

**LAS INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN PENAL
DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO EN EL CONTEXTO
DE LA REPRESIÓN DE LAS VIOLACIONES DEL DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO***

Julio JORGE URBINA
*Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Universidad de Santiago de Compostela*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La dramática espiral de violencia desencadenada por los actuales conflictos armados, en los que asistimos a diario a una sucesión de matanzas de civiles inocentes, de torturas, de violaciones sistemáticas de mujeres o de desplazamientos forzados ante la indiferencia deliberada de los beligerantes, ha puesto nuevamente en evidencia las dificultades con las que tropieza la defensa de la dignidad humana en el mundo de hoy en día. En efecto, ya se trate de grupos armados o de fuerzas gubernamentales, las muertes indiscriminadas, las mutilaciones, la violencia y la explotación sexuales, los tratos humillantes y degradantes o los desplazamientos forzados no son consecuencias accidentales de los conflictos, sino que en la mayoría de los casos son el fruto de una política de terror con la que se busca acelerar el sometimiento del adversario, e incluso su aniquilación.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación «Repercusiones para España de las nuevas dinámicas e instrumentos de cooperación internacional en materia penal» (BJU2001-3202), subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Esta situación ha servido de acicate a la comunidad internacional para promover una aplicación efectiva del Derecho Internacional Humanitario al objeto de reducir la magnitud de los sufrimientos a los que se ven sometidas las víctimas de los conflictos armados. Para ello se ha insistido, entre otras medidas, en la necesidad de reforzar los mecanismos e instrumentos represivos a fin de que se pueda llevar ante la justicia a quienes hayan participado en la comisión de tales crímenes y, con ello, poner fin a la cultura de impunidad (1).

Pero este reforzamiento de los mecanismos destinados a castigar las violaciones graves de las normas humanitarias –por la doble vía de crear nuevas jurisdicciones penales internacionales *ad hoc* o de carácter permanente o de revitalizar los mecanismos de cooperación penal, facilitando la acción de los tribunales estatales sobre la base del principio de justicia universal– está planteando una serie de problemas de carácter jurídico y político cuando se ven envueltos en tales crímenes los más altos dirigentes del Estado, pues en tales casos esta pretensión de justicia, así como la necesidad de difundir el mensaje de que nadie está por encima de la ley, puede llegar chocar con las estructuras más tradicionales del ordenamiento jurídico internacional –que a pesar de los cambios experimentados siguen firmemente arraigadas–, basadas en el respeto de la soberanía e igualdad de los Estados, una de cuyas expresiones es la figura de la inmunidad.

Así, en la práctica reciente, diferentes asuntos planteados ante tribunales internos (como los casos *Pinochet*, ante los tribunales británicos, *Gadafi*, ante los tribunales franceses, o *Yerodia*, ante los tribunales belgas –con el corolario de la intervención del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) a través de su sentencia de 14 de febrero de 2002–) o internacionales (como los casos *Milosevic*, ante el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, o *Taylor*, ante el Tribunal Especial para Sierra Leona) han suscitado un vivo debate, tanto entre los jueces encargados de su resolución como entre la doctrina, en torno al alcance de las

(1) Así se ha puesto de relieve desde distintas organizaciones y conferencias internacionales. Dentro de las Naciones Unidas debemos referirnos a la posición expresada por el Consejo de Seguridad, entre otras, en la Declaración de su Presidente de 15 de diciembre de 2003 (S/PRST/2003/27); por la Comisión de Derecho Humanos, en su Resolución 2005/81 sobre impunidad, de 21 de abril de 2005. La Organización de Estados Americanos ha destacado, igualmente, esta obligación en la Resolución 2052 (XXXIV-O/04) de su Asamblea General, de 8 de junio de 2004, sobre promoción y respeto del Derecho Internacional Humanitario. En la misma línea se ha pronunciado la 28ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (2-6 de diciembre de 2003) en su Resolución 1, relativa a la adopción de la Declaración y el Programa de Acción Humanitaria.

inmidades de que gozan los distintos órganos del Estado, particularmente sus dirigentes políticos, y su compatibilidad con la búsqueda cada vez más extendida dentro de la propia comunidad internacional del enjuiciamiento sin excepciones de todas aquellas personas, al margen de su posición oficial, que hayan participado en la comisión de crímenes de guerra.

Nos encontramos, por tanto, ante un tema enormemente espinoso cuyo análisis se ve dificultado por la incertidumbre y ambigüedades que siguen rodeando al régimen jurídico, en buena medida consuetudinario, de la inmunidad del Estado y de sus órganos (2); y porque en él se ponen de relieve las tensiones a las que se ve sometido el Derecho internacional entre la estructura esencialmente interestatal de este ordenamiento jurídico y los desarrollos derivados de la afirmación de una serie de valores colectivos a cuyo respeto estarían sometidos los Estados (3). Por ello, en nuestra opinión, debe abordarse esta cuestión con una buena dosis de cautela, tratando de deslindar lo que serían nuestros deseos de reducir lo más posible la impunidad frente a las graves violaciones de las normas humanitarias, del panorama que sobre esta cuestión nos ofrece la práctica internacional.

A tenor de ello, examinaremos el alcance de las inmidades de jurisdicción penal de las que se benefician los agentes estatales –especialmente, sus más altos dirigentes políticos– con el propósito de determinar su relevancia en el contexto de la persecución de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario (4), poniendo de manifiesto ya desde un principio que si bien las posibilidades de que esta figura pueda servir como una excusa se han visto sensiblemente reducidas, no es posible en la actualidad afirmar su completa superación en el caso de crímenes de guerra.

(2) En este sentido, *vid.* Santiago TORRES BERNÁRDEZ: «Acerca de las inmidades del Jefe del Estado o de Gobierno en Derecho internacional y de sus límites», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.): *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 643.

(3) En este sentido, Pierre-Marie DUPUY ha hablado del enfrentamiento de la *lógica del Lotus* y la *de Nuremberg*, que, en sus palabras, constituye «un nouvel épisode de la tectonique des fondements du droit international contemporain». «Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes», *R.G.D.I.P.*, vol. 103, 1999, n° 2, pp. 292-293.

(4) Por ello, no entraremos a analizar otros aspectos de esta figura que también están resultando polémicos, como es la posible alegación de inmunidad del Estado frente a reclamaciones civiles por violaciones de los derechos humanos ante tribunales extranjeros.

II. LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. ALCANCE Y CONTENIDO

Tradicionalmente, en virtud del principio de igualdad soberana, expresión de una concepción horizontal de la sociedad internacional que aún sigue imperando en la actualidad (5), todos los Estados han aceptado en interés mutuo limitar la jurisdicción de sus tribunales cuando se trate de un Estado extranjero. Ello se ha traducido en el plano jurídico internacional en el reconocimiento a los Estados de una serie de inmunidades jurisdiccionales, que impiden que se puedan ver sometidos a la acción de tribunales extranjeros. En efecto, como ya reconociera el juez MARSHALL en el asunto *The Schooner Exchange v. McFaddon and Others* (1812) «[d]ado que el mundo está compuesto de soberanías distintas, que poseen iguales derechos e igual independencia, y a cuyo beneficio mutuo contribuyen las relaciones que mantienen entre sí y el intercambio de los buenos oficios que la humanidad dicta y sus necesidades requieren, todos los soberanos han aceptado en la práctica y en determinadas circunstancias una limitación de la jurisdicción absoluta y completa que les confiere la soberanía dentro de sus respectivos territorios» (6).

Esta restricción de la soberanía encuentra así su razón de ser en la salvaguardia de la igualdad e independencia de los Estados y no en el deseo de otorgarles una protección indiscriminada (7). De ello podemos deducir

(5) Así lo reconoció el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en el caso *Blaskic* al afirmar que «[l]a communauté internationale est essentiellement composée d'États souverains, tous jaloux de leurs prérogatives et privilèges de souveraineté et insistant sur leur droit respectif à l'égalité et au respect total par les autres États de leur domaine réservé». TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur v. Tihomir Blaskic (Affaire n° IT-95-14)*, 29 Octobre 1997, Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la Décision de la Chambre de Première Instance II rendue le 18 juillet 1997, párr. 40.

(6) Versión en español contenida en «Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por le Sr. Kompong Sucharitkul, Relator Especial», Doc. A/CN.4/331 y Add.1, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1980, vol. II, 1ª parte, párr. 75, p. 228.

(7) *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 176/2001 (Sala Segunda), de 17 de septiembre de 2001 (B.O.E. núm. 251, 19 de octubre de 2001). En efecto, ya en el antes citado asunto *The Schooner Exchange v. McFaddon and Others* el juez MARSHALL tuvo oportunidad de concluir: «Esta perfecta igualdad y absoluta independencia de los soberanos, y ese interés común que les induce a mantener relaciones mutuas y a prestarse servicios recíprocos, han dado lugar a una categoría de situaciones en las que se entiende que cada soberano renuncia al ejercicio de una parte de esa jurisdicción territorial plena y exclusiva de la que se ha dicho que es un atributo de todas las naciones». *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1980, vol. II, 1ª parte, párr. 75, p. 229.

que el propósito de esta figura es doble: garantizar al Estado el desarrollo de sus funciones en el plano interno e internacional sin interferencias externas y preservar su dignidad, que se vería mermada sensiblemente si tuviera que someterse a las exigencias de los tribunales de otro Estado (8).

Estas inmunidades jurisdiccionales reconocidas al Estado en su conjunto se extienden a todos sus órganos, entendidos éstos en un sentido amplio como todas las personas cuyos actos son internacionalmente atribuibles al Estado (9), de tal modo que los agentes estatales están igualmente amparados y en el ámbito penal gozarían de inviolabilidad y de inmunidad de jurisdicción (10). Esto significa que no se podría iniciar ningún procedimiento penal ante tribunales extranjeros contra ellos cuando hayan cometido una infracción en el ejercicio de sus funciones oficiales, sino que sus actos se atribuirían al Estado que, en su caso, respondería internacionalmente (11). Así se puso de manifiesto en su momento en el caso *McLeod* (12); posteriormente se ha alegado en los asuntos *Eichmann* –aunque ello no significó su admisión por el tribunal– (13), y, más recien-

(8) Cfr. Ian BROWNLIE: *Principles of Public International Law*, 5th ed., Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 328-329.

(9) Sobre el concepto de órgano a los efectos del reconocimiento de inmunidad, cfr. Joe VERHOEVEN: «Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», en VERHOEVEN, J. (dir.): *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Larcier, Bruxelles, 2004, pp. 65-68.

(10) Vid. Victoria ABELLÁN HONRUBIA: «La responsabilité internationale de l'individu», *R.C.A.D.I.*, vol. 280, 1999, p. 220.

(11) Así, en su momento KELSEN afirmó que [t]he collective responsibility of a State for its own acts excludes, according to general international law, the individual responsibility of the person who, as a member of the government, at the command or with the authorization of the government, has performed the act. This is a consequence of the immunity of the State from the jurisdiction of another State. This rule is not without exceptions but any exception must be based on a special rule of customary or conventional international restricting the former». «Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals», *California Law Review*, vol. 31, 1943, n° 5, pp. 540-541.

(12) Este caso se refería al enjuiciamiento de un militar británico detenido y acusado de las muertes ocasionadas por la fuerza británica enviada en 1837 a territorio norteamericano a capturar al buque *Caroline*. En este contexto, el Secretario de Estado de EE.UU., WEBSTER, se dirigió al Fiscal General el 15 de marzo de 1841, manifestando: «That an individual forming part of a public force, and acting under the authority of his Government, is not to be held answerable, as a private trespasser or malefactor, is a principle of public law sanctioned by the usages of all civilized nations». Al respecto, vid. Robert Y. JENNINGS: «The *Caroline* and *McLeod* cases», *A.J.I.L.*, vol. 32, 1938, n° 1, p. 94.

(13) A este respecto, el Tribunal Supremo de Israel en su sentencia de 29 de mayo de 1962 señaló: «The theory of 'Act of State' means that the act performed by a person as an organ of the state –whether he was the head of the state or a responsible official acting on the government's orders– must be seen as an act of the state only. It follows that the state

temente, el TPIY lo ha vuelto a afirmar en el caso *Blaskic* (14). En todo caso, es preciso aclarar que la protección que se les confiere no trata de garantizarles un estatuto de privilegio, ni exonerarles de la responsabilidad que pudiera incumbirles por las eventuales infracciones cometidas, sino preservar el libre ejercicio de sus funciones públicas sin interferencias que puedan obstaculizarlo (15).

Estas inmunidades, calificadas como *ratione materiae*, se basan en la distinción de los actos realizados por los órganos del Estado en razón de su carácter público o privado, de modo que la inmunidad abarcaría únicamente los primeros, mientras que los segundos podrían ser enjuiciados por cualquier tribunal extranjero. Asimismo, poseen un carácter permanente, lo que significa que tales personas no estarían sometidas a los órganos judiciales de otros Estados una vez que hayan cesado en el ejercicio de sus

alone bears responsibility therefore, and it also follows that another state has no right to punish the person who committed the act, save with the consent of the state whose mission he carried out. Were it not so, the first state would be interfering in the internal affairs of the second, which is contrary to the conception of the equality of states based on their sovereignty» (párr. 14) (Texto de la sentencia de apelación disponible en Internet <URL: <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/transcripts/Appeal>>, 2 de febrero de 2005).

(14) En este asunto, los jueces de la Sala de Apelación afirmaron: «La Chambre d'appel rejette la possibilité que le Tribunal international puisse décerner des injonctions aux responsables officiels des États agissant ès qualités. Ces officiels ne sont que des agents de l'État et leurs actions officielles ne peuvent être attribuées qu'à l'État. Ils ne peuvent faire l'objet de sanctions ou de pénalités pour une action qui n'est pas privée mais entreprise au nom d'un État. En d'autres termes, les responsables officiels des États ne peuvent subir les conséquences des actes illicites que l'on ne peut leur attribuer personnellement mais qui sont imputables à l'État au nom duquel ils agissent: ils jouissent d'une immunité dite fonctionnelle. C'est là une règle bien établie du droit international coutumier qui remonte aux dix-huitième et dix-neuvième siècles et qui, depuis, a été réaffirmée à de nombreuses reprises». *Le Procureur v. Tihomir Blaskic ...*, *cit.*, párr. 38.

(15) Así lo ha reconocido el TIJ en el asunto *Yerodia* en relación con las inmunidades otorgadas al Ministro de Asuntos Exteriores, pero que puede ser extendida al resto de los órganos del Estado. *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, *CIJ Recueil*, 2002, párr. 53. Entre la doctrina, *vid.* Christian DOMINICÉ: «Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales», *C.E.B.D.I.*, vol. II, 1998, p. 315.

