

## CRÍMENES DE GUERRA, JUSTICIA UNIVERSAL E INMUNIDADES JURISDICCIONALES PENALES DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

Julio JORGE URBINA\*

**RESUMEN:** La represión de los crímenes de guerra en virtud del principio de jurisdicción universal sigue planteando problemas cuando las personas implicadas ostentan la condición de dirigentes estatales. Sólo cuando hayan cesado en el ejercicio de sus funciones sería posible su persecución sobre la base del principio de jurisdicción universal, lo que resulta claramente insatisfactorio. Por ello, la lucha contra la impunidad no se debe limitar a la puesta en marcha de mecanismos basados en la cooperación penal internacional para castigar a los culpables, sino que, además, requiere que todos los Estados tomen medidas para obligar al Estado donde se están cometiendo estos graves hechos ilícitos a que cumpla con sus obligaciones internacionales, que podrían incluir la exigencia del abandono de sus cargos públicos de quienes estén implicados en tan graves crímenes.

**ABSTRACT:** *The repression of the war crimes based on the principle of universal jurisdiction is still creating problems when the people implied have the condition of State agents. Only when they will have stopped exercising its functions it will be possible prosecuting them over the base of the principle of universal jurisdiction, what results clearly unsatisfactory. For this reason the fight against impunity can not be limited to the establishment of mechanisms based in the international judicial cooperation for punishing the guilty. But also it requires that all the States take measures to obligate the State where the crimes are being committed, to accomplish with all its international obligations. This could include the destitution of the agent implied in one of these graves crimes.*

**RÉSUMÉ:** *La répression des crimes de guerre en vertu du principe de juridiction universel continue a planté des problèmes quand les personnes impliquées ont la condition de dirigeants de l'Etat. Seulement quand ils soient finis dans l'exercice de ses fonctions ça sera possible des persécuter sur la base du principe de juridiction universel qui résulte clairement insatisfaisant. Pour cette raison le combat contre l'impunité ne se doit pas limité a l'initiation des mécanismes bases dans la coopération pénal international pour punir les coupable, mais, en plus, elle a besoin que tous les Etats prennent des mesures pour obliger l'Etat dans lequel sont commis ces graves délits a accomplir avec ses obligations internationales, par exemple l'exigence de quitter ses travailles officielles en cas d'être implique dans un grave crime.*

\* Profesor de Derecho internacional público en la Universidad de Santiago de Compostela.

SUMARIO: I. *Consideraciones generales.* II. *Competencia de los tribunales extranjeros para la represión de crímenes de guerra e inmunidades jurisdiccionales. El principio de justicia universal.* III. *Responsabilidad penal internacional por la comisión de crímenes de guerra y límites a las inmunidades jurisdiccionales en virtud del principio de improcedencia de cargo oficial.* IV. *Alcance de las inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos centrales del Estado para las relaciones internacionales en el marco de la persecución de crímenes de guerra sobre la base del principio de justicia universal.* V. *Aplicación del derecho internacional humanitario. Responsabilidad del Estado e inmunidades jurisdiccionales de sus órganos.* VI. *Consideraciones finales.*

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

En un contexto en el que las violaciones sistemáticas y generalizadas de las normas humanitarias han creado una fuerte conciencia de lucha contra la impunidad, se debe enfatizar la importancia de la apertura de diferentes procesos penales por crímenes de guerra a cargo de los tribunales de diferentes Estados, al amparo de las posibilidades que ofrecen los tradicionales instrumentos de cooperación penal internacional basados en el principio de jurisdicción universal. Mas este creciente activismo judicial en determinados países, con relación a violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas fuera de su territorio, tropieza con que la mayoría de los supuestos crímenes forman parte de una estrategia diseñada, promovida o tolerada desde las más altas instancias gubernamentales, viéndose así implicados de una u otra forma los propios dirigentes estatales, según ha quedado patente en la práctica reciente.

En tales situaciones, la necesidad de difundir el mensaje de que no puede haber impunidad para las violaciones graves del derecho internacional humanitario con independencia de la condición o cargo que hayan desempeñado en el pasado o en el presente los presuntos autores, puede llegar a 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,<sup>1</sup> una de cuyas manifestaciones es el reconocimiento

1 En efecto, tal como ha tenido oportunidad de reconocer el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en el caso Blaškić: “[l]a communauté internatio-

de una serie de inmunidades a sus órganos, especialmente a sus máximos dirigentes políticos.

Nos encontramos, así, ante un tema enormemente espinoso, que ha suscitado un vivo debate, tanto entre los jueces como entre la doctrina, pues en él se ponen de relieve las tensiones a las que se ve sometido el derecho internacional público 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 todos los Estados.<sup>2</sup> De ahí que todo análisis sobre la relevancia de las inmunidades jurisdiccionales deba estar presidido por la cautela, a tenor de las incertidumbres que siguen rodeando a esta figura; y deba tener presente el panorama que nos ofrece la práctica, pese a que nos pueda conducir a una cierta insatisfacción no exenta de crítica. Desde esta perspectiva, deberemos examinar cuál es el alcance de esta figura y su acomodo en un contexto de progresiva afirmación de la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de guerra, centrándonos en las inmunidades de jurisdicción penal de las que se benefician los agentes estatales y en especial sus más altos dirigentes políticos.

Sin embargo, este examen de la práctica no debe hacernos olvidar que el compromiso colectivo que han asumido todos los Estados de hacer cesar todas las violaciones graves del derecho internacional humanitario y de promover su enjuiciamiento no se circunscribe al plano de la responsabilidad del individuo, sino que por tratarse de hechos ilícitos excepcionalmente graves, todos los Estados —y aun la comunidad internacional en su conjunto— tienen un deber de actuar, en el plano de la responsabilidad del Estado, para exigir el cese de tales conductas y el castigo de los culpables, aunque se trate de dirigentes estatales, planteándose incluso la posibilidad de que se pueda forzar su abandono del poder para que no puedan ampararse en las inmunidades jurisdiccionales.

nale 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 c. Tihomir Blaškić (Affaire núm. IT-95-14), 29 de octubre de 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, párrafo 40.

2 En este sentido, véase Dupuy, Pierre-Marie, "Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes", *RGDIP*, vol. 103, núm. 2, 1999, pp. 292 y 293.

## II. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES EXTRANJEROS PARA LA REPRESIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA E INMUNIDADES JURISDICIONALES. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

A la hora de examinar el alcance de las inmunidades jurisdiccionales en el contexto de la represión de los crímenes de guerra es necesario tener presente que se trata de una institución de naturaleza procesal que, de admitirse, provoca la incompetencia de los tribunales extranjeros.<sup>3</sup> Por ello, con carácter previo, es necesario clarificar en qué condiciones los órganos judiciales internos de un Estado están facultados para perseguir unos hechos delictivos que, en principio, no tienen nada que ver con él, ni por el lugar de su comisión (principio de territorialidad), ni por la nacionalidad de los presuntos culpables (principio de la personalidad activa) o de las víctimas (principio de la personalidad pasiva), ni por afectar a ciertos bienes o intereses jurídicos del Estado (principio de protección de intereses), ya que de llegarse a la conclusión de que dichos tribunales carecen de competencia para el enjuiciamiento de estos crímenes la invocación de la inmunidad jurisdiccional sería innecesaria.

No cabe duda de que la persecución y el castigo de quienes hayan participado en la comisión de estos crímenes correspondería principalmente, a tenor de las obligaciones establecidas en los Convenios de Ginebra de 1949, a las autoridades del Estado en cuyo territorio se hubieran cometido, pues es el más directamente afectado por los crímenes y, por tanto, sería el que *a priori* tendría más interés en su represión, disponiendo, además, de los elementos de prueba necesarios y eventualmente de los acusados. Sin embargo, con demasiada frecuencia se constatan las escasas probabilidades de que tales Estados persigan eficazmente a los responsables, bien por la incapacidad del sistema de justicia penal del Estado, bien por falta de voluntad de sus autoridades, especialmente cuando han sido las promotoras o cómplices de los crímenes, o por una combinación de ambos factores.<sup>4</sup>

3 A este respecto, véase Dominicé, Christian, “Quelques observations sur l’immunité de juridiction pénale de l’ancien Chef d’Etat”, *RGDIP*, vol. 103, núm. 2, 1999, p. 299.

4 Así lo ha podido constatar, en relación con la situación en Sudán, la Comisión Internacional de Investigación para Darfur. *Cfr.* Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al secretario general en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 2004, Doc. S/2005/60, 7 de febrero de 2005, párrafo 568, pp. 164 y 165.

Para evitar la situación de impunidad que este panorama generaría, ya en los Convenios de Ginebra de 1949, como una manifestación del compromiso colectivo que asumen todos los Estados de respetar y hacer respetar las normas humanitarias en todas las circunstancias —contenido en su artículo 1o. común y posteriormente reiterado en el artículo 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 Adicional I de 1977)—, se enfatizó el deber que corresponde a las autoridades estatales de procurar un eficaz cumplimiento del derecho internacional humanitario, adoptando todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otro tipo que sean necesarias para hacer cesar, en particular, cualquier violación grave de sus normas y garantizar que los responsables de tales actos sean castigados. Esta obligación se hace extensiva a todos los Estados, con independencia de que hayan tomado parte en el conflicto armado, de la nacionalidad de los responsables o de las víctimas o del lugar en que se haya cometido el crimen, atribuyéndoles a tal efecto una competencia judicial extraterritorial de carácter universal.<sup>5</sup> El reconocimiento del carácter extremadamente grave de estos hechos delictivos por atentar contra intereses esenciales de la comunidad internacional —lo que permite calificarlos como *delicta iuris gentium*— sin duda explica que la persecución de los crímenes de guerra deba incumbir a todos los Estados.<sup>6</sup> De

5 Al respecto, entre otros, véase 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. y Jorge Urbina, J. (coords.), *El derecho internacional humanitario en una sociedad internacional en transición*, Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones, 2002, pp. 110-130; Pignatelli y Meca, Fernando, *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*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2003, pp. 63-66; Sánchez Legido, Ángel, *Jurisdicción universal y derecho internacional*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 142-164.

6 Así lo señaló el Tribunal de Distrito de Jerusalén en su sentencia de 12 de diciembre de 1961 relativa al asunto *The Attorney General v. Adolf Eichmann* (párrafo 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. Dentro de la práctica española se debe destacar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en diversas sentencias —aunque referidas a otro tipo de delitos— ha reconocido que el principio de jurisdicción universal encuentra su fundamento en la gravedad de los crímenes y en el interés que tienen todos los Estados en su persecución. Al respecto, véase STC 87/2000, de 27 de marzo (*BOE*, núm. 107, de 4 de mayo de 2000, Suplemento del Tribunal Constitu-

este modo, es la defensa y protección de intereses que afectan a la comunidad internacional en su conjunto lo que determina el reconocimiento del principio de jurisdicción universal en relación con determinados tipos de crímenes, como los que nos ocupan.<sup>7</sup>

En el marco de la aplicación de este principio es donde se ha suscitado la cuestión de la relevancia de las inmunidades de los órganos del Estado. Así lo reconoció el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en su sentencia sobre el asunto de la orden de detención de 11 de abril de 2000.<sup>8</sup> Sin embargo, decidió pasar de puntillas sobre una cuestión tan importante como es la del alcance del principio de jurisdicción universal —sobre todo cuando el acusado no se encuentra en el territorio del Estado—, amparándose en la regla *non ultra petita*.<sup>9</sup> Aunque esta justificación sea correcta, a tenor de las peticiones formuladas por las partes en la controversia, estimamos que la trascendencia de este aspecto hubiera requerido algún pronunciamiento más concreto a cargo del Tribunal, pues, como ya hemos señalado, el presupuesto básico para la aplicación de las inmunidades es que el tribunal extranjero sea competente para conocer de estos crímenes.<sup>10</sup> Por ello, resulta de gran interés examinar los proble-

cional, p. 80); STC 237/2005, de 26 de septiembre (BOE, núm. 258, de 28 de octubre de 2005, Suplemento del Tribunal Constitucional, p. 53).

7 Sin duda, la especial naturaleza de estos crímenes, sobre los cuales existe un consenso en torno a su carácter particularmente ofensivo para la comunidad internacional, y de las obligaciones de represión de los mismos constituyen factores esenciales en el reconocimiento del principio de jurisdicción universal. Así, según se ha señalado dentro de la doctrina, “[i]t is, however, not only the labelling of a crime as ‘international’ that makes it subject to universal jurisdiction, there are many crimes that are considered international, but not all of them are subject to such exceptional jurisdiction. What is needed is that international crimes be considered as subject to universal jurisdiction by way of customary law”. Benavides, Luis, “The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, 2001, p. 29.

8 Affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique), Arrêt du 14 février 2002, *CIJ Recueil*, 2002, párrafo 46, p. 20. Sobre esta cuestión, entre la doctrina, véase Salmon, Jean, “Libres propos sur l’arrêt de la CIJ du 14 février 2002 dans l’affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (RDC c. Belgique)”, *RBDI*, vol. XXXV, núm. 1-2, 2002, p. 515.

9 En efecto, el TIJ consideró que en las conclusiones de la República Democrática del Congo no se le pedía que se pronunciase sobre la legalidad de la competencia universal de los tribunales belgas para enjuiciar a su ministro de Asuntos Exteriores. Affaire relative au mandat..., *cit.*, nota 8, párrafo 43, pp. 19 y 20.

10 Así lo reconocieron los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión separada. *Cfr.* Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal,

mas que suscitan el alcance y las condiciones de ejercicio del principio de jurisdicción universal, a tenor del importante debate que sigue generando, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Por lo que respecta a la persecución de los crímenes de guerra, el reconocimiento de esta competencia universal, tal como figura en los Convenios de Ginebra de 1949 (párrafo segundo de los artículos 49, 50, 129 y 146 comunes),<sup>11</sup> implica que todos los Estados asumen el compromiso de investigar las infracciones graves y, en su caso, de enjuiciar a los presuntos responsables de tales crímenes, sobre todo, cuando los acusados de estos hechos delictivos se hallen en el territorio del Estado (*jurisdicción universal territorial obligatoria*).<sup>12</sup> Sin embargo, esta característica

*CIJ Recueil*, 2002, párrafo 3, p. 65. En esta línea, entre la doctrina, véase Bollo Arocena, María Dolores, “Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia”, *REDI*, vol. LVI, 2004, núm. 1, p. 97.

11 En principio, y a tenor de la redacción de dichos preceptos, no sería necesario adoptar en el plano interno ninguna medida de incorporación o ejecución por la que se establezca la competencia de los tribunales estatales para conocer de un asunto relacionado con la comisión de crímenes de guerra por la vía del principio de universalidad (en este sentido, véase Pueyo Losa, “Hacia un fortalecimiento...”, *cit.*, nota 5, p. 107; Jiménez García, Francisco, “Justicia universal e inmunidades estatales: Justicia o impunidad: ¿Una encrucijada dualista para el derecho internacional?”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, p. 87; Bollo Arocena, María Dolores, “Soberanía, justicia universal...”, *cit.*, nota 10, p. 102). No obstante, en la práctica internacional se ha puesto un énfasis especial en la necesidad de que los Estados adopten medidas legislativas eficaces para garantizar en su esfera interna la plena operatividad de este principio —en línea con la obligación general prevista en el párrafo primero de los artículos 49, 50, 129 y 146 comunes a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente—. Ello supone adaptar la legislación penal para tipificar las conductas consideradas como crímenes de guerra, imponer un régimen de penas adecuado y reconocer la competencia de los tribunales nacionales para conocer de tales infracciones (a este respecto, en el caso de España, véase Pérez González, Manuel, “Un caso test en las relaciones entre el orden internacional y el interno. La adaptación de la legislación penal española a la exigencias del derecho internacional humanitario”, en Mariño Menéndez, F. (ed.), *El derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, p. 535). A través de esta operación de adaptación de los ordenamientos internos, los Estados van a definir, no siempre de manera coincidente, el alcance y las condiciones de ejercicio del principio de jurisdicción universal por parte de sus tribunales.

