>.

En la confirmación de cargos contra Kenyatta, emitida el 23 de enero de 2012, se le acusa, en calidad de coautor mediato, por cinco cargos de lesa humanidad, a saber, asesinato, deportación o traslado forzoso de población, violación sexual, persecución y otros actos inhumanos.

Finalmente, cabe destacar que la Corte Penal Internacional también ha emitido órdenes de detención contra otros altos funcionarios que gozaban (o continúan gozando) de inmunidades: El entonces Ministro del Interior (hoy Ministro de Asuntos Humanitarios) de Sudán, Ahmad Harun; el antiguo vicepresidente de la República Democrática del Congo, Jean Pierre Bemba; el actual Ministro de Defensa de Sudán, Abdel Raheem Hussein;

<sup>37</sup> Sobre la situación en Costa de Marfil, véase: [http://www.icc-cpi.int/EN\\_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/ICC0211/Pages/situation%20index.aspx](http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/ICC0211/Pages/situation%20index.aspx).

<sup>38</sup> La situación de Kenia fue abierta por el antiguo Fiscal de la Corte Penal Internacional, Moreno Ocampo, en marzo de 2010 para investigar los presuntos crímenes bajo la competencia de la Corte, cometidos tras la violencia que se suscitó en el 2007 y 2008 después de las elecciones generales de diciembre de 2007.

<sup>39</sup> Sobre la situación de Kenia, véase la sección relevante en el portal de la Corte Penal Internacional: [http://www.icc-cpi.int/EN\\_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200109/Pages/situation%20index.aspx](http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200109/Pages/situation%20index.aspx).

el antiguo Jefe de Inteligencia de Libia, Abdel al-Senussi; así como los altos funcionarios kenianos mencionados.

### III. LOS PRECEDENTES DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES *AD HOC*

Tal como mencionamos en líneas anteriores, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales que antecedieron a la Corte brindó importantes luces en la desestimación del principio de inmunidad de Jefes de Estado en funciones. En este sentido, un referente inevitable es el caso contra el ex presidente yugoslavo, Slobodan Milosevic.

En su decisión sobre objeciones preliminares en el caso Milosevic, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el principio de inmunidad, atendiendo al hecho de que el ex presidente había presentado una objeción preliminar alegando la falta de competencia del tribunal debido a su cargo oficial<sup>40</sup>. Si bien este argumento no fue explícitamente alegado por el acusado, el hecho de que el *amici curiae* haya hecho alusión a la falta de jurisdicción del tribunal sobre la persona del Presidente Milosevic llevó al tribunal a pronunciarse sobre el artículo 7.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>41</sup>. En este sentido, este Tribunal precisó que no existía razón alguna para objetar la validez del artículo 7.2, y señaló que dicha disposición reflejaba una regla de Derecho Internacional Consuetudinario<sup>42</sup>, precisando que “the customary character of the rule is further supported by its incorpora-

tion in a wide number of other instruments, as well as case law”<sup>43</sup>, haciendo alusión, de este modo, al artículo IV de la Convención contra el Genocidio, al Principio III de los Principios de Nuremberg, al artículo 7 del Estatuto de Nuremberg, al artículo 6 del Estatuto de Tokio, al artículo 6 del Tribunal del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, al artículo 6.2 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, al artículo 27 del Estatuto de Roma, y al artículo 7 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad<sup>44</sup>. El Tribunal hizo especial hincapié en estos dos últimos instrumentos, precisando que “[t]he Chamber cites these two modern instruments as evidence of the customary character of the rule that a Head of State cannot plead his official position as a bar to criminal liability in respect of crimes over which the International Tribunal has jurisdiction”<sup>45</sup>.

