

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE**  
**ABOGADO**

---

**“Las disposiciones constitucionales vigentes sobre inmunidades de los altos funcionarios peruanos y su capacidad de generar que el Estado peruano viole su obligación de cooperación con la Corte Penal Internacional”**

---

**Área de Investigación:**  
Derecho Penal Internacional

**Autor:**  
Br. Olivares Bueno, Luis Enrique

**Jurado Evaluador:**

**Presidente:** Henríquez Franco, Cilos Humberto  
**Secretario:** Palacios Bran, Roberto Alejandro  
**Vocal:** Mauricio Juárez, Francisco Javier

**Asesor:**  
Tapia Díaz, Jessie Catherine  
**Código Orcid:** <https://orcid.org/0000-0002-5146-4169>

**TRUJILLO – PERÚ**  
**2021**

**Fecha de sustentación:** 2021/05/24



**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE**  
**ABOGADO**

---

**“Las disposiciones constitucionales vigentes sobre inmunidades de los altos funcionarios peruanos y su capacidad de generar que el Estado peruano viole su obligación de cooperación con la Corte Penal Internacional”**

---

**Área de Investigación:**  
Derecho Penal Internacional

**Autor:**  
Br. Olivares Bueno, Luis Enrique

**Jurado Evaluador:**

**Presidente:** Henríquez Franco, Cilos Humberto  
**Secretario:** Palacios Bran, Roberto Alejandro  
**Vocal:** Mauricio Juárez, Francisco Javier

**Asesor:**  
Tapia Díaz, Jessie Catherine  
**Código Orcid:** <https://orcid.org/0000-0002-5146-4169>

**TRUJILLO – PERÚ**  
**2021**

**Fecha de sustentación:** 2021/05/24

## DEDICATORIA

A mi madre Sofía, la persona que me enseñó a soñar y me amó en todas las circunstancias posibles de la vida.

A mi padre Luis, por su eterna amistad e invaluable comprensión.

A mis hermanos Leonardo y Denisse, por apoyar mis ideas y sueños de justicia y libertad.

A todos ellos, por amarme de la misma forma infinita en que los amo yo.

Finalmente, a todas las personas que luchan contra la impunidad e injusticia en todos los lugares del mundo.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradecimiento especial a mi asesora Jessie Tapia, por su grandiosa amabilidad y bondad, y por su ayuda invaluable al desarrollo de esta investigación.

A mis colegas y amigos, Pablo y Silvio, por su confianza, enseñanzas e inquebrantable amistad.

A Cristina, por todo lo que es y representa en mi vida.

## PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado. -

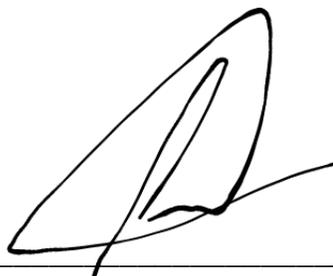
Presente:

Yo, Luis Enrique Olivares Bueno, Bachiller en Derecho, en conformidad con lo establecido en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, me dirijo a ustedes a fin de presentar la siguiente tesis:

«Las disposiciones constitucionales vigentes sobre inmunidades de los altos funcionarios peruanos y su capacidad de generar que el Estado peruano viole su obligación internacional de cooperación con la Corte Penal Internacional»

Bajo la premisa que la presente investigación analiza dos sistemas jurídicos distintos, esto es, el derecho internacional y derecho interno; la precitada tesis ha sido diseñada y construida abordando las áreas del Derecho Internacional Público, Derecho Penal Internacional y Derecho Constitucional.

En esa línea, deseando que esta investigación satisfaga vuestras expectativas académicas, y esperando que la misma reúna los méritos suficientes para su eventual aprobación, extiendo mi mayor consideración y estima a los miembros del distinguido jurado.



---

Bach. Luis Enrique Olivares Bueno

## RESUMEN

La presente investigación persigue determinar un potencial conflicto jurídico entre el artículo 27 del Estatuto de Roma, que regula la improcedencia del cargo oficial y de las inmunidades de los funcionarios estatales implicados en la comisión de crímenes internacionales, y las disposiciones constitucionales sobre inmunidades de los altos funcionarios peruanos (inmunidad presidencial e inmunidad parlamentaria), que se daría en el marco de la cooperación entre la Corte Penal Internacional y el Estado peruano, conforme a la obligación del artículo 86 del Estatuto en mención.

Para esos efectos, se analiza el acervo normativo de la CPI, así como la práctica de dicha institución en el procesamiento de altos funcionarios que gozaban de inmunidades en el momento en que la Corte pidió la cooperación los Estados.

Subsecuentemente, se examinan los alcances de la obligación de cooperación y de la necesidad de implementación del Estatuto en los ordenamientos internos, a fin de garantizar el cumplimiento de esa obligación. Para ello, se revisan comparadamente la práctica de diversos Estados Partes en torno a la implementación, que implicó la realización de juicios de compatibilidad constitucional.

Además, se analizará el caso peruano, que, hasta la fecha, no esbozó, en nuestra opinión, un correcto juicio de compatibilidad constitucional del Estatuto, lo cual implicaría que, cuando la Corte requiera la cooperación del Perú en algún acto que verse sobre algún alto funcionario peruano premunido con inmunidad, nuestras autoridades se rijan preferentemente por las disposiciones de la Constitución, generando una violación a nuestra obligación de cooperar con la Corte, al no entregar, detener o extraditar al funcionario requerido.