12 En la doctrina, véase Pueyo Losa, “Hacia un fortalecimiento...”, *cit.*, nota 5, pp. 120 y 121; Orihuela Calatayud, Esperanza, “Justicia universal y derechos humanos”, en Soroeta Licerias, J. (ed.), *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, vol. III, 2002, pp. 128 y 129; Sán-



no puede interpretarse en términos absolutos, esto es, como afirma Pueyo Losa, 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 cualquier parte del mundo, mediante una persecución *urbi et orbi*, pues una concepción de esta naturaleza de dicho título competencial sería tan irrazonable como inoperante.<sup>13</sup>

Si bien los Convenios de Ginebra de 1949 no imponen a los Estados una obligación de persecución de todos los responsables de crímenes de guerra, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren, tampoco excluyen la posibilidad de que los tribunales internos —salvo que la normativa estatal lo impida— ejerzan su competencia, sobre la base del principio de jurisdicción universal, para perseguir a los presuntos culpables de crímenes de guerra cuando no se encuentren en el territorio del Estado (*jurisdicción universal facultativa*).<sup>14</sup> En este caso el tribunal podría iniciar la instrucción de un proceso *in absentia* y poner en marcha los mecanismos de cooperación penal internacional para obtener la entrega de los acusados para su enjuiciamiento.<sup>15</sup>

chez Legido, *Jurisdicción universal...*, cit., nota 5, pp. 268 y 269; Bollo Arocena, María Dolores, *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 2004, p. 370.

13 “Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional”, en Álvarez González, S. y Remacha y Tejada, J. R. (eds.), *Cooperación jurídica internacional*, Madrid, AEPDIRI/BOE/Escuela Diplomática, 2000, p. 195. En la misma línea, entre la doctrina, véase Henzelin, Marc, “La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l’arrêt Yerodia”, *RGDIP*, vol. 106, 2002, núm. 4, p. 850. Esta parece ser la interpretación que se adopta en los comentarios a los Convenios de Ginebra de 1949. Cfr. Pictet, Jean S. (dir.), *Commentaire de la IVème. Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1956, p. 634.

14 Al respecto, véase Stern, Brigitte, “À propos de la compétence universelle...”, en Yakpo, E. y Boumedra, T. (eds.), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 750; Pueyo Losa, “Un nuevo modelo...”, cit., nota 13, p. 196; Bollo Arocena, María Dolores, *Derecho internacional penal...*, cit., nota 12, p. 373.

15 A tal efecto, con carácter complementario al principio de justicia universal —y ligado a él—, se enuncia el principio *aut dedere aut iudicare*, por el que todo Estado parte, en cuyo poder se encuentre un acusado de haber cometido infracciones graves, asume la obligación de hacerlo comparecer ante sus propios tribunales o entregarlo a otro Estado



Pese al importante debate que suscita la posibilidad de ejercer la jurisdicción universal *in absentia*,<sup>16</sup> se puede afirmar, frente a lo sostenido por cierto sector doctrinal y confirmado por una parte de la legislación y la jurisprudencia estatales,<sup>17</sup> que la presencia del acusado en el territorio del Estado no puede ser interpretada como una *conditio sine qua non* exigida por el derecho internacional para el ejercicio del principio de jurisdicción universal,<sup>18</sup> sino más bien como un requisito para la celebración

que lo haya requerido para su enjuiciamiento, que no necesariamente tiene que ser el Estado del lugar de comisión o de la nacionalidad del acusado o de las víctimas, sino cualquier otro que haya iniciado un procedimiento penal por esos hechos delictivos en ejercicio de dicha competencia universal (artículos 49, 50, 129, 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949). Sobre esta cuestión, véase Bassiouni, M. Cherif y Wise, Edward M., *Aut Dedere Aut Judicare. The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 98-102.

16 Las diferentes posiciones en relación con esta cuestión han quedado claramente de manifiesto en las opiniones individuales expresadas por diferentes jueces del TIJ en el asunto de la orden de detención de 11 de abril de 2000, pues frente a la actitud de rechazo expresada por el entonces presidente Gillaume (*CIJ Recueil*, 2002, párrafos 12 y 13, pp. 41-43) y por los jueces Ranjeva (*CIJ Recueil*, 2002, párrafo 8, p. 57), Rezek (*CIJ Recueil*, 2002, párrafo 6, p. 92) o Bula Bula (*CIJ Recueil*, 2002, párrafo 40, p. 114), otros admitieron la posibilidad de un ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia*: Van den Wyngaert (*CIJ Recueil*, 2002, párrafo 56, pp. 172 y 173), Higgins, Kooijmans y Buerenthal (*CIJ Recueil*, 2002, párrafo 56, p. 81).

17 En línea con esta postura, entre la doctrina, véase Abad Castelos, Monserrat, “La actuación de la Audiencia Nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y en Chile: un paso adelante para desandar la impunidad”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 2, 1998, pp. 55 y 56; Martín Martínez, Magdalena M., “Jurisdicción universal y crímenes internacionales”, en Salinas de Frías, A. (coord.), *Nuevos retos del derecho: integración y desigualdades desde una perspectiva comparada Estados Unidos-Unión Europea*, Málaga, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico Universidad de Málaga, 2001, pp. 164 y 165; Casse, Antonio, “Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale”, en Cassese, A. y Delmas-Marty, M. (eds.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, París, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 22-26.

18 En este sentido se ha pronunciado el informe, elaborado bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja, sobre las normas consuetudinarias en derecho internacional humanitario. *Cfr.* Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Luise, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, ICRC-Cambridge University Press, 2005, vol. I, pp. 605 y 606. Entre la doctrina española, véase Remiro Brotons, Antonio, “El caso Pinochet: implicaciones y efectos en derecho Internacional”, en Ramón Chornet, C. (ed.), *Los retos humanitarios del siglo XXI*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 215 y 216; Pueyo Losa, Jorge, “Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 83, enero-junio de 2004, pp. 28 y

del juicio y el pronunciamiento de una sentencia en rebeldía, que muchos ordenamientos no permiten.<sup>19</sup> Todo ello sin perjuicio de admitir la discrecionalidad de los Estados a la hora de establecer las condiciones que estimen oportunas para el ejercicio de la jurisdicción universal facultativa por parte de sus tribunales, que podrían incluir la presencia del acusado en el territorio del Estado.<sup>20</sup>

Por otra parte, la aplicación del principio de jurisdicción universal puede dar lugar, como ha reconocido el Tribunal Constitucional,<sup>21</sup> a la concurrencia de diferentes Estados que reclamen la competencia para la persecución de crímenes de guerra. La existencia de esta pluralidad de jurisdicciones concurrentes puede desembocar en conflictos de competencia derivados del inicio de procesos penales contra las mismas personas y por los mismos hechos ante tribunales de diferentes Estados, lo que exigiría el establecimiento de algún criterio que permita solventar estas situaciones, pues de lo contrario se crearía un riesgo de persecuciones múltiples por los mismos hechos delictivos —en violación del principio *non bis in idem*—, podría ser perjudicial para los derechos de los afectados, podría producir como resultado la no identificación en su integridad de crímenes internacionales y podría tener un impacto negativo sobre la soberanía e intereses legítimos de los Estados implicados.<sup>22</sup>

En los Convenios de Ginebra de 1949 no se establece ninguna jurisdicción prioritaria a la hora de perseguir y sancionar las infracciones graves, sino que la obligación general de respetar y hacer respetar las normas humanitarias en todas las circunstancias sitúa a todos los Estados en

29; Bollo Arocena, María Dolores, *Derecho internacional penal...*, cit., nota 12, p. 369; Orihuela Calatayud, op. cit., nota 12, p. 138.

19 Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional en la STC 237/2005, op. cit., nota 6, p. 56. En la doctrina, entre otros, véase Remiro Brotons, Antonio, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999, p. 57.

20 Para un análisis de las diferentes legislaciones estatales y la jurisprudencia en relación con la exigencia o no de la presencia del presunto responsable en el territorio del Estado para el ejercicio del principio de jurisdicción universal, véase Bollo Arocena, María Dolores, *Derecho internacional penal...*, cit., nota 12, pp. 359-368.

21 STC 87/2000, op. cit., nota 6, p. 80.

22 Así lo ha reconocido la Asociación Internacional de Derecho Penal en la Resolución sobre competencias penales nacionales e internacionales concurrentes, y el principio *ne bis in idem*, aprobada en el XVII Congreso Internacional de Derecho Penal, Pekín, 12-19 de septiembre de 2004. Véase *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 75, núm. 3-4, 2004, p. 825.

un plano de igualdad a la hora de procurar el castigo de estos crímenes, sin que exista ningún tipo de prelación, en atención al carácter supranacional de los bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, parece lógico que se deba dar preferencia a la jurisdicción estatal que se encuentre en mejor posición para castigar esos crímenes y que, en definitiva, “mejor garantice una adecuada administración de justicia, en términos de un proceso justo y eficiente”, con independencia de que sea la del lugar de su comisión o no;<sup>23</sup> sin perjuicio de la obligación especial que asume el Estado en cuyo poder se encuentren los presuntos responsables de estos crímenes de perseguirlos o eventualmente de extraditarlos a otro Estado que lo solicite.

Para evitar estos problemas de concurrencia de jurisdicciones, en la práctica internacional se ha aludido a la posición preferente que podría ocupar el Estado en cuyo territorio se cometieron los crímenes de cara a su enjuiciamiento y, en consecuencia, al carácter subsidiario del principio de justicia universal,<sup>24</sup> pues, como ya se ha indicado, normalmente es el que se encuentra en mejor posición para castigar tales hechos delictivos y es el que cuenta con un interés más directo.<sup>25</sup> En efecto, según ha reconocido Remiro Brotons, “los delitos pueden y deben ser juzgados allí donde se cometen, más aún cuando los responsables y las víctimas son nacionales y residentes en el territorio”, lo cual hace del *locus delicti* la conexión más natural de jurisdicción penal.<sup>26</sup>

23 En este sentido se ha expresado la Asociación Internacional de Derecho Penal, en el párrafo 6.2 de la parte II de la Resolución sobre competencias penales nacionales e internacionales concurrentes, y el principio *ne bis in idem* (*op. cit.*, nota anterior, p. 827). Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó en la Resolución 1/03 sobre juzgamiento de crímenes internacionales, aprobada el 24 de octubre de 2003, que “en caso que dos o más Estados invoquen su jurisdicción para el juzgamiento de personas acusadas de cometer crímenes internacionales, éstos deberían dar preferencia a aquel Estado cuya jurisdicción sea más óptima para el juzgamiento de tales crímenes” (párrafo 4).

24 En esta línea, entre la doctrina, véase Orihuela Calatayud, *op. cit.*, nota 12, p. 145; Sánchez Legido, *Jurisdicción universal...*, *cit.*, nota 5, p. 321; Bollo Arocena, María Dolores, “Soberanía, justicia universal...”, *cit.*, nota 10, p. 107.

25 Esta es la perspectiva adoptada por el Tribunal Constitucional cuando afirmó que “[s]iendo compromiso común ... de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes por afectar a la comunidad internacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido”. STC 237/2005, *op. cit.*, nota 6, p. 54.

26 *El caso Pinochet...*, *cit.*, nota 19, p. 47.

Esta especial posición del *iudex loci delicti commissi* en el enjuiciamiento de las violaciones graves del derecho internacional humanitario encontraría su fundamento en las razones puramente prácticas que acabamos de indicar,<sup>27</sup> no en el respeto a la soberanía del Estado; e implicaría la abstención de los tribunales extranjeros cuando ya se hubiera iniciado un procedimiento en la jurisdicción territorial o cuando resultase previsible la efectiva persecución de los delitos en un plazo próximo.

Pero, según hemos avanzado, en la mayoría de los casos el Estado en el que ocurrieron los crímenes, recién salido de un conflicto armado, no se va a encontrar en las mejores condiciones para afrontar la siempre compleja tarea de reprimir los crímenes de guerra cometidos en su territorio, bien porque no dispone de los recursos materiales y personales adecuados para llevar a cabo esta labor eficazmente y con las garantías del debido proceso (como ponen de relieve, entre otros, los supuestos de Sierra Leona, Camboya, Timor Oriental o la República Democrática del Congo), bien porque no existe una voluntad efectiva de castigar a los responsables. De ahí que no quepa otorgar una prioridad absoluta a la jurisdicción de sus tribunales en la persecución de estos crímenes frente a otros Estados que pudieran llevar a cabo esta tarea de forma más eficaz, ni se pueda considerar que el ejercicio del principio de jurisdicción universal se circunscriba a estas situaciones en las que el Estado del lugar de comisión de los crímenes no cumpla con su obligación de reprimirlos.

Sería, por tanto, ir más allá de todo lo razonable transformar esta posición preferente del Estado de comisión de los crímenes en un obstáculo insalvable para la acción de tribunales estatales extranjeros, al configurarla como una condición de alcance general que limitaría el ejercicio de la jurisdicción universal ante la expectativa de un posible enjuiciamiento

27 Así lo reconoció el Tribunal Supremo de Israel en su sentencia de 29 de mayo de 1962 relativa al caso Eichmann cuando afirmó que “the idea behind the above-mentioned limitation [the state which has apprehended the offender must first offer his extradition to the state in which the offence was committed] is not that the requirement to offer the offender to the state in which the offence was committed was designed to prevent the violation of its territorial sovereignty. Its reason is rather a purely practical one: The great majority of the witnesses and the greater part of the evidence are concentrated in that state, and it becomes, therefore, the most convenient place (forum convenicus) for the conduct of the trial” (párrafo 12). 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.

en dicho Estado;<sup>28</sup> o al exigir a los denunciantes unos medios probatorios extremadamente rigurosos de la pasividad de los órganos judiciales del Estado en el que se cometieron los hechos, como la constatación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial o incluso el rechazo efectivo de la denuncia por sus tribunales.<sup>29</sup>

Además, la valoración de esta circunstancia puede resultar enormemente compleja y transformarse en la práctica en un obstáculo que dificulte la plena operatividad del principio de jurisdicción universal, lo cual iría en contra de los intereses de las víctimas, pues dejaría en manos del Estado en el que se cometieron los crímenes la facultad de frustrar cualquier posible enjuiciamiento abriendo de una manera más o menos ficticia procesos penales contra los acusados.<sup>30</sup>

Con todo, esta preferencia no tiene un alcance general, en la medida en van a existir supuestos en que el Estado de comisión del delito no sea el más interesado en su represión, como por ejemplo, cuando los presuntos responsables o las víctimas no sean de su nacionalidad o cuando los acusados no se encuentren en poder de sus autoridades. En este último

28 Así parece deducirse de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional 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 26 de agosto de 2005, en donde se afirma que “[a]ny State having custody over an alleged offender should, before commencing a trial on the basis of universal jurisdiction, ask the State where the crime was committed or the State of nationality of the person concerned whether it is prepared to prosecute that person, unless these States are manifestly unwilling or unable to do so” (párrafo 3, c). *Cfr. Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol. 71-II, 2006, p. 299.

29 Esta interpretación restrictiva de la regla de la subsidiariedad se refleja en las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en el caso de Guatemala. Sobre la interpretación dada por estos tribunales a la regla de la subsidiariedad, entre la doctrina, véase Sánchez Legido, Ángel, “Spanish practice in the area of universal jurisdiction”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. VIII, 2001-2002, pp. 22-38. El Tribunal Constitucional prefirió hablar de concurrencia de Estados competentes más que de subsidiariedad. La aplicación de este principio de concurrencia únicamente exigiría para la activación de la jurisdicción universal la aportación, de oficio o por la parte actora, de “indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes” (STC 237/2005, *op. cit.*, nota 6, p. 54).