En este sentido, en los diversos casos seguidos contra Milosevic, se acusó al mismo de ser responsable penalmente por haber planificado, instigado a cometer, ordenado, cometido o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, según lo dispuesto por el artículo 7.1 de dicho instrumento, el cual regula la responsabilidad penal individual. Asimismo, se le acusó de ser responsable penalmente por los actos u omisiones de sus subordinados, teniendo en cuenta el cargo oficial que ostentaba, según lo estipulado en el artículo 7.3 del Estatuto<sup>46</sup>. Cabe precisar que entre los acusados en el caso IT-99-37

<sup>40</sup> Cabe precisar que una de las decisiones relativas a la apertura de instrucción (*Indictment*), precisamente la decisión del 24 de mayo de 1999, fue emitida cuando Milosevic continuaba desempeñando su cargo como Presidente de la República Federal de Yugoslavia, teniendo en cuenta que el mismo dejó su cargo el 6 de octubre del año 2000. Véase TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic (“Kosovo”), Milan Milutinovic, Nikola Sianovic, Dragoljub Ojdanic, Vljako Stojiljkovic*. Caso IT-99-37. Decisión del 24 de mayo de 1999 (apertura de instrucción). Milosevic fue Presidente de la República Federal de Yugoslavia entre el 23 de julio de 1997 y el 6 de octubre del 2000. Anteriormente, ocupó el cargo de Presidente de la República de Serbia, entre el 8 de mayo de 1989 y julio de 1997, ocupando dicho cargo en dos ocasiones (fue reelecto el 20 de diciembre de 1992).

<sup>41</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*. Decisión del 8 de noviembre del 2001 (decisión sobre objeciones preliminares). párrafo 26.

<sup>42</sup> “There is absolutely no basis for challenging the validity of Article 7, paragraph 2, which at this time reflects a rule of customary international law”. *Ibid.* párrafo 28.

<sup>43</sup> *Ibid.* párrafo 29.

<sup>44</sup> *Ibid.* párrafos 29-30.

<sup>45</sup> *Ibid.* párrafo 31.

<sup>46</sup> La última apertura de instrucción, o *indictment*, fue presentada contra Milosevic el 19 de diciembre del 2006. Sin embargo, el Tribunal nunca llegó a pronunciarse de manera definitiva sobre la responsabilidad del mismo

se encontraba el entonces Presidente de Serbia, Milan Milutinovic, quien ejerció dicho cargo entre el 21 de diciembre de 1997 y diciembre del 2005. Como presidente de Serbia, el mismo gozaba de la autoridad *de jure* y *de facto* sobre numerosas instituciones esenciales para, o relacionadas a, la comisión de los crímenes por los que fue acusado, por lo que no solamente se le acusó de ser responsable personalmente por algunos de los crímenes bajo la competencia del Tribunal, según lo estipulado en el artículo 7.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, sino también de ser responsable por los actos u omisiones cometidos por sus subordinados, según lo estipulado en el artículo 7.3 del mismo instrumento normativo<sup>47</sup>.

Finalmente, cabe traer a colación el caso de Radovan Karadzic, capturado en el 2008, después de casi una década viviendo en la clandestinidad<sup>48</sup>. Karadzic ocupó, entre el 1 de julio de 1991 y el 31 de diciembre de 1992, el cargo de Presidente de la presidencia de la República Serbia<sup>49</sup>, y ejerció poderes y control formales y *de facto* sobre las fuerzas bosnio-serbias y otras autoridades gubernamentales<sup>50</sup>. El 17 de diciembre se desintegró la presidencia de la República de Serbia y Karadzic fue elegido Presidente único de la República de Serbia (Republika Srpska). Como tal, Karadzic era Comandante en Jefe de las fuerzas armadas de Serbia. En esta medida, en la apertura de instrucción (*amended indictment*) contra su persona, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia estableció que Karadzic tenía conocimiento, o debió tener conocimiento, de que las fuerzas bajo su mando se encontraban cometiendo

crímenes internacionales. En la apertura de instrucción, Karadzic fue acusado por la comisión de crímenes de lesa humanidad, genocidio, y crímenes de guerra, entre ellos la masacre de Srebrenica. De este modo, el tribunal estableció lo siguiente:

“Radovan Karadzic, both through the formal positions alleged above, and pursuant to his *de facto* power, also had the authority to punish or to initiate the investigations or proceedings against any persons or members of the armed forces under his command who were believed to have committed crimes on the territory of the Serbian republic”<sup>51</sup>.