En esta misma línea se expresó Lord BROWNE-WILKINSON en la Decisión de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999 en el asunto *Pinochet*: «Immunity *ratione materiae* applies not only to ex-heads of state and ex-ambassadors but to all state officials who have been involved in carrying out the functions of the state. Such immunity is necessary in order to prevent state immunity being circumvented by prosecuting or suing the official who, for example, actually carried out the torture when a claim against a head of state would be precluded by the doctrine of immunity». *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for Metropolis and Others, ex parte Pinochet; Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet*, House of Lords, 24 March 1999 (*Pinochet* n° 3), en *International Legal Materials*, vol. 38, 1999, p. 594.

funciones oficiales, pues en este caso las inmunidades se ligan a la naturaleza del acto y no al cargo (16). El problema que se suscita en este caso, sin embargo, es deslindar cuando los agentes estatales están actuando en el desempeño de sus funciones públicas o a título privado.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que el alcance de las inmunidades jurisdiccionales es diferente cuando nos encontremos ante determinados cargos públicos, como son el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Asuntos Exteriores –sin que sea posible constatar una extensión de estas inmunidades a otros miembros del gobierno–, los representantes diplomáticos y consulares en el extranjero y los miembros de una misión especial (17). En este caso nos encontramos ante inmunidades *ratione personae* que se confieren en virtud del cargo que desempeñan estas personas y se justifican en razón de que ostentan la máxima representación del Estado, constituyendo incluso una personificación de su soberanía e igualdad –sobre todo, en el caso del Jefe del Estado (18)–, y

(16) Entre la doctrina, *vid.* Paola GAETA : «Official capacity and immunities», en CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 975-976; Antonio CASSESE : *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 266; Dapo AKANDE: «International law immunities and the international criminal court», *A.J.I.L.*, vol. 98, 2004, n° 3, pp. 412-413.

(17) Tales inmunidades, especialmente las de carácter diplomático, aparecen recogidas en diferentes instrumentos convencionales, como el art. 31, 1 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961; el art. 43, 1 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963; el art. 30 de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal de 14 de marzo de 1975; los arts. 21, 1 y 31, 1 de la Convención sobre misiones especiales de 16 de diciembre de 1969 el art. 1, 1 del Convenio sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973; e, implícitamente, en el art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004, para excluirlas de su ámbito de aplicación. En esta misma línea, el TIJ reconoció que «il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales». *Affaire relative au mandat ...*, *cit.*, párr. 51.

(18) Así, según señaló en su día en Tribunal de apelación de Argel «suivant un principe de droit international universellement admis, les souverains et les chefs d'Etat participent de l'indépendance de l'Etat dont il sont les représentants» (Cour d'appel d'Alger –1^{re} ch.–, *Ben Aïad c. Bey de Tunis*, 22 janvier 1914, *Journal du Droit International Privé*, vol. 41, 1914, p. 1291). En esta línea, dentro de la doctrina, *vid.* Arthur WATTS: «The legal position in international law of Head of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *R.C.A.D.I.*, vol. 247, 1994-III, pp. 35-38; Eduardo VILARIÑO PINTOS: «La diplomacia directa. Su alcance y valor actual», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2000*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco/Tecnos, Madrid, 2001, p. 315.

son los más altos responsables del diseño y desarrollo de su política exterior (19).

Por ello, estas personas van a gozar de una inviolabilidad personal y de una inmunidad de jurisdicción penal absolutas mientras dure su mandato o sus funciones oficiales, con independencia de la naturaleza pública o privada de los actos que realicen, sin que sea posible apreciar en la práctica estatal ninguna excepción (20). Pero, frente a las inmunidades *ratione materiae*, poseen un carácter temporal, de modo que nada impediría el enjuiciamiento de actos realizados durante el desempeño de sus funciones una vez que hubieran dejado su cargo. Así, los antiguos Jefe de Estado, de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores solo van a gozar de inmunidad por los actos de carácter público llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones, no así en relación con los de carácter privado.

Es en este contexto, como tendremos oportunidad de comprobar, donde se debe valorar la relevancia del reconocimiento de la responsabilidad del individuo por la comisión de crímenes de guerra y el desarrollo de diferentes mecanismos para su persecución en tanto que límites al alcance de esta figura, teniendo en cuenta que la inmunidad no puede ser equiparada a irresponsabilidad, sino que constituye únicamente una excusa de carácter procesal que impide a un determinado tribunal extranjero el ejercicio de su jurisdicción, pero que no imposibilita totalmente el enjuiciamiento de los implicados en dichos crímenes, ni los exonera de responsabilidad.

III. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO POR CRÍMENES DE GUERRA COMO LÍMITE A LAS INMUNIDADES JURISDICIONALES

Una vez esbozado el alcance de las inmunidades jurisdiccionales de los órganos estatales –con las incertidumbres que siguen rodeando a esta figu-

(19) En efecto, como reconocieron los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, «immunities are granted to high State officials to guarantee the proper functioning of the network of mutual inter-State relations, which is of paramount importance for a well-ordered and harmonious international system». *Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, párr. 75. Entre la doctrina, *vid.* Christian DOMINICÉ: «Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien Chef d'Etat», *R.G.D.I.P.*, vol. 103, 1999, n° 2, p. 301 ; Hazel FOX : *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 426-427.

(20) Al respecto, *vid.* Darryl ROBINSON: «The impact of the human rights accountability movement on the international law of immunities», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XL, 2002, pp. 161-162.

ra de naturaleza esencialmente consuetudinaria—, se nos suscita la cuestión de su compatibilidad con el reconocimiento de que las violaciones graves de las normas humanitarias no sólo son atribuibles al Estado en su conjunto —y, por tanto, susceptibles de generar una responsabilidad internacional de éste—, sino que, además, constituyen auténticos crímenes, que exigen una sanción penal a todas aquellas personas que hayan participado en la comisión de tales hechos, pues como admitió el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, «crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions on international law be enforced» (21).

Sin duda alguna, las dimensiones y la naturaleza particularmente aberrante de los crímenes de guerra han exigido, como reacción a las dramáticas consecuencias de los conflictos armados para sus víctimas, que el castigo por tales conductas alcance a todos los que hayan participado de un modo u otro en su planificación y ejecución, sin que la condición de agente estatal sirva como excusa suficiente para exonerarle de cualquier eventual castigo. Esto significaría, en principio, que la posibilidad de alegar las inmunidades que tradicionalmente se reconocían a los órganos del Estado para impedir que un tribunal considerado competente para conocer de hechos que podrían ser calificados como crímenes de guerra pueda entrar a su enjuiciamiento quedaría sensiblemente limitada.

Sin embargo, siguen persistiendo numerosas dudas en torno a la vigencia o no de la figura de las inmunidades (22), así como a su posible arrumbamiento por la creciente relevancia atribuida a la represión, entre otros, de los crímenes de guerra en un contexto internacional cada vez más consciente de la necesidad de poner fin a la impunidad en que se mueven quienes cometen estos actos (23). En este sentido, debemos plantearnos en qué medida el reforzamiento de los instrumentos conducentes a exigir la responsabilidad internacional del individuo han limitado o excluido la posibilidad de alegar las inmunidades jurisdiccionales o si, tal como se reconocía en el Derecho internacional clásico, la circunstancia de actuar en nombre y por cuenta del Estado sigue sirviendo en algún caso como excusa válida y suficiente para eludir un eventual castigo en caso de violaciones graves de las normas humanitarias.

(21) *International Military Tribunal (Nuremberg), Judgement and Sentences. October 1, 1946, A.J.I.L.*, vol. 41, 1947, n° 1, p. 221.

(22) En este sentido, vid. DUPUY, *op. cit.*, p. 293.

(23) En la línea de la incompatibilidad de la noción de crímenes de Derecho internacional y la figura de las inmunidades jurisdiccionales, vid. Andrea BIANCHI: «Immunity versus human rights: The Pinochet case», *E.J.I.L.*, vol. 10, 1999, n° 2, pp. 276-277.

A. EL FORTALECIMIENTO DE LOS MECANISMOS REPRESIVOS COMO REFLEJO DE LA IMPORTANCIA ATRIBUIDA A LA SANCIÓN PENAL DE LOS CRÍMENES DE GUERRA DENTRO DEL SISTEMA DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En el actual contexto internacional, la trágica reiteración de violaciones de los derechos humanos en los conflictos armados ha dejado patente de nuevo las dificultades con las que tropieza la aplicación del Derecho Internacional Humanitario ante la constatada falta de efectividad de los medios preventivos y de control establecidos convencionalmente. Ante esta situación, y a tenor de las graves consecuencias que acarrea su incumplimiento, trasciende de nuevo la importancia de dotar a este sector normativo de un conjunto de mecanismos e instrumentos que permitan garantizar la eficacia de sus normas (24). A tal efecto, se ha insistido, en particular, en el castigo de quienes hayan participado en la comisión de crímenes que repugnan al conjunto de la comunidad internacional por atentar contra las más elementales consideraciones de humanidad, pues, además de contribuir a la disuasión y la prevención de futuros crímenes, «[l]a acusación y el juicio imparciales de los distintos sospechosos pueden contribuir considerablemente a fomentar la confianza y facilitar la reconciliación en las sociedades después de los conflictos» (25).

Sin embargo esta preocupación por asegurar el respeto del Derecho Internacional Humanitario no es novedosa, sino que se reflejó en su momento en la introducción en los Convenios de Ginebra de 1949 –y reiterada en el art. 1, 1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977 (Protocolo I de 1977)– del art. 1 común, por el cual todos los Estados asumen el compromiso colectivo de respetar y hacer respetar dichas normas en todas las circunstancias. Esta doble obligación, que durante mucho tiempo había sido vista, en palabras

(24) Sobre el alcance y relevancia de los mecanismos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, entre la amplísima bibliografía, *vid.* en la doctrina española: Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: «El Derecho Internacional Humanitario en busca de su eficacia», *R.E.D.M.*, nº 77, 2001, pp. 331-355; Esperanza ORIHUELA CALATAYUD: «El control del cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados», en *Derecho Internacional Humanitario. Tratados internacionales y otros textos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 3-64; Joaquín CÁCERES BRUN: «El sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario», en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO; J.L. (coord.): *Derecho Internacional Humanitario*, Cruz Roja Española/Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 623-644.

(25) *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, Doc. S/2001/331, 30 de marzo de 2001, párr. 11, p. 3.

de CONDORELLI, como «une sorte de clause de style, un coquille vide, dépourvue de portée juridique véritable» (26), desempeña un papel esencial dentro del proceso de aplicación de este sector normativo (27), pues es expresiva del interés que tienen todos los Estados, al margen de su implicación en un conflicto armado, en que las normas humanitarias sean respetadas por los contendientes (28), quedando habilitados –bien individualmente, bien de forma concertada en colaboración con las Naciones Unidas, según establece el art. 89 del Protocolo I de 1977 (29)– para adoptar las medidas que resulten apropiadas frente a cualquier violación de las mismas (30). Corresponde, por tanto, a los Estados la principal responsa-

(26) «L'évolution des mécanismes visant à assurer le respect du droit international humanitaire», en *L'évolution du droit international. Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Pedone, Paris, 1998, p. 129.

(27) En efecto, como ha reconocido la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, «la obligación de respetar y hacer respetar los derechos humanos y el derecho humanitario incluye el deber de: prevenir las violaciones, investigarlas, tomar las medidas apropiadas contra los violadores y proporcionar recursos jurídicos y reparación a las víctimas». *Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario, a obtener reparación*, Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 de mayo de 1996, p. 3. En esta misma línea, en la Declaración adoptada el 5 de diciembre

(28) Así tuvo oportunidad de recalcarlo el TPIY en su sentencia de 14 de enero de 2000 sobre el caso *Kupreskic* cuando afirmó que «[e]n raison de leur caractère absolu, ces normes de droit international humanitaire n'imposent pas d'obligations synallagmatiques, à savoir d'obligation d'un État envers un autre. Au contraire, comme on peut le lire dans l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction* (qui porte précisément sur les obligations relatives aux droits fondamentaux de la personne), elles énoncent des obligations envers l'ensemble de la communauté internationale, ce qui fait que chacun des membres de cette communauté a un «intérêt juridique» à leur observation et, par conséquent, le droit d'exiger qu'elles soient respectées». TPIY, Chambre de Première Instance II, *Le Procureur c. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic, alias «Vlado» (affaire n° IT-95-16-T)*, Jugement, 14 janvier 2000, párr. 519.

(29) Aunque el alcance de este precepto no queda muy claro, sí podemos constatar, como hace CONDORELLI, que es expresión de la existencia de una obligación colectiva de toda la comunidad internacional y de las Naciones Unidas para actuar o reaccionar contra las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, según ha puesto de relieve la práctica reciente de la Organización en relación con los llamados conflictos armados de la posguerra fría («Le Tribunal Penal International pour l'Ex-Yougoslavie et sa jurisprudence», *C.E.B.D.I.*, vol. I, 1997, pp. 251-252). Así se reflejó en la Recomendación VII elaborada por el Grupo de Expertos Gubernamentales para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 23-27 de enero de 1995) (*R.I.C.R.*, n° 127, enero-febrero de 1995, pp. 40-41), que es asumida por la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja en su Resolución I (*R.I.C.R.*, n° 133, enero-febrero de 1996, pp. 60-62).

(30) En este sentido, *vid.* Jorge PUEYO LOSA: «Hacia un fortalecimiento de los mecanismos de represión de crímenes de guerra. Responsabilidad internacional del individuo, tribunales internos y Corte Penal Internacional», en PUEYO LOSA, J.; JORGE URBIANA, J. (coords.): *El Derecho Internacional Humanitario en una sociedad internacional en transición*, Tórculo Ediciones, Santiago de Compostela, 2002, p. 97.

bilidad de asegurar el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario, lo que significa, según PÉREZ GONZÁLEZ, que «sobre cada Estado recae, por una parte, el deber de hacer todo lo posible para que dichas disposiciones sean respetadas por sus órganos y en general por el conjunto de personas sujetas a su jurisdicción, y, por otra parte, el deber de actuar de modo apropiado para conseguir que tales disposiciones sean observadas por todos, en particular por los demás Estados» (31). Para dar un adecuado cumplimiento a este doble mandato deberán adoptar en su orden interno las medidas legislativas, administrativas o judiciales que resulten precisas a fin de garantizar la plena eficacia de dichas normas.

Pero es ante situaciones de violación sistemática y generalizada del Derecho Internacional Humanitario, donde se manifiesta de forma más palpable este interés colectivo por garantizar el pleno respeto dichas normas, pues, al margen de la responsabilidad en que puede incurrir el Estado por tales hechos (32), se ha insistido en el compromiso que asumen todos los Estados de perseguir y castigar a quienes hayan participado en la comisión de estos crímenes en virtud de la obligación de «hacer respetar» el Derecho Internacional Humanitario en todas las circunstancias. En efecto, si bien los Estados en cuyo territorio se cometen estas graves infracciones son los principales responsables de su castigo, ante la evidencia del ambiente de impunidad que se produce con demasiada frecuencia por la incapacidad o la falta de voluntad de sus autoridades para adoptar las medidas apropiadas a este respecto, se habilita a todos los demás Estados y, en general, a la comunidad internacional en su conjunto para que pongan en marcha todos los mecanismos e instrumentos que permitan la represión de dichos comportamientos criminales (33).

(31) «Consideraciones sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario con especial referencia a su aplicación en el orden interno», en *Hector Gros Espiell Amicorum Liber*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 1099-1100. En el mismo sentido, *vid.* Lawrence BOISSON DE CHAZOURNES; Luigi CONDORELLI: «Common article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests», *R.I.C.R.*, vol. 82, n° 837, mars 2000, p. 69.

(32) Así se contemplaba en el art. 3 del IV Convenio de La Haya de 1907, viéndose reafirmado en el art. 91 del Protocolo I de 1977. Sobre esta cuestión, en la doctrina, entre otros, *vid.* Allan ROSAS: «International monitoring mechanisms in situations of armed conflict», en BLOED, A.; LEICHT, L.; NOWAK, M.; ROSAS, A. (eds.): *Monitoring Human Rights in Europe. Comparing International Procedures and Mechanisms*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 224; Marco SASSÒLI: «State responsibility for violations of international humanitarian law», *R.I.C.R.*, vol. 84, n° 846, juin 2002, pp. 401-433.