30 En esta línea se ha expresado la Asociación Internacional de Derecho Penal en el párrafo 7 de la parte II de la ya mencionada Resolución sobre competencias penales nacionales e internacionales concurrentes, y el principio *ne bis in idem* (*op. cit.*, nota 22, p. 827).

caso, según afirma Sánchez Legido, el derecho internacional general “no parece garantizar ni la existencia de una obligación de extradición que haga prevalecer la entrega al Estado del lugar de comisión —o a cualquier otro— sobre el enjuiciamiento, ni tampoco una preferencia a favor de dicho Estado cuando, habiendo optado por no enjuiciar, el Estado de detención ha recibido una pluralidad de solicitudes de extradición”.<sup>31</sup>

Asimismo, el ejercicio del principio de jurisdicción universal suscita una serie de interrogantes de carácter jurídico y político cuando los implicados en tales hechos delictivos tienen la condición de órganos del Estado —especialmente, cuando son sus máximos dirigentes—, pues en estos casos se plantea la posibilidad de que estos individuos, acusados de crímenes tan odiosos, puedan ampararse en las inmunidades que les concede el derecho internacional para escapar de cualquier tipo de sanción, lo que sin duda alguna nos debe llevar a examinar en qué medida esta figura puede constituir un límite en el ejercicio del principio de jurisdicción universal en un contexto internacional en el que la lucha contra la impunidad ha adquirido una extraordinaria importancia.

### III. RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL POR LA COMISIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA Y LÍMITES A LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE IMPROCEDENCIA DE CARGO OFICIAL

Las inmunidades jurisdiccionales tradicionalmente reconocidas a los Estados en virtud del principio de igualdad soberana,<sup>32</sup> se extienden a todos sus órganos, a fin de garantizarles el libre ejercicio de sus funciones públicas sin interferencias que puedan obstaculizarlo.<sup>33</sup> Ello significa, en

31 *Jurisdicción universal...*, cit., nota 5, p. 336.

32 Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, su razón de ser “no es la de otorgar a los Estados una protección indiscriminada, sino la de salvaguardar su igualdad e independencia”. STC núm. 176/2001 (Sala Segunda), de 17 de septiembre de 2001 (*BOE*, núm. 251, de 19 de octubre de 2001).

33 Así lo ha reconocido el TIJ en el asunto de la orden de detención de 11 de abril de 2000 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...*, cit., nota 8, párrafo 53, pp. 22 y 23. Entre la doctrina, véase Christian Dominicé: “Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales”, *CEBDI*, vol. II, 1998, p. 315.

el ámbito penal, que no se podría iniciar un procedimiento ante tribunales extranjeros contra ningún agente estatal 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.<sup>34</sup> Por eso, la aplicación de estas inmunidades, calificadas *ratione materiae*, depende de la naturaleza de los actos realizados por los órganos del Estado, esto es, de su carácter público o privado. 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 funciones oficiales, pues en este caso las inmunidades se ligan a la naturaleza del acto y no al cargo.<sup>35</sup>

Sin embargo, el reconocimiento de que las violaciones graves del derecho internacional humanitario 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 para todas aquellas personas que hayan participado en la comisión de tales hechos, ha afectado al régimen jurídico de estas inmunidades *ratione materiae*, pues la represión de estas conductas debe alcanzar a los máximos responsables de su planificación y ejecución, sin que la condición de agente estatal pueda servir como excusa suficiente para exonerarle de cualquier eventual castigo.

Por esta razón, la responsabilidad internacional del individuo por la comisión, entre otros, de crímenes de guerra aparece desde sus orígenes íntimamente ligada a la imposibilidad de que las personas acusadas de tales hechos puedan ampararse en su cargo oficial como posible causa eximente, pues la admisión de esta circunstancia haría imposible el castigo de las violaciones graves del derecho internacional humanitario. De este modo, todos los agentes estatales, incluidos los más altos dirigentes, van

34 En esta línea se ha pronunciado el TPIY en el caso Blaškić. *Cfr.* Le Procureur c. Tihomir Blaškić..., *cit.*, nota 1, párrafo 38.

35 Entre la doctrina, véase Gaeta, Paola, “Official capacity and immunities”, en Cassese, A. *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, vol. I, pp. 975 y 976; Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 266; Akande, Dapo, “International law immunities and the international criminal court”, *AJIL*, vol. 98, núm. 3, 2004, pp. 412 y 413.



a responder internacionalmente por la comisión de crímenes de guerra, sin que, como veremos, puedan alegar las inmunidades *ratione materiae* para evitar su enjuiciamiento.

Este principio de improcedencia de cargo oficial figura expresamente por primera vez en el artículo 7o. del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, contenido en el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945. Es significativo que desde entonces hasta la actualidad se haya 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,<sup>36</sup> así como en ciertos tribunales mixtos o híbridos,<sup>37</sup> lo que confirma la irrelevancia de la figura de las inmunidades ante jurisdicciones penales internacionales.

En esta misma línea, en algunos tratados internacionales relativos a la represión de determinadas violaciones graves de los derechos humanos se han incorporado preceptos en los que se excluye el cargo oficial como causa eximente de responsabilidad.<sup>38</sup> Los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 no figuran entre ellos, pues no se establece ninguna disposición específica al respecto. Pero 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 miembros de las fuerzas armadas de los contendientes, esto es, por agentes estatales— se permitiera a sus autores ampararse en tal condición para eludir

36 Así, se plasmó en el artículo 6o. del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio) y, más recientemente, se ha reiterado en el artículo 7.2 del Estatuto del TPIY, en el artículo 6o. del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), en el artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

37 A este respecto, se debe aludir al Tribunal Especial para Sierra Leona (artículo 6.2 de su Estatuto) y a las salas especiales constituidas en los Tribunales de Camboya (artículo 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 10 de agosto de 2001 —reformada el 27 de octubre de 2004— y artículo 2.1 del Acuerdo entre las Naciones Unidas y Camboya de 6 de junio de 2003).

38 Así aparece recogido de forma expresa en el artículo IV del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, en el artículo II del Convenio sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 o en el artículo III de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* de 1973, y de forma implícita figura en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes de 1984.

cualquier tipo de sanción, cobijándose bajo el paraguas protector de la inmunidad *ratione materiae* frente a la acción de cualquier tribunal extranjero, sobre todo cuando la responsabilidad se hace extensiva a los superiores jerárquicos.<sup>39</sup> Ello en la práctica dejaría en papel mojado las disposiciones destinadas a reprimir las infracciones graves de los citados Convenios y, en particular, haría inoperante el ejercicio del principio de justicia universal.<sup>40</sup>

Asimismo, se debe destacar el papel desempeñado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI).<sup>41</sup> Igualmente debe aludir a los proyectos de codificación privada elaborados por ciertos institutos científicos, como la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre la aplicación del derecho internacional humanitario y los derechos humanos fundamentales en los conflictos armados en los que toman parte entidades no estatales, aprobada el 25 de agosto de 1999 en su sesión de Berlín (Punto VIII),<sup>42</sup> o The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, elaborados

39 En efecto, como reconoce Borghi, “[l]es liens entre le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique et celui de l’absence d’immunité pour les personnes revêtant une qualité officielle... sont très étroits. Ces principes poursuivent en effet le même but, à savoir empêcher que les personnes revêtant une qualité officielle responsables de crimes internationaux ne puissent se soustraire à leur responsabilité”. *L’immunité des dirigeants politiques en droit international*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 257.

40 En este sentido, véase Wirth, Steffen, “Immunities, related problems, and article 98 of the Rome Statute”, en Carlizzi, G. *et al.* (a cura di), *La Corte Penale Internazionale. Problemi e prospettive*, Napoli, Vivarium, 2003, p. 247; Akande, *op. cit.*, nota 35, p. 415.

41 Los trabajos de la CDI han contribuido a identificar este principio como una norma consuetudinaria. Así lo hizo al incorporarlo en el Principio III de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal de Nuremberg (1950), texto elaborado por encargo de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 177 (II) de 21 de noviembre de 1947; y en el artículo 3o. del proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1954), texto del proyecto de Código contenido en Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Labor realizada en su Sexto Periodo de Sesiones del 3 de junio a 28 de julio de 1954, Asamblea General, Documentos Oficiales. Noveno periodo de sesiones, Suplemento núm. 9 (A/2693), Nueva York, Naciones Unidas, 1954, p. 12. Más recientemente, tras la reanudación de los trabajos sobre este tema en 1981, la CDI incluyó este principio en el artículo 7o. del nuevo Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 2a. parte, 1996, p. 29.

42 *Cfr. Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol. 68-II, 1999, pp. 386-399.

en 2001 (Principio 5).<sup>43</sup> Estos textos, aunque tengan un carácter esencialmente doctrinal, constituyen un fiel reflejo de la práctica en esta materia y contribuyen al reconocimiento del carácter consuetudinario de este principio.

La práctica estatal también confirma la relevancia de este principio. A tal efecto, en algunos manuales militares se afirma, 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.<sup>44</sup> Esta misma regla figura expresamente en ciertas legislaciones estatales, como la de Bélgica, pese a los cambios que ha experimentado recientemente,<sup>45</sup> la de Bosnia-Herzegovina,<sup>46</sup> la de la República del Congo<sup>47</sup> o la de la República Democrática del Congo.<sup>48</sup> En otros casos las leyes penales no aluden específicamente a esta cuestión, pero a la hora de

43 Cfr. The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Program in Law and Public Affairs, Princeton, Princeton University, 2001, p. 48 (documento disponible en internet URL: <http://www.princeton.edu/~lapa/univ JUR.pdf>, 3 de mayo de 2005).

44 En este sentido, debemos referirnos, como ejemplos más significativos, a los de EUA (*The Law of Land Warfare*, FM 27-10, Department of the Army, 18 de julio de 1956, Secc. 510); Canadá (*The Law of Armed Conflicts at the Operational Level*, B-GG-005-027/AF-021, Office of the Judge Advocate General, 5 de septiembre de 2001, Chapter 16, Secc. 25) o el Reino Unido (*The Manual of the Law of Armed Conflict*, 1o. de julio de 2004, Secc. 16.38.1, en UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 438).

45 Cfr. Artículo 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 artículo 27 de la Ley de 5 de agosto de 2003 sobre violaciones graves del derecho internacional humanitario (*Moniteur belge*, núm. 286, du 7 août 2003).

46 Cfr. Artículo 180 del Código Penal de Bosnia-Herzegovina de 1o. de marzo de 2003. Texto disponible en Internet URL: <http://www.legislationline.org/upload/legislations/d2/74/b330cbcb1d5307f159686ed5d9dd.pdf>, 9 de julio de 2007.

47 Así se deriva de los artículos 10 y 13 de la Ley núm. 8-98 de 31 de octubre de 1998 sobre la definición y represión del genocidio, de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad. Texto disponible en Internet URL: <http://www.nottingham.ac.uk/law/hrlc/international-criminal-justice-unit/implementation-database.php>, 9 de julio de 2007.

48 Cfr. Artículo 21-3 del Código Penal, tras la reforma operada por la Ley por la que se Modifican y Completan ciertas Disposiciones del Código Penal, del Código de Organización y Competencia Judiciales, del Código Penal Militar y del Código de Justicia Militar, en aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 2005. Texto disponible en Internet URL: <http://www.nottingham.ac.uk/law/hrlc/international-criminal-justice-unit/implementation-database.php>, 9 de julio de 2007.

tipificar estos delitos no se hace ninguna distinción en cuanto a la condición de los sujetos autores o al grado de participación en la comisión, según ocurre en el Código Penal español de 1995,<sup>49</sup> lo que permitiría entender que la persecución de los mismos se haría con independencia del cargo oficial del acusado.

Pero este principio no queda reducido a una mera formulación teórica contenida en diferentes instrumentos internacionales o reglamentaciones estatales, sino que se ha aplicado en diversas ocasiones, tanto por tribunales internacionales como internos. Entre los primeros, el Tribunal de Nuremberg, en su sentencia de 1o. de octubre de 1946, ya tuvo oportunidad de proclamar la vigencia de esta regla.<sup>50</sup> En este mismo sentido se pronunció el Tribunal de Tokio en su sentencia de 1o. de noviembre de 1948, en relación con uno de los acusados, Hiroshi Oshima, que fue embajador de Japón en Alemania durante la Segunda Guerra Mundial.<sup>51</sup>

En fechas más recientes, el TPIY ha vuelto a reiterar 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.<sup>52</sup> De este modo, a tenor del valor consuetudinario atribuido a este principio,<sup>53</sup> el Tribunal ha concluido 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

49 Véase Pignatelli y Meca, *op. cit.*, nota 5, pp. 189 y 190.

50 Cfr. International Military Tribunal (Nuremberg), Judgement and Sentences, 1o. de octubre de 1946, *AJIL*, vol. 41, 1947, núm. 1, p. 221.

51 Texto de la sentencia disponible en Röling, *BVA*; Rüter, C. F. (eds.), *The Tokyo Judgment. The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE)*, 29 de abril de 1946-12 noviembre de 1948, Amsterdam, University Press Amsterdam, 1977, vol. I, p. 456.

52 Cfr. Le Procureur c. Tihomir Blaškić..., *cit.*, nota 1, párrafo 41.

53 Así se reconoce en los asuntos Furundzija y Milosevic. Cfr. TPIY, La Chambre de Première Instance, Le Procureur c. Anto Furundzija (Affaire núm. IT-95-17/1-T), Jugement du 10 décembre 1998, párrafo 140; TPIY, Chambre de Première Instance, Le Procureur c. Slobodan Milosevic (Affaire núm. IT-99-37-PT), 8 de noviembre de 2001, Décision relative aux exceptions préjudicielles, párrafos 28 y 29.

qu'agent de l'État, ne constitue pas un moyen de défense recevable en droit international pénal".<sup>54</sup>

En la misma línea, el TIJ ha admitido la relevancia del principio de la improcedencia del cargo oficial en la sentencia sobre el caso de la orden de detención de 11 de abril de 2000. Así se deduce, por una parte, del hecho de que no es objeto de litigio entre las partes;<sup>55</sup> 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 bénéficie de toute responsabilité pénale".<sup>56</sup>

Por su parte, diferentes tribunales internos han venido a confirmar 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 los más significativos, a asuntos como Eichmann, Pinochet —ante tribunales españoles, británicos o belgas—, Scilingo, Bouterse o Yerodia.<sup>57</sup>

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

55 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", sino que, por el contrario, 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.*, nota 8, párrafo 48, p. 21.

56 *Ibidem*, párrafo 60, p. 26. 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". Joint Separate Opinion..., *cit.*, nota 10, párrafo 74, p. 86.