“Therefore, between 1 July 1991 and 30 November 1995, both through the formal positions alleged above, and pursuant to his *de facto* power, Radovan Karadzic knew or had reason to know that Bosnian Serb forces under the Bosnian Serb leadership direction and control; were committing the crimes alleged in this indictment or had done so, and failed to take necessary and reasonable measures to prevent such acts or punish the perpetrators thereof”<sup>52</sup>.

Asimismo, cabe precisar que en la moción para enmendar la primera apertura de instrucción enmendada (Motion to Amend the First Amended Indictment), el Procurador del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia solicitó al tribunal establezca que Karadzic participó en estos hechos “en concierto” con otros acusados, por lo que se aplicó la figura de responsabilidad por *Joint Criminal Enterprise* (empresa criminal conjunta)<sup>53</sup>. El Tribunal aceptó esta moción<sup>54</sup>.

teniendo en cuenta que Milosevic fue encontrado sin vida el 11 de marzo del 2006, en su celda en el centro de detención del tribunal en la Haya, donde se encontraba detenido.

<sup>47</sup> Se trataba de una Presidencia colegiada. Véase al respecto TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Milan Milutinovic* (Third Amended Indictment). Caso IT-99-37-PT. Decisión del 5 de septiembre del 2002 (apertura de instrucción). párrafos 29-36.

<sup>48</sup> El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia anunció su captura el 21 de julio de 2008. A su vez, la primera presencia de Karadzic ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se realizó el 31 de julio de 2008.

<sup>49</sup> Se trataba de una presidencia tri-partita, que contaba a su vez con un Presidente.

<sup>50</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Radovan Karadzic* (Amended Indictment). Caso IT-95-5/18-I. Sentencia del 31 de mayo de 2000. párrafos 60-61.

<sup>51</sup> *Ibid.*, párrafo. 64.

<sup>52</sup> *Ibid.*, párrafo 65.

<sup>53</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Radovan Karadzic* (Motion to Amend the First Amended Indictment). Caso IT-95-5/18-I. Sentencia del 22 de septiembre de 2008. párrafo 10.

<sup>54</sup> *Ibid.* Sentencia del 5 de noviembre de 2008.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda también se ha pronunciado sobre la desestimación del cargo oficial, y ha llegado incluso a condenar a un ex Jefe de Gobierno por los delitos de genocidio, conspiración para cometer genocidio, incitación al genocidio, complicidad en el genocidio, crímenes contra la humanidad (asesinato), y crímenes contra la humanidad (exterminio). En efecto, en su sentencia del 4 de setiembre de 1998, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda condenó al ex Primer Ministro de Ruanda, Jean Kambanda, a cadena perpetua por la comisión de estos seis crímenes (donde Kambanda admitió su culpabilidad ante las seis acusaciones).

Jean Kambanda fue Primer Ministro de Ruanda del gobierno interino<sup>55</sup>, entre el 8 de abril y el 17 de julio de 1994, día en que abandonó el territorio de Ruanda. Como Primer Ministro, era el Jefe de Gobierno, según lo establecido por la Constitución de Ruanda del 10 de junio de 1991, en vista de que el Jefe de Estado era el Presidente de la República. En tal calidad, Kambanda proponía los distintos ministros ante el Presidente de la República, establecía las funciones de dichos ministros, controlaba la política nacional del gobierno, administraba las fuerzas armadas, y nombraba a los prefectos, quienes eran las personas encargadas de mantener la paz y el orden dentro de cada prefectura y quienes, se ha demostrado, cumplieron un rol activo en la masacre de la población tutsi<sup>56</sup>. Asimismo, Jean Kambanda ejercía un poder *de jure* y *de facto* sobre las altas jerarquías militares así como gubernamentales. La responsabilidad penal individual de Kambanda, según lo estipulado en el artículo 6.1 del estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, fue también demostrada teniendo en cuenta que él mismo presidió diversos consejos de ministros, donde se discutió las masacres