(33) Esta responsabilidad colectiva de la comunidad internacional para hacer frente a situaciones de impunidad ha sido destacada por el Secretario General de las Naciones Unidas. *Cfr. Informe presentado por el Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, S/2004/431, 28 de mayo de 2004, párr. 39, p. 13.

Además, para evitar cualquier esfera de impunidad se reconoce que el castigo no se circunscribe a los autores materiales de estos actos delictivos, sino que se extiende a quienes los han ordenado, planificado, impulsado o tolerado. Por ello, en consonancia con el especial papel atribuido a los superiores jerárquicos como garantes del respeto del Derecho Internacional Humanitario (34), se establece una cláusula orientada a evitar que queden exonerados de responsabilidad por infracciones de sus subordinados si aquellos tuvieran conocimiento de la infracción y, teniendo autoridad para hacerlo, no tomaran las medidas a su alcance para impedir la o reprimirla (art. 86, 2 del Protocolo I de 1977) (35). En muchos casos esta responsabilidad podría alcanzar incluso a los máximos dirigentes políticos del Estado, sobre todo, en el caso de regímenes autoritarios donde tales crímenes suelen estar promovidos desde el poder.

Para que esta obligación general de represión sea efectiva, y ante la imposibilidad de que en la mayoría de los casos se produzca el castigo en el Estado en el que se produjeron las violaciones, los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I de 1977, además de tipificar las conductas que bajo la denominación de «infracciones graves» son susceptibles de ser consideradas como crímenes de guerra (36), articulan un mecanismo de cooperación penal que permite a todos los demás Estados, como ya hemos

(34) En efecto, en el art. 87 del Protocolo I de 1977 se establecen las obligaciones de los jefes militares en relación con el respeto del Derecho Internacional Humanitario, que van desde la difusión de tales normas entre sus subordinados, como medida preventiva para evitar que las eventuales infracciones puedan ser debidas a ignorancia, hasta la adopción de las medidas que resulten necesarias para evitar cualquier violación cometida por sus subordinados de la que tengan conocimiento, denunciando tales hechos a las autoridades competentes y, en su caso, promoviendo una acción penal o disciplinaria contra sus autores. Sobre esta cuestión, *vid.* Stéphane BOURGON: «La responsabilité des commandants militaires et la mise en œuvre du droit international humanitaire», en BOUSTANY, K.; DORMOY, D. (dirs.): *Perspectives humanitaires. Entre conflits, droit(s) et action*, Bruylant, Editions de l'ULB, Bruxelles, 2002, pp. 157-178.

(35) En relación con la responsabilidad del superior jerárquico, entre otros, dentro de la doctrina española, *vid.* José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: «Hitos y experiencias de la justicia penal internacional», en *Hacia una justicia internacional*, Ministerio de Justicia/Civitas, Madrid, 2000, pp. 299-304.

(36) No obstante, es preciso aclarar que la noción de crimen de guerra no se limita a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, sino que comprende otras violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, incluidas las cometidas en conflictos armados internos, tal como se deriva de los Estatutos y de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda y del art. 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que pueden considerarse expresión del alcance de esta figura en la actualidad. Al respecto, *vid.* Georges ABI-SAAB: «The concept of 'war crimes'», en YEE, Sienho; WANG, Tiewa (eds.): *International Law in the Post-Cold War World. Essays in memory of Li Haopei*, Routledge, London, 2001, pp. 99-118.

avanzado, la persecución y castigo de los responsables, sirviéndose para ello de los órganos judiciales nacionales. Ello supone que deben adoptar medidas legislativas eficaces para garantizar en la esfera interna del Estado la plena operatividad de estas obligaciones de carácter represivo –en línea con la obligación general prevista en el párrafo primero de los arts. 49, 50, 129 y 146 comunes a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 respectivamente–, tipificando las conductas consideradas como crímenes de guerra, reconociendo la competencia de los tribunales nacionales para conocer de tales infracciones e imponiendo un régimen de penas adecuado (37).

Este deber de cooperación en la represión de las infracciones graves, se concreta en la atribución a todos los Estados –al margen de su participación en el conflicto armado–, en virtud de un principio de jurisdicción universal (38), de la competencia para la persecución y enjuiciamiento de los autores, con independencia de su nacionalidad o del lugar de comisión del crimen (39). No obstante, debemos entender que la obligación enunciada en el párrafo segundo de los arts. 49, 50, 129 y 146 comunes a los Convenios de Ginebra de 1949 se limita a la persecución y enjuiciamiento de los presuntos delincuentes que se hallen en el territorio del Estado que busca ejercer la jurisdicción. En efecto, como afirma PUEYO LOSA, la fórmula empleada en estos instrumentos convencionales no puede inter-

(37) A este respecto, y en relación con la práctica española, *vid.* Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: «Un caso test en las relaciones entre el orden internacional y el interno: La adaptación de la legislación penal española a las exigencias del Derecho Internacional Humanitario», en MARINO MENÉNDEZ, *El Derecho internacional en los albores ...*, *cit.*, pp. 533-544.

(38) Al respecto, entre otros, *vid.* PUEYO LOSA, «Hacia un fortalecimiento ...», *cit.*, pp. 110-130; Fernando PIGNATELLI Y MECA: *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pp. 63-66; Ángel SÁNCHEZ LEGIDO: *Jurisdicción universal y Derecho internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 142-164.

(39) En efecto, como señaló el Tribunal de Distrito de Jerusalén en el asunto *The Attorney General v. Adolf Eichmann* «The abhorrent crimes defined in this Law are crimes not under Israeli law alone. These crimes which offended the whole of mankind and shocked the conscience of nations are grave offences against the law of nations itself («delicta juris gentium»). Therefore, so far from international law negating or limiting the jurisdiction of countries with respect to such crimes, in the absence of an International Court, the international law is in need of the judicial and legislative authorities of every country, to give effect to its penal injunctions and to bring criminals to trial. The jurisdiction to try crimes under international law is universal» (párr. 12). Texto de la sentencia disponible en Internet: <URL: <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/transcripts/Judgment>>, 2 de febrero de 2005.

pretarse en el sentido de que cada Estado parte estaría obligado a poner en marcha la maquinaria de la justicia para conocer de todos y cada uno de los crímenes de guerra que son cometidos en todas y cada una de las partes del mundo, mediante una persecución *urbi et orbi*, pues sería una interpretación tan irrazonable como inoperativa (40). Pero ello no excluye la posibilidad de que de forma facultativa los tribunales internos de un Estado inicien la instrucción de un proceso sin contar con la presencia del presunto culpable en su territorio (jurisdicción universal facultativa) (41). De esta forma, aunque el *locus delicti* es la conexión más natural para la persecución de estos crímenes, no es la única y exclusiva, y, por ello, no sería correcto vincular el principio de persecución universal a la presencia del presunto autor del delito en el territorio del Estado si con ello se pretende afirmar que dicha circunstancia es una condición inexcusable exigida por el Derecho internacional para ejercer su jurisdicción (42).

Para facilitar la cooperación entre los diferentes Estados interesados en el castigo de estos crímenes, junto a este principio de justicia universal –y ligado a él–, se enuncia el principio *aut dedere aut iudicare*, lo que significa que todo Estado parte en cuyo poder se encuentre un presunto responsable de infracciones graves asume la obligación de hacerlo comparecer ante sus propios tribunales internos o entregarlo para que sea juzgado por otro Estado parte que esté en condiciones de hacerlo (arts. 49, 50, 129, 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 respectivamente) (43).

Todo ello pone de relieve que los Convenios de Ginebra de 1949, como una manifestación más del *desdoblamiento funcional* a que hiciera referencia SCELLE, dejan la represión de las infracciones graves en manos de los Estados a través de la acción de sus tribunales, que al perseguir estos crímenes no sólo actúan como órganos del Estado, sino en tanto que garantes del respeto del Derecho internacional.

Sin embargo, ante la evidencia cada vez más alarmante, como ya hemos señalado, de crímenes generalizados en los conflictos armados más recientes –unido a la escasa predisposición de muchos Estados a asumir su

(40) «Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.; REMACHA Y TEJADA, J.R. (eds.): *Cooperación jurídica internacional*, AEPDIRI/BOE/Escuela Diplomática, Madrid, 2001, p. 195.

(41) *Ibidem*, p. 196.

(42) *Vid.* Antonio REMIRO BROTONS: «Desvertebración del Derecho internacional en la sociedad globalizada», *C.E.B.D.I.*, vol. V, 2001, p. 151.

(43) Sobre esta cuestión. *vid.* M. Cherif BASSIOUNI; Edward M. WISE: *Aut Dedere Aut Judicare. The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, pp. 98-102.

compromiso de reprimir estas conductas recurriendo al tradicional mecanismo de cooperación penal basado en el principio de jurisdicción universal (44)–, la comunidad internacional, en virtud de ese interés colectivo plasmado en el art 1 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y en el art, 89 del Protocolo I de 1977 ya aludidos, ha adoptado en el marco de las Naciones Unidas diversas medidas para promover el respeto del Derecho Internacional Humanitario y hacer frente a la impunidad que esta situación ha generado (45). Fruto de estas iniciativas, hemos asistido a importantes desarrollos en la represión de los crímenes de guerra, tanto en el plano sustantivo –esto es, en cuanto a la definición de las conductas susceptibles de generar responsabilidad internacional del individuo–, como institucional –es decir, en relación con el establecimiento de nuevos órganos y procedimientos para la exigencia de dicha responsabilidad–, que han abierto el camino a un proceso de institucionalización de la sanción penal de estas graves violaciones (46).

Entre las iniciativas destinadas a promover el castigo en un plano internacional de los crímenes de guerra destaca, como sabemos, la creación por parte del Consejo de Seguridad de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, que constituyen un hito fundamental en la lucha contra la impunidad (47). En efecto, a pesar de los

(44) En relación con los obstáculos que dificultan la represión de los crímenes de guerra a través de los tribunales internos, *vid.* Marco SASSÒLI: «Le rôle des tribunaux pénaux internationaux dans la répression des crimes de guerre», en LATTANZI, F. ; SCISO, E. (eds.) : *Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1996, pp. 115-118.

(45) Sobre las diversas medidas colectivas adoptadas por las Naciones Unidas para promover el respeto del derecho Internacional Humanitario *vid.* nuestro trabajo *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario*, Cruz Roja Española/Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 301-378.

(46) Al respecto, entre la amplísima bibliografía, *vid.* Mariano J. AZNAR GÓMEZ: «¿Hacia un nuevo régimen internacional penal? Reflexiones sobre el desarrollo reciente de la cuestión en Derecho Internacional Humanitario», en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 1997, pp. 126-138; M^a Dolores BOLLO AROCENA: *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 423-424.

(47) Además, de estos tribunales internacionales hemos de mencionar otras iniciativas dirigidas a promover el castigo de diferentes crímenes de Derecho internacional en diferentes situaciones que han adoptado una forma mixta o híbrida, pues se trata más bien de jurisdicciones nacionales internacionalizadas. Bajo esta denominación incluimos al Tribunal Especial para Sierra Leona (establecido en virtud de un Acuerdo entre las Naciones Unidas y Sierra Leona de 16 de enero de 2002) y a las Salas Especiales establecidas en los Tribunales de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática (creadas por una Ley de 10 de agosto de 2001, que ha sido

problemas que suscitó su modo de creación, la labor desarrollada por ambos tribunales, y en particular su jurisprudencia, ha sido esencial en el desarrollo de los medios de sanción penal de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, pues han ampliado las conductas susceptibles de ser calificadas como crímenes de guerra y, en particular, han extendido su represión a los conflictos armados internos, admitiéndose que las violaciones de las normas humanitarias cometidas en este contexto también generan responsabilidad internacional de quienes las hayan cometido, ya sean autoridades gubernamentales o grupos armados (48).

Además, la experiencia de estos tribunales contribuyó de forma decisiva a dar un impulso definitivo al hibernado proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, adoptado en 1994, relativo al establecimiento de una jurisdicción penal internacional de carácter permanente (49). En efecto, tras décadas de discusiones infructuosas, este proyecto cobró renovados bríos y en un tiempo relativamente corto se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el 17 de julio de 1998, en el seno de una Conferencia diplomática celebrada en Roma. La creación de este nuevo órgano judicial

enmendada el 27 de octubre de 2004 para adaptarla al Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento, con arreglo al Derecho de Camboya, de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática de 6 de junio de 2003, que figura como anexo de la Resolución 57/228B, de la Asamblea General, de 13 de mayo de 2003). Ambos supuestos comparten características de las jurisdicciones internacionales y de los tribunales nacionales, tanto en su composición como en su competencia, que se extiende a los crímenes tipificados tanto en el Derecho internacional como en los respectivos Derechos nacionales o en el no reconocimiento de las inmunidades de los dirigentes políticos, como veremos más adelante. Sobre estos tribunales mixtos o híbridos, *vid.* Daryl A. MUNDIS: «New mechanisms for the enforcement of international humanitarian law», *A.J.I.L.*, vol. 95, 2001, n° 4, pp. 934-952; Yann KERBRAT: «Juridictions internationales et juridictions nationales internationalisées: Les tribunaux hybrides pour le Cambodge et la Sierra Leone», en TAVERNIER, P. (dir.): *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 263-273.

(48) En relación con esta cuestión, *vid.* Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA: «El Derecho Internacional Humanitario y los conflictos armados internos (Aprovechando el Asunto TADIC)», *R.E.D.M.*, 1996, n° 68, pp. 13-60; Francisco Javier QUEL LÓPEZ: «La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados», en QUEL LÓPEZ, F.J. (coord.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, AEPDIRI/Escuela Diplomática, Madrid, 2000, pp. 79-104; Gabrielle Kirk McDONALD: «Contributions of the International Criminal Tribunals to the development of substantive international humanitarian law», en SIENHO YEE; WANG TIEYA, *International Law ...*, *cit.*, pp. 446-472.

(49) Al respecto, entre otros, *vid.* Antoni PIGRAU SOLE: «Las experiencias de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda», en *Hacia una justicia internacional. XXI Jornadas de Estudio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia/BSCH/Civitas, Madrid, 2000, pp. 440-443.

constituye un paso decisivo en el fortalecimiento de los mecanismos de represión, entre otros, de los crímenes de guerra, aunque su competencia material se extiende más allá del Derecho Internacional Humanitario (50).

Pero es preciso recordar que estos importantes avances no eximen a los Estados de sus obligaciones en relación con la represión de los crímenes de guerra, pues como ha reconocido el Secretario General de las Naciones Unidas, «[e]l enjuiciamiento de personas es, ante todo y sobre todo, responsabilidad del Estado de que se trate. La justicia internacional sólo puede complementar esos esfuerzos cuando los Estados están verdaderamente en la imposibilidad de investigar y enjuiciar o no quieren hacerlo» (51). Por ello, se debe insistir, tal como enfatiza el Preámbulo del Estatuto de Roma, en la necesidad de que los Estados sigan tomando medidas precisas para dotar a sus tribunales de competencia para la persecución de estos crímenes y de que ejerzan efectivamente su jurisdicción sobre quienes los hayan perpetrado sin escudarse en la acción de los tribunales internacionales (52). A este respecto, la creación de la Corte Penal Internacional, cuya jurisdicción es complementaria de los tribunales nacionales, ha tenido, sin duda, un efecto dinamizador de dichas obligaciones estatales en relación con la persecución y el castigo de los crímenes de guerra, pues ha servido de aliciente a los Estados para acomodar sus legislaciones a sus compromisos jurídico internacionales, tanto desde la perspectiva de las adaptaciones legislativas sustantivas, como en cuanto al establecimiento de su capacidad competencial por la vía del principio de justicia universal (53).