57 En el caso Eichmann, así lo reconocieron, tanto el Tribunal de Distrito de Jerusalén en su sentencia de 12 de diciembre de 1961 (párrafo 28), como el propio Tribunal Supremo de Israel en su sentencia de 29 de mayo de 1962 (párrafo 14). Respecto al caso Pinochet, en el auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional

A tenor del análisis de la práctica hay que concluir 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. Esta figura no puede servir ya como una excusa para excluir el castigo de todos aquellos agentes estatales, 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 juris-

española 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 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 González Campos, Julio D. *et al.*, *Materiales de prácticas de derecho internacional público*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 431. En el mismo sentido se expresó lord Millet, ante el tribunal británico, en el marco de la Decisión de 24 de marzo de 1999 del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores (*ILM*, vol. 38, núm. 3, 1999, pp. 645). Así se desprende del auto de 6 de noviembre de 1998 del juez de instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, en Bélgica (disponible en internet: URL: [http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/Ordonnance\\_Vandermeersch.html](http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/Ordonnance_Vandermeersch.html), 2 de febrero de 2007). En el asunto Scilingo, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 19 de abril de 2005, no alude expresamente a dicho principio, pero de forma implícita reconoce su existencia al afirmar, en relación con los crímenes contra la humanidad, que “la responsabilidad penal abarca a todas las personas de la jerarquía que en él han tenido algún grado de participación”, lo que incluye a quien lo ordena, al cómplice que ha proporcionado apoyo para la comisión del crimen, al planificador, esto es, al que ha participado directamente en la formulación de la política criminal o hace suyo el plan propuesto por otra persona o al que induce e instiga a la comisión del crimen; sin que el hecho de actuar bajo las órdenes del gobierno o de un superior jerárquico constituya una eximente. Texto de la sentencia disponible en (Base de datos Aranzadi) *JUR* 2005/132138. Respecto al caso Bouterse o Yerodia, así se recoge en el auto de 11 de abril de 2000 del juez de instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, en el que se contiene la orden de detención internacional del entonces ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo. Si bien el TIJ condenó a Bélgica por haber dictado dicha orden de detención, al estimar, como veremos, que violaba las inmunidades *ratione personae* reconocidas a los ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio, ello no afecta a las consideraciones que se hacen sobre la improcedencia de cargo oficial en relación con los crímenes de guerra, que el propio TIJ ha reconocido.

dicción universal.<sup>58</sup> Por eso, se debe afirmar que la inmunidad no puede equivaler a impunidad, aunque en la práctica ambas nociones aparezcan muy ligadas.

Ahora bien, se debe matizar que el alcance de este principio es asimismo limitado, pues no conlleva la exclusión total de cualquier tipo de inmunidad frente a la comisión de crímenes de guerra. En efecto, lo que nos confirma la irrelevancia de cargo oficial es que ninguna persona que actúe por cuenta del Estado podrá alegar las inmunidades *ratione materiae* en caso de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Pero, como veremos, cuando la persecución de estos crímenes se lleve a cabo a través de tribunales extranjeros en virtud del principio de jurisdicción universal se siguen suscitando dudas sobre 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).<sup>59</sup> Es precisamente en relación con ellos 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, en tanto que 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.

#### IV. ALCANCE DE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES PENALES DE LOS ÓRGANOS CENTRALES DEL ESTADO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN EL MARCO DE LA PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA SOBRE LA BASE DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

La importancia atribuida a la persecución y el castigo de las violaciones graves del derecho internacional humanitario se ha traducido, según

58 Sobre la configuración de los crímenes de derecho internacional como excepciones a las inmunidades *ratione materiae*, entre la doctrina, véase Cassese, *International Criminal...*, cit., nota 35, pp. 267 y 268; Frulli, Micaela, “Le droit international et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux”, en Cassese, A. y Delmas-Marty, M. (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, París, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 223 y 224.

59 Al respecto, véase Frulli, *op. cit.*, nota anterior, p. 225.



hemos visto, en la introducción de importantes límites al alcance de las inmunidades *ratione materiae*, tal como se desprende del principio de la improcedencia de cargo oficial. Pero la situación va a ser diferente cuando la acusación se extienda a aquellos agentes estatales que ostentan la condición de órganos centrales del Estado para las relaciones internacionales (jefe del Estado, jefe de Gobierno y ministro de Asuntos Exteriores).<sup>60</sup> En tales casos, nos encontramos ante inmunidades *ratione personae* que se confieren en virtud del cargo que ejercen dentro de la estructura del Estado. Su fundamento radica en que estas personas asumen la máxima representación del mismo y desempeñan un papel esencial en el diseño y desarrollo de su política exterior.<sup>61</sup> Por ello, cuando sean acusados de la comisión de crímenes de guerra se siguen suscitando numerosas dudas sobre la relevancia de estas inmunidades *ratione personae*, frente a cualquier proceso penal abierto ante tribunales extranjeros sobre la base del principio de jurisdicción universal.

En el análisis de esta cuestión se debe obrar con suma cautela, ya que nos encontramos ante un tema en el que se manifiesta de forma nítida la tensión dialéctica a la que se encuentra sometido el derecho internacional entre dos principios constitucionales, el de la soberanía de los Estados y

60 Además de ellos, también se encuentran amparados por estas inmunidades *ratione personae* los representantes diplomáticos y consulares y los miembros de una misión especial. Tales inmunidades, especialmente las de carácter diplomático, aparecen recogidas en diferentes instrumentos convencionales, como el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961; el artículo 43.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963; el artículo 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 artículos 21.1 y 31.1 de la Convención sobre Misiones Especiales de 16 de diciembre de 1969; el artículo 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 artículo 30. de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes de 2 de diciembre de 2004, para excluirlas de su ámbito de aplicación.

61 En esta línea, véase Watts, Arthur, "The legal position in international law of Head of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *RCADI*, vol. 247, 1994-III, pp. 35-38; Vilariño Pintos, Eduardo, "La diplomacia directa. Su alcance y valor actual", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2000*, Madrid, Servicio Editorial Universidad del País Vasco-Tecnos, 2001, p. 315.

el de protección de los derechos humanos.<sup>62</sup> En efecto, la salvaguardia de la dignidad humana, especialmente en situaciones de conflicto armado, ha pasado a constituir, como sabemos, una preocupación de la comunidad internacional, que se ha materializado, entre otras medidas, en la necesidad de castigar a todos aquellos que hayan tomado parte en la comisión de las violaciones más graves con independencia del cargo que ocupen, incluidos los más altos dirigentes estatales. Pero no se puede desconocer que en un medio social tan poco integrado y escasamente institucionalizado los Estados siguen ostentando una posición central. De este modo, el respeto de su soberanía e igualdad, que encarnan los máximos dirigentes, así como el mantenimiento de relaciones pacíficas y amistosas entre los Estados, siguen desempeñando un papel fundamental en el orden internacional. Todo ello nos obliga a atender especialmente a la práctica internacional, observándose importantes diferencias en cuanto al alcance de estas inmunidades según estas personas se encuentren o no en el ejercicio de sus funciones oficiales.<sup>63</sup>

1. *Persistencia de las inmunidades ratione personae de los dirigentes del Estado mientras se encuentren en ejercicio de sus funciones oficiales*

Si bien el principio de la improcedencia de cargo oficial ha restringido, como sabemos, el alcance de las inmunidades *ratione materiae* en caso de que los agentes estatales, incluidos sus más altos dirigentes, sean acusados de la comisión de crímenes de guerra, un repaso a la práctica

62 En este sentido, véase Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 15.

63 En efecto, estas personas, mientras dure su mandato, van a gozar de una inmunidad de jurisdicción penal completa, con independencia de la naturaleza pública o privada de los actos que realicen, sin que sea posible apreciar en la práctica estatal ninguna excepción. Pero nada impediría su enjuiciamiento por actos de carácter delictivo realizados durante el desempeño de sus funciones una vez que hubieran dejado su cargo. Así, los antiguos jefe de Estado, jefe de Gobierno o ministro de Asuntos Exteriores sólo se van a beneficiar de las inmunidades *ratione materiae* por los actos de carácter público realizados en el ejercicio de su alta magistratura, no así en relación con los de carácter privado. Al respecto, véase Robinson, Darryl, "The impact of the human rights accountability movement on the international law of immunities", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XL, 2002, pp. 161 y 162; Sánchez Legido, *Jurisdicción universal...*, cit., nota 5, pp. 341 y 342.

nos confirma que las inmunidades *ratione personae* siguen operando ante los tribunales penales extranjeros respecto de los dirigentes estatales mientras se encuentren en el ejercicio de sus funciones.<sup>64</sup>

Esta interpretación del alcance de las inmunidades *ratione personae* ha recibido un claro espaldarazo del TIJ en la sentencia relativa a la orden de detención de 11 de abril de 2000, pues en ella concluye que el jefe de Estado, el jefe de Gobierno y el ministro de Asuntos Exteriores gozan de inmunidad de jurisdicción penal y de inviolabilidad mientras se encuentren en el ejercicio de sus funciones.<sup>65</sup> De este modo, ante la acción de tribunales extranjeros sobre la base del principio de justicia universal, las inmunidades jurisdiccionales de carácter personal reconocidas a estos dirigentes políticos prevalecerán frente a la obligación de represión de los crímenes de derecho internacional.<sup>66</sup>

A pesar de las críticas que se puedan formular a esta sentencia por su falta de claridad,<sup>67</sup> es preciso reconocer que la decisión adoptada coinci-

64 En esta línea, entre otros, véase Remiro Brotons, *El caso Pinochet...*, cit., nota 19, p. 117; Cosnard, Michel, "Les immunités du chef d'Etat", en Société Française Pour Le Droit International, *Le chef d'Etat et le droit international*, París, Pedone, 2002, pp. 259 y 260; Pueyo Losa, "Hacia un fortalecimiento...", cit., nota 5, pp. 131 y 132; Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, Nueva York, Transnational Publishers, 2003, pp. 81 y 82; Bonafe, Beatrice I, "Imputazione all'individuo di crimini internazionali e immunità dell'organo", *Rivista di Diritto Internazionali*, vol. 87, núm. 2, 2004, p. 398.

65 *Affaire relative au mandat...*, cit., nota 8, párrafo 51, pp. 21 y 22. En el asunto relativo a ciertos procesos penales emprendidos en Francia (República del Congo c. Francia), durante la fase de audiencias ante el TIJ, el representante del Gobierno francés ha admitido la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado en ejercicio. *Cfr.* Audience publique tenue le lundi 28 avril 2003, à 16 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Shi, président, en l'affaire relative à Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France), CR 2003/21, p. 16.

66 En este sentido, véase Pueyo Losa, "Hacia un fortalecimiento...", cit., nota 5, p. 134.

67 En efecto, nos encontramos ante un asunto que hubiera requerido que el Tribunal no hubiera pasado de puntillas por aspectos tan espinosos como los que se abordan en esta sentencia, sino que hubiera hecho un esfuerzo mayor a la hora de fundamentar su decisión, precisando más claramente el alcance del derecho consuetudinario en un ámbito como el que nos ocupa, que sigue rodeado de grandes incertidumbres, lo que hubiera sin duda reforzado el valor de la decisión finalmente adoptada por la mayoría de los jueces. Al no hacerlo, el TIJ ha dejado pasar una valiosa oportunidad de contribuir a clarificar las condiciones de ejercicio del principio de justicia universal y a armonizar su aplicación con las inmunidades jurisdiccionales de los dirigentes estatales. Al respecto, véase Jiménez García, *op. cit.*, nota 11, pp. 113 y 114.

de con la práctica estatal en la materia. Así se refleja en algunas legislaciones nacionales,<sup>68</sup> en declaraciones públicas de miembros de algunos gobiernos, como el chileno,<sup>69</sup> o en las posiciones expresadas por las asesorías jurídicas de los ministerios de asuntos exteriores de otros Estados, como Suiza.<sup>70</sup>

La jurisprudencia de los tribunales internos ha venido a confirmar que, aun en caso de violaciones graves del derecho internacional humanitario, los dirigentes estatales en ejercicio siguen beneficiándose de las inmunidades de jurisdicción penal. Así se puso de relieve en el proceso desarrollado ante la Cámara de los Lores en relación con la extradición a España de Pinochet. En efecto, ninguno de los jueces —hasta los que se mostraron más proclives a rechazar la alegación de inmunidad por no encontrarse ya en el desempeño de sus funciones— dejó de reconocer que los jefes de Estado en ejercicio gozan de inmunidad *ratione personae* por cualquier acto, de naturaleza pública o privada, que lleven a cabo.<sup>71</sup> Esta misma postura se ha visto reiterada en decisiones posteriores de los tribunales británicos.<sup>72</sup>

68 Al respecto, véase 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—), Gran Bretaña (Sección 23 de International Criminal Court Act 2001) o Bélgica (Artículo 15 de Loi de 5 aout 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire, por la que se modifica el título preliminar del Código de Procedimiento Penal y se deroga la Ley de 16 de junio de 1993). Texto de las legislaciones disponible en Internet URL: <http://www.nottingham.ac.uk/law/hrlc/international-criminal-justice-unit/implementation-database.php>, 27 de septiembre de 2006.

69 Véase Declaración del ministro y 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.

70 Véase Caflisch, Lucius, “La pratique suisse en matière de droit international public 2003”, *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, núm. 5, 2004, pp. 684-688.

71 Véase Remiro Brotons, *El caso Pinochet...*, cit., nota 19, p. 122; Broomhall, Bruce, *International Justice and the International Criminal Court. Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 133; Sánchez Legido, *Jurisprudencia universal penal...*, cit., nota 5, p. 356.

72 Así se ha reconocido en relación con una demanda presentada contra Robert Mugabe, presidente de Zimbabwe, acusado de torturas (Judgment in the matter of the application of Mr Peter Tatchell for the issue of an arrest warrant against President Robert

Los tribunales españoles también han reconocido la inmunidad *ratione personae* de los jefes del Estado en ejercicio, tal como se ha visto confirmado por el auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 1998 en el caso Pinochet<sup>73</sup> y en el auto de 4 de marzo de 1999 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional relativo al caso Fidel Castro.<sup>74</sup>

Por su parte, los tribunales franceses se han pronunciado sobre esta cuestión en el asunto Gadañi, 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—,<sup>75</sup> afirmando que “la coutume internationale s’oppose à ce

Mugabe, 14 de enero de 2004, Bow Street Magistrates’Court, en “Decisions of British courts during 2004 involving questions of public or private international law”, *BYIL*, vol. 75, 2004, pp. 407 y 408).

73 En él se afirma: “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 expresa o implícita pero claramente, las defensas basadas en doctrinas de actos oficiales y en inmunidades de jefes de Estado o similares”. Texto del auto en González Campos *et al.*, *op. cit.*, nota 57, p. 431.

74 *Ibidem*, p. 445. Esta misma doctrina es la que llevó al Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional, a través de un auto de 25 de octubre de 1999, a archivar las diligencias previas contra Milosevic, y, más recientemente, sirvió de base al Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de este mismo órgano judicial para no admitir a trámite una querella presentada contra el presidente de Venezuela, Hugo Chávez, por crímenes contra la humanidad y terrorismo, en relación con los hechos ocurridos el 11 de abril de 2002 en Caracas, y a remitir el asunto a la Corte Penal Internacional. Sobre la práctica española, véase Torres Bernárdez, Santiago, “Acerca de las inmunidades 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*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 657 y 658; Sánchez Legido, “Spanish practice ...”, *cit.*, nota 29, p. 46.

75 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 “l’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 “entreraient dans la catégorie des crimes internationaux, et ne pourraient, en tout état de cause, être considé-

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".<sup>76</sup>

En la jurisprudencia belga también se ha admitido la relevancia de las inmunidades *ratione personae* de los dirigentes políticos extranjeros cuando se encuentren en el desempeño de sus funciones, a pesar de que el artículo 5.3 de la Ley belga de 1993 sobre represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario —incorporado tras reforma introducida en 1999— preveía que la inmunidad vinculada a la condición oficial de una persona no impedía la aplicación de dicha ley.<sup>77</sup> Sin embargo, a raíz de la sentencia del TIJ —y al margen de la reforma legislativa llevada a cabo por la Ley de 5 de abril de 2003—, los tribunales belgas limitaron el alcance de dicho precepto, dándole una interpretación más acorde con la práctica internacional. Así se refleja en la sentencia de 12 de febrero de 2003 del Tribunal de Casación en el asunto Sharon.<sup>78</sup>

rés 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.