cometidas contra la población civil, en su mayoría tutsis pero también hutus moderados. En este sentido, el tribunal precisó que, en su capacidad de Primer Ministro, Kambanda falló en proveer seguridad al pueblo ruandés. Ello también queda demostrado por el hecho de que, durante sus sendas visitas a las distintas prefecturas, Kambanda tomó conocimiento, o debió tomar conocimiento, de las masacres contra la población tutsi<sup>57</sup>. Asimismo, Kambanda pronunció algunos discursos incitando a la población a que cometieran masacres contra la población tutsi, como fue el discurso pronunciado el 21 de abril de 1994 en la Radio Télévision Libre des Mille Collines, a sabiendas que dicha radio incitaba a la matanza y exterminio del pueblo, y donde señaló expresamente que dicha radio constituía “an indispensable weapon in the fight against the enemy”<sup>58</sup>. Entre otros actos cometidos u ordenados por Kambanda cabe precisar la orden de eliminar a aquellos niños que se encontraban en algunos hospitales ruandeses y que habían sobrevivido a las masacres, la orden de instaurar garitas de control que permitieran identificar a la población tutsi para efectos de su exterminio, así como la distribución de armas y municiones para la realización de las masacres (y a sabiendas que las mismas serían utilizadas para estos efectos)<sup>59</sup>.

El propio Kambanda reconoció su responsabilidad por dichos actos<sup>60</sup>, y la defensa pretendió utilizar este factor como una causa atenuante para la sentencia final, alegando que con ello se buscaba incentivar a otros presuntos responsables a entregarse y declarar ante el tribunal, y promover de este modo la reconciliación en Ruanda<sup>61</sup>. Sin embargo, ello no prosperó, teniendo en cuenta, según lo estipulado por el tribunal, el carácter especialmente grave de las ofensas, el hecho de que Kambanda cometió dichos actos

<sup>55</sup> Tras el asesinato, el 6 de abril de 1994, del presidente Juvenal Habyarimanas, el 7 de abril de 1994 el ejército ruandés convocó una reunión en el Ministerio de Defensa para formar un gobierno interino, el cual fue formado el 8 de abril, y donde se designó a Jean Kambanda como Primer Ministro. Dicho gobierno interino juramentó el 9 de abril.

<sup>56</sup> Véase TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. *Prosecutor v. Jean Kambanda* (Indictment). Caso ICTR-97-23-DP. Decisión del 16 de octubre de 1997 (apertura de instrucción), párrafos 3.6-3.7. Véase también: *Ibíd.* Sentencia del 4 de setiembre de 1998. párrafos 39(ii) y 39(iii).

<sup>57</sup> Véase *Ibíd.* Decisión del 16 de octubre de 1997 (apertura de instrucción). párrafos 3.8-3-11.

<sup>58</sup> *Ibíd.* párrafo 3.12

<sup>59</sup> *Ibíd.* párrafos 3.15, 3.17 y 3.18.

<sup>60</sup> *Ibíd.* Sentencia del 4 de setiembre de 1998. párrafo 39.