En todo caso, ya sea a través del recurso a medios represivos internos o internacionales, el fortalecimiento experimentado en el último decenio de las expectativas de persecución de los responsables de la comisión de

(50) En relación con la Corte Penal Internacional, dentro de la amplísima bibliografía, *vid.* Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ: «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Hacia una justicia...*, *cit.*, pp. 499-526; Isabel LIROLA DELGADO; Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel, Madrid, 2001; BOLLO AROCENA, *op. cit.*, pp. 517-624; Fernando PIGNATELLI MECA: «La Corte Penal Internacional», en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *Derecho Internacional...*, *cit.*, pp. 531-560; Carmen QUESADA ALCALÁ: *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Cruz Roja Española/Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

(51) *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, Doc. S/2001/331, 30 de marzo de 2001, párr. 12, p. 3.

(52) Al respecto, *vid.* Luigi CONDORELLI: «La Cour pénale internationale: Un pas de géant pourvu qu'il sois accompli ...», *R.G.D.I.P.*, vol. 103, 1999, nº 1, pp. 19-20; REMIRO BROTONS, «Desvertebración ...», *cit.*, p. 172.

(53) *Vid.* Jorge PUEYO LOSA: «Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia», *R.E.D.M.*, nº 83, 2004, pp. 44-45.

violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario suscita una serie de interrogantes de carácter jurídico y político, entre los que destacamos la posibilidad de que estos individuos, acusados de crímenes particularmente odiosos, puedan recurrir a su condición de órganos del Estado –y, por tanto, al cargo oficial que desempeñan o han desempeñado– para escapar de cualquier tipo de sanción al amparo de las inmunidades que les concede el Derecho internacional.

B. LA PROGRESIVA AFIRMACIÓN CONSUECUDINARIA DEL PRINCIPIO DE LA IMPROCEDENCIA DEL CARGO OFICIAL EN RELACIÓN CON LOS CRÍMENES DE GUERRA

El reconocimiento de la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de guerra aparece desde sus orígenes íntimamente ligado a la irrelevancia del cargo oficial como posible causa de exoneración de responsabilidad, pues la admisión de esta circunstancia haría imposible el castigo de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cuando las personas que se vean implicadas en estas infracciones aleguen que actúan por cuenta del Estado o en el ejercicio de sus funciones oficiales. De este modo, todos los agentes estatales, incluidos los más altos dirigentes, van a ser responsables internacionalmente por la comisión de crímenes de guerra, de forma que, como veremos, no podrán ampararse en la inmunidad *ratione materiae*, aunque en relación con los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno o Ministros de Asuntos Exteriores la exigencia de responsabilidad se verá mediatizada por la persistencia de las inmunidades *ratione personae*.

El principio de la improcedencia de cargo oficial ya figuraba de forma implícita en el Tratado de Paz de Versalles de 1919, en el que se preveía el enjuiciamiento del ex-kaiser Guillermo II ante un tribunal internacional, acusado de «suprema ofensa a la moral internacional y a la santidad de los Tratados» (art. 227), y de otros miembros del Gobierno o del Ejército alemanes que hubieran cometido violaciones de las leyes y usos de la guerra ante tribunales militares de las Potencias aliadas (art. 228). En ninguno de los dos casos se contemplaba la posibilidad de que los acusados pudieran alegar el ejercicio de funciones públicas por cuenta del Estado como causa de exoneración de responsabilidad.

Al margen de este antecedente, es en el art. 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, contenido en el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, donde se recoge por vez primera este principio. En

dicho precepto se establece que «[l]a posición oficial de los acusados, sea como jefes de Estado o como funcionarios de responsabilidad en dependencias gubernamentales, no será considerada como excusa eximente para librarles de responsabilidad o para mitigar el castigo». Desde entonces hasta la actualidad se ha repetido una disposición similar en los Estatutos de todos los tribunales internacionales creados para la represión, entre otras, de las violaciones graves de las normas humanitarias. Así, se recogió en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente y, más recientemente, se ha reiterado en el art. 7, 2 del Estatuto del TPIY, en el art. 6 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), en el art. 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional; y en ciertos tribunales mixtos o híbridos, como el Tribunal Especial para Sierra Leona (art. 6, 2 de su Estatuto) y las Salas Especiales constituidas en los Tribunales de Camboya (art. 29 de la Ley sobre el establecimiento de Salas Especiales en los Tribunales de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática de 2001 y art. 2, 1 del Acuerdo entre las Naciones Unidas y Camboya de 6 de junio de 2003).

Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, reconociendo la validez de esta norma en el Principio III de los *Principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg* (1950) y en el art. 3 del proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (1954) (54). Más recientemente, en el art. 7 del *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* (1996) se vuelve a incluir una disposición similar, alegando que «[s]ería paradójico permitir a individuos, que en algunos aspectos son los más responsables de los crímenes previstos en el código, invocar la soberanía del Estado y escudarse tras la inmunidad que su carácter oficial les confiere, particularmente dado que esos crímenes odiosos consternan a la conciencia de la humanidad, violan algunas de las normas más fundamentales del derecho internacional y amenazan la paz y la seguridad internacionales» (55).

(54) Texto del proyecto de Código contenido en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su sexto periodo de sesiones (3 de junio a 28 de julio de 1954)*, Asamblea General. Documentos Oficiales: Noveno periodo de sesiones. Suplemento N° 9 (A/2693), Naciones Unidas, Nueva Cork, 1954, p. 12.

(55) Comentario al art.7. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II, 2ª parte, p. 29.

Esta misma idea aparece recogida en ciertos proyectos de codificación privada, como *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, elaborados en 2001, en cuyo el Principio 5 se señala que «[w]ith respect to serious crimes under international law as specified in Principle 2(1), the official position of any accused person, whether as head of state or government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment». A pesar de su amplia redacción, que incluye tanto a los Jefes de Estado como a los de Gobierno, esta circunstancia constituye un límite para las inmunidades funcionales, pero no se aplica a las de carácter personal (56).

Del mismo modo, en ciertos tratados internacionales se contienen preceptos en los que se excluye el cargo oficial como circunstancia eximente. Así aparece recogido de forma expresa en el art. IV del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, en el art. II del Convenio sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 o en el art. III de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* de 1973, y de forma implícita en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984.

Por su parte, aunque en los Convenios de Ginebra de 1949 no se establece ninguna disposición específica al respecto sería un contrasentido que una vez afirmada la responsabilidad internacional por la comisión de infracciones graves –que en el contexto de conflictos armados internacionales van a ser cometidas en su mayor parte por combatientes y, por tanto, por agentes estatales– se permitiera a sus autores ampararse en tal condición para eludir cualquier tipo de sanción, cobijándose bajo el paraguas protector de la inmunidad *ratione materiae* frente a la acción de cualquier tribunal extranjero. Ello en la práctica dejaría en papel mojado las disposiciones destinadas a reprimir las violaciones graves de los citados Convenios y, en particular, haría inoperante el ejercicio del principio de justicia universal (57).

(56) Así se encarga de precisarlo el propio comentario de los citados principios. *Cfr.* *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Program in Law and Public Affairs. Princeton University, Princeton, 2001, p. 48 (Documento disponible en internet: <URL: http://www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf>, 3 de mayo de 2005).

(57) En este sentido, *vid.* Steffen WIRTH: «Immunities, related problems, and article 98 of the *Rome Statute*», en CARLIZZI, G.; DELLA MORTE, G.; LAURENTI, S.; MARCHESI, A. (a cura di): *La Corte Penale Internazionale. Problemi e prospettive*, Vivarium, Napoli, 2003, p. 247; AKANDE, *op.cit.*, p. 415.

Asimismo, dentro de la práctica estatal, hemos de destacar que en algunos manuales militares, como el de EE.UU. (58), el de Canadá (59) o el del Reino Unido (60), se reconoce, en relación con la represión de los crímenes de guerra, que la posición oficial de la persona que hubiera participado en su comisión no le exonera de responsabilidad. Esta misma regla figura en ciertas legislaciones estatales referidas a la represión, entre otros, de los crímenes de guerra, como la de Bélgica (61).

Pero este principio no queda reducido a una mera formulación teórica contenida en diferentes instrumentos internacionales o legislaciones estatales, sino que se ha aplicado en diversas ocasiones, por tribunales internacionales e internos. Como prueba de ello se debe destacar la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg, que en su sentencia de 1 de octubre de 1946 ya tuvo oportunidad de proclamar:

«The principle of international law, which under certain circumstances, protects the representatives of a state, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these acts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment in appropriate proceedings. Article 7 of the Charter expressly declares: 'The official position of defendants, whether as heads of state, or responsible officials in government departments, shall not be considered as freeing them from responsibility, or mitigating punishment.' On the other hand, the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual state. He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the state, if the state, in authorizing action, moves outside its competence under international law» (62).

(58) *Cfr. The Law of Land Warfare*, FM 27-10, Department of the Army, 18 July 1956, Secc. 510.

(59) *Cfr. The Law of Armed Conflicts at the Operational Level*, B-GG-005-027/AF-021), Office of the Judge Advocate general, September 5, 2001, Chapter 16, Secc. 25.

(60) *Cfr. The Manual of the Law of Armed Conflict*, 1 July 2004, Secc. 16.38.1, en UK MINISTRY OF DEFENCE, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 438.

(61) *Cfr.* Art. 5, 3 de la Ley de 16 de junio de 1993, relativa a la represión de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, reformada por las Leyes de 10 de febrero de 1999 y de 23 de abril de 2003. Esta ley ha sido derogada por el art. 27 de la Ley de 5 de agosto de 2003 sobre violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario (*Moniteur belge*, n° 286, du 7 août 2003).

(62) *International Military Tribunal ...*, *cit.*, p. 221.

En la misma línea, el TPIY ha reconocido que la progresiva aparición de normas que prohíben y sancionan los crímenes de guerra ha dado lugar a la correspondiente restricción de las posibilidades de invocar las inmunidades frente a las jurisdicciones estatales o internacionales, aunque tales crímenes hayan sido cometidos por sus autores en el ejercicio de funciones oficiales (63), llegando incluso a atribuir valor consuetudinario a este principio en los asuntos *Furundzija* y *Milosevic* (64). Ello ha llevado al Tribunal a concluir que «la doctrine de ‘l’acte de l’Etat’ (*act of State*), qui dégage la responsabilité individuelle de celui qui a commis un acte au nom de l’État ou en tant qu’agent de l’État, ne constitue pas un moyen de défense recevable en droit international pénal» (65).

Asimismo, el TIJ, en su sentencia sobre el caso de la *orden de detención de 11 de abril de 2000*, ha admitido la relevancia del principio de la improcedencia del cargo oficial, como se deduce, por una parte, del hecho de que no es objeto de litigio entre las partes (66); y, por otra, del reconocimiento que hace el propio tribunal de que «[l]’immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l’égard de certaines infractions; elle ne saurait exonérer la personne qui en

(63) «La règle générale en cause est bien établie en droit international et repose sur l’égalité souveraine des États (*par in parem non habet imperium*). Les rares exceptions concernent une conséquence particulière de cette règle. Ces exceptions naissent des normes du droit international pénal prohibant les crimes de guerre, les crimes contre l’humanité et le génocide. D’après ces normes, les responsables de ces crimes ne peuvent invoquer l’immunité à l’égard des juridictions nationales ou internationales, même s’ils ont commis ces crimes dans le cadre de leurs fonctions officielles.». *Le Procureur v. Tihomir Blaski ...*, *cit.*, párr. 41.

(64) *Cfr.* TPIY, La Chambre de Première Instance, *Le Procureur c. Anto Furundzija (Affaire n° IT-95-17/1-T)*, Jugement du 10 décembre 1998, párr. 140; TPIY, Chambre de Première Instance, *Le Procureur c. Slobodan Milosevic (Affaire n° IT-99-37-PT)*, 8 novembre 2001, Décision relative aux exceptions préjudicielles, párrs. 28-29.

(65) TPIY, La Chambre de Première Instance, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic (Affaire n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T)*, Jugement du 22 février 2001, párr. 494.

(66) En efecto, el Congo no cuestiona «l’existence d’un principe de droit international pénal, qui trouverait son origine dans la jurisprudence des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, selon lequel la qualité officielle de l’accusé au moment des faits ne pourrait constituer une ‘cause d’exonération de sa responsabilité pénale ou un motif de réduction de sa peine’ devant quelque juridiction que ce soit, interne ou internationale», y, por tanto, reconoce que «le fait qu’une immunité fasse obstacle à l’exercice de poursuites devant un juge déterminé, ou durant une période déterminée, n’empêche pas que les mêmes poursuites pourront être exercées, le cas échéant, devant un autre juge non lié par l’immunité, ou à un moment où il n’y aura plus lieu de tenir compte d’une telle immunité. Il conclut qu’immunité ne signifie pas impunité». *Affaire relative au mandat ...*, *cit.*, párr. 48.

bénéficie de toute responsabilité pénale» (67). Del mismo modo, los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal han afirmado en su opinión separada a la mencionada sentencia que en el caso de crímenes de Derecho internacional, aun cuando hayan sido cometidos por altos dirigentes en uso del poder de que han sido investidos dentro del Estado, «immunity is never substantive and thus cannot exculpate the offender from personal criminal responsibility» (68).

Por su parte, diferentes tribunales nacionales han reconocido que los agentes estatales, con independencia del cargo que ostenten o hayan ostentado, no pueden ampararse en el ejercicio de sus funciones oficiales para eludir su responsabilidad por la comisión de crímenes de Derecho internacional. A este respecto, podemos referirnos, entre otros, a asuntos como *Eichmann* (69), *Bouterse* o *Pinochet* (70).

De la práctica analizada se deriva que el progresivo reconocimiento de la responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra ha supuesto la introducción de importantes límites al alcance de las inmunidades jurisdiccionales, al reconocerse que esta figura no puede servir como una excusa para excluir el castigo de todos aquellos agentes estata-

(67) *Ibidem*, párr. 60.

(68) *Joint Separate Opinion ...*, *cit.*, párr. 74.

(69) El Tribunal de Distrito de Jerusalén afirmó al respecto: «It is true that under international law Germany bears not only moral, but also legal, responsibility for all the crimes that were committed as its own 'Acts of State,' including the crimes attributed to the Accused. But that responsibility does not detract one iota from the personal responsibility of the Accused for his acts» (párr. 28). Por su parte, el Tribunal Supremo de Israel en su sentencia de 29 de mayo de 1962 señaló sobre la aplicación de la doctrina del «acto de Estado»: «Of such heinous acts it must be said that they are completely outside the 'sovereign' jurisdiction of the state that ordered or ratified their commission, and therefore those who participated in such acts must personally account for them and cannot seek shelter behind the official character of their task or mission, or behind the 'Laws' of the state by virtue of which they purported to act ... In other words, international law postulates that it is impossible for a state to sanction an act that violates its severe prohibitions, and from this follows the idea which forms the core of the concept 'international crime': that a person who was a party to such a crime must bear individual responsibility for his conduct» (párr. 14).

(70) En relación con este caso, en el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 1998, por el que se solicitaba la extradición de Pinochet al Reino Unido, se afirmó que «muchas autoridades de tribunales locales de varios países mantienen hoy en día que los actos de Estados extranjeros que representen una clara violación del Derecho Internacional no tienen derecho a la protección de la doctrina del Acto de Estado, entre otras razones porque la comunidad internacional no tiene ningún interés en proteger Actos de Estado extranjeros que violen claramente las leyes internacionales» (Texto del Auto recogido en Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS; Luis I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ; Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: *Materiales de Prácticas de Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 431).

les, incluso los más altos dirigentes, que hayan participado de una u otra forma en la comisión de graves violaciones de las normas humanitarias, amparándose en el ejercicio de funciones oficiales o de actuar en nombre del Estado, tanto frente a jurisdicciones penales internacionales como ante tribunales extranjeros que actúen en ejercicio del principio de jurisdicción universal (71). Por eso, se ha afirmado que la inmunidad no equivale a impunidad.