76 Texto de la sentencia recogido en *RGDIP*, vol. 105, 2001, pp. 473 y ss. Sobre este caso, entre la doctrina, véase Zappalà, Salvatore, "Do heads of state in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes? The Ghaddafi case before the French Cour de Cassation", *EJIL*, vol. 12, núm. 3, 2001, pp. 595-612. Más recientemente, la jurisprudencia francesa ha reiterado esta interpretación del alcance de las inmunidades de los jefes de Estado en el auto del Tribunal de Gran Instancia de París de 17 de noviembre de 2006, en relación con el derribo el 6 de abril de 1994 del avión en el que viajaban los jefes de Estado de Ruanda y Burundi, pues, por este motivo, en él se excluye de la acusación y del mandato internacional de detención a Paul Kagame, presidente de Ruanda. Texto del auto disponible en internet URL: [http://www.rwanda-info.net/media/document/Rapport\\_Bruguiere\\_Rwanda.pdf](http://www.rwanda-info.net/media/document/Rapport_Bruguiere_Rwanda.pdf), 5 de diciembre de 2006.

77 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 Nombasi (que motivó la posterior demanda del Congo ante el TIJ).

78 En ella, 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

En la misma línea, los tribunales estadounidenses han estimado que los jefes de Estado y los jefes de Gobierno en ejercicio gozan de inmunidad frente a cualquier acción penal.<sup>79</sup> Así se ha puesto de manifiesto recientemente en la sentencia de 8 de septiembre de 2004 de la U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit relativa al asunto *Wei Ye v. Jiang Zemin* en la que se reconoció la inviolabilidad absoluta y la inmunidad de jurisdicción penal del entonces presidente chino.<sup>80</sup> En la misma línea se expresó la U.S. Court of Appeals for the Second Circuit en su sentencia de 6 de octubre de 2004 sobre el caso *Tachiona v. Mugabe*.<sup>81</sup>

El análisis de la jurisprudencia estadounidense sobre esta cuestión pone de relieve la escasa predisposición de los tribunales a pronunciarse sobre la inmunidad de jurisdicción de los jefes de Estado, jefes de Gobierno o ministros de Asuntos Exteriores extranjeros, reconociendo que tal decisión debe corresponder al Poder Ejecutivo, pues puede tener im-

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”. Texto de la sentencia disponible en internet URL: <http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/fichiers/arret-CC-sharon.pdf>, 3 de febrero de 2005. Sobre los cambios en la legislación y la jurisprudencia belgas en materia de inmunidad, véase Reydam, Luc, “Belgium reneges on universality: The 5 August 2003 Act on graves breaches of international humanitarian law”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, núm. 3, 2003, pp. 679-689 ; D’Argent, Pierre, “L’expérience belge de la compétence universelle: Beaucoup de bruit pour rien?”, *RGDIP*, vol. 108, núm. 3, 2004, pp. 618-628.

79 Incluso han extendido este reconocimiento a aquellos que se encuentran en el exilio, como ocurrió en el asunto *Lafontant v. Aristide*, pero que siguen siendo considerados como tales por el Gobierno de EUA. En efecto, la United States District Court, E. D. Nueva 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 EUA 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](http://217.206.124.227/xp_resources/material/Cases/USA/Aristide/Aristide-District%20Court%20Decision.doc), 3 de marzo de 2005.

80 Texto de la sentencia disponible en Internet URL: <http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/7th/033989p.pdf>, 8 de mayo de 2006.

81 Texto de la sentencia disponible en Internet URL: <http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/2nd/036033p.pdf>, 8 de mayo de 2006.



portantes repercusiones en la política exterior.<sup>82</sup> Por ello, no son los órganos judiciales quienes determinan si tales dirigentes estatales gozan o no de inmunidad en EUA, sino que esta tarea se encomienda al Poder Ejecutivo, como ha reconocido reiteradamente su Tribunal Supremo. Es al Departamento de Estado a quien corresponde formular “sugerencias de inmunidad” que son vinculantes para los jueces sin que éstos puedan entrar a valorar su pertinencia o no.<sup>83</sup> 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. Con ello se otorga una gran relevancia a los intereses diplomáticos y de política exterior por encima de cualquier otra consideración de carácter jurídico-internacional a la hora de determinar si frente a EUA un determinado dirigente extranjero va a gozar de inmunidad de jurisdicción.

En los proyectos de codificación privada elaborados por ciertos institutos científicos se pone igualmente de relieve que los altos dirigentes del Estado en ejercicio se encuentran a cubierto de cualquier persecución penal por parte de tribunales extranjeros sin que la comisión de crímenes de guerra constituya una excepción a las inmunidades *ratione personae*.<sup>84</sup>

82 Al respecto, véase Tunks, Michael A., “Diplomats or defendants? Defining the future of Head-of-State immunity”, *Duke Law Journal*, vol. 52, núm. 3, 2002, pp. 667 y 668.

83 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”.

84 Además de los ya mencionados trabajos llevados a cabo en la Universidad de Princeton (*Cfr. The Princeton Principles...*, cit., nota 43, pp. 48 y 49), trasciende la labor del Instituto de Derecho Internacional, que se ha plasmado en 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) (*Cfr. Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol. 69, 2000-2001, pp. 742-755). En ella se reconoce que los jefes de Estado —y los de Gobierno, según el artículo 15, 1— en ejercicio, gozarán de inviolabilidad en el territorio de un Estado extranjero (artículo 1o.) y de inmunidad de jurisdicción penal ante cualquier tribunal de un Estado extranjero por

A tenor de esta práctica, se debe concluir que, como señala Carrillo Salcedo, aunque el rostro de la soberanía haya quedado remodelado y transformado por las obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos,<sup>85</sup> ello no ha supuesto una pérdida de relevancia de las inmunidades *ratione personae*, frente a la persecución de crímenes de guerra por parte de tribunales extranjeros, sino que siguen constituyendo un límite al ejercicio del principio de jurisdicción universal cuando los acusados sean dirigentes políticos en ejercicio que ostenten la condición de órganos centrales del Estado para las relaciones internacionales.

Pero no significa que sean total y absolutamente impunes frente a cualquier intento de enjuiciamiento, pues estas inmunidades, como sabemos, poseen un límite temporal —el de la duración del cargo—, de modo que una vez finalizado su mandato podrán ser perseguidos por tales hechos delictivos. Además, cabe la posibilidad de que les sea exigida responsabilidad penal, aún durante el desempeño de sus funciones. A este respecto, el TIJ reconoce en su sentencia sobre el asunto de la orden de detención de 11 de abril de 2000 que el enjuiciamiento de las personas beneficiarias de inmunidades *ratione personae* no está totalmente excluido, abriendo a tal efecto algunas posibilidades:<sup>86</sup> que sean juzgadas por los tribunales de su propio país,<sup>87</sup> que el Estado renuncie a la inmunidad

toda infracción que hubiera podido cometer, cualquiera que sea su gravedad (artículo 2o.). En relación con esta resolución, véase Torres Bernárdez, *op. cit.*, nota 74, pp. 661-664; Fox, Hazel, “The Resolution of the Institute of International Law on the immunities of heads of state and government”, *ICLQ*, vol. 51, núm. 1, 2002, pp. 120 y 121). Más recientemente, el Instituto de Derecho Internacional ha vuelto a reiterar implícitamente su interpretación del alcance de las inmunidades en el párrafo 6 de la Resolución sobre la Jurisdicción Universal en Materia Penal con respecto al Crimen de Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, *op. cit.*, nota 28, p. 301.

85 *Op. cit.*, nota 62, p. 17.

86 *Affaire relative au mandat...*, *cit.*, nota 8, párrafo 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 (artículo 7o.), el establecimiento por parte del Estado de derogaciones a las inmunidades de sus jefes de Estado (artículo 8o.) o la competencia de tribunales penales internacionales (artículo 11.3).

87 Esto nos vendría a recordar la obligación que incumbe a todos los Estados de perseguir y sancionar las violaciones graves del derecho internacional humanitario que se cometan en su territorio o por personas que se encuentran sometidas a su jurisdicción. Sin embargo, y pese a que, como ya hemos apuntado, sería el Estado que se encontraría en mejores condiciones para castigar los crímenes de guerra, la práctica nos demuestra

de su dirigente político para que sea juzgado por tribunales extranjeros, como ocurrió en el caso Hissène Habré,<sup>88</sup> o que el enjuiciamiento lo lleve a cabo un tribunal penal internacional.<sup>89</sup>

Asimismo, debemos plantearnos la cuestión de si es posible apreciar la existencia de alguna excepción a estas inmunidades *ratione personae* los altos dirigentes políticos del Estado en relación con las violaciones

que en la mayoría de los casos el sistema judicial no será efectivo, bien por haber sido desarticulado como consecuencia del conflicto armado, bien por actuar los jueces al servicio del poder político que ha promovido los crímenes, bien por existir una legislación que garantiza una inmunidad *de facto* de los responsables políticos, haciendo prácticamente inviable cualquier acción judicial o bien por excluirse cualquier posibilidad de enjuiciamiento en el contexto del acuerdo de paz que ponga fin al conflicto. Estas dificultades han sido destacadas por la Comisión Internacional de Investigación para Darfur (S/2005/60, párrafos 568 y 569) y por el Tribunal de Casación de la República Centroafricana en una sentencia de 12 de abril de 2006 en el asunto de Angel Félix Patassé (información disponible en Internet URL: [http://www.fidh.org/article.php3?id\\_article=3258](http://www.fidh.org/article.php3?id_article=3258), 26 de abril de 2006).

88 Así se hizo a través de una carta de 7 de octubre de 2002 del ministro de Justicia de Chad dirigida al juez belga encargado de la investigación. Sin embargo, en este caso tal renuncia no hace referencia a las inmunidades *ratione personae*, pues ya era ex-presidente de la República, sino únicamente a las de carácter funcional. Sobre este asunto, véase Gaeta, Paola, “*Ratione materiae* immunities of former Head of State and international crimes: The Hissène Habré case”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 187 y 188.

89 Los problemas derivados de la aplicación de las inmunidades jurisdiccionales en el marco del principio de jurisdicción universal no se plantean cuando resulta competente algún tribunal penal internacional. En este caso no se producirá la vulneración de la independencia e igualdad de los Estados en sus relaciones mutuas, que constituye la razón de ser de esta figura. Por ello, frente a jurisdicciones penales internacionales, 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. Esta regla está contenida, como ya hemos avanzado, en los Estatutos de todos los tribunales penales internacionales constituidos desde Nuremberg hasta la actualidad, y se ha visto reflejada recientemente en la jurisprudencia con la apertura de procedimientos penales contra dirigentes estatales en ejercicio, tal como ha ocurrido con Milosevic por parte del TPIY (Le Procureur c. Slobodan Milosevic..., *cit.*, nota 53, párrafo 28) o con Taylor por el Tribunal Especial para Sierra Leona (Special Court for Sierra Leona, Appeals Chamber, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor —Case Number SCSL-2003-01-I—, 31 de mayo de 2004, Decision on Immunity from Jurisdiction, párrafo 53). Al respecto, entre la doctrina, véase Gaeta, “Official capacity...”, *cit.*, nota 35, pp. 990 y 991; Broomhall, *op. cit.*, nota 71, pp. 138 y 139; Akande, *op. cit.*, nota 35, pp. 416-420.

graves del derecho internacional humanitario. A tal efecto, tanto el Tribunal de Casación francés en el asunto Gadafi como el Tribunal de Casación belga en el caso Sharon admitieron implícitamente que sería posible la existencia de tales excepciones cuando alguna disposición internacional así lo previera, pero ninguno de los dos órganos judiciales fue capaz de aclarar si ya había algún supuesto. Pese a que los Estados, por vía convencional o consuetudinaria,<sup>90</sup> podrían excluir las inmunidades personales en caso, entre otros, de crímenes de guerra, a tenor de la práctica que hemos venido analizando, esta posibilidad parece resultar por el momento más ficticia que real,<sup>91</sup> tal como demuestran los cambios a que se ha visto sometida la legislación belga.

En estos casos, 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, explica 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.<sup>92</sup>

## *2. Las inmunidades jurisdiccionales de los dirigentes del Estado, una vez que han cesado en el ejercicio de sus funciones oficiales. Un reconocimiento de alcance limitado*

La amplitud de las inmunidades *ratione personae* reconocidas a los dirigentes políticos que ostentan la condición de órganos centrales del Estado para las relaciones internacionales (jefe de Estado, jefe de Go-

90 En este sentido, una excepción de este tipo podría derivarse del artículo VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Pero, el Tribunal de Casación belga en su sentencia de 12 de febrero de 2003 relativa al asunto Sharon entendió que la exclusión de las inmunidades contenida en este precepto —suponemos 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 prevería esta posibilidad.

91 Así lo reconoció el TIJ de una forma taxativa en el asunto de la orden de detención de 11 de abril de 2000. *Cfr.* *Affaire relative au mandat...*, *cit.*, nota 8, párrafo 58, p. 25.

92 En esta línea, véase Stern, Brigitte, “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.

bierno o ministro de Asuntos Exteriores se justifican por ser sus mismos representantes y por su papel esencial en el desarrollo de la política exterior. Por eso, cuando cesen en sus funciones, sólo estarían amparados por las inmunidades *ratione materie*, 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, en nuestra opinión, cuando tales conductas puedan ser calificadas 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 la improcedencia de cargo oficial.<sup>93</sup>

Este limitado alcance de las inmunidades de los antiguos dirigentes políticos del Estado se ha visto confirmado por la práctica. A tal efecto debemos destacar nuevamente la sentencia del TIJ en el caso de la orden de detención de 11 de abril de 2000, en relación con los ministros de Asuntos Exteriores cuando han cesado en sus funciones.<sup>94</sup> Del mismo modo, en la ya aludida Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre inmunidades de jurisdicción y de ejecución del jefe de Estado y de Gobierno en el derecho internacional —que podemos considerar coincidente con la práctica en la materia— se excluye claramente en el artículo 13 cualquier tipo de inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción penal para los antiguos jefes de Estado y de Gobierno (estos últimos, en virtud del artículo 16).

Los tribunales internos también han reconocido el carácter restringido de las inmunidades de los antiguos dirigentes políticos y que en ningún caso se extienden a la comisión de crímenes de derecho internacional. Son especialmente significativas las ya mencionadas decisiones de los dos comités de apelación constituidos en la Cámara de los Lores en el asunto 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 torturas.<sup>95</sup>

93 Al respecto, véase Pueyo Losa, “Hacia un fortalecimiento...”, *cit.*, nota 5, p. 135; Sánchez Legido, *Jurisdicción universal...*, *cit.*, nota 5, pp. 342 y 343.

94 *Affaire relative au mandat...*, *cit.*, nota 8, párrafo 61, pp. 26 y 27.

95 Sobre este asunto y las razones de los diferentes jueces, véase Remiro Brotons, *El caso Pinochet...*, *cit.*, nota 19, pp. 123-167; Wirth, “Immunities...”, *cit.*, nota 40, pp. 229-235; Sánchez Legido, *Jurisdicción universal...*, *cit.*, nota 5, pp. 346-348.