<sup>61</sup> *Ibíd.* párrafos 46-61

de manera premeditada (lo que demuestra la intención detrás de los mismos) y finalmente, atendiendo al cargo que desempeñaba<sup>62</sup>. El tribunal enfatizó esta última razón, y consideró que, precisamente, dicho cargo implicaba un agravante ya que “Jean Kambanda, as Prime Minister of Rwanda was entrusted with the duty and authority to protect the population and he abused this trust”<sup>63</sup>. En efecto, con respecto al abuso del cargo que ostentaba, el tribunal precisó lo siguiente:

“The crimes were committed during the time when Jean Kambanda was Primer Minister and **he and his government were responsible for maintenance of peace and security. Jean Kambanda abused his authority and the trust of the civilian population.** He personally participated in the genocide by distributing arms, making incendiary speeches and presiding over cabinet and other meetings where the massacres were planned and discussed. He failed to take necessary and reasonable measures to prevent his subordinates from committing crimes against the population. Abuse of positions of authority or trust is generally considered an aggravating factor”<sup>64</sup> [El énfasis es nuestro].

Ahora bien, si bien las masacres cometidas en Ruanda fueron principalmente cometidas por miembros de la milicia *Interahamwe*, lo cierto es que, tal como se demostró en *Kambanda*, así como en otros casos tales como el caso *Bizimungu*, muchas de las masacres fueron cometidas bajo la anuencia del gobierno interino dirigido por Kambanda, e, incluso, ordenadas por altos mandos militares y funcionarios gubernamentales. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional

para Ruanda hizo alusión a una directiva emitida por Jean Kambanda el 25 de mayo de 1994, denominada **Directiva sobre Defensa Civil** (Directiva 024-0273), y dirigida a los distintos prefectos, en la cual se alentaba y refortalecía al *Interahamwe* que se encontraba cometiendo masacres contra la población tutsi en las distintas prefecturas. En este sentido, el propio Kambanda reconoció que, bajo esta directiva, el gobierno asumió la responsabilidad por las acciones del *Interahamwe*<sup>65</sup>.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha dejado constancia de la participación de altos agentes estatales en el planeamiento, conspiración, comisión y suministro de órdenes para la comisión de masacres y genocidio contra la población civil, en su mayoría de origen tutsi. En este sentido, en el caso *Bizimungu*<sup>66</sup>, el tribunal acusó, en su decisión de apertura de instrucción, a cuatro ex ministros<sup>67</sup> del gobierno interino por la comisión de estos actos. El tribunal hizo especial hincapié en el hecho de que los cuatro acusados permanecieron en sus puestos entre el 9 de abril de 1994 y mediados de julio, sin renunciar a ellos, a pesar de que la constitución de Ruanda permite la renuncia a los mismos. Durante este período, los cuatro acusados tampoco criticaron ni incumplieron las políticas criminales del gobierno interino. Los acusados participaron en el planeamiento de las masacres, incitaron al genocidio y a la violencia, participaron en la distribución de armamento y en el despido de autoridades gubernamentales, y ejercieron su poder sobre las autoridades locales y la milicia, incluyendo al *Interahamwe*. Atendiendo a estos actos, el

<sup>62</sup> Ibíd. párrafo 61 (B).

<sup>63</sup> Ibíd. párrafo 61 (B) (vii).

<sup>64</sup> Ibíd. párrafo 44.

<sup>65</sup> Ibíd. párrafo 39(v). En este sentido, cabe precisar que dichos actos podrían acarrear, aparte de la responsabilidad penal individual de los autores, la responsabilidad internacional del Estado, según lo estipulado por el artículo 8 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En este sentido, dicha disposición establece que “[s]e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento”.

<sup>66</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. *Prosecutor v. Bizimungu*. Caso ICTR-99-50-I. Decisión del 7 de mayo de 1999 (apertura de instrucción).

<sup>67</sup> De este modo, se abrió instrucción contra Casimir Bizimungu, Ministro de Relaciones Exteriores y Ministro de Salud del gobierno interino; Justin Mugenzi, Ministro de Comercio del gobierno interino; Prosper Mugiraneza, Ministro de Trabajo y Ministro de Servicio Civil del gobierno interino; y Jérôme Bicamumpaka, Ministro de Relaciones Exteriores del gobierno interino. Los procesos contra los cuatro acusados (actualmente cuatro procesos distintos) aún no han culminado.

tribunal precisó, en la apertura de instrucción, la responsabilidad tanto directa como por omisión, así como la responsabilidad de mando, de los cuatro acusados. Asimismo, en su sentencia del 15 de julio del 2004, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda condenó al ex Ministro de Finanzas del gobierno interino, Emmanuel Nindabahizi, (ministro entre abril y julio de 1994) a cadena perpetua por la comisión de crímenes de genocidio, exterminio y asesinato<sup>68</sup>.