Finalmente, se propondrá un mecanismo eficiente que podría resolver este potencial conflicto jurídico, y que implicará un pronunciamiento del Tribunal Constitucional y/o una reforma constitucional.

## **ABSTRACT**

This investigation seeks to determine a potential legal conflict between article 27 of the Rome Statute, which regulates the inadmissibility of the official position and the immunities of state officials involved in the commission of international crimes, and the constitutional provisions on immunities of senior citizens. Peruvian officials (presidential immunity and parliamentary immunity), which would be given in the area of cooperation between the International Criminal Court and the Peruvian State, in accordance with the obligation of article 86 of the Statute in question.

For this purpose, the legal heritage of the ICC is analyzed, as well as the practice of said institution in the prosecution of senior officials who enjoyed immunities at the time the Court requested the cooperation of the State.

In addition, the scope of the obligation to cooperate and the need to implement the Statute in internal legal systems are examined, in order to guarantee compliance with that obligation. To this end, the practice of various States Parties regarding implementation, which involved carrying out constitutional compatibility judgments, is comparatively reviewed.

In addition, the Peruvian case will be analyzed, which, to date, has not outlined, in our opinion, a correct judgment of constitutional compatibility of the Statute, which would imply that, when the Court requires the cooperation of Peru in an act to deal with any Peruvian senior official with immunity, our authorities are preferably governed by the provisions of the Constitution, generating a violation of our obligation to cooperate with the Court, by not delivering, detaining or extraditing the required official.

Finally, an efficient mechanism will be proposed that could resolve this potential legal conflict, and that will involve a ruling by the Constitutional Court and / or a constitutional reform.

## CONTENIDO

<b>DEDICATORIA</b> .....	<b>iv</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	<b>v</b>
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	<b>vi</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>vii</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>viii</b>
<b>CONTENIDO</b> .....	<b>ix</b>
<b>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>1</b>
1.Problema.....	1
1.1. Planteamiento del problema .....	1
1.2. Enunciado del problema.....	10
1.3. Hipótesis .....	10
1.4. Objetivos.....	11
1.5. Justificación .....	11
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO</b> .....	<b>13</b>
1. Ejercicio de jurisdicción de la Corte Penal Internacional contra altos funcionarios estatales .....	13
1.1. Antecedentes.....	13
1.1.1. La experiencia de los tribunales penales internaciones ad hoc, mixtos e híbridos contra los altos funcionarios estatales en ejercicio del cargo .....	18
a) Caso del ex presidente yugoslavo Slobodan Milosevic.....	20
b) Caso del ex presidente liberiano Charles Taylor .....	24
c) Caso del ex presidente ruandés Jean Kambanda .....	31
1.1.2. La experiencia de los tribunales nacionales contra altos funcionarios estatales: aplicación del principio de jurisdicción universal .....	37
1.2. La jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre altos funcionarios estatales en ejercicio del cargo.....	38
1.2.1. El artículo 27 del Estatuto de Roma y el principio de improcedencia del cargo oficial .....	40

1.2.2. Diferencias entre la inmunidad de los Jefes de Estado en el ámbito del derecho internacional y nacional.....	43
1.2.3. Casos de la Corte Penal Internacional contra altos funcionarios estatales que gozaban de inmunidad interna .....	46
a) Caso del Presidente sudanés Omar Hassan Al Bashir.....	46
b) Caso del Presidente keniano Uhuru Muigai Kenyatta.....	58
c) Caso del Presidente libio Muammar Gaddafi .....	66
2. La obligación internacional de cooperar con la Corte Penal Internacional y la necesidad de implementar el Estatuto de Roma en el ordenamiento interno.....	67
3. Conflicto entre las Constituciones y el Estatuto de Roma en la práctica comparada: la aplicación de juicios de compatibilidad constitucional que permiten evitar una colisión jurídica entre el artículo 27 del Estatuto de Roma y las disposiciones constitucionales de inmunidades de los altos funcionarios .....	74
a) Francia .....	77
b) Chile .....	79
c) Colombia .....	82
d) Costa Rica .....	83
e) México .....	85
f) Bolivia .....	88
g) Argentina .....	89
h) Kenia .....	92
i) Italia .....	95
4. Conflicto entre la Constitución Política del Perú de 1993 y el Estatuto de Roma: la ausencia de un correcto juicio de compatibilidad constitucional que permita evitar una colisión jurídica entre el artículo 27 del Estatuto de Roma y las disposiciones constitucionales de inmunidades de los altos funcionarios ....	97
4.1. Las disposiciones constitucionales sobre inmunidades de los altos funcionarios peruanos .	97
4.1.1. La inmunidad presidencial .....	97
4.1.2. La inmunidad parlamentaria aplicable a Congresistas, Defensor del Pueblo y miembros del Tribunal Constitucional .....	101