En cuanto a la práctica de otros tribunales, en España, la Audiencia Nacional, en los autos tanto del Juzgado Central de Instrucción núm. 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.<sup>96</sup> Asimismo, el Tribunal de Apelación de Ámsterdam en una decisión de 20 de noviembre de 2000 relativa al caso Bouterse negó la inmunidad al antiguo jefe de Estado de Surinam acusado de graves crímenes (tortura, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad).<sup>97</sup>

Se puede afirmar así el carácter consuetudinario de la norma según la cual los antiguos dirigentes del Estado que hayan participado durante su mandato en la comisión —entre otros crímenes— de violaciones graves del derecho internacional humanitario no podrán ampararse en ningún tipo 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 esta práctica, el alcance de las inmunidades de los antiguos dirigentes políticos sigue suscitando la cuestión de si la imposibilidad de ampararse en esta figura deriva del hecho de que la comisión de violaciones graves del derecho internacional humanitario no entra dentro de las funciones oficiales de los órganos del Estado y, por tanto, debieran incluirse entre los actos realizados a título privado —carentes de inmunidad *ratione materiae*—; o si se debe a que nos encontramos ante auténticas excepciones a la inmunidad con independencia de su calificación como actos públicos o privados. La práctica judicial parece inclinarse por hacer depender de la naturaleza del acto la atribución de inmunidad a los

96 Asimismo, en relación con la querrela presentada contra, entre otros, los antiguos presidente y primer ministro chinos por actos de genocidio cometidos en el Tíbet, la Audiencia Nacional reconoció en un auto de 10 de enero de 2006 su competencia para el enjuiciamiento de tales crímenes, sin plantearse la cuestión de la inmunidad de los acusados. Idéntica posición ha mantenido el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional en el auto de 9 de octubre de 2006, en relación con el ex-presidente de Guatemala, José Efraín Ríos Montt.

97 Sobre este asunto, véase Rufert, Matthias, “Pinochet follow up: The end of sovereign immunity?”, *NILR*, vol. 48, 2001, p. 176.

antiguos dirigentes políticos del Estado, tal como 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;<sup>98</sup> o en el caso Bouterse, donde el Tribunal de Apelación de Ámsterdam recurrió a este mismo argumento para rechazar la alegación de inmunidad.

A este respecto, resulta significativa la equívoca posición mantenida por el TIJ en el asunto de la orden de detención de 11 de abril de 2000. En efecto, si bien es correcta la apreciación que hace del alcance 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 precisado que esta regla no impide el enjuiciamiento de dicho cargo público 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 se extienden a este tipo de actos.

De nuevo, la falta de claridad con la que la sentencia ha tratado este aspecto ha suscitado fuertes críticas de alguno de los jueces y de la doctrina. En su opinión, se podría dar a entender que la persecución de los antiguos dirigentes políticos del Estado por tribunales extranjeros sólo sería posible por los actos de carácter privado realizados durante el desarrollo de sus funciones oficiales, no así por los de carácter público.<sup>99</sup> Ello

98 En este sentido, debemos mencionar, en relación con la Decisión de 28 de octubre de 1998, a lord Nicholls of Birkenhead o a lord Steyn of Hadley (*ILM*, vol. 37, 1998, pp. 1333 y 1334 y 1337, respectivamente) y, con respecto a la Decisión de 24 de marzo de 1999, a lord Browne-Wilkinson o a lord Hutton (*ILM*, vol. 38, núm. 3, 1999, pp. 595 y 638, respectivamente). Esta interpretación viene sin duda influida por la propia legislación británica —State Immunity Act 1978—, en la que se asimila la situación del jefe del Estado al de una misión diplomática. Una posición diferente se mantiene en 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/Site/Ordonnance\\_Vandermeersch.html](http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/Ordonnance_Vandermeersch.html), 2 de febrero de 2007.

99 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 la comisión de crímenes de derecho internacional, pues en su opinión, que nosotros compartimos plenamente, hubiera debido aclarar que este tipo de comportamientos no deben



nos podría llevar a la artificiosa construcción, como veremos más adelante, de que tales crímenes son cometidos a título privado<sup>100</sup> o, lo que sería aún más grave, podría dar lugar a pensar que cuando dichos crímenes sean cometidos en ejercicio de sus funciones oficiales, seguirían cubiertos por la inmunidad incluso después de haber abandonando el cargo su titular.<sup>101</sup>

Esta construcción basada en la distinción entre actos públicos y privados —aunque conduce al mismo resultado de negar la inmunidad *ratione materiae*— es a todas luces forzada. Resulta enormemente extraño que los altos dirigentes políticos de un Estado puedan participar en la comisión de crímenes tan graves a título privado.<sup>102</sup> En la mayoría de los supuestos de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos es imprescindible la utilización del aparato represivo del Estado en la planificación y ejecución de tales crímenes abyectos. Ello nos induce a situar estos comportamientos, en los que se ven implicadas las fuerzas policiales y militares de un Estado, entre los actos realizados en el ejercicio de las funciones públicas, sin que la circunstancia de vulnerar gravemente el derecho internacional pueda privarle de tal consideración.<sup>103</sup>

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, CIJ *Recueil*, 2002, párrafo 36, p. 162. Entre la doctrina, desde una perspectiva crítica, véase Cassese, Antonio, “When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case”, *EJIL*, vol. 13, núm. 4, 2002, pp. 867-874; Frulli, *op. cit.*, nota 58, pp. 233 y 234;

100 Por ello, coincidimos con Pueyo Losa cuando afirma que este razonamiento “nos sitúa, una vez más, ante la ambigua, mal fundada y desfasada 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)”. “Hacia un fortalecimiento...”, *cit.*, nota 5, p. 136. En la misma línea, véase Wirth, Steffen, “Immunity for core crimes? The ICJ’s judgement in the Congo v. Belgium case”, *EJIL*, vol. 13, 2002, núm. 4, pp. 890 y 891.

101 Sobre los riesgos de una interpretación de este tipo, véase Cassese, “When may senior...”, *cit.*, nota 99, p. 874; Stern, “Les dits...”, *cit.*, p. 110.

102 En esta línea, véase Cassese, “When may senior...”, *cit.*, nota 99, p. 868; Marco Sassòli: “L’arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international”, *RGDIP*, vol. 106, núm. 4, 2002, p. 803; Gaeta, “*Ratione materiae* immunities...”, *cit.*, nota 88, p. 189.

103 Entre los jueces del TIJ, *cfr.* Dissenting opinion of Judge Al-Khasawneh (CIJ *Recueil*, 2002, párrafo 6, p. 99); Opinión disidente de Mme. Van den Wyngaert (CIJ *Recueil*, 2002, párrafo 36, p. 162). En el mismo sentido se expresaron, en el marco de la Decisión de 24 de marzo de 1999, del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores en

Esta apreciación resulta especialmente pertinente en relación con ciertos tipos de crímenes, como la tortura, en donde la condición de agente estatal constituye uno de los elementos del delito.<sup>104</sup>

En definitiva, una interpretación de este tipo, basada en la distinción entre actos públicos y privados, se sitúa en una lógica que privilegia la inmunidad. Al no contemplar la posibilidad de que existan excepciones a la misma en situaciones de violaciones graves del derecho internacional humanitario se ve obligada a encajar un poco forzadamente estos crímenes dentro de los actos realizados a título privado,<sup>105</sup> ya que los antiguos dirigentes políticos seguirían gozando de inmunidad *ratione materiae* por todos los actos llevados a cabo en el ejercicio sus funciones públicas al margen de su gravedad.<sup>106</sup> Esta postura no tiene en cuenta que el reconocimiento de la responsabilidad internacional del individuo en relación con los crímenes de guerra lleva aparejada, 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.<sup>107</sup>

el asunto Pinochet, lord Saville of Newdigate, lord Millet o lord Phillips of Worth Matravers (*ILM*, vol. 38, núm. 3, 1999, pp. 642 y 643, 645, 661, respectivamente); o el TPIY en el asunto Blaškić (Le Procureur c. Tihomir Blaškić..., *cit.*, nota 1, párrafo 41). Entre la doctrina, véase Dominicé, “Quelques observations ...”, *cit.*, nota 3, pp. 304 y 305.

104 En efecto, como ha reconocido lord Bingham of Cornhill en la sentencia de la Sala de Apelación de la Cámara de los Lores de 14 de junio de 2006: “[i]t is, I think, difficult to accept that torture cannot be a governmental or official act, since under article 1 of the Torture Convention torture must, to qualify as such, be inflicted by or with the connivance of a public official or other person acting in an official capacity” (párrafo 20). En la misma línea se han manifestado el resto de los lores. Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others, House of Lords, 14 de junio de 2006. [2006] UKHL 26. Texto disponible en Internet URL: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones-1.htm>, 6 de julio de 2006.

105 Al respecto, véase Abellán Honrubia, Victoria, “La responsabilité internationale de l’individu”, *RCADI*, vol. 280, 1999, p. 228 (n. 150).

106 En este sentido, véase Watts, *op. cit.*, nota 66, pp. 56 y 57.

107 En esta línea, el Instituto de Derecho Internacional, en el artículo 13.2 de la mencionada Resolución sobre las Inmunidades, ha querido desvincular la aplicación de las inmunidades *ratione materiae* de los antiguos dirigentes del Estado, en el caso de críme-

V. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.  
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO E INMUNIDADES  
JURISDICCIONALES DE SUS ÓRGANOS

El análisis de la práctica realizado, aun cuando pueda reflejar el estado actual del derecho internacional en la materia, no deja de suscitar una cierta insatisfacción, pues consagra —al margen de los argumentos que puedan avalar esta interpretación de las inmunidades— una impunidad *de facto* de los máximos responsables de la comisión de gravísimos crímenes que atentan contra valores considerados esenciales en tanto permanezcan en su cargo. En efecto, como la realidad nos demuestra, los únicos dirigentes políticos —normalmente, dictadores— que se van a sentar en el banquillo de los acusados por los crímenes de guerra en los que hayan participado durante su mandato son aquellos que se hayan visto obligados a abandonar el poder y que no encuentren ningún otro Estado que les sirva de refugio frente a cualquier intento de enjuiciamiento.<sup>108</sup> Y aún en esos supuestos su persecución no deja de ser problemática, como han puesto en evidencia, entre otros, los casos de Hissène Habré y Charles Taylor.<sup>109</sup>

nes de derecho internacional, de la confusa distinción de actos oficiales y privados. En la doctrina, véase Abellán Honrubia, *op. cit.*, nota 105, pp. 227 y 228; Villalpando, Santiago, “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”, *RGDIP*, vol. 104, núm. 2, 2000, p. 424; Dominicé, “Quelques observations ...”, *cit.*, nota 3, p. 306.

108 En esta línea, véase Penrose, Mary Margaret, “It’s good to be the king!: Prosecuting Heads of State and Former Heads of State under international law”, *Colum. J. Transnat’l L.*, vol. 39, núm. 1, 2000, p. 214.

109 En el primero de los asuntos mencionados, es significativo destacar que el hecho de tratarse de un antiguo jefe de Estado de Chad y de la decisión de las autoridades de dicho Estado de levantarle la inmunidad, a través de una carta del ministro de Justicia de Chad de 7 de octubre de 2002, no han impedido que el Tribunal de Apelación de Dakar, en una sentencia de 25 de noviembre de 2005, se declarase incompetente frente a la solicitud de extradición dirigida por Bélgica, por considerar que Hissène Habré sigue gozando de inmunidad, y que las autoridades de Senegal —fue condenado por el Comité contra la Tortura por el incumplimiento de sus obligaciones en relación con este caso (Doc. CAT/C/36/D/181/2001, 19 de mayo de 2006)— remitieran este asunto a la Unión Africana. En la Decisión 127 (VII), de la Asamblea de la Unión Africana, aprobada el 2 de julio de 2006, en el marco de la 7a. Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Banjul (Gambia), se decidió que se trataba de una “asunto africano”, y que, por tanto, el enjuiciamiento de este dirigente político debía corresponder a un tribunal competente de

De ello no cabe deducir que la comunidad internacional deba adoptar una posición pasiva y de mero conformismo ante la constatación de que los dirigentes políticos de un Estado participan de forma directa en la comisión de crímenes de guerra —o impiden su persecución y castigo— y de que, al amparo de sus cargos oficiales, apelan al respeto de la soberanía para eludir cualquier intento de enjuiciamiento por parte de tribunales extranjeros. En tales circunstancias, no resulta posible afirmar que el ordenamiento jurídico internacional carezca de mecanismos e instituciones para combatir estas situaciones de impunidad. Así se pone especialmente de relieve con la creación de diversos tribunales penales internacionales, *ad hoc* o de carácter permanente, ante los cuales, según ya hemos avanzado, no sería posible alegar las inmunidades *ratione personae* para impedir la persecución de dirigentes políticos estatales acusados de crímenes de guerra.<sup>110</sup>

No obstante las nuevas posibilidades de enjuiciamiento de los crímenes de guerra abiertas por la creación de diferentes jurisdicciones penales internacionales, se debe insistir en que la persecución de dichos crímenes sigue constituyendo un compromiso esencial de los Estados —y, en primer lugar, de aquel en cuyo territorio se cometieron los hechos— del que no quedan liberados por la existencia de tribunales penales internacionales, tal como se desprende del Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, o porque las inmunidades *ratione personae* impidan temporalmente el castigo de los presuntos culpables.

A este respecto, es preciso recordar que las violaciones graves de las normas humanitarias no sólo acarrearán la responsabilidad internacional de las personas que hayan participado en su comisión, sino que, al mismo

Senegal. En el caso de Charles Taylor, su puesta a disposición del Tribunal Especial para Sierra Leona también ha suscitado ciertas dificultades. Una vez lograda su entrega por parte de Nigeria, razones de seguridad han motivado que su enjuiciamiento no se desarrolle en la sede del Tribunal en Freetown, sino que se haya tenido que trasladar a La Haya, a las instalaciones de la Corte Penal Internacional para continuar con el proceso. Así lo ha constatado el Consejo de Seguridad en su Resolución 1688 (2006), de 16 de junio de 2006.

110 Esta circunstancia nos podría dar pie a plantearnos si, en relación con este tipo de agentes estatales, habría que concluir que la jurisdicción penal internacional es la vía procesal más apropiada para su enjuiciamiento ante la incapacidad de los tribunales estatales. Así parece desprenderse de la sentencia de 12 de abril de 2006 del Tribunal de Casación de la República Centroafricana en relación con el procesamiento de antiguo presidente de este país.

tiempo, constituyen unos hechos ilícitos que atentan contra valores esenciales de la comunidad internacional, susceptibles de generar la responsabilidad del Estado,<sup>111</sup> que resulta exigible con independencia de la persecución y castigo de quienes individualmente los hayan cometido.<sup>112</sup> Por ello, en la lucha contra la impunidad, la acción de los Estados no se agota con la puesta en marcha de los mecanismos de cooperación penal para perseguir a quienes hayan participado en la comisión de estos crímenes de guerra, sino que, como veremos, además deberían adoptar las medidas necesarias para hacer efectiva la responsabilidad del Estado, especialmente, por el incumplimiento de sus obligaciones de represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario.<sup>113</sup>

De este modo, la imposibilidad de enjuiciar, sobre la base del principio de jurisdicción universal, a quienes hayan participado en la comisión de tales crímenes, entre otras razones, por el juego de las inmunidades *ratione personae* cuando se trate dirigentes estatales, no impide que de

111 Así ha tenido oportunidad de reiterarlo recientemente el TIJ en el asunto de las actividades armadas sobre el territorio del Congo. *Cfr.* *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, Arrêt du 19 décembre 2005, *CIJ Recueil*, 2005, párrafo 214.

112 En efecto, en relación con este tipo de conductas, ambas responsabilidades —la del Estado y la del individuo—, aunque mantienen su autonomía, no son excluyentes, sino complementarias. Al respecto, entre la doctrina, véase Dominicé, Christian, “La question de la double responsabilité de l’Etat et de son agent”, en Yakpo, E. y Boumedra, T. (eds.), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui*, The Hague, Kluwer Law Internacional, 1999, pp. 145-147; Pérez-Prat Durbán, Luis, “La responsabilidad internacional, ¿crímenes de Estados y/o individuos?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 4, 2000, p. 219; Nollkaemper, André, “Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law”, *ICLQ*, vol. 52, núm. 3, 2003, pp. 618-621.