Por último, no deseamos dejar de mencionar el caso contra el ex Presidente de Liberia, Charles Taylor, quien, fue condenado por el Tribunal Especial de Sierra Leona en mayo de 2012 a una pena de 50 años por once cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Al momento de la emisión de la orden de detención contra Taylor por parte de dicho tribunal, efectuada el 4 de junio de 2003, éste se desempeñaba aún como Jefe de Estado de Liberia<sup>69</sup>.

De lo expuesto en estos casos, cabe destacar la atribución de responsabilidad a los altos funcionarios, sea por coautoría mediata (figura recogida en el Estatuto de Roma) o bajo la figura de la Empresa Criminal Conjunta (figura recogida en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, mas no contemplada en el Estatuto de Roma). Además, no podemos dejar de destacar la importancia que le atribuyen estos tribunales a la posición de los altos funcionarios y el deber de protección que tenían para con la población. Así, tras el intento de los abogados defensores de estos acusados (sobre todo ante los tribunales *ad hoc*) de lograr que los jueces consideren sus cargos oficiales como atenuantes de la pena (al no poder conseguir eximentes), destaca el razonamiento de los jueces de dichos tribunales, que se decantan, más bien, por considerar dichos cargos como un agravante.

De este modo, en el caso *Babic*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia destacó el carácter agravante de la comisión de un crimen internacional por parte de un alto funcionario, al ser ello un claro abuso del cargo. En este sentido, en su sentencia del 18 de julio del 2005, precisó lo siguiente:

“The jurisprudence of the Tribunal accepts that a high-ranking position of leadership held by a person criminally responsible under Article 7(1) of the Statute may be taken into account **as an aggravating factor** [...] In the Krstic case, the Trial Chamber justified this proposition by stating that ‘the consequences of a person’s acts are necessarily more serious if he is at the apex of a military or political hierarchy and uses his position to commit crimes’ [...] Similarly, in the Mrdja case, Darko Mrdja pleaded guilty to the crime of murder and the Trial Chamber found that the fact that he was a policeman aggravated, to a limited extent, his sentence because ‘the commission of this type of crime undoubtedly violated the public authority invested in police officers’<sup>70</sup> [El énfasis es nuestro].

Similar argumentación ha sido presentada por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. En su solicitud a los jueces para la emisión de una orden de detención contra Omar al Bashir, el ex Fiscal de la Corte, Moreno Ocampo, hizo 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

<sup>68</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. *Prosecutor v. Emmanuel Nindabahizi*. Caso ICTR-2000-71-I. Sentencia del 15 de julio del 2004 (Cámara de Primera Instancia).

<sup>69</sup> Al momento de la emisión de la orden de detención, Taylor se encontraba en Ghana, y las autoridades ghanesas se rehusaron a entregarlo, alegando que dicha orden no estaba dirigida a ellas. La orden de detención fue adoptada por el Tribunal Especial de Sierra Leona el 7 de marzo de 2003, en el auto de apertura de instrucción. No obstante, por decisión de dicho tribunal, la apertura de instrucción y la orden de detención se mantuvieron selladas hasta el 4 de junio siguiente. Sobre el caso Taylor ante la Corte Especial de Sierra Leona véase KLINGBERG, Vanessa. “(Former) Heads of State Before International(ized) Criminal Courts: the Case of Charles Taylor Before the Special Court for Sierra Leone”. En: German Yearbook of International Law 46. 2003. pp. 537-564. Para una cobertura extensa del juicio y de la condena, véase: <http://www.hrw.org/news/2012/04/16/charles-taylor-qa-case-prosecutor-v-charles-ghankay-taylor-special-court-sierra-leon>.