Ahora bien, de ello no se puede deducir la exclusión total de cualquier tipo de inmunidad frente a la comisión de crímenes de guerra. El principio de la irrelevancia de cargo oficial lo que nos confirma es únicamente que ninguna persona que actúe por cuenta del Estado podrá alegar las inmunidades *ratione materiae* en caso de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, pues el reconocimiento de la responsabilidad internacional del individuo por este tipo de comportamientos constituye una excepción a la aplicación de esta figura. Lo cual por sí sólo no impide reconocer, como nos pone de relieve la práctica, que cuando la persecución de estos crímenes se lleve a cabo a través de tribunales extranjeros se siga admitiendo la posibilidad de alegar las inmunidades *ratione personae* por parte de las categorías de agentes estatales que están amparados por ellas, especialmente los más altos representantes (Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores) (72). Es precisamente en relación con ellos, según veremos, donde se ponen de manifiesto las fricciones que experimenta el ordenamiento jurídico internacional y donde se hace necesario acomodar –por difícil que pueda parecer– la lucha contra la impunidad, como expresión del enorme valor otorgado a la protección de la dignidad humana en la comunidad internacional, y la pervivencia de las inmunidades en determinados supuestos, como reflejo de la importancia que se sigue otorgando al pleno respeto de la soberanía y al mantenimiento de las relaciones entre los Estados sin ningún tipo de interferencia extranjera (73).

(71) Sobre la configuración de los crímenes de Derecho internacional como excepciones a las inmunidades *ratione materiae*, entre la doctrina, *vid.* CASSESE, *International Criminal ...*, *cit.*, pp. 267-268; Micaela FRULLI: «Le droit international et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux», en CASSESE, A.; DELMAS-MARTY, M. (dir.): *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pp. 223-224.

(72) Al respecto, *vid.* FRULLI, *op. cit.*, p. 225.

(73) Así lo reconocieron los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión separada a la sentencia del TIJ de 14 de febrero de 2002 en el asunto de la *orden de detención de 11 de abril de 2000*: «On the one scale, we find the interest of the community of mankind to prevent and stop impunity for perpetrators of grave crimes against its members;

IV. INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ÓRGANOS CENTRALES DEL ESTADO Y COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES EXTRANJEROS PARA LA PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA

El reconocimiento de que la comisión de graves violaciones de Derecho Internacional Humanitario ha supuesto, como hemos visto, la introducción de excepciones a la posibilidad de que los agentes estatales puedan ampararse en las inmunidades *ratione materiae*, en aplicación del principio de la improcedencia del cargo oficial, no ha despejado todas las dudas que se siguen suscitando en torno al alcance de las inmunidades cuando la responsabilidad alcance a los máximos dirigentes del Estado, porque de una u otra forma se hayan visto implicados en la comisión de tales crímenes, frente a la acción de tribunales extranjeros.

Esta polémica cuestión, que se ha planteado en el contexto de la aplicación del principio de jurisdicción universal, nos debe llevar a examinar la práctica desde una perspectiva de prudencia al objeto de tratar de precisar en qué medida el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Asuntos Exteriores, siguen gozando de una inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad totales o si, en el caso de crímenes de guerra, se puede hablar de la aparición de una nueva norma consuetudinaria que impediría la alegación de las inmunidades *ratione personae* y, por tanto, permitiría a los tribunales internos el enjuiciamiento por graves violaciones de los derechos humanos de los altos dirigentes de cualquier Estado en nombre de la lucha contra la impunidad.

Al abordar este tema, como ya hemos señalado, se debe obrar con suma cautela, pues si bien la comunidad internacional ha tomado plena conciencia de que la defensa de la dignidad humana es uno de sus valores fundamentales y, en consecuencia, de la necesidad de poner fin a la impunidad, castigando a todos los que hayan tomado parte en la comisión de las más graves vulneraciones de los derechos humanos con independencia del cargo que ocupen, incluidos los más altos dirigentes del Estado, no es posible desconocer que el respeto de la soberanía e igualdad del Estado, que encarnan sus máximos líderes políticos, sigue siendo también un valor de enorme importancia en el orden internacional. En este sentido, no pueden

on the other, there is the interest of the community of States to allow them to act freely on the inter-State level without unwarranted interference. *A balance therefore must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community*» (las cursivas son nuestras). *Joint Separate Opinion ...*, cit., párr. 75.

dejar de tenerse en cuenta los enormes problemas, sobre todo de carácter diplomático, que se plantean en la práctica cuando se pretende el enjuiciamiento de cualquier dirigente estatal en ejercicio por parte de tribunales extranjeros, lo que en ciertos casos ha llegado a causar importantes tensiones entre los Estados implicados (74).

Por todo ello, y desde una perspectiva de acomodo de valores e intereses tan contrapuestos, no se puede deducir de la práctica que las inmunidades *ratione personae* se hayan visto totalmente desplazadas en el caso de la comisión de crímenes de guerra. Sin embargo, la importancia que ha adquirido la protección de los derechos humanos dentro de la sociedad internacional ha influido en el alcance de esta figura, que se ha visto, sin duda, limitado al introducirse una distinción en cuanto a su régimen jurídico según que el dirigente estatal haya abandonado el cargo cuando se inician las actuaciones por parte de un tribunal extranjero o se encuentre en el ejercicio de sus funciones oficiales (75).

A. LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS DIRIGENTES DEL ESTADO CUANDO SE ENCUENTRAN EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

En virtud del principio de la improcedencia del cargo oficial, las inmunidades *ratione materiae*, como sabemos, no pueden ser alegadas por ningún agente estatal, incluidos sus más altos dirigentes y representantes, cuando sean acusados de la comisión de crímenes de guerra. Pero un repaso a la práctica nos recuerda que las inmunidades *ratione personae* siguen operando ante los tribunales extranjeros respecto de los dirigentes estatales en ejercicio, tal como ha puesto de relieve la mayoría de la doctrina (76), así como la mayor parte de las legislaciones y la jurisprudencia de tri-

(74) Sobre las tensiones surgidas entre EE.UU. y Bélgica en razón de las diversas demandas presentadas ante tribunales belgas, entre otros, contra el Presidente George W. Bush, *vid.* «U.S. reaction to Belgian universal jurisdiction law», *A.J.I.L.*, vol. 97, 2003, n° 4, pp. 984-987.

(75) *Vid.* SÁNCHEZ LEGIDO, *op. cit.*, pp. 341-342.

(76) En esta línea, entre otros, *vid.* Antonio REMIRO BROTONS: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 117; Michel COSNARD: «Les immunités du chef d'Etat», en SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Le chef d'Etat et le droit international*, Pedone, Paris, 2002, pp. 259-260; PUEYO LOSA, «Hacia un fortalecimiento ...», *cit.*, pp. 131-132; M. Cherif BASSIOUNI: *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, New York, 2003, pp. 81-82; Beatrice I. BONAFE: «Imputazione all'individuo di crimini internazionali e immunità dell'organo», *Rivista di Diritto Internazionali*, vol. 87, 2004, n° 2, p. 398.

bunales nacionales e internacionales, con la chocante excepción de Bélgica, que no obstante al final a terminado acomodándose a la práctica mayoritaria, como tendremos oportunidad de comprobar.

A este respecto, es significativa la polémica sentencia en el asunto relativo a la *orden de detención de 11 de abril de 2000* (caso *Yerodia*), pues en ella el TIJ estima que los altos dirigentes políticos del Estado (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores) gozan de inmunidad de jurisdicción penal y de inviolabilidad (77), afirmando, además, que de la práctica no se puede deducir «l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité» (78). Ello significa que en estos casos cuando se trate de tribunales extranjeros, que actúen sobre la base del principio de justicia universal, las inmunidades jurisdiccionales prevalecerán frente a la obligación de represión de los crímenes de Derecho internacional (79).

No obstante la rotundidad con la que parece expresarse el TIJ, en un asunto tan espinoso como este hubiera sido útil que el Tribunal no hubiera pasado de puntillas por algunos aspectos y se hubiera detenido un poco más en fundamentar su decisión, precisando más claramente cual es el alcance del Derecho consuetudinario en un ámbito como el que nos ocupa, que sigue rodeado de grandes incertidumbres, y en armonizar la aplicación del principio de justicia universal con el ejercicio de las inmunidades jurisdiccionales de los dirigentes estatales (80).

Con todo, es preciso reconocer que esta sentencia, aun con las críticas que se le puedan hacer sobre su deficiente argumentación, coincide con la práctica estatal en la materia. Así se refleja en algunas legislaciones nacionales (81), en declaraciones públicas de miembros de algunos gobiernos, como

(77) *Affaire relative au mandat ...*, *cit.*, párr. 51.

(78) *Ibidem*, párr. 58.

(79) En este sentido, *vid.* PUEYO LOSA, «Hacia un fortalecimiento ...», *op. cit.*, p. 134.

(80) Al respecto, *vid.* Francisco JIMÉNEZ GARCÍA: «Justicia universal e inmunidades estatales: Justicia o impunidad: ¿Una encrucijada dualista para el Derecho internacional?», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, pp. 113-114.

(81) En este sentido, ver las legislaciones de Países Bajos (Sección 16 de *Act of 19 June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law -International Crimes Act-*) o Gran Bretaña (Sección 23 de *International Criminal Court Act 2001*). Texto de las legislaciones disponible en internet: <URL: http://www.nottingham.ac.uk/law/hrlc/hrlc_enacted%20legislation.htm>, 6 de mayo de 2005.

el chileno (82), o en las posiciones expresadas por las asesorías jurídicas de los ministerios de asuntos exteriores de otros Estados, como Suiza (83).

Por su parte, los tribunales internos han venido a reconocer en su jurisprudencia la continuada relevancia de la inmunidad jurisdiccional penal de los dirigentes estatales en ejercicio. A este respecto, en el proceso desarrollado ante la Cámara de los Lores en relación con la extradición de Pinochet a España, ninguno de los jueces –hasta los que se mostraron más proclives a rechazar la alegación de inmunidad en este caso por no encontrarse ya en el desempeño de sus funciones (84)– dudó en reconocer que la inmunidad *ratione personae* se aplica a los Jefes de Estado en ejercicio por cualquier acto, de naturaleza pública o privada, que lleven a cabo (85).

(82) *Vid.* Declaración del Ministro Secretario General de Gobierno, Francisco Vidal, el 16 de febrero de 2005, en la que reconoció que «los Tribunales nacionales han resuelto que las reglas internacionales que regulan la convivencia entre los Estados impiden que pueda verse afectada la inmunidad absoluta que privilegia a un jefe de Estado extranjero». Texto de la declaración disponible en internet: <URL: <http://www.gobiernodechile.cl/noticias/impresion.asp?idarticulo=20205>>, 2 de marzo de 2005.

(83) *Vid.* Lucius CAFLISCH: «La pratique suisse en matière de droit international public 2003», *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, 2004, n° 5, pp. 684-688.

(84) En este sentido, en el Comité de Apelación que adoptó la Decisión de la Cámara de los Lores de 25 de noviembre de 1998, Lord NICHOLS señaló que «there can be no doubt that if Senador Pinochet had still been head of the Chilean State, he would have been entitled to immunity»; y Lord STEYN afirmó que «[i]t is common ground that a Head of State while in office has an absolute immunity against civil or criminal proceedings in the English courts. If general Pinochet had still been Head of State of Chile he would be immune from the present extradition proceedings» (*I.L.M.*, vol. 37, 1998, pp. 1332 y 1336 respectivamente). En el Comité de Apelación que adoptó la Decisión de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999, Lord BROWNE-WILKINSON reconoció que «his immunity enjoyed by head of state in power and an ambassador in post is a complete immunity attaching to the person of the head of state or ambassador and rendering him immune from all actions or prosecutions whether or not they relate to matters done for the benefit of the state»; Lord HOPE OF CRAIGHEAD afirmó que «[a] head of state is still protected while in office by the immunity *ratione personae*»; Lord SAVILLE OF NEWDIGATE admitió que «under customary international law serving heads of state enjoy immunity from criminal proceedings in other countries by virtue of holding that office. This form of immunity is known as immunity *ratione personae*»; Lord MILLET señaló que «[i]mmunity *ratione personae* is a status immunity. An individual who enjoys its protection does so because of his official status. It ensures for his benefit only so long as he holds office»; y, finalmente, Lord PHILLIPS OF WORTH MATRAVERS, en la misma línea, sostuvo que «[i]f Senador Pinochet were still the head of state of Chile, he and Chile would be in a position to complain that the entire extradition process was a violation of the duties owed under international law to a person of his status» (*I.L.M.*, vol. 38, 1999, pp. 592, 626, 641, 644 y 653 respectivamente).

(85) *Vid.* REMIRO BROTONS, *El caso Pinochet ...*, *cit.*, p. 122; Bruce BROOM-HALL: *International Justice and the International Criminal Court. Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 133; SÁNCHEZ LEGIDO, *op. cit.*, p. 356.

Esta misma postura se halla recogida en la propia legislación británica, ya que en la sección 20 de la *State Immunity Act 1978* se equipara la figura del Jefe del Estado a la del jefe de una misión diplomática, lo que significa la aplicación analógica de las disposiciones del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961.

La jurisprudencia de los tribunales españoles es igualmente ilustrativa del reconocimiento de la inmunidad del Jefe del Estado en ejercicio. Esta postura se puso en evidencia en los asuntos *Obiang Nguema y Hassan II*, y se ha visto confirmada por el Auto del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 1998 en el caso *Pinochet*, en el que se señala:

«Es indiscutible que los jefes de Estado en funciones gozan de esta inmunidad por la misma razón que el Estado extranjero goza de inmunidad soberana para actos de gobierno de naturaleza no privada. La situación es muy distinta, sin embargo, con respecto a ex jefes de Estado. El Derecho Internacional no obliga a su protección, y por los mismos principios aplicables a la doctrina del Acto de Estado, que no se extiende a los crímenes bajo el derecho internacional. En este sentido, todo el Derecho Penal Internacional moderno rechaza, sea expresamente o implícita pero claramente, las defensas basadas en doctrinas de actos oficiales y en inmunidades de jefes de Estado o similares» (86).

En el mismo sentido, en el Auto de 4 de marzo de 1999 relativo al caso *Fidel Castro* la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no admitió a trámite la querrella presentada contra el líder cubano, basándose en que:

«si España reconoce la soberanía del pueblo cubano y mantiene con dicho país relaciones diplomáticas, la jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos, supuestamente delictivos (sean o no genocidio, terrorismo y torturas los delitos a que la querrella se refiere) en cuanto que uno de los querrellados es el excelentísimo señor don F.C.R. que representa, frente a España, la soberanía del pueblo cubano» (87).

(86) *Cfr.* GONZÁLEZ CAMPOS; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *op. cit.*, p. 431.

(87) *Ibidem*, p. 445.