113 A este respecto, en el comentario al artículo 4o. del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad se reconoció que el Estado no puede eximirse de su responsabilidad al invocar el castigo de las personas que participaron en la comisión del crimen. *Cfr.* Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Labor realizada en su 48o. Periodo de Sesiones (6 de mayo a 26 de julio de 1996), Asamblea General. Documentos Oficiales, 51o. Periodo de Sesiones, Suplemento núm. 10 (A/51/10), Nueva York, Naciones Unidas, 1996, p. 33. Esta misma posición ya figuraba en el comentario al antiguo artículo 19 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado. *Cfr.* Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Labor realizada en su 28o. Periodo de Sesiones (3 de mayo-23 de julio de 1976), Asamblea General. Documentos Oficiales, 31o. Periodo de Sesiones, Suplemento núm. 10 (A/31/10), Nueva York, Naciones Unidas, 1976, p. 206.

forma paralela se pueda exigir al Estado infractor que ponga fin a tales hechos ilícitos, que ofrezca seguridades y garantías adecuadas de no repetición de los mismos y la reparación del perjuicio causado.

En un ámbito como el que nos ocupa, el cumplimiento de estas obligaciones debería pasar necesariamente por el abandono de los cargos oficiales desempeñados por todas aquellas personas acusadas de haber participado en dichos crímenes —como paso previo a su enjuiciamiento—, incluidos los más altos dirigentes del Estado si han intervenido de algún modo en su comisión.<sup>114</sup> Este sería un medio efectivo para lograr el respeto de las normas humanitarias y para evitar en el futuro la repetición de dichos comportamientos.<sup>115</sup> Además, no podría hablarse de una repara-

114 El Comité de Derechos Humanos se ha manifestado en este sentido en diversas ocasiones, recomendando a los Estados afectados la destitución de aquellos funcionarios públicos que hayan sido declarados culpables de violaciones graves de los derechos humanos. Al respecto, véase CCPR/C/79/Add. 66, 24 de julio de 1996, párrafo 20 (en relación con Brasil); CCPR/C/79/Add. 76, 5 de mayo de 1997, párrafo 32 (referido a Colombia); o CCPR/CO/70/ARG, 15 de noviembre de 2000, párrafo 9 (relativo a Argentina). Asimismo, el secretario general también ha destacado que la remoción de quienes hayan estado involucrados en violaciones graves de los derechos humanos constituye un componente importante en la consolidación de un sistema de justicia de transición para aquellos Estados que sufren o han sufrido conflictos (El Estado de Derecho y la Justicia de Transición en las Sociedades que Sufren o Han Sufrido Conflictos. Informe del Secretario General, Doc. S/2004/616, 3 de agosto de 2004, párrafo 52, pp. 20 y 21). En ninguno de los textos mencionados se alude a que esta remoción deba alcanzar a los dirigentes del Estado, pero entendemos que si se demuestra su implicación en estos crímenes también debieran aplicárseles tales medidas, pues no hay razones que justifiquen un tratamiento diferente para los altos cargos.

115 En efecto, cuando nos encontremos ante crímenes de guerra, el cese de los mismos y la garantía de que no se repetirán en el futuro aparecerán íntimamente ligados al abandono del poder de los dirigentes políticos estatales, pues en la mayor parte de los casos que nos ofrece la práctica, tal como ha tenido oportunidad de constatar el secretario general (Informe del Secretario General sobre la Protección de los Civiles en los Conflictos Armados, Doc. S/2005/740, 28 de noviembre de 2005, párrafo 3, p. 2), tales comportamientos no son una mera consecuencia “accidental” del desarrollo de los conflictos armados, sino que forman parte de una política inspirada, articulada o tolerada desde las más altas instancias gubernamentales. Por ello, la represión de estos crímenes debe ir acompañada del abandono del poder de quienes los han tolerado (al respecto, véase Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Droit international et souveraineté. Cours général de droit international public”, *RCADI*, vol. 257, 1996, p. 209; Nollkaemper, *op. cit.*, nota 112, pp. 625 y 626; Villalpando, Santiago, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, París, Presses Universitaires de France, 2005, pp. 406 y 407). Así lo propuso en su momento —aunque sin mucho éxito— el Relator de la CDI, Aran-

ción efectiva de estos hechos ilícitos mientras se mantenga un ambiente de impunidad que impida a las víctimas de estos crímenes reclamar justicia, pues en tal caso el Estado seguiría incumpliendo las obligaciones —convencionales o consuetudinarias— de represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario.

A la hora de hacer efectiva esta responsabilidad internacional, y especialmente cuando estos crímenes puedan llegar a ser calificados como violaciones graves de normas de *ius cogens*,<sup>116</sup> trasciende el carácter *erga*

gio-Ruiz, afirmando que “[l]a existencia de una presión fuerte en favor de un cambio de régimen político podría ser un requisito esencial no sólo por lo que atañe a la reparación, sino también a la garantía de que no van a repetirse los hechos” (Octavo Informe sobre la Responsabilidad de los Estados, Doc. A/CN.4/476, 10 de mayo de 1996, párrafo 12, p. 5). Del mismo modo, la satisfacción, como una de las formas de reparación, podría conllevar, entre otras medidas, el castigo de las personas que hayan intervenido en la comisión de tales hechos ilícitos. Así se preveía en el artículo 45, 2 d) del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, aprobado por la CDI en primera lectura (1996). En el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, que figura como anexo de la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 2001, desapareció esta mención del nuevo artículo 37, 2, pero en el comentario al mismo se sigue aludiendo a esta posibilidad (Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53o. periodo de sesiones —23 de abril a 1o. de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001—, Asamblea General, Documentos Oficiales, 56o. periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 —A/56/10—, Nueva York, Naciones Unidas, 2001 p. 285). El informe final elaborado por el CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario también se refiere a esta forma de reparación (Henckaerts y Doswald-Beck, *op. cit.*, nota 18, pp. 540 y 541). Sobre esta cuestión, véase Hoogh, André de, *Obligations Erga Omnes and International Crimes. A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 167-170; Maison, Rafaëlle, “Les poursuites pénales internationales comme modalité de réparation du crime d’Etat”, en varios autores, *Studdi di Diritto Internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, vol. II, pp. 807-826.

116 En tal caso, el resto de los Estados estarían sometidos a una serie de “obligaciones de solidaridad”, que irían desde el no reconocimiento de ninguna situación que surja de una infracción de esta naturaleza o la prohibición de ayuda o asistencia al Estado en el mantenimiento de tal situación, hasta el deber de cooperar para poner fin, por medios ilícitos, a dicha violación. Dichas obligaciones ponen de relieve que el resto de los Estados no deben permanecer de brazos cruzados ante comportamientos que lesionan gravemente los derechos fundamentales que protegen a las víctimas de los conflictos armados, sino que deben adoptar medidas para lograr el fin de dichos hechos ilícitos. Tales obligaciones podrían implicar, por ejemplo, el no reconocimiento de ningún gobierno surgido como consecuencia de un conflicto armado del que formen parte personas implicadas en la comisión de crímenes de guerra, el rechazo de cualquier legislación que dificulte o im-



*omnes* de las obligaciones derivadas del derecho internacional humanitario, según se desprende del compromiso colectivo de hacer cumplir estas normas en todas las circunstancias, previsto, como sabemos, en el artículo 1o. común de los Convenios de Ginebra de 1949.<sup>117</sup> Se reconoce así que todos los Estados, al margen de su participación en el conflicto armado, poseen un interés jurídico en que tales disposiciones sean efectivamente respetadas y en que los responsables de su violación sean castigados. De ahí que estén facultados —e incluso obligados, a tenor de la redacción del artículo 1o. común—<sup>118</sup> para velar por el respeto del derecho internacional humanitario en cualquier situación de conflicto armado

pida la persecución de los responsables o, incluso, la apertura de procesos penales por parte de los tribunales de otros Estados. En esta línea, en su momento, el relator Arango-Ruiz propuso que se incluyese entre las consecuencias de los entonces denominados “crímenes internacionales” a cargo del resto de los Estados, la aplicación del principio *aut dedere aut iudicare* en relación con las personas acusadas de cometer, entre otros, crímenes de guerra. Sobre esta cuestión, véase Gutiérrez Espada, Cesáreo, “¿*Quo vadis* responsabilidad? (del ‘crimen internacional’ a la ‘violación grave de normas imperativas’)”, *CEBDI*, vol. V, 2001, pp. 469-472.

117 Así lo señaló en su momento el CICR en su comentario a los Convenios de Ginebra de 1949 (Pictet, Jean S. (dir.), *Commentaire de la 1e. Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1952, p. 26) y lo ha venido reiterando la jurisprudencia del TIJ, tal como se refleja en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (*CIJ Recueil*, 1986, párrafo 220, p. 114) y en las opiniones consultivas sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (*CIJ Recueil*, 1996-I, párrafo 79, p. 257) y la relativa a la construcción de un muro en territorio palestino (Doc. A/ES-10/273, de 13 de julio de 2004, párrafo 158, p. 58). Esta misma postura la expresó el TPIY en su sentencia de 14 de enero de 2000 sobre el caso Kupreskic (TPIY, Chambre de Première Instance II, Le Procureur *c.* Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic, alias “Vlado” —Affaire IT-95-16—, Jugement, 14 de enero de 2000, párrafo 519). En la doctrina, entre otros, véase Pérez González, Manuel, “El derecho internacional humanitario en busca de su eficacia”, *REDM*, núm. 77, enero-junio de 2001, p. 338; Sassòli, Marco, “State responsibility for violations of international humanitarian law”, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 84, núm. 846, junio de 2002, pp. 421 y 422; Pueyo Losa, “Hacia un fortalecimiento...”, *cit.*, nota 5, p. 101; Meron, Theodor, “International Law in the Age of Human Rights”, *RCADI*, vol. 301, 2003, pp. 262 y 263.

118 Al respecto, véase Pictet, *Commentaire de la 1e. Convention...*, *cit.*, nota anterior, pp. 27 y 28. Así lo ha venido a reconocer el TIJ en el asunto de las actividades armadas conducidas sobre el territorio del Congo, donde se condenó a Uganda, entre otros motivos, “pour n’avoir pas, en tant que puissance occupante, pris de mesures visant à respecter et à faire respecter les droits de l’homme et le droit international humanitaire”. Affaire des activités armées..., *cit.*, nota 111, párrafo 345.

y para reaccionar frente a cualquier violación de sus normas. A tal efecto, están plenamente habilitados, en particular, para exigir del infractor el cese del hecho ilícito —esto es, el fin de los crímenes de guerra o el respeto de las obligaciones de represión— y el cumplimiento de la obligación de reparación en interés del Estado lesionado o de la entidad o las personas afectadas por la violación.<sup>119</sup>

Con este propósito, deberán tomar todas las medidas que resulten pertinentes para garantizar que los derechos de las víctimas sean respetados por los contendientes y que dichos crímenes no se repitan en el futuro. A la hora de concretar el tipo y la naturaleza de las medidas que podrían ser adoptadas a tal efecto es donde se suscitan las mayores dificultades, pues por el momento resultan en buena medida indeterminados.<sup>120</sup> Sólo se ha precisado que deberán ser proporcionadas a la gravedad de la infracción y respetuosas con el derecho internacional y las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas, lo que, entre otras cosas, significaría que los Estados no quedarían por esta vía autorizados a recurrir a la fuerza armada.<sup>121</sup> Pero sigue resultando incierto si los terceros Estados podrían adoptar contramedidas frente a violaciones

119 Así se desprende del artículo 48, 2 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado; y se ha visto reafirmado en la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las Obligaciones *Erga Omnes* en Derecho Internacional (artículo 2o.), aprobada el 27 de agosto de 2005 en su sesión de Cracovia. *Cfr. Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 71-II, 2006, pp. 286-289.

120 En efecto, el TIJ se ha pronunciado sobre esta cuestión en su opinión consultiva de 9 de julio de 2004 sobre la construcción de un muro en territorio palestino, pero, en la misma línea de indefinición, se ha limitado a decir que “todos los Estados partes en el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949, tienen la obligación, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, de hacer que Israel respete el derecho internacional humanitario incorporado en dicho Convenio” (A/ES-10/273, párrafo 159, p. 58), sin llegar a concretar el tipo de medidas que se podrían adoptar.

121 Así lo reconoció el Instituto de Derecho Internacional en su Resolución sobre la Protección de los Derechos Humanos y el Principio de No Intervención en los Asuntos Internos de los Estados, aprobada el 13 de septiembre de 1989, en su sesión de Santiago de Compostela (artículo 2o.). Esta misma postura en torno al alcance de las medidas que pueden ser tomadas por terceros Estados es reiterada en la Resolución sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos Fundamentales en los Conflictos Armados en los que toman parte Entidades No Estatales (Punto VII) y, más recientemente, en la Resolución sobre las Obligaciones *Erga Omnes* en Derecho Internacional (artículo 5o.).

graves del derecho internacional humanitario.<sup>122</sup> Estas limitaciones e incertidumbres nos ponen de nuevo de relieve que, como dijera Boisson De Chazournes y Condorelli, cuando se trata de promover valores e intereses de carácter colectivo, resulta evidente la índole rudimentaria del ordenamiento jurídico internacional.<sup>123</sup>

Aun con todo, estimamos que los Estados siguen disponiendo de un cierto margen de actuación para dejar patente su rechazo a los crímenes de guerra que se estén cometiendo en un conflicto armado y su voluntad de reaccionar para poner fin a tal situación y castigar a los responsables, aunque se trate de los máximos dirigentes del Estado.

Pero este compromiso colectivo de hacer respetar las normas humanitarias no recae sólo sobre los Estados, sino también sobre la comunidad internacional en su conjunto, que asume así, el marco de las Naciones Unidas, una responsabilidad de protección de las víctimas de los conflictos armados, debiendo intervenir cuando se tenga la evidencia —e incluso con anterioridad— de que se estén cometiendo crímenes de guerra. Esta idea, que ya figuraba en el artículo 89 del Protocolo I de 1977,<sup>124</sup> se

122 A este respecto, la CDI se ha mostrado deliberadamente ambigua en relación con la posibilidad de que los Estados que no sean directamente lesionados puedan adoptar contramedidas en interés de los beneficiarios de la obligación violada, tal como se deriva del artículo 54 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado. En él, de una manera neutra y aséptica, únicamente se alude a que los terceros Estados podrán adoptar “medidas lícitas” sin aclarar si las contramedidas colectivas estarían permitidas o prohibidas. Al respecto, véase Gutiérrez Espada, *op. cit.*, nota 116, p. 532; Sicilianos, Linos-Alexandre, “La codification des contre-mesures par la Commission de droit international”, *RBDI*, vol. XXXVIII, núm. 1-2, 2005, pp. 493 y 494. Frente a la ambigüedad del proyecto de la CDI, el Instituto de Derecho Internacional, en la mencionada Resolución sobre las Obligaciones *Erga Omnes* en Derecho Internacional (artículo 5o.), no ha dudado en aludir a la posibilidad de adoptar contramedidas en las mismas condiciones que se aplican al Estado lesionado (*op. cit.*, nota 119, p. 288). Por su parte, la Unión Europea ha reconocido, entre los medios de que dispone para promover el respeto del derecho internacional humanitario, la posibilidad de recurrir a medidas restrictivas o sanciones. *Cfr.* “Directrices de la Unión Europea para fomentar la observancia del derecho internacional humanitario”, *DOUE*, núm. C327, 23 de diciembre de 2005, p. 6.

123 “Common article 1o. of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests”, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 82, núm. 837, marzo de 2000, p. 67.