<sup>70</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Milan Babic* (Cámara de Apelaciones). Caso IT-03-72-A. Sentencia del 18 de julio del 2005. párrafo 59.

such structure. He is the mastermind behind the alleged crimes. He has absolute control”<sup>71</sup>.

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”<sup>72</sup>.

Por su parte, en la orden de detención emitida contra Muammar Gaddafi, la Sala de Cuestiones Preliminares I determinó que Gaddafi habría planeado y ordenado la comisión de crímenes internacionales en virtud de su posición como Jefe de Estado de Libia:

“Considering that, in light of the Materials, there are reasonable grounds to believe that Muammar Gaddafi, as the recognised and undisputed leader of Libya had, at all times relevant to the Prosecutor’s Application, absolute, ultimate and unquestioned control over the Libyan State apparatus of power, including the Security Forces, and that, by virtue of that position and in coordination with his inner circle, including his son Saif Al-Islam Gaddafi, he conceived and orchestrated a plan to deter and quell, by all means, the civilian demonstration against his regime [...]”<sup>73</sup>.

#### IV. LA COOPERACIÓN DE LOS ESTADOS CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: LOS DESAFÍOS PARTICULARES ANTE LOS JEFES DE ESTADO

De los cuatro Jefes de Estado acusados ante la Corte Penal Internacional, sólo uno de

ellos (Laurent Gbagbo) se encuentra ya en La Haya a la espera del inicio de su juicio ante la Corte (aunque ya en su capacidad de ex Jefe de Estado). Uno de los acusados ya falleció (Gaddafi), otro se ha presentado voluntariamente a la Corte para su audiencia de confirmación de cargos (Kenyatta) y finalmente otro se encuentra prófugo de la justicia pero continúa en su cargo de presidente (Bashir).

El caso de Bashir plantea, sin duda, una serie de desafíos para la Corte Penal Internacional, y le corresponde a los Estados cooperar con la Corte para garantizar la entrega del mismo. Si bien todos los Estados parte al Estatuto se encuentran obligados a cooperar con la Corte, con arreglo a la Parte IX del Estatuto, debemos recordar que la situación de Darfur surge a partir de una remisión por parte del Consejo de Seguridad, donde este último órgano hace un llamado a todos los Estados a cooperar con la Corte respecto de este caso (aunque reconoce expresamente que los Estados no parte no tienen la obligación de cooperar con la Corte). Si bien existen posiciones que consideran que el Consejo debió haber incluido una obligación general de cooperación para todos los Estados miembros de la ONU en la situación de Darfur, lo cierto es que ya se han dado instancias en que Estados que sí son parte al Estatuto han infringido su obligación de cooperar con la Corte al recibir tanto a Bashir como a algunos de sus ministros requeridos por la Corte en sus territorios, sin proceder a una detención y subsiguiente entrega.

Un factor en esta falta de cooperación ha sido el rol jugado por la Unión Africana, que ha emitido una decisión de no cooperación con la Corte, ante la inacción del Consejo de Seguridad respecto a los pedidos de la Unión Africana de que el Consejo solicite a la Corte una suspensión de la investigación en el caso contra Bashir. La Unión Africana, alegando el artículo 98 de la Corte, ha precisado que el principio de inmunidad debe ser considerado y, bajo la influencia de Sudán, emitió, en

<sup>71</sup> 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](http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-152-ENG.pdf), párrafo 3.

<sup>72</sup> *Ibid.* párrafo 40.