4.1.3. Acusación constitucional contra los altos funcionarios peruanos por infracción a la Constitución y por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones: coexistencia del antejercicio y juicio político .....	107
4.2. La ausencia de un correcto juicio de compatibilidad constitucional en el Perú: el caso paradigmático del Estatuto de Roma .....	112
4.3. Posible colisión jurídica entre el artículo 27 del Estatuto de Roma y las disposiciones constitucionales sobre inmunidades de los altos funcionarios estatales en la práctica .....	122
5. Posibles soluciones ante la ausencia de un correcto juicio de compatibilidad constitucional para evitar un conflicto jurídico entre el artículo 27 del ER y las disposiciones constitucionales sobre inmunidades de los altos funcionarios .....	126
5.1. Posibilidad de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que determine que el ER es un tratado de derechos humanos y que sus disposiciones prevalecen frente a las disposiciones constitucionales en caso de conflicto .....	126
5.2. Propuesta de enmienda a la Constitución para incorporar una disposición genérica que establezca el reconocimiento constitucional de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional	136
<b>CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO .....</b>	<b>139</b>
1. Materiales .....	139
2. Métodos y técnicas .....	139
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>141</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>145</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>147</b>
Libros y publicaciones .....	147
Documentos judiciales.....	154

## CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

### 1. EL PROBLEMA

#### 1.1. Planteamiento del problema

El Estatuto de Roma (ER o el “Estatuto”) es un tratado multilateral que fue adoptado el 17 de julio de 1998, durante la "Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional". En ese sentido, el Estatuto de Roma es un tratado de conformidad con la definición de tratado prevista en el literal a del inciso 1 de artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969, que dispone lo siguiente: “[S]e entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Dicho tratado creó la Corte Penal Internacional (CPI o la “Corte”), institución jurisdiccional internacional de carácter permanente, que se encuentra facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional (ver artículo 1 del ER).

El Estado peruano lo suscribió el 7 de diciembre de 2000; siendo aprobado por el Congreso de la República el 13 de septiembre de 2001, mediante Resolución Legislativa N.º 27517; ratificándolo el 10 de noviembre de 2001. Finalmente, el Estatuto entró en vigor para el Perú en fecha 1 de julio de 2002.

Como es conocido, el Estatuto otorga jurisdicción a la CPI sobre los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión (ver artículo 5 del ER). Es así que, desde su entrada en vigor, el 1 de julio de 2002, la CPI ha emprendido diversas acciones en materia judicial destinadas a investigar situaciones

donde se hayan cometido estos crímenes internacionales, buscando hallar a los principales implicados, juzgar y condenar a los culpables.

En ese orden de ideas, desde su creación, la CPI ha llevado a cabo diversas investigaciones y exámenes preliminares, como en Kenia, Libia, Sudán, Costa de Marfil, Uganda, Guinea, Irak, Afganistán, entre otros países. Como consecuencia de estas investigaciones, la Corte ha procesado a decenas de implicados, sentenciando a diversos perpetradores como: *Laurent Gbagbo* (ex Presidente de Costa de Marfil), *Charles Ble Goudé* (ex Ministro de Guerra de Costa de Marfil), *Bosco Ntaganda* (líder del grupo guerrillero Movimiento 23 de Marzo de la República Democrática del Congo - RDC), *Thomas Lubanga Dyilo* (líder del grupo guerrillero Unión de Patriotas Congoleños de la RDC), *Jean-Pierre Bemba Gombo* (Vicepresidente de la RDC), entre otros.

Cabe precisar que la CPI ejerce su jurisdicción en virtud del “*principio de complementariedad*”, es decir, son los propios tribunales nacionales los que primordialmente se encargan de investigar o juzgar. Según el artículo 17 del Estatuto de Roma, la CPI, en virtud del principio de complementariedad, considerará un caso inadmisibile cuando: las autoridades nacionales ya se estén ocupando del mismo caso; cuando las autoridades nacionales, después de investigar el mismo caso, hayan decidido no juzgarlo; o cuando el caso ya lo haya juzgado una instancia nacional. Bajo ese parámetro, la Corte puede ejercer su jurisdicción, complementando las jurisdicciones nacionales, cuando los tribunales locales no estén dispuestos o no puedan llevar a cabo procesos justos.

En ese sentido, la labor complementaria que lleva a cabo la CPI también demanda que los Estados Partes del ER accedan a cooperar con esta institución, puesto que la Corte no mantiene una fuerza de coerción capaz de hacer comparecer a los investigados. De ese modo, los Estados Partes tienen la obligación internacional de cooperar con la Corte (artículo 86 del Estatuto), por lo que resulta necesario implementar dicho tratado en sus ordenamientos internos, a fin de estandarizar y normar esta cooperación.

En suma, para que la CPI pueda funcionar eficazmente y sea capaz de lograr sus objetivos, así como los Estados se aseguren el cumplimiento de sus obligaciones

internacionales, los Estados Parte del ER deben implementar, en sus ordenamientos jurídicos, las disposiciones del mencionado tratado. A la fecha, 123 Estados Partes han ratificado el Estatuto, y de los 35 miembros de la OEA, 29 Estados lo han hecho (a excepción de Bahamas, Cuba, El Salvador, Estados Unidos, Haití y Jamaica). De los 123 Estados Partes, aproximadamente 65 Estados han implementado el ER dentro de su ordenamiento interno, íntegra o parcialmente, y, en la región, únicamente tres Estados (Argentina, Uruguay y Trinidad y Tobago) han implementado tanto los crímenes y principios contemplados en el ER, como las disposiciones sobre cooperación con la CPI.