124 En este precepto se estableció que los Estados cooperarán entre sí y con las Naciones Unidas para hacer frente a situaciones de violaciones graves de las normas humanitarias, lo cual significaba hacer partícipe a la Organización mundial en la responsabili-

ha visto plenamente consagrada por la práctica reciente de la Organización y ha quedado plasmada en el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005.<sup>125</sup> Se convierte de este modo a las Naciones Unidas en una pieza esencial del sistema de cese, represión y sanción de los crímenes de guerra y se pone de relieve la importancia de que la reacción frente a estas conductas se adopte en un medio institucionalizado. En efecto, el Consejo de Seguridad no ha dudado en calificar reiteradamente las violaciones graves del derecho internacional humanitario como una amenaza a la paz y en recurrir a todo el arsenal de medidas coercitivas que el capítulo VII ha puesto a su disposición —además de recabar la cooperación de organizaciones regionales— para asegurar el respeto de las normas humanitarias y, en su caso, conseguir el castigo de quienes hayan cometido crímenes de guerra, al estimar que el fin de la impunidad constituye un aspecto de especial importancia para el restablecimiento de la paz.

Ante tales situaciones, junto a la posibilidad de crear tribunales penales internacionales *ad hoc* —o de carácter mixto— o de remitir un asunto de esta naturaleza a la Corte Penal Internacional,<sup>126</sup> el Consejo de Seguridad podría decidir la adopción de medidas coercitivas contra quienes hayan participado en la comisión de crímenes de guerra en un determinado conflicto armado, incluso cuando se trate de dirigentes estatales. A este respecto, se observa una tendencia en la práctica de este órgano hacia la

dad de asegurar el respeto del derecho internacional humanitario. Véase De Chazournes, Boisson y Condorelli, *op. cit.*, nota 123, p. 78.

125 Cfr. Resolución 60/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de septiembre de 2005 (párrafos 138 y 139). A este respecto, dentro de la práctica del Consejo de Seguridad son igualmente significativas la Resolución 1674 (2006) y la Declaración de su presidente de 22 de junio de 2006, pues ambos textos son la última expresión de una posición en relación con el respeto del derecho internacional humanitario y la protección de las personas civiles, que ha venido siendo reiterada a partir de la Resolución 1265 (1999). Desde entonces —y aun con anterioridad, en relación con determinadas situaciones de conflicto— el Consejo de Seguridad ha subrayado con carácter general la responsabilidad de los Estados de acabar con la impunidad en relación con la comisión, entre otros, de crímenes de guerra. En la misma línea se ha expresado el TIJ en la Opinión Consultiva sobre la Construcción de un Muro en Territorio Palestino (A/ES-10/273, párrafo 160, p. 58).

126 En la práctica reciente, se debe destacar la aprobación de la Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo de 2005, en la que decidió, en respuesta a las conclusiones alcanzadas por la Comisión Internacional de Investigación, remitir la situación de Darfur a la Corte Penal Internacional.

adopción de sanciones cada vez más selectivas con el objetivo de ejercer una mayor presión sobre los destinatarios de las mismas y minimizar los efectos adversos sobre el conjunto de la población o de terceros Estados.<sup>127</sup> Este carácter selectivo se ha traducido en una definición más precisa de sus destinatarios y en la concreción de las medidas contra ellos adoptadas, entre las que figura la prohibición de entrada o tránsito por cualquier Estado o la congelación de fondos, otros activos financieros y recursos económicos situados en el extranjero, tal como se ha puesto de relieve en los casos de Afganistán, Liberia, Sierra Leona, Sudán o Costa de Marfil. En estos asuntos, el Consejo no ha dudado en adoptar medidas coercitivas contra aquellas personas cuyas actividades representen una amenaza para el fin de la violencia y el inicio de un proceso de paz o sean halladas responsables de cometer graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.<sup>128</sup> Entre los destinatarios de estas medidas han llegado a figurar dirigentes estatales, como los talibanes, los miembros de la junta militar de Sierra Leona o el entonces presidente de Liberia, Charles Taylor.<sup>129</sup>

127 Al respecto, véase Sáenz de Santa María, Paz Andrés, “Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad”, en Rodríguez Carrión, A. J. y Pérez Vera, E. (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla-Universidad de Córdoba-Universidad de Málaga, 2005, t. I, pp. 161 y 162.

128 Así se proclama, especialmente, en relación con la situación de Costa de Marfil, en la Resolución 1572 (2004), de 15 de noviembre de 2004 (párrafo 9); y en la Resolución 1591 (2005), de 29 de marzo de 2005 (párrafo 3), sobre Sudán. En la misma línea, se debe aludir a las resoluciones 1267 (1999), de 15 de octubre de 1999 (párrafo 4) y 1333 (2000), de 19 de diciembre de 2000 (párrafo 5), relativas a Afganistán (en este caso las medidas adoptadas por el Consejo se justifican, más bien, por el apoyo de los talibanes a organizaciones terroristas); 1521 (2003), de 22 de diciembre de 2003 (párrafo 4), referida a Liberia; 1132 (1997), de 8 de octubre de 1997 (párrafo 5) o 1171 (1998), de 5 de junio de 1998 (párrafo 5), con respecto a Sierra Leona. En estas últimas, no se menciona expresamente la participación de los destinatarios de las mismas en la comisión de violaciones graves del derecho internacional humanitario, pero sin duda el hecho de que se les pueda calificar como una amenaza al proceso de paz va a estar muy vinculada a los atroces actos de violencia cometidos en las mencionadas situaciones de conflicto.

129 Así se dispone en las resoluciones 1132 (1997) y 1343 (2001), de 7 de marzo de 2001, referidas a la situación en Sierra Leona; y en las resoluciones 1267 (1999) y 1333 (2000), sobre la situación en Afganistán. En este caso, aunque la resolución no lo señala expresamente, entre los destinatarios de estas medidas se incluían a los miembros del Gobierno de Afganistán, tal como se deriva de la decisión adoptada por el Comité de Sanciones establecido para aplicar dichas medidas.

A tenor de esta práctica, en determinadas situaciones de conflicto el Consejo de Seguridad podría llegar a adoptar medidas coercitivas contra dirigentes estatales, entre otras razones, por considerarlos responsables de la comisión de violaciones graves del derecho internacional humanitario. En tales casos, las sanciones irían dirigidas a obligarlos a que abandonen sus cargos, como medio para poner fin a una situación de flagrante impunidad y contribuir al restablecimiento de la paz. Ello les privaría de sus inmunidades *ratione personae* y se abriría así la posibilidad de su enjuiciamiento por cualquier tribunal extranjero en virtud del principio de jurisdicción universal.<sup>130</sup>

Asimismo, la lucha contra la impunidad se ha convertido en un componente esencial en toda estrategia tendente al restablecimiento de la paz y a la reconstrucción de las estructuras estatales, pues el castigo de los culpables de tales crímenes es imprescindible “para que una sociedad en conflicto o que se está recuperando de un conflicto pueda enfrentar la realidad de los abusos cometidos en el pasado contra los civiles afectados por el conflicto armado y evitar esos abusos en el futuro”.<sup>131</sup> Con este propósito, se deben incluir medidas dirigidas a impedir el acceso al gobierno de transición de todas aquellas personas que hayan estado implicadas en la comisión de crímenes de guerra o, en su caso, el abandono del poder de los dirigentes estatales acusados de haber participado en tales crímenes.<sup>132</sup> De este modo, se evitaría que pudieran ampararse en las

130 Yendo más lejos aún, podríamos plantearnos si el Consejo de Seguridad podría directamente revocar las inmunidades *ratione personae* de aquellos dirigentes estatales acusados de promover la comisión de crímenes de guerra, tal como ha propuesto algún autor (cfr. Marks, Jonathan H., “Mending the web: Universal jurisdiction, humanitarian intervention and the abrogation of immunity by the Security Council”, *Colum. J. Transnat'l L.*, vol. 42, núm. 2, 2004, pp. 477-482). Sin embargo, ahora esta posibilidad parece alejada de la práctica reciente, pues el Consejo de Seguridad a la hora de adoptar medidas frente a situaciones de impunidad, parece orientarse más hacia el enjuiciamiento internacional de los crímenes de guerra, tal como hizo en el caso de Sudán, al remitir la situación de Darfur a la Corte Penal Internacional; o incluso al incluir dentro del mandato de una operación de mantenimiento de la paz, la detención de personas acusadas de dichos crímenes y su entrega a un tribunal internacional, según ocurrió en el caso de Sierra Leona con la Resolución 1638 (2005), de 11 de noviembre de 2005. Al respecto, véase Frulli, Micaella, “A turning point in international efforts to apprehend war criminals”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, núm. 2, 2006, p. 356.

131 Resolución 1674 (2006), párrafo 7.

132 En esta línea, el Consejo de Seguridad ha hecho un llamamiento a los distintos grupos y facciones en la República Democrática del Congo para que se tenga en cuenta,

inmunidades *ratione personae* para eludir cualquier posible enjuiciamiento a cargo de tribunales extranjeros en virtud del principio de jurisdicción universal.

En todo caso es preciso tener en cuenta que la adopción de cualquier medida que afecte a los principales dirigentes de un Estado puede alterar gravemente su estabilidad institucional, especialmente delicada en casos de conflictos armados. Por ello, cualquier iniciativa que en nombre de la lucha contra la impunidad vaya dirigida a forzar el abandono de su cargo de cualquier dirigente estatal debe ir acompañada de medidas tendentes a garantizar que no se produzca ningún vacío de poder que contribuya agravar el conflicto o dificulte el restablecimiento de la paz, que podrían llegar a incluir en aquellos casos en que las circunstancias lo permitan el establecimiento de una administración internacional a cargo de las Naciones Unidas, que con carácter provisional asuma las funciones estatales básicas.<sup>133</sup>

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de la importancia otorgada en la actualidad a la lucha contra la impunidad, tal como pone de relieve la puesta en marcha de diversos mecanismos e instituciones dirigidos a reprimir, entre otros, los crímenes de guerra, la persecución de las violaciones graves del derecho internacional humanitario sigue tropezando con ciertas dificultades cuando las personas implicadas ostentan la condición de dirigentes estatales. En estos casos, la relevancia que se sigue otorgando, a tenor del panorama que nos ofrece la práctica, a las inmunidades *ratione personae* como expresión de la soberanía e igualdad de los Estados impide el enjuiciamiento de jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de Asuntos Exteriores por tribunales extranjeros al amparo del principio de jurisdicción univer-

en la elección de las personas que han de formar parte del Gobierno de Unidad Nacional y Transición, su compromiso e historial en relación al respeto del derecho internacional humanitario y los derechos humanos, tal como se dispone en las resoluciones 1468 (2003), de 20 de marzo de 2003, y 1592 (2005), de 30 de marzo de 2005.

133 Entre las funciones que podrían asumir las Naciones Unidas, dentro de las actividades de administración territorial, se encontrarían las relativas al fortalecimiento del Estado de derecho y el establecimiento de instituciones democráticas, así como el respeto de los derechos humanos. Al respecto, véase Daudet, Yves, “L’action des Nations Unies en matière d’administration territoriale”, *CEBDI*, vol. VI, 2002, p. 524.



sal, sin que por el momento se observe la existencia de ninguna excepción. Se introduce así un claro obstáculo a la completa operatividad de este principio y da lugar al resultado contradictorio de que se pueda perseguir a los agentes estatales de rango inferior por la comisión de crímenes de guerra planificados y ordenados por unos dirigentes políticos que van a quedar a resguardo de cualquier castigo mientras permanezcan en el cargo.

Una situación de esta naturaleza no deja de resultar insatisfactoria, pues a pesar de los importantes límites que se han ido imponiendo al alcance de las inmunidades de jurisdicción penal de los órganos del Estado como consecuencia, sobre todo, de la afirmación consuetudinaria del principio de improcedencia de cargo oficial, los máximos dirigentes estatales siguen gozando de una impunidad *de facto* en tanto continúen en el ejercicio de sus funciones. De ahí que traten de mantenerse en el poder todo el tiempo posible para que ante cualquier intento de enjuiciamiento por parte de tribunales extranjeros puedan envolverse en la bandera de la soberanía y protestar airadamente por tan grave menoscabo de la dignidad del Estado; con lo cual sólo quedaría el consuelo de su posible derrocamiento.

Pero esta continuada relevancia de las inmunidades no nos debe conducir al desánimo o a la resignación, pues entendemos que el derecho internacional dispone de mecanismos, cuya puesta en marcha podría —o al menos debería— forzar al Estado a cumplir con sus obligaciones de represión de los crímenes de guerra. Ello nos exige abordar el respeto del derecho internacional humanitario —del que forma parte la represión de sus violaciones— dentro de un marco más amplio que tenga en cuenta la complementariedad e interrelación existente, aún reconociendo su respectiva autonomía, entre los dos regímenes de responsabilidad —la del Estado y la del individuo— a que puede dar lugar la comisión de estos crímenes.

Desde esta óptica, la lucha contra la impunidad no se debe limitar a la puesta en marcha de mecanismos y procedimientos basados en la cooperación penal internacional para promover el castigo de los culpables, sino que, además, requiere que todos los Estados estén dispuestos a tomar medidas, sobre todo, en un medio institucional como el representado por las Naciones Unidas, para obligar al Estado en el que se están cometiendo estos graves hechos ilícitos a que cumpla con sus obligaciones internacionales, que podrían llegar a la exigencia del abandono de sus car-

gos públicos de todas aquellas personas implicadas en la comisión de tan graves violaciones. Un requisito de esta naturaleza debiera figurar en todos los procesos de paz promovidos desde las Naciones Unidas, junto con medidas tendentes a asegurar la estabilidad institucional del Estado y evitar vacíos de poder. En este plano de las relaciones interestatales entendemos que no sería posible la alegación de ningún tipo de inmunidad frente a tales medidas colectivas, sobre todo, cuando provengan del Consejo de Seguridad en aplicación del capítulo VII. Se privaría así a tales personas del amparo que pudiera ofrecerles esta figura frente a cualquier intento de enjuiciamiento a cargo de tribunales extranjeros sobre la base del principio de jurisdicción universal.

Por ello, en una comunidad internacional que no se cansa de proclamar que uno de sus valores fundamentales es la dignidad humana, es preciso que todos los Estados muestren su disposición de pasar de las palabras a los hechos y reaccionen de forma colectiva y preferentemente en un medio institucional frente a las graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el contexto de un conflicto armado, promoviendo el fin de las mismas y el castigo de los culpables aún cuando sean los máximos dirigentes del Estado, pues la soberanía no puede convertirse en el reducto de la impunidad.

gos públicos de todas aquellas personas implicadas en la comisión de tan graves violaciones. Un requisito de esta naturaleza debiera figurar en todos los procesos de paz promovidos desde las Naciones Unidas, junto con medidas tendentes a asegurar la estabilidad institucional del Estado y evitar vacíos de poder. En este plano de las relaciones interestatales entendemos que no sería posible la alegación de ningún tipo de inmunidad frente a tales medidas colectivas, sobre todo, cuando provengan del Consejo de Seguridad en aplicación del capítulo VII. Se privaría así a tales personas del amparo que pudiera ofrecerles esta figura frente a cualquier intento de enjuiciamiento a cargo de tribunales extranjeros sobre la base del principio de jurisdicción universal.

Por ello, en una comunidad internacional que no se cansa de proclamar que uno de sus valores fundamentales es la dignidad humana, es preciso que todos los Estados muestren su disposición de pasar de las palabras a los hechos y reaccionen de forma colectiva y preferentemente en un medio institucional frente a las graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el contexto de un conflicto armado, promoviendo el fin de las mismas y el castigo de los culpables aún cuando sean los máximos dirigentes del Estado, pues la soberanía no puede convertirse en el reducto de la impunidad.