También los tribunales franceses han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en el asunto *Gadafi*, donde el Tribunal de Casación en su sentencia de 13 de marzo de 2001 anuló la sentencia del Tribunal de Apelación de París de 20 de octubre de 2000 –en la que había admitido que la inmunidad de los Jefes de Estado en ejercicio no podría cubrir los actos terroristas (88)–, afirmando que «la coutume internationale s’oppose à ce que les chefs d’Etat en exercice puissent, en l’absence de dispositions internationales contraires s’imposant aux parties concernées, faire l’objet de poursuites devant les juridictions pénales d’un Etat étranger» (89).

En la misma línea se ha pronunciado la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos, tanto en relación con Jefes de Estado como de Gobierno en ejercicio (90), extendiendo incluso este reconocimiento a aquellos que se encuentran en el exilio, como ocurrió en el asunto *Lafontant v. Aristide* (91). Más recientemente, los tribunales norteamericanos

(88) En efecto, el Tribunal de Apelación de París reconoce la existencia de una práctica generalizada, aceptada, en su opinión, por todos los Estados, según la cual «d’immunité ne couvre que les actes de puissance publique ou d’administration publique accomplis par le chef de Etat, à condition qu’ils ne soient pas considérés comme des crimes internationaux», lo cual le va a llevar a concluir que los actos de terrorismo «entraient dans la catégorie des crimes internationaux, et ne pourraient, en tout état de cause, être considérés comme ressortant des fonctions d’un chef d’Etat». Los mencionados pasajes de la sentencia a lo que parecen apuntar es, aunque no se diga expresamente, a la inmunidad *ratione materiae*. De ser así, el razonamiento sería correcto; lo que ocurre es que el Tribunal no ha tenido en cuenta que los Jefes de Estado en ejercicio gozan, además, de unas inmunidades *ratione personae* que, por el momento, les protegen de cualquier acción judicial emprendida por tribunales extranjeros.

(89) Texto de la sentencia recogido en *R.G.D.I.P.*, vol. 105, 2001, pp. 473 y ss. Sobre este caso, entre la doctrina, *vid.* Salvatore ZAPPALÀ: «Do heads of state in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes? The *Ghaddafi* case before the French *Cour de Cassation*», *E.J.I.L.*, vol. 12, 2001, nº 3, pp. 595-612.

(90) En relación con los Jefes de Gobierno, la *United States District Court for the District of Columbia* afirmó en su sentencia de 23 de diciembre de 1988 relativa al asunto *Saltany v. Reagan* que «the United States has suggested to the Court the immunity from its jurisdiction of Prime Minister Thatcher as the sitting head of government of a friendly foreign state» (Texto de la sentencia disponible en internet: <URL: http://homepage.ntl-world.com/jksonc/docs/saltany_702FSupp319.html>, 4 de marzo de 2005).

(91) En efecto, la *United States District Court, E.D. New York*, admitió en su sentencia de 27 de enero de 1994 que «[a] head-of-state recognized by the United States government is absolutely immune from personal jurisdiction in United States courts unless that immunity has been waived by statute or by the foreign government recognized by the United States. A visiting head-of-state is generally immune from the jurisdiction of a foreign state’s court». En este caso, la concesión de inmunidad a Aristide a pesar de estar en el exilio se vincula a la falta de reconocimiento por parte de EE.UU. del gobierno militar que le sustituyó en Haití (Texto de la sentencia disponible en internet: <URL: http://217.206.124.227/xp_resources/material/Cases/USA/Aristide/Aristide-District%20Court%20Decision.doc>, 3 de marzo de 2005).

han tenido oportunidad de reiterar su doctrina sobre las inmunidades jurisdiccionales en la sentencia de 8 de septiembre de 2004 de la *U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit* relativa al asunto *Jiang Zemin* en la que se reconoció la inviolabilidad absoluta y la inmunidad de jurisdicción penal del entonces Presidente chino. En el mismo sentido se expresó la *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit* en su sentencia de 6 de octubre de 2004 sobre el caso *Mugabe* (92).

No obstante, dentro de la práctica norteamericana sobre esta cuestión se debe destacar como peculiaridad que no son los órganos judiciales quienes determinan si los dirigentes estatales gozan o no de inmunidad en EE.UU., sino que en virtud de la propia jurisprudencia de su Tribunal Supremo esta tarea se encomienda al poder ejecutivo, correspondiendo al Departamento de Estado formular «sugerencias de inmunidad» que son vinculantes para los jueces sin que estos puedan entrar a valorar su pertinencia o no (93). Sólo en caso de que no exista tal pronunciamiento gubernamental, podría el juez decidir por sí mismo si el acusado reúne todas las condiciones para tener derecho a la inmunidad (94). Ello supone que los intereses diplomáticos y de política exterior van a prevalecer por encima de cualquier otra consideración de carácter jurídico-internacional a la hora de determinar si frente a EE.UU. un determinado dirigente político va a gozar de inmunidad de jurisdicción.

(92) Sobre ambos asuntos, *vid.* Sara ANDREWS: «U.S. Courts rule an absolute immunity and inviolability of foreign heads of state: The cases against Robert Mugabe and Jiang Zemin», *ASIL Insight*, November 2004 (Disponible en Internet: <URL: <http://www.asil.org/insights/2004/11/insight041122.html>>, 3 de diciembre de 2004).

(93) Así lo proclamó el Tribunal de Apelación en el caso *Wei Ye v. Jiang Zemin* al afirmar que «[t]he obligation of the Judicial Branch is clear –a determination by the Executive Branch that a foreign head of state is immune from suit is conclusive and a court must accept such a determination without reference to the underlying claims of a plaintiff», justificando esta posición en el hecho de que «[t]he determination to grant (or not grant) immunity can have significant implications for this country's relationship with other nations. A court is ill-prepared to assess these implications and resolve the competing concerns the Executive Branch is faced with in determining whether to immunize a head of state».

(94) Así ha ocurrido en el asunto *Abiola v. Abubakar*. En él, la *U.S. District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division*, frente a la práctica mayoritaria –y en línea con la posición adoptada por la *High Court of Justice for England and Wales* en su Decisión de 28 de octubre de 1998-, no dudó en reconocer inmunidad al antiguo Presidente de Nigeria en su sentencia de 17 de junio de 2003, en la que rechazó cualquier tipo de restricción en la inmunidad de los antiguos Jefes de Estado, basándose en que «the rationale for head-of-state immunity is no less implicated when a former head of state is sued in a United States court for acts committed while head of state than it is when a sitting head of state is sued». Texto de la sentencia en internet: <URL: <http://217.206.124.227/index/72648.80994>>, 3 de mayo de 2005.

A esta posición favorable al reconocimiento de las inmunidades personales de los dirigentes políticos en ejercicio también se han sumado ciertos proyectos de codificación privada. Además de los ya mencionados trabajos llevados a cabo en la Universidad de Princeton (*The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*) (95), se debe destacar la labor del Instituto de Derecho Internacional, tal como se desprende de la Resolución sobre las *inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en Derecho internacional*, adoptada en su sesión de Vancouver (26 de agosto de 2001) (96). En ella se reconoce que los Jefes de Estado –y los de Gobierno, según el art. 15, 1– en ejercicio gozarán de inviolabilidad en el territorio de un Estado extranjero –no pudiendo ser sometidos a ninguna forma de arresto o detención– (art. 1) y de inmunidad de jurisdicción penal ante cualquier tribunal de un Estado extranjero por toda infracción que hubiera podido cometer, cualquiera que sea su gravedad (art. 2). Con ello se pone de relieve que los altos dirigentes del Estado en ejercicio se encuentran así a cubierto de cualquier persecución penal por parte de tribunales extranjeros y que, a este respecto, la comisión, en particular, de crímenes de guerra no constituye una excepción a estas inmunidades (97).

La única significativa excepción a esta práctica generalizada venía constituida por la legislación y la jurisprudencia belgas, que sostenían la posición contraria. En efecto, la reforma que se introdujo en 1999 a la *ley belga de 1993 sobre represión de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario* incorporó un nuevo art. 5, 3 en virtud del cual la inmunidad vinculada a la condición oficial de una persona no impide la aplicación de dicha ley (98). Sin embargo, a raíz de la sentencia del TIJ,

(95) *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Program in Law and Public Affairs. Princeton University, Princeton, 2001, pp. 48-49.

(96) *Cfr. Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 69, 2000-2001, pp. 742-755. El Instituto de Derecho Internacional ha vuelto a reiterar más recientemente esta interpretación del alcance de las inmunidades en la Resolución sobre la *jurisdicción universal en materia penal con respecto al crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra*, aprobada en su sesión de Cracovia el 6 de agosto de 2005.

(97) Al respecto, *vid. TORRES BERNÁRDEZ, op. cit.*, pp. 661-664; Hazel FOX: «The Resolution of the Institute of International Law on the immunities of heads of state and government», *I.C.L.Q.*, vol. 51, 2002, nº 1, pp. 120-121.

(98) En virtud de este precepto el juez de instrucción Damien VANDERMEERSCH del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas dictó una orden internacional de arresto el 11 de abril de 2000 contra el entonces Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo Abdulaye YERODIA NDOMBASI (que motivó la posterior demanda del Congo ante el TIJ), afirmando que «la qualité de ministre des Affaires étrangères que possède à l'heure actuelle l'inculpé n'entraîne pas d'immunité de juridiction et d'exécution et le tribunal de céans est, par conséquent, pour prendre la présente décision».

las autoridades belgas se decidieron a modificar el citado precepto a través de una ley de 5 de abril de 2003 por la cual se estableció que «l'immunité internationale attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche l'application de la présente loi que *dans les limites établies par le droit international*» (las cursivas son nuestras). Con ello se reconocía implícitamente la relevancia de las inmunidades personales. Este cambio se ha visto confirmado plenamente en la reforma posterior llevada a cabo por la *ley de 5 de agosto de 2003 relativa a la represión de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario* –por la que se derogó la ley de 1993–, en la que introdujo un nuevo art. 1bis en el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal por el que se excluía de cualquier acción penal a los Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros durante el periodo de ejercicio de sus funciones oficiales, así como a otras personas a las que el Derecho internacional les reconozca inmunidad.

No obstante, los propios tribunales belgas se habían encargado de limitar el alcance del art. 5, 3 en su redacción original, tal como se refleja en la sentencia de 12 de febrero de 2003 del Tribunal de Casación en el asunto *Sharon*, en la que tras afirmar que «la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etats et de gouvernement en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux Etats concernés, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger», reinterpreta el mencionado precepto en el sentido de que «cette règle de droit interne contreviendrait au principe de droit pénal coutumier précité si elle était interprétée comme ayant pour objet d'écarter l'immunité que ce principe consacre; que ladite règle ne peut donc avoir cet objet mais doit être comprise comme excluant seulement que la qualité officielle d'une personne puisse entraîner son irresponsabilité pénale à raison des crimes de droit international» (99).

En todo caso, es necesario precisar que esta inmunidad *ratione personae* no impide de forma total y absoluta el enjuiciamiento de los dirigentes estatales en ejercicio por la comisión de crímenes de guerra, pues posee un límite temporal –el de la duración del cargo oficial, como veremos a continuación– y cabe la posibilidad de la existencia de excepciones, que permitirían el enjuiciamiento de estos dirigentes políticos estatales, aún durante el desempeño de sus funciones. A este respecto, el TIJ en su sen-

(99) Sobre la práctica belga, *vid.* Pierre D'ARGENT: «L'expérience belge de la compétence universelle: Beaucoup de bruit pour rien?», *R.G.D.I.P.*, vol. 108, 2004, n° 3, pp. 618-628.

tencia sobre el asunto de la *orden de detención de 11 de abril de 2000* reconoce que el enjuiciamiento de estas personas no está totalmente excluido, abriendo a tal efecto algunas posibilidades: que sean juzgadas por los tribunales del propio Estado, que el propio Estado renuncie a la inmunidad de su dirigente político para que sea juzgado por tribunales extranjeros o que el enjuiciamiento lo lleve a cabo un tribunal penal internacional (100).

Ahora bien, sigue estando presente la cuestión de si la comisión de algún crimen de Derecho internacional –y en particular las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario– podría configurarse como una excepción a las inmunidades *ratione personae* de que gozan, como sabemos, los altos dirigentes políticos del Estado. Tanto el Tribunal de Casación francés en el asunto *Gadafi* como el Tribunal de Casación belga en el caso *Sharon* aceptaron de una manera un tanto críptica la posibilidad de que pudiera haber tales excepciones cuando existan disposiciones internacionales en este sentido, pero ninguno de los dos órganos judiciales precisó algún supuesto. Por ello, y a tenor de la práctica que hemos venido analizando, esta posibilidad parece resultar por el momento más ficticia que real (101). En efecto, el objetivo de evitar la desestabilización institucional a que se podría ver sometido un Estado cuyos máximos dirigentes se vean enjuiciados por tribunales extranjeros o una posible utilización abusiva de la justicia penal frente a los líderes políticos de otro Estado explican que aún hoy en día la inmunidad *ratione personae* siga prevaleciendo sobre el enjuiciamiento de los crímenes de guerra por tribunales extranjeros competentes en virtud del principio de jurisdicción universal (102).

(100) *Affaire relative au mandat ...*, *cit.*, párr. 61. Así lo reconoce también la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de los Jefes de Estado y de Gobierno en Derecho internacional. En concreto, se contempla la renuncia del Estado a la inmunidad (art. 7), el establecimiento por parte del Estado de derogaciones a las inmunidades de sus Jefes de Estado (art. 8) o la competencia de tribunales penales internacionales (art. 11, 3).

(101) En este sentido, el Tribunal de Casación belga en el asunto *Sharon* tuvo ocasión de interpretar el art. VI de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, entendiendo que la exclusión de las inmunidades contenida en este precepto –entendemos que en relación con las personales– se refiere únicamente a los supuestos contemplados en la propia disposición, esto es, ante los tribunales del Estado en cuyo territorio ocurrieron los hechos o ante la corte penal internacional. Para el resto de tribunales estatales el Convenio no prevé esta posibilidad.

(102) En esta línea, *vid.* Brigitte STERN: «Les dits et les non dits de la Cour internationale de Justice dans l'affaire RDC contre Belgique», *Forum du Droit International*, vol. 4, 2002, p. 109.

B. ALCANCE DE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS DIRIGENTES DEL ESTADO UNA VEZ QUE HAN CESADO EN SUS FUNCIONES

En consonancia con la finalidad perseguida por esta figura, trasciende el hecho de que los altos dirigentes del Estado (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores) van a gozar de las inmunidades *ratione personae* –inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad– en tanto se encuentren en el desempeño de su cargo; en el momento en que cesen en sus funciones, sólo estarán amparados por las inmunidades *ratione materiae*, que, como sabemos, impedirían el inicio de una acción penal únicamente por los actos públicos realizados durante el ejercicio de la alta magistratura estatal, excepto cuando puedan ser calificados como crímenes de Derecho internacional, entre los que se cuentan las violaciones graves de las normas humanitarias, según se desprende de la afirmación consuetudinaria del principio de improcedencia de cargo oficial (103).