Para esos efectos, es prioritario que, a través de sus respectivas instituciones nacionales, los Estados Partes puedan evaluar y examinar la compatibilidad entre el ER (tratado) y sus ordenamientos jurídicos, a fin de decidir la pertinencia de modificar o no determinadas disposiciones internas que pueden contravenir lo dispuesto en el ER.

En la práctica, muchos Estados, a través de sus órganos competentes, suelen hallar antinomias o conflictos jurídicos entre algunas de sus disposiciones constitucionales y las del propio ER, debido a que las Constituciones estatales han regulado de manera diversa cuestiones relacionadas a la “entrega o extradición de ciudadanos”, “inmunities para sus altos funcionarios”, “amnistías e indultos”, “conflicto entre penas previstas”, etc.

Sobre esto conflictos jurídicos, conviene citar a Odello, M. (2005, p. 303), que refiere lo siguiente:

*“El tema de relaciones entre las normas constitucionales y el Estatuto de Roma tiene sobre todo tres áreas de posibles conflictos, debido a la imposibilidad de utilizar el recurso de las reservas al Tratado, expresamente prohibida por el art. 120 del Estatuto. Primero, el tema de la extradición y entrega de ciudadanos a la Corte Penal Internacional, previsto por el art. 90 del Estatuto, cuando exista una prohibición constitucional de no entregar o extraditar a los ciudadanos. La segunda posibilidad consiste en el conflicto entre las inmunidades otorgadas a Jefes de Estado y parlamentarios y el deber de prosecución de los criminales, independientemente de la*

*posición oficial que tengan (art. 27 del Estatuto). Finalmente, la posibilidad de conflicto entre las penas previstas por el Estatuto, que incluye la posibilidad de otorgar la cadena perpetua, en los casos más graves, y la prohibición prevista en unas constituciones de este tipo de pena.”*

Sobre esta materia, es importante destacar que muchos Estados Partes del ER han esbozado modificaciones o reformas en sus Constituciones, a fin de asegurar la compatibilidad entre el ER y el ordenamiento nacional, en aras de cooperar efectivamente con la Corte en caso la situación lo demande. En ese sentido, a fin de hacer viables las modificaciones a sus Constituciones, los Estados Partes deben previamente definir el rango constitucional del ER. Por ejemplo, respecto al caso peruano, aún el Tribunal Constitucional no ha emitido ningún pronunciamiento o interpretación respecto al rango que ostenta el ER, y, por ende, tampoco existen modificaciones de compatibilidad en la Constitución.

Sobre las modificaciones constitucionales de compatibilidad, se destacan los casos, que en adelante analizaremos comparadamente, de países como Francia, Luxemburgo, Bélgica, Ucrania, Kenia, Chile, Colombia, etc. Estos países, a partir de sus evaluaciones de compatibilidad, han reformado sus respectivas Constituciones para asegurar que cuando la CPI emprenda una investigación o procese a un nacional, los impedimentos o procedimientos especiales que estén prescritos constitucionalmente no se extiendan ni limiten la jurisdicción de la CPI.

Por ejemplo, respecto a las inmunidades de los altos funcionarios, los Estados, a través del tiempo, han premunido y dotado de múltiples prerrogativas a ciertas personas que desempeñan funciones públicas de alto nivel en sus respectivos países, como a los Jefes de Estado, parlamentarios o congresistas, miembros de algunos órganos judiciales supremos, entre otros, a fin de que puedan ejercer sus funciones eficazmente. En ese sentido, tras analizar que este tipo de disposiciones constitucionales que prevén inmunidades colisionan con lo preceptuado en el artículo 27 del ER, los Estados Partes han realizado modificaciones sustanciales en sus Constituciones.

Sobre este punto, es relevante citar el artículo 27 del ER, que señala lo siguiente:

*“1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.*

*2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.”*

Como se observa, el art. 27 del ER describe la irrelevancia o improcedencia del cargo oficial que detenta cualquier persona, sea el de Jefe de Estado o de Gobierno, parlamentario, miembro o funcionario del Gobierno, entre otros, para limitar la jurisdicción de la CPI. Así, independientemente de las inmunidades o procedimientos especiales, otorgadas ya sea en virtud del derecho interno o internacional, que conlleve el cargo oficial, dicho dispositivo plantea que la CPI tendrá jurisdicción sobre tales personas, sean estos autores, coautores o participantes de crímenes internacionales. En la misma línea, Camargo, P. (2007) señala que el precitado art. 27 establece que *“(…) las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”*.

Como se visualiza en el segundo párrafo de ese artículo, se hace mención a que las inmunidades o procedimientos oficiales que conlleve el cargo oficial, y que se den en el marco del derecho interno o internacional, no obstarán para que la CPI ejerza su jurisdicción. Como se conoce, el cargo oficial de Jefe de Estado o de Gobierno no solo es reconocido a nivel interno, por medio de las Constituciones estatales, sino también a través del derecho internacional, el cual premune a todo Jefe de Estado o de Gobierno de inmunidad ante cualquier otro Estado extranjero. Así, un Estado extranjero, o sus tribunales locales, en virtud del derecho internacional, no puede ejercer jurisdicción sobre otro Jefe de Estado. Esta prerrogativa emana del principio internacional de igualdad soberana, y constituye una norma consuetudinaria en el marco del derecho internacional general.