<sup>73</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL. Warrant of Arrest for Muammar Gaddafi. Sala de Cuestiones Preliminares I. Decisión del 27 de junio de 2011.

el 2009, una decisión determinando la no cooperación de la Unión Africana con la Corte, reiterada en el 2010<sup>74</sup>. Si bien este no es el reflejo de la posición de los Estados africanos *per se* (a la fecha, 33 Estados africanos son parte al Estatuto), la posición de la Unión Africana presenta un desafío importante para la cooperación de los Estados parte en el continente africano frente a la Corte. Ello se puso en evidencia ante las invitaciones de Malawi y Chad –ambos Estados parte al Estatuto de Roma– al presidente Bashir (que se concretaron en tres visitas oficiales a Chad y una a Malawi), lo que llevó finalmente a que la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte emitiera tres decisión sobre no cooperación de Chad y Malawi respecto a la detención y entrega de Bashir<sup>75</sup>.

La cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional resulta, por lo tanto, esencial para el efectivo funcionamiento de la Corte. Dicha obligación, cuyos elementos se mencionan con detalle en la Sección IX del Estatuto, no sólo implica la capacidad de arrestar y entregar a una persona requerida por la Corte, sino que también implica tomar las medidas necesarias para poder ejecutar las órdenes de detención a nivel nacional (donde resalta, en América Latina, los pasos en este sentido tomados por Brasil, Bolivia y Perú); poder brindar información y documentación en forma segura a la Corte; tomar medidas en torno a la protección de víctimas y testigos; ratificar el Acuerdo de Privilegios e Inmidades que le permite a los funcionarios de la Corte realizar su labor de manera eficaz e independiente; celebrar acuerdos de ejecución de sentencias, de protección de testigos, de reubicación de personas absueltas, entre otros.

Al adentrarnos en el undécimo aniversario de la puesta en funcionamiento de la Corte, debemos reflexionar sobre los logros del sistema instaurado por el Estatuto de Roma a la fecha, pero también sobre los desafíos que deberá enfrentar la Corte en su segunda década de existencia: La creciente carga laboral ante la apertura de nuevos casos y situaciones debe conciliarse con un presupuesto que los Estados buscan limitar ante la crisis financiera internacional; el sistema de reparaciones a las víctimas y comunidades afectadas debe aún ser perfeccionado; se deben evitar situaciones de politización, que si bien son ajenas a la Corte, terminan reflejando sobre la misma (pensemos, por ejemplo, en el llamado de varios actores de la comunidad internacional a que el Consejo de Seguridad tome las medidas necesarias para referir la situación de Siria a la Corte). No obstante, el comienzo de una nueva década también presenta una oportunidad para destacar los avances del sistema del Estatuto de Roma: La inclusión de principios esenciales para la lucha contra la impunidad, como es la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, la desestimación de obediencia debida como defensa, y la desestimación del principio de inmunidad. Otros logros concretos han sido la primera condena emitida en el 2012 contra el líder guerrillero congolés Thomas Lubanga, así como el desarrollo en la participación de víctimas durante el proceso.

Sin duda hay una larga tarea por hacer, y le corresponde a los Estados adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los prófugos de la justicia internacional no permanezcan impunes.

<sup>74</sup> Véase: “Assembly of the African Union. Decision On The Progress Report Of The Commission On The Implementation Of Decision Assembly/Au/Dec.270(Xiv) On The Second Ministerial Meeting On The Rome Statute Of The International Criminal Court”. Assembly/AU/10(XV). Kampala, Uganda. 25-27 de julio de 2010.

<sup>75</sup> Véase: CORTE PENAL INTERNACIONAL. “Decision on the Non-compliance of the Republic of Chad with the Cooperation Requests Issued by the Court Regarding the Arrest and Surrender Omar Hassan Ahmad al-Bashir”. Decisión del 26 de marzo de 2013 de la Sala de Cuestiones Preliminares II. Véase también las decisiones anteriores sobre Chad del 13 de diciembre de 2011 y sobre Malawi del 12 de diciembre de 2012. [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/court%20records/chambers/Pages/index.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/court%20records/chambers/Pages/index.aspx).