En esta línea se ha pronunciado el TIJ en el asunto de la *orden de detención de 11 de abril de 2000* al reconocer que el antiguo Ministro de Asuntos Exteriores continúa disfrutando de inmunidad por todos los actos públicos y que sólo podrá ser enjuiciado por los actos realizados a título privado durante el desarrollo de sus funciones (104). Nuevamente, el Tribunal vuelve a hacer gala de una excesiva parquedad en una cuestión que, pese a todo, sigue rodeada por la incertidumbre y, por ello, ha perdido una valiosa oportunidad para precisar el alcance de las inmunidades de los antiguos dirigentes del Estado. En efecto, si bien es correcta la apreciación que hace el TIJ de las inmunidades del Ministro de Asuntos Exteriores –que es extensiva a los Jefes de Estado o de Gobierno– cuando cesa en sus funciones, debiera haber añadido que esta regla no impide el enjuiciamiento de dicho cargo oficial por todos aquellos actos que constituyan crímenes de Derecho internacional, ya que, en virtud del principio de la improcedencia de cargo oficial ya analizado, las inmunidades *ratione materiae* de que disfruta no comprenden este tipo de actos. Esta omisión, que ha sido fuertemente criticada por alguno de los jueces y por la doctrina por ir en contra del Derecho consuetudinario en la materia, podría dar a entender que los antiguos dirigentes políticos del Estado sólo podrían ser perseguidos por tribunales extranjeros por los actos de carácter privado realizados durante el desarrollo de sus funciones oficiales, no así por los

(103) Al respecto, *vid.* PUEYO LOSA, «Hacia un fortalecimiento ...», *cit.*, p. 135; SÁNCHEZ LEGIDO, *op. cit.*, pp. 342-343.

(104) *Affaire relative au mandat ...*, *cit.*, párr. 61.

de carácter público (105). Este razonamiento, en opinión de PUEYO LOSA, «nos sitúa, una vez más, ante la ambigua, mal fundada y desfugada distinción entre *actos oficiales* y *actos privados*, no contribuyendo, por tanto a clarificar si la comisión de crímenes internacionales por las autoridades de gobierno ha de ser considerado como acto oficial (o privado)» (106). Ello nos podría llevar a la artificiosa construcción de que tales crímenes son cometidos a título privado (107) o, lo que sería aún más grave, a reconocer que en tanto en cuanto dichos crímenes son cometidos en ejercicio de sus funciones oficiales, se seguirían beneficiando de la inmunidad incluso después de haber abandonando el cargo (108).

Frente a la vaguedad y confusión que caracteriza los razonamientos del TIJ, la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre *inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en el Derecho internacional* ya aludida resulta meridianamente clara a la hora de excluir en el art. 13 cualquier tipo de inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción penal en relación con los Jefes de Estado y de Gobierno (en virtud, estos últimos, del art. 16), salvo por los actos realizados durante el desarrollo de su cargo y que participen del ejercicio de sus funciones oficiales. Pero, además, se debe destacar que para evitar cualquier tipo de duda o de interpretación abusiva el Instituto precisa expresamente que «[i]l peut toutefois y être poursuivi et jugé lorsque les actes qui lui sont personnellement reprochés sont constitutifs d'un crime de droit international, lorsqu'ils ont été accomplis principalement pour satisfaire un intérêt

(105) En este sentido, se deben destacar las fundadas y razonables críticas realizadas por la juez *ad hoc* Van den Wyngaert por la falta de precisión de la sentencia cuando se refiere al alcance de las inmunidades de los antiguos dirigentes políticos acusados de las comisión de crímenes de Derecho internacional, pues en su opinión, que nosotros compartimos plenamente, hubiera debido aclarar que este tipo de comportamientos no deben estar amparados por la inmunidad, al margen de que se les considere como actos realizados a título oficial o de carácter privado. *Cfr. Opinión disidente de Mme. Van den Wyngaert*, párr. 36. Entre la doctrina, desde una perspectiva crítica, *vid.* Antonio CASSESE: «When may senior state officials be tried for international crimes? Somme comments on the Congo v. Belgium case», *E.J.I.L.*, vol. 13, 2002, nº 4, pp. 867-874; FRULLI, *op. cit.*, pp. 233-234.

(106) «Hacia un fortalecimiento ...», *cit.*, p. 136.

(107) *Vid.* CASSESE, «When may senior ...», *cit.*, p. 870; Steffen WIRTH: «Immunity for core crimes? The ICJ's judgement in the Congo v. Belgium case», *E.J.I.L.*, vol. 13, 2002, nº 4, p. 890-891. En este sentido, como de forma gráfica ha señalado REMIRO BROTONS, este tipo de crímenes «[l]ejos de inscribirse en un ejercicio mal entendido de las funciones públicas, constituyen un aprovechamiento inicuo de las prerrogativas anejas a dichas funciones para facilitar la ejecución de gravísimos delitos que nada tienen que ver con ellas». *El caso Pinochet ...*, *cit.*, p. 122.

(108) *Vid.* CASSESE, «When may senior ...», *cit.*, p. 874; STERN, «Les dits ...», *cit.*, p. 110.

personnel ou lorsqu'ils sont constitutifs de l'appropriation frauduleuse des avoirs ou des ressources de l'Etat» (109). Ello supone desvincular la aplicación de las inmunidades *ratione materiae* de los antiguos dirigentes del Estado en el caso de crímenes de Derecho internacional de la confusa distinción de actos oficiales y privados, sino que se atiende a la naturaleza de estas conductas, a las que el Derecho internacional ha atribuido una serie de consecuencias en razón de su especial gravedad, entre las que se cuenta la responsabilidad individual de todos aquellos que hayan participado en su comisión con independencia de su posición o cargo oficial.

La práctica judicial de los tribunales internos ha venido a confirmar el limitado alcance de las inmunidades de los antiguos dirigentes políticos. A este respecto, son especialmente significativas las ya mencionadas Decisiones de los dos Comités de Apelación constituidos en la Cámara de los Lores –frente a la Decisión de la *High Court* de Londres de 28 de octubre de 1998, en la que se reconoció la inmunidad de Pinochet–, pues en ambas una mayoría de jueces admitieron, basándose en razones no siempre coincidentes, que el antiguo Jefe de Estado chileno, no gozaba en Gran Bretaña de inmunidad por la comisión de crímenes de Derecho internacional (torturas) (110).

En cuanto a la práctica de otros tribunales, en España, la Audiencia Nacional, en los Autos tanto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de 3 de noviembre de 1998 relativo al caso *Pinochet*, como en el de la Sala de lo Penal de 4 de marzo de 1999, sobre el asunto *Fidel Castro*, se reconoce la diferente apreciación de las inmunidades del Jefe del Estado según esté en ejercicio o haya cesado en sus funciones. Del mismo modo, se debe mencionar el caso *Bouterse*, donde el Tribunal de Apelación de Ámsterdam en una decisión de 20 de noviembre de 2000 negó la inmunidad de antiguo Jefe de Estado de Surinam acusado de graves crímenes (tortura, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad) (111).

Por todo ello, se puede afirmar la consagración por vía consuetudinaria de la regla según la cual los antiguos dirigentes del Estado que durante el ejercicio de sus funciones hayan participado en la comisión de crímenes de Derecho internacional –y en particular violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario– no podrán ampararse en ningún tipo

(109) Al respecto, *vid.* TORRES BERNÁRDEZ, *op. cit.*, pp. 663-664.

(110) Sobre este asunto y las razones de los diferentes jueces, *vid.* REMIRO BROTONS, *El caso Pinochet ...*, *cit.*, pp. 123-167; WIRTH: «Immunities ...», *cit.*, pp. 229-235; SÁNCHEZ LEGIDO, *op. cit.*, pp. 346-348.

(111) Sobre este asunto, *vid.* Matthias RUFERT: «Pinochet follow up: The end of sovereign immunity?», *N.I.L.R.*, vol. 48, 2001, p. 176.

de inmunidad frente a la acción penal emprendida por cualquier tribunal extranjero competente en virtud del principio de jurisdicción universal. De modo que, en este caso la represión de tales crímenes debe prevalecer sobre la inmunidad, pues ya no se pone en tela de juicio la soberanía e independencia de los Estados.

No obstante esto, es necesario precisar, como ya se avanzó al aludir a la sentencia del TIJ en el asunto de la *orden de detención de 11 de abril de 2000*, que la razón de ser de esta limitación del alcance de las inmunidades de los antiguos dirigentes políticos deriva del hecho de que las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario constituyen una excepción a la posibilidad de alegar la inmunidad y no porque tales conductas puedan ser consideradas como actos realizados a título particular. Aunque la práctica judicial parece inclinarse por hacer depender de la naturaleza del acto la atribución de inmunidad a los antiguos dirigentes políticos del Estado (112), esta construcción –aunque conduce al mismo resultado de negar la inmunidad *ratione materiae*– es a todas luces forzada, pues resulta enormemente extraño que los altos dirigentes políticos de un Estado puedan participar en la comisión de crímenes de guerra a título privado (113).

En el fondo, esta interpretación se sitúa en una lógica que privilegia la inmunidad, pues no contempla la posibilidad de que existan excepciones a la misma en situaciones de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario y, por tanto, se ve obligada a encajar un poco forzosamente estos crímenes dentro de los actos particulares (114), olvidando que el

(112) Así se puso de relieve en el asunto *Pinochet*, en el que la mayoría de los jueces que compusieron los dos Comités de Apelación de la Cámara de los Lores y que negaron la inmunidad del ex-dictador chileno se basaron en que los crímenes de los que se le acusaba nunca podrían ser considerados como parte de las funciones encomendadas a los Jefes de Estado. En este sentido, debemos mencionar, en relación con la Decisión de 28 de octubre de 1998, a Lord NICHOLLS OF BIRKENHEAD (*I.L.M.*, 1998, pp. 1333-1334) o a Lord STEYN OF HADLEY (*I.L.M.*, 1998, p. 1337). Esta interpretación viene sin duda influida por la propia legislación británica –*State Immunity Act 1978*–, en la que, según hemos apuntado, se asimila la situación del Jefe del Estado al de una misión diplomática (*Vid.* Colin WARBRICK; Elena MARTIN SALGADO; Nicholas GOODWIN: «The Pinochet cases in the United Kingdom», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 2, 1999, pp. 94-95). Del mismo modo, en el caso *Bouterse*, el Tribunal de Apelación de Ámsterdam recurrió a este argumento para rechazar la alegación de inmunidad.

(113) En esta línea, *vid.* CASSESE, «When may senior ...», *cit.*, p. 868; Marco SASSOLI: «L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international», *R.G.D.I.P.*, vol. 106, 2002, n° 4, p. 803; GAETA, «*Ratione materiae* immunities ...», *cit.*, p. 189.

(114) Al respecto, *vid.* ABELLÁN HONRUBIA, *op. cit.*, p. 228 (n. 150).

reconocimiento de la responsabilidad internacional del individuo en relación con los crímenes de guerra lleva aparejado, según hemos podido constatar, la irrelevancia del cargo oficial desempeñado por el acusado como causa de eximente, lo que pone de relieve que, en estos casos, a la hora de determinar el alcance de las inmunidades *ratione materiae* de los antiguos dirigentes estatales, no se debe atender a la naturaleza pública o privada del acto, sino a la gravedad del crimen y a su especial trascendencia para la comunidad internacional (115).

V. IRRELEVANCIA DE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES ANTE TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES. UNA REGLA DE ALCANCE LIMITADO

La problemática que, como acabamos de ver, plantea la aplicación de las inmunidades jurisdiccionales en el contexto de la acción de los tribunales nacionales en ejercicio del principio de justicia universal no se plantea del mismo modo cuando resulta competente algún tribunal penal internacional, pues, según hemos señalado, al residir la razón de ser de esta figura en el respeto de la independencia e igualdad de los Estados en sus relaciones mutuas, no se producirá su vulneración cuando interviene algún tribunal internacional (116), constituido, bien en virtud de una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas –en cuyo caso el juego de las inmunidades se vería desplazado por la aplicación del art. 103 de la

(115) En esta línea, *vid.* el Auto de 6 de noviembre de 1998 del Juez de Instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas relativo al caso *Pinochet* (Texto contenido en internet: <URL: <http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/fichiers/OrdonnanceVdm.html>>, 2 de febrero de 2005). En la doctrina, *vid.* ABELLÁN HONRUBIA, *op. cit.*, pp. 227-228; COSNARD, p. 315; Santiago VILLALPANDO: «L'affaire Pinochet : Beaucoup de bruit pour rien ? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999», *R.G.D.I.P.*, vol. 104, 2000, n° 2, p. 424 ; DOMINICÉ, «Quelques observations ...», *cit.*, p. 306. Comentarios de J. SALMON al informe provisional del relator VERHOEVEN, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 2000-2001, p. 575.

(116) Al respecto, *vid.* Gerry J. SIMPSON: «War crimes: A critical introduction», en McCORMACK, T.L.H.; SIMPSON, G.J. (ed.): *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, p. 15. En efecto, como señaló el Tribunal Especial para Sierra Leona en el asunto *Taylor*, «the principle of state immunity derives from the equality of sovereign states and therefore has no relevance to international criminal tribunals which are not organs of a state but derive their mandate from the international community». Special Court for Sierra Leona, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor (Case Number SCSL-2003-01-I)*, 31 May 2004, Decision on immunity from jurisdiction, párr. 51.

Carta de las Naciones Unidas (117)—, bien a través de un tratado internacional. En estos casos, no cabe alegar ningún tipo de inmunidad, ni funcional, ni personal, de forma que los máximos dirigentes del Estado podrán ser enjuiciados por crímenes de guerra, aún cuando se encuentren todavía en el desempeño de sus funciones (118).

Esta regla encuentra su antecedente en el frustrado intento de enjuiciamiento de Guillermo II —pese a que para aquel entonces ya había abdicado—, según se preveía en el art. 227 del Tratado de Paz de Versalles de 1919; y está contenida, como hemos avanzado (119), en los Estatutos de los TMI de Nuremberg y de Tokio. Más recientemente, con ocasión de la creación de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda se volvió a plantear la posible relevancia de las inmunidades, constatando el Secretario General de las Naciones Unidas la existencia de un cierto consenso en torno la necesidad de incorporar «disposiciones que especifiquen que no se podrá invocar la inmunidad en razón de ser Jefe de Estado o de que el inculcado cometió el acto en cumplimiento de sus funciones oficiales» (120). Así, según quedó reflejado en los Estatutos de ambos Tribunales —y se ha reiterado en iniciativas posteriores como el Tribunal Especial para Sierra Leona o las Salas Especiales constituidas en los Tribunales de Camboya—, toda persona que ocupe un cargo público, al margen de su posición dentro de la estructura del Estado, será individualmente responsable de dar la orden de realizar cualquier acto que pueda ser constitutivo de un crimen de guerra o si tenía razones para saber que sus subordinados iban a cometer o habían cometido tales crímenes y no adoptó medidas razonables y necesarias para impedirlos o reprimirlos (121).

(117) *Vid.* GAETA, *op. cit.*, p. 989. Esta postura se ha visto reflejada en el art. 11, 1, a) de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las *inmunidades de jurisdicción y ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en Derecho internacional*, en el que se señala que las disposiciones contenidas en dicha Resolución no afectarán a las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas. En este sentido, *vid.* TORRES BERNÁRDEZ, *op. cit.*, p. 666.

(118) *Vid.* CASSESE: «When may senior ...», *cit.* pp. 865-866; AKANDE, *op. cit.*, pp. 416-417.

(119) *Vid. supra* epígrafe III, B.

(120) *Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, S/25704*, 20 de mayo de 1993, párr. 55, p. 15.

(121) *Ibidem*, párr. 56, p. 15. De esta forma, se relaciona en los Estatutos de ambos tribunales la responsabilidad del superior jerárquico y la ausencia de inmunidad de las personas que aleguen actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales, especialmente, cuando los superiores jerárquicos sean al mismo tiempo dirigentes políticos del Estado. Esta vin-

Como confirmación de esta práctica, resulta especialmente significativo el art. 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues tras recoger en el párrafo 1 el principio de la improcedencia de cargo oficial, que como sabemos, permite excluir las inmunidades *ratione materiae*, en el párrafo 2 señala que «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». Ello supone excluir también la posibilidad de alegar las inmunidades *ratione personae*, así como las establecidas en los propios Derechos nacionales (122).