Sobre la inmunidad del Jefe de Estado o de Gobierno, otorgada en virtud del derecho internacional, Kiyani, A. (2014, p. 472) explica que “(...) *esta inmunidad se aplica ya sea que el jefe de Estado esté viajando o no, y si él o ella está en el extranjero para fines gubernamentales o privados. Por esta razón, la inmunidad del jefe de Estado es más integral que la inmunidad diplomática o las inmunidades funcionales ordinarias. La naturaleza expansiva de la inmunidad reconoce las funciones de los jefes de Estado, que incluyen la diplomacia de alto nivel, las negociaciones y la solución pacífica de disputas*”. (Traducción libre).

En ese orden de ideas, resulta claro que los altos funcionarios que gozan de prerrogativas como inmunidades o procedimientos especiales, que se otorgan en el plano del derecho internacional o del derecho interno, no pueden oponer estas para evitar que la CPI ejerza su jurisdicción sobre estos. Esta conclusión es reafirmada también por diversos *iusinternacionalistas*, como el propio Camargo, P. (2007), que señala que “(...) *hasta ahora el Derecho Internacional garantizaba, en forma total y absoluta, la inmunidad del Jefe de Estado frente a la jurisdicción de cualquier otro Estado, la cual se mantiene, excepto frente a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (...)*”.

En la misma línea, Wardle, P. (2011, p.185) indica:

*“En casos contra jefes de estado ante la CPI, se puede argumentar, y se ha argumentado, que la CPI posee la capacidad de derogar la inmunidad de dichos acusados, porque preside una jurisdicción internacional y esa inmunidad del jefe de estado no puede aplicarse ante los tribunales internacionales (...)*”. (Traducción libre).

Si bien lo afirmado es jurídicamente correcto, en la práctica, muchas investigaciones o procedimientos que sigue la CPI sobre altos funcionarios estatales no pueden llevarse a cabo de manera eficaz, debido a que no todos los ordenamientos jurídicos internos han adaptado correctamente el ER, por ejemplo, aún mantienen inalterables sus disposiciones constitucionales sobre inmunidades de los altos funcionarios, generando una situación compleja donde el tratado (ER) prescribe la viabilidad de que la CPI ejerza su jurisdicción sobre cualquier persona, mientras que la Constitución, *a contrario sensu*, no permite procedimientos en contra de tales altos funcionarios investigados.

De esa manera, estas disposiciones constitucionales se convierten en barreras procesales para el normal ejercicio de jurisdicción de la CPI, implicando, a su vez, una potencial violación a la obligación internacional de cooperación.

Al respecto, Camargo, P. (2007) señala lo siguiente:

*“(...) los Jefes de Estado y de Gobierno y, en general, los altos funcionarios del Estado pertenecientes al poder ejecutivo, legislativo y judicial, están amparados por el fuero interno que, en buena parte de los casos, son utilizados para asegurar la impunidad de los delitos de esos funcionarios privilegiados”.*

Como se mencionó anteriormente, el Estado peruano es parte del ER, por lo que se encuentra obligado internacionalmente por todas sus disposiciones, incluida la del art. 27 (“principio de improcedencia del cargo oficial”). Sin embargo, la Constitución Política de 1993, hasta el 7 de febrero de 2021, regulaba la inmunidad presidencial (art. 117), inmunidad parlamentaria (art. 93), y establecía los procedimientos para procesar a ciertos altos funcionarios (art. 99), sin haber presentado mayor alteración o enmiendas constitucionales a pesar de la ratificación y entrada en vigor del ER.

Esto mismo fue advertido, en agosto de 2003, por el Programa de Justicia Internacional del Lawyers Committee for Human Rights (YUCOM), cuando presentó el estudio *“El Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Reforma Constitucional Peruana: Análisis y Recomendaciones”*, el cual, entre otras cosas, recomendaba la incorporación de un artículo genérico en la Constitución peruana que estipulara el reconocimiento expreso de la jurisdicción de la CPI determinada bajo las condiciones establecidas en el Estatuto de Roma; la incorporación de un artículo que disponga la improcedencia del cargo oficial y la inaplicación de inmunidades y procedimientos especiales ante la comisión de crímenes internacionales, recomendando modificar el artículo 117 y 93 de la Constitución; insertar una disposición sobre imprescriptibilidad de crímenes internacionales; así como la prever constitucionalmente la exclusión de amnistía e indultos para estos casos.

En la actualidad, tras la reciente supresión de la “inmunidad parlamentaria”, por efecto de la Ley N.º 31118, ley de reforma constitucional publicada el 6 de febrero de 2021, la Constitución peruana únicamente ha preservado la “inmunidad presidencial” y los

procedimientos especiales para los altos funcionarios (juicio y antejuicio político). En ese sentido, los congresistas, miembros del Tribunal Constitucional y Defensor del Pueblo, han perdido dicha prerrogativa que se extendía a los delitos comunes que podían cometer durante el ejercicio del cargo, aunque aún mantienen los procedimientos especiales relativos a delitos de función (antejuicio) o sanciones políticas derivadas de una infracción a la Constitución (juicio político).