Esta misma posición ha sido adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su Resolución sobre *inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en el Derecho internacional*, al señalar en el art. 11, 3 que «[r]ien dans la présente Résolution n’implique ni ne laisse entendre qu’un chef d’Etat jouisse d’une immunité devant un tribunal international à compétence universelle ou régionale». No obstante, la propia Resolución ha establecido una distinción entre los tribunales creados por resolución del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el art. 11, 1, b) cuando prevé que las disposiciones de la misma no afectarán a las obligaciones «qui résultent des status des tribunaux pénaux internationaux ainsi que de celui, pour les Etats qui y sont parties, de la Cour pénale internationale». La referencia a los Estados partes alude al origen convencional de su Estatuto y al hecho de que los compromisos derivados del mismo no pueden crear obligaciones para Estados que no

culación ha sido también puesta de relieve en la propia jurisprudencia de TPIY al afirmar en el caso *Celebici* que «rien dans cet article [7, 3 du Statut] ne vient expressément limiter la portée de ce type de responsabilité aux chefs militaires ou aux situations apparues sous un commandement militaire. En revanche, l’emploi, dans cet article, du terme générique de ‘supérieur’ indique clairement, tout comme sa juxtaposition avec l’affirmation, dans l’article 7 2), de la responsabilité pénale individuelle des ‘chefs d’État ou de gouvernement’ ou des ‘haut(s) fonctionnaire(s)’ que, par delà les chefs militaires, ce sont les hauts responsables politiques et autres supérieurs civils investis d’une autorité qui sont visés». TPIY, Chambre de Première Instance, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic alias «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzo alias «Zenga»* (Affaire n° IT-96-21-T), Jugement, 16 novembre 1998, párr. 356. Sobre esta cuestión, en la doctrina, *vid.* Alvaro BORGHI: *L’immunité des dirigeants politiques en droit international*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2003, pp. 259-260.

(122) En este sentido, *vid.* José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: «Un estudio sobre la parte general del Derecho penal en el Estatuto de Roma: Los principios generales de Derecho penal», en YÁÑEZ-BARNUEVO, J.A. (coord.): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América/Cruz Roja española, Madrid, 2001, pp. 132-133; GAETA, *op. cit.*, pp. 990-991; BROOMHALL, *op. cit.*, pp. 138-139; AKANDE, *op. cit.*, pp. 419-420.

sean partes en él, como veremos a continuación en relación con el art. 98 del Estatuto de Roma.

Asimismo, en la jurisprudencia encontramos un pronunciamiento favorable a la ausencia de cualquier tipo de inmunidad ante tribunales penales internacionales. Esta es la posición que ha adoptado el TIJ en el asunto de la *orden de detención de 11 de abril de 2000* al admitir que ésta sería una de las posibilidades de exigir responsabilidad a un Ministro de Asuntos Exteriores en ejercicio por crímenes de guerra (123). Del mismo modo, el TPIY no dudó en abrir procedimientos penales contra dirigentes estatales en ejercicio, tal como ocurrió con *Milosevich* (124); y el Tribunal Especial para Sierra Leona adoptó la misma postura en relación con el entonces Presidente de Liberia *Charles Taylor* (125). En ambos asuntos se reconoció la imposibilidad de alegar ningún tipo de inmunidad de las que se reconocen al Jefe del Estado –ni aun las *ratione personae*– para sustraerse al enjuiciamiento.

Ahora bien, el alcance de esta regla de la irrelevancia de las inmunidades *ratione personae* de los dirigentes políticos en los procesos penales abiertos ante tribunales internacionales con competencia para exigir responsabilidad a quienes hayan participado en la comisión, entre otros, de crímenes de guerra se va a ver mediatizado por el método de creación del órgano judicial en cuestión. En el caso de que se haya optado por un tratado internacional –a diferencia de lo que ocurriría, según hemos visto, con una resolución del Consejo de Seguridad–, se suscitan dudas en torno a la aplicación de esta norma a los Estados que no lo hayan ratificado (126).

Esta situación se ha planteado con la Corte Penal Internacional, a tenor de su origen convencional, por la existencia aún de un significativo grupo de Estados que no son partes en el Estatuto de Roma. A este respecto, la amplia redacción del art. 27 no supone una supresión total de las inmunidades *ratione personae* de que gozan los Jefes de Estado y de Gobierno o los Ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio según el Derecho interno o el Derecho internacional consuetudinario, sino que establece «un régimen que permite desactivar con carácter general las inmunidades para el supuesto de que la Corte tenga que ejercitar su com-

(123) *Affaire relative au mandat ...*, *cit.*, párr. 61.

(124) *Cfr. Le Procureur c. Slobodan Milosevic ...*, *cit.*, párr. 28.

(125) *Cfr. Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor ...*, *cit.*, párr. 53.

(126) En este sentido, como ha reconocido AKANDE, en principio, «a treaty establishing an international tribunal cannot remove immunities that international law grants to officials of states that are not party to the treaty». *Op. cit.*, p. 417.

petencia sobre una persona que, en principio, pudiera beneficiarse de las mismas» (127).

Por ello, en nuestra opinión, los dirigentes políticos de aquellos países que aún no hayan ratificado el Estatuto de Roma no podrían alegar sus inmunidades *ratione personae* para impedir a la Corte ejercer su jurisdicción y, eventualmente, dictar una orden de procesamiento contra un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Asuntos Exteriores, en aquellos supuestos en que pueda ser competente para enjuiciar a nacionales de Estados no partes en el Estatuto, esto es, cuando el asunto le sea remitido por el Consejo de Seguridad (art. 13, *b*), como ha ocurrido con la situación de Darfur en virtud de la Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo de 2005, o en el caso de que los acusados hayan realizado u ordenado cometer los crímenes en el territorio de un Estado parte en el Estatuto (art. 12, 2, *a*) (128). Sin embargo, desde un punto de vista práctico, esta decisión no resultará operativa mientras el dirigente político en cuestión siga en el poder, pues, como veremos a continuación, la Corte no podrá forzar a los Estados partes a que colaboren con ella, entregándole una persona –nacional de un país que aún no ha ratificado el Estatuto– que, según el Derecho internacional consuetudinario, goza de inmunidad.

En efecto, al regular las obligaciones de cooperación de los Estados, el Estatuto de Roma dispone en su art. 98, 1, en aparente contradicción con el art. 27, 2, que «la Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma

(127) LIROLA DELGADO; MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte ...*, *cit.*, p. 145.

(128) En este sentido, *vid.* Philippe SANDS: «Immunities before international courts», en *Guest Lectura Series of the Office of the Prosecutor*, 18 November 2003, The Hague, párr. 16 (Texto disponible en Internet: <URL: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/Sands.pdf>>, 26 de septiembre de 2005). Si bien el Estatuto de Roma, por su carácter convencional, sólo podría producir obligaciones jurídicas para los Estados partes, ello no excluye, a tenor de sus peculiares características, que pueda producir ciertos efectos para aquellos Estados que no lo hayan ratificado aún –y sin que suponga una vulneración del principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*–, pues «nos encontramos ante efectos que derivan de la prestación del consentimiento por un Estado Parte aunque puede llegar a incidir de forma indirecta en interés de terceros Estados, para los que –sin embargo– no se genera ninguna obligación jurídicamente exigible en virtud del Estatuto» (QUESADA ALCALÁ, *op. cit.*, p. 127). Tal sería el caso de la posibilidad de que la Corte pueda ejercer su jurisdicción en relación con un acusado que tenga la nacionalidad de un Estado no parte. Por ello, admitido el sometimiento a la Corte de tales acusados, con independencia de su posición oficial, sin que quepa alegación alguna de su condición de nacionales de un Estado no parte, en nuestra opinión, tampoco sería razonable que, en contradicción con el art. 27 del Estatuto, puedan ampararse en ningún tipo de inmunidad, pues de ser así la virtualidad de los citados nexos jurisdiccionales se vería reducida sensiblemente. A favor de la postura contraria, entre otros, *vid.* WIRTH, «Immunities ...», *cit.*, pp. 250-251.

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». Con ello, el Estatuto está reconociendo la posibilidad de que los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno o los Ministros de Asuntos Exteriores en activo puedan seguir invocando la inmunidad ante las jurisdicciones nacionales (129); lo cual parece introducir una cierta confusión, pues si ciertamente los dirigentes estatales pueden recurrir a esta figura para impedir su entrega a la Corte por parte del Estado en cuyo poder están, las posibilidades de que este tribunal actúe de forma eficaz se reducen sensiblemente.

Por eso, es preciso realizar una interpretación sistemática e integradora de ambos preceptos que tenga en cuenta, desde una perspectiva teleológica, que el objetivo de esta jurisdicción penal internacional es asegurar el castigo de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional. Desde esta óptica, se debe considerar que la mención a un «tercer Estado» que se hace en el art. 98, 1 se refiere únicamente a Estados no partes en el Estatuto (130). De este modo, los Estados partes no podrían invocar las inmunidades personales para denegar una solicitud de entrega en relación con sus propias autoridades o las de otro Estado parte, mientras que sí podrían denegar la entrega a la Corte Penal Internacional si la persona reclamada goza de inmunidad y pertenece a un Estado no parte en el Estatuto, salvo que renuncie a la misma (131), o que el asunto le sea remitido por el Consejo de Seguridad en virtud de Capítulo VII y se disponga expresamente esta obligación de entrega (132).

(129) Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ: «La lucha contra la impunidad en el Derecho internacional: La Corte Penal Internacional», en *Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, vol. X, 2001, p. 36.

(130) Al respecto, *vid.* BORGHI, *op. cit.*, p. 275.

(131) Sobre la relación entre los arts. 27, 2 y 98, 1 del Estatuto de Roma, *vid.* GAETA, *op. cit.*, pp. 992-996; BROOMHALL, *op. cit.*, pp. 139-146; AKANDE, *op. cit.*, pp. 421-430; Isabel LIROLA DELGADO; Magdalena M^a MARTÍN MARTÍNEZ: «La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: El Estatuto de Roma y la Orden Europea», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XX, 2004, p. 221.

(132) En este sentido, *vid.* QUESADA ALCALÁ, *op. cit.*, p. 297. A este respecto, en la Resolución 1593 (2005), sobre la situación en Darfur, el Consejo de Seguridad, al referirse a la cooperación de los Estados no partes en el Estatuto con la Corte, distingue dos supuestos. Por un lado, en relación con Sudán, el Consejo dispone que debe «cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente resolución»; y, por otro, reconoce que el resto de los Estados no partes no tienen obligación alguna con arreglo al Estatuto, pero los exhorta a que cooperen plenamente.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La práctica nos pone de relieve que los desarrollos experimentados en orden a un fortalecimiento de los mecanismos de represión de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario han limitado de forma sensible el alcance de las inmunidades jurisdiccionales penales atribuidas tradicionalmente los órganos del Estado como consecuencia de la configuración consuetudinaria del principio de la improcedencia del cargo oficial, lo que impide a los agentes estatales ampararse en el paraguas protector del Estado para eludir cualquier persecución a cargo de tribunales extranjeros o internacionales por la comisión de crímenes de guerra.

Sin embargo, cuando aparezcan implicados en tales crímenes los más altos dirigentes del Estado la situación no va a resultar tan clara, pues la relevancia que se sigue otorgando al respeto de la soberanía en la sociedad internacional (que encarnan, en particular, los Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores) va a permitir a estas personas que sigan amparándose en la inmunidad frente a cualquier procedimiento penal emprendido por tribunales extranjeros sobre la base del principio de jurisdicción universal. Ello va a suponer la introducción de un claro obstáculo a la completa operatividad de este principio y puede dar lugar al resultado contradictorio de que se pueda enjuiciar a los agentes estatales de rango inferior por la comisión de crímenes de guerra planificados y ordenados por unos dirigentes políticos que temporalmente van a quedar a resguardo de cualquier castigo.

Esta situación, que *a priori* no resulta plenamente satisfactoria desde una perspectiva de lucha contra la impunidad –pese a que es ampliamente reconocida en la práctica–, en todo caso, no es definitiva, pues estas inmunidades *ratione personae* de que gozan los dirigentes del Estado les amparan en tanto desempeñen sus funciones oficiales, no así cuando cesen en su cargo, en cuyo caso podrían ser enjuiciados por cualquier tribunal extranjero. Lo cual ofrece un pequeño resquicio para lograr el castigo de los dirigentes políticos del Estado por la comisión de este tipo de crímenes, pero está claro que se dificulta enormemente su persecución por parte de tribunales extranjeros, ya que en el caso de regímenes autoritarios el dictador de turno tratará de mantenerse en el poder de forma vitalicia, salvo su posible derrocamiento, que en muchos casos es una vana esperanza y un pobre consuelo para las víctimas.

De ahí que, frente a las dificultades que el juego de las inmunidades *ratione personae* plantea a la posible persecución por parte de tribunales extranjeros de altos dirigentes políticos del Estado por crímenes de guerra,

trasciende el relevante papel que están llamados a jugar los tribunales penales internacionales, pues frente a ellos no es posible alegar ningún tipo de inmunidad y, por tanto, cabe el enjuiciamiento de cualquier dirigente político estatal, al no ponerse en tela de juicio en este caso la independencia e igualdad de los Estados. Sin embargo, esta regla se ve limitada en el caso de tribunales, como la Corte Penal Internacional, creados mediante un tratado, pues en este caso, los dirigentes de Estados no partes, si bien no podrán alegar ante la Corte las inmunidades *ratione personae* de las que gozan cuando esta sea competente para enjuiciarlos, podrán servirse de ellas ante un Estado parte en el Estatuto en cuyo poder se encuentran para impedir su entrega. Ello pone de relieve la relevancia que siguen teniendo las inmunidades, aun ante tribunales penales internacionales.

Por tanto, es preciso constatar que los límites introducidos a la relevancia de las inmunidades por la afirmación de la responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra no han supuesto la postergación total de esta figura, sino que la necesidad de armonizar intereses y tendencias tan contrapuestos han llevado a que sólo se siga garantizando la inmunidad de los altos dirigentes del Estado por crímenes de guerra mientras se encuentren en el desarrollo de sus funciones, frente a la acción de tribunales extranjeros basada en la aplicación del principio de jurisdicción universal.

Esta situación, que plenamente acogida por la práctica, no resulta convincente y nos debe llevar a plantearnos las limitaciones del recurso a la responsabilidad internacional del individuo –a pesar de su enorme trascendencia, que no puede ser negada– como único mecanismo para asegurar la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, frente a la clamorosa –e incluso podríamos decir bochornosa– ineficacia de otros medios que debieran evitar que las violaciones a tales normas ocurran. Por ello, habría que insistir nuevamente en la necesidad de que la comunidad internacional, además de tomar conciencia en abstracto de la gravedad de tales crímenes, hiciese efectiva esa responsabilidad colectiva a la que se hace referencia en el documento final de la Cumbre Mundial de 2005, adoptando «medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si los medios pacíficos resultan inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad». La adopción de tales medidas, si son verdaderamente eficaces, deberán permitir reaccionar anticipadamente para

evitar, de ser posible, la comisión de crímenes de guerra generalizados y poner fin a los mismos. En este contexto es donde los mecanismos represivos deben contribuir a la aplicación de las normas humanitarias, con carácter complementario a otras medidas de carácter político, diplomático o económico que deben adoptar los Estados para poner fin a violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario y para exigir responsabilidad al Estado que haya tolerado o promovido la comisión de estos crímenes.