En esa línea, abocándonos al caso del Jefe de Estado, el artículo 117 de la CPE establece la “inmunidad presidencial”, la misma que prohíbe cualquier acusación contra el Presidente, durante el ejercicio del cargo, admitiendo únicamente la posibilidad de acusación cuando concurren los siguientes actos: traición a la Patria; impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, e impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

Como se observa, en ningún caso se admite que el Presidente pueda ser pasible de acusación por delitos comunes o por la comisión de crímenes internacionales, menos otorga la posibilidad de ser procesado por un tribunal internacional. En ese caso, la inmunidad se extiende y protege al Jefe de Estado durante el ejercicio de su mandato, toda vez que esta ha sido concebida de manera absoluta, exceptuando una lista taxativa de las situaciones por las cuales sí puede ser acusado.

De la misma opinión es Quiroga, A. (2017), quien manifiesta lo siguiente:

*“Así, el presidente debe ser considerado judicialmente irresponsable relativo y temporal y, por lo tanto, los jueces del Poder Judicial, las autoridades del Ministerio Público, las de la Policía Nacional, las administrativas de un proceso sancionador y también las del Congreso devienen en incompetentes para citarlo como sujeto pasivo de ningún proceso hasta que no culmine su período presidencial. Ello a menos que antes vaque en el cargo, se le suspenda en su ejercicio, haya renunciado o sea destituido.”*

Otros constitucionalistas, como Eguiguren, F. (2002), van más allá y valoran negativamente este régimen que plantea la irresponsabilidad penal del Presidente, sosteniendo que:

*“(...) mal puede aceptarse que quien ostenta el mayor poder dentro del Estado carezca casi totalmente de una razonable responsabilidad, en los planos político y penal, como elemento de contrapeso y equilibrio” (p. 108).*

Entonces, es claro que, en caso algún Presidente peruano cometa algún crimen internacional previsto en el ER, y los tribunales locales no estén dispuestos o no puedan llevar a cabo procesos justos, se activaría la jurisdicción complementaria de la CPI.

Ahora bien, la jurisdicción de la Corte podría verse afectada, toda vez que ante la coexistencia de una norma internacional que permite su jurisdicción sobre altos funcionarios (art. 27 del ER) y, del otro lado, una norma constitucional que regula, en términos absolutos, la inmunidad presidencial (art. 117 de la CPE), que tendría el efecto de prohibir un procedimiento penal internacional contra el Presidente, el Estado peruano terminaría definiendo esta situación conflictiva, determinando la prevalencia de las disposiciones constitucionales o las del tratado.

De ese modo, conforme al derecho interno vigente, la definición de la situación sostendría la prevalencia de la norma constitucional, debido a que aún no se ha determinado el rango constitucional del ER y, por ende, no se han limitado o restringido las disposiciones constitucionales de inmunidades de los altos funcionarios en razón de la jurisdicción de la CPI. Todo esto se traduciría en que el Estado peruano no autorice la jurisdicción de la CPI sobre el Presidente investigado o requerido, generando así la violación a su obligación internacional de cooperación con la CPI, lo cual lógicamente implicaría una afectación al derecho internacional y su subsecuente responsabilidad internacional.

Complementariamente, es importante enfatizar que, a la fecha, la CPI nunca ha ejercido ningún tipo de investigación sobre un crimen internacional cometido en el Perú o por un nacional peruano. Lo mencionado no imposibilita que, en el futuro, una situación de esta naturaleza pueda darse. El caso del ex presidente Alberto Fujimori, por ejemplo, es sintomático, y entraña la comisión, conforme al derecho internacional, de crímenes de lesa humanidad. Si bien estos se cometieron antes que el ER entre en

vigor, por lo que no cabría la jurisdicción de la CPI para este caso, develan que no es imposible que estas situaciones puedan darse en un contexto y tiempo determinado.

Finalmente, a fin de evitar una potencial violación a la obligación internacional de cooperación con la CPI, de presentarse el caso, esta investigación también propone y aborda una posible solución que implicaría la consecución del siguiente procedimiento: En primer lugar, el Tribunal Constitucional debería determinar el rango constitucional del Estatuto de Roma, y, en segundo lugar, se realizaría una reforma constitucional, que implicaría limitar o restringir las inmunidades de los altos funcionarios, así como cualquier procedimiento especial, cuando se trate del ejercicio de jurisdicción de la CPI. Sobre este último punto, en base a lo avizorado en la práctica extranjera comparada, nuestra propuesta, en los hechos, pasaría por agregar una disposición constitucional genérica que expresamente haga viable la jurisdicción de la CPI e inaplique, a efectos de la situación, las disposiciones constitucionales en contrario.

## **1.2. Enunciado**

¿De qué manera las disposiciones constitucionales vigentes sobre inmunidades de los altos funcionarios peruanos podrían generar que, en el futuro, el Estado peruano viole su obligación internacional de cooperación con la Corte Penal Internacional?

## **2. HIPÓTESIS**

- Las disposiciones constitucionales vigentes sobre inmunidades de los altos funcionarios peruanos podrían generar que, en el futuro, el Estado peruano viole su obligación internacional de cooperación con la Corte Penal Internacional, puesto que, conforme al derecho interno vigente, esas disposiciones constitucionales serían jerárquicamente superiores al artículo 27 del Estatuto de Roma, generando así que, en caso la Corte intente ejercer su jurisdicción contra un alto funcionario peruano premunido de inmunidad, el Estado peruano no autorice su ejercicio, violando así la obligación internacional de cooperación prevista en el Estatuto de Roma.

### **3. OBJETIVOS**

#### **a. General**

- Determinar de qué manera las disposiciones constitucionales vigentes sobre inmunidades de los altos funcionarios peruanos podrían generar que, en el futuro, el Estado peruano viole su obligación internacional de cooperación con la Corte Penal Internacional.

#### **b. Específicos**

- Analizar la obligación internacional de cooperación del Estado peruano con la Corte Penal Internacional.
- Analizar las disposiciones constitucionales vigentes sobre inmunidades de los altos funcionarios peruanos.
- Explicar el conflicto jurídico entre las disposiciones constitucionales sobre inmunidades de los altos funcionarios peruanos y el artículo 27 del Estatuto de Roma.
- Elaborar un estudio comparado sobre las excepciones a las disposiciones constitucionales sobre inmunidades de los altos funcionarios estatales que otros países han previsto al entrar en vigor el Estatuto de Roma.
- Comprender cómo la Corte Penal Internacional ejerce su jurisdicción sobre los altos funcionarios estatales.
- Conocer la casuística de la Corte Penal Internacional respecto a altos funcionarios estatales, a fin de evidenciar cómo las disposiciones constitucionales sobre inmunidades afectan la obligación internacional de cooperación.

### **4. JUSTIFICACIÓN**

La relevancia de la presente investigación radica en su búsqueda de evitar que se materialice, en la práctica, un conflicto jurídico entre nuestra Constitución y el Estatuto de Roma, lo cual podría generar, en *ultima ratio*, la responsabilidad internacional del

Estado peruano, así como perpetuar la impunidad ante la comisión crímenes internacionales por parte de los altos funcionarios nacionales.

Por otra parte, los resultados de esta investigación ayudarían a fundamentar jurídicamente una eventual modificación o reforma de la Constitución, por parte de los legisladores; así como al Tribunal Constitucional, en el sentido de ayudar a orientar una eventual interpretación de la Constitución en su relación con el Estatuto de Roma.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **1. LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL CONTRA LOS ALTOS FUNCIONARIOS ESTATALES**

#### **1.1. ANTECEDENTES**

En concordancia con la opinión de Olásolo, H. (2018), el derecho penal internacional parece tener tres momentos históricos importantes que definirán su existencia. En principio, serán las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial y la subsecuente creación del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y del Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente. En segundo lugar, el término de la Guerra Fría, aunado a los sucesos conflictivos interétnicos de la década de los noventa, ayudará a desarrollar progresivamente mecanismos jurisdiccionales internacionales como los tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda. Finalmente, a partir del año 2002, con la entrada en vigor internacional del Estatuto de Roma y, por ende, de la Corte Penal Internacional, tribunal internacional de carácter universal y permanente, se consolidará esta rama jurídico internacional.

Es relevante comentar que también existen experiencias previas a la Segunda Guerra Mundial no consolidadas, donde pueden ser evidentes los intentos de responsabilizar y enjuiciar penalmente a autores de “crímenes internacionales”, sin siquiera consolidarse dicha figura. Es el caso del káiser Guillermo II, antiguo emperador alemán, que fue responsabilizado, por los representantes de los países vencedores de la Primera Guerra Mundial, en el marco del Tratado de Versalles (1919), de la comisión de crímenes contra la “moral internacional” y la “santidad de los tratados” (sobre este punto, ver Olásolo, H., 2018, p. 13). Sin embargo, el exilio del káiser a Países Bajos, sumado a la complejidad de la aplicación de esas disposiciones del tratado, hicieron imposible su extradición y posterior enjuiciamiento.

En ese orden de ideas, no será hasta la Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), donde se cometieron crímenes atroces contra población civil y personal militar, que se pensará en la erección de un tribunal internacional que se encargue de juzgar a los máximos responsables del régimen nazi. De ese modo, tras el acuerdo de los principales Estados vencedores (Unión Soviética, Estados Unidos de América, Reino Unido y Francia), se estableció el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (1945), tribunal penal internacional creado para investigar y sancionar a los culpables del “Eje Europeo” de los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial. En ese sentido, dicho tribunal fue creado *ex post facto*, con competencias para investigar la comisión de los crímenes de guerra, contra la humanidad y contra la paz. Durante el tiempo de vigencia, el tribunal de Núremberg sentenció a distintos líderes nazis sobrevivientes como: Rudolf Hess, Albert Speer, Hermann Göring, Joachim von Ribbentrop, entre otros. En este punto, también es apropiado mencionar la creación del Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (o tribunal de Tokio), encargado de juzgar a los criminales de guerra japoneses por los crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio y complot de guerra, en el marco de ese conflicto armado.

Resulta trascendente reiterar que los precitados tribunales fueron constituidos mediante el consenso de los principales países aliados y vencedores de esta guerra, a través de tratados vinculantes; sin embargo, la aplicación de la jurisdicción de estos tribunales también supuso la aplicación de nuevos delitos, creados a partir de los propios estatutos de conformación, por lo que estos delitos no preexistían a la comisión de los crímenes investigados. En ese sentido, la actuación de estos tribunales cuestionó en gran medida el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) o la prohibición de irretroactividad de las leyes penales, principios pilares del derecho penal y del Estado de derecho.

Por otra parte, los estatutos de ambos tribunales internacionales también configuraron la responsabilidad penal individual sin considerar las inmunidades o el cargo oficial de los perpetradores (ver artículo 7 del Estatuto del tribunal de Núremberg o el artículo 6 del Estatuto del tribunal de Tokio) como barreras

procesales para que sendos tribunales ejerzan su jurisdicción. Por ejemplo, este razonamiento fue aplicado sobre los líderes nazis, entre ellos, sobre *Karl Doenitz*, almirante alemán que se convirtió en Jefe Estado tras el suicidio de Hitler, así como del resto de altos funcionarios nazis procesados.

Después de este episodio, a partir de la década de los noventas, a raíz de una serie de sucesos conflictivos en algunas partes del mundo, se produjo un intenso desarrollo de mecanismos jurisdiccionales universales. De ese modo, se crearon tribunales penales internacionales para conocer distintos casos donde presuntamente se habían cometido crímenes internacionales. Algunos de estos tribunales internacionales fueron creados por mandatos del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mientras que otros fueron establecidos por recomendaciones de organizaciones internacionales como la Unión Europea o la Unión Africana, así como por consentimiento o acuerdo del propio Estado con esas organizaciones internacionales. Así, estos tribunales poseían composición eminentemente internacional, mixta, híbrida o simplemente presentaban componentes de internacionalización.

En esa lógica, por ejemplo, el Consejo de Seguridad, mediante sendas resoluciones, amparadas en las facultades del Capítulo VII de la Carta de la ONU, creó dos tribunales penales internacionales: el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en 1994, encargado de investigar y procesar a los implicados en el “genocidio de Ruanda”, donde distintos líderes de la etnia Hutu planificaron y sistematizaron asesinatos contra la población étnica Tutsi; y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en 1993, encargado de investigar y sancionar a los principales responsables de la comisión de crímenes internacionales, desde el 1 de enero de 1991, en el marco de las guerras yugoslavas, en el ámbito del proceso político de disolución de Yugoslavia.

Sobre estos tribunales, es importante remarcar que ambos fueron cerrados hace algunos años; sin embargo, el Consejo de Seguridad, mediante resolución 1966 (2010), creó el Mecanismo Residual Internacional para Tribunales Internacionales (oficialmente *International Residual Mechanism for Criminal Tribunals*), a fin de

conocer las apelaciones, procedimientos administrativos, ejecución de sentencias, procedimientos de revisión, de los casos que aún no han sido culminados en ambos tribunales.

Por otra parte, a lo largo de la década de los noventa y la posterioridad, se crearán tribunales internacionales con matices híbridos o mixtos. En el año 2000, por ejemplo, la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (UNTAET) creará el Tribunal de Timor Oriental (oficialmente llamado *Special Panels for Serious Crimes*), diseñado para investigar los crímenes internacionales cometidos en el territorio de Timor Oriental tras el referéndum de 1999 que derivó en su independencia de Indonesia.

En el año 2015, por recomendación del Consejo Europeo, la República de Kosovo accedió a crear el Tribunal Especial para Kosovo (oficialmente denominado *Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office*), constituido para investigar y sancionar a los principales responsables de crímenes internacionales cometidos en el marco de la Guerra de Kosovo (1998 – 1999).

También, en el año 2002, a raíz de un acuerdo entre la ONU y la República de Sierra Leona, se instaló el Tribunal Especial para Sierra Leona, creado para investigar y juzgar a los responsables de violaciones al derecho internacional humanitario, desde el 30 de noviembre de 1996, en el marco del conflicto armado no internacional librado en territorio sierraleonés.

En el año 2005, por exigencia del Consejo de Seguridad al Gobierno de Bosnia y Herzegovina, se instaló la Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia-Herzegovina, tribunal con jurisdicción para conocer los casos de crímenes internacionales cometidos en territorio bosnio desde 1992 a 1995.

En el año 2003, se creó el Tribunal de Camboya (oficialmente conocido como *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*), con competencia para investigar y procesar a los principales responsables de crímenes internacionales cometidos, en territorio camboyano, entre 1975 y 1979, en el marco de la existencia de la Kampuchea Democrática bajo la dirección de los “jemeses rojos”.

Otro ejemplo claro de tribunal híbrido son las Cámaras Africanas Extraordinarias, tribunal con sede en Dakar, fundado en un acuerdo entre la Unión Africana y el Estado senegalés, establecido para enjuiciar a los responsables de crímenes internacionales cometidos en Chad durante los años 1982 a 1990, durante la dictadura de Hisséne Habré. Asimismo, es de destacar el caso del Tribunal Especial para el Líbano, creado por el Consejo de Seguridad a solicitud del gobierno libanés para juzgar a los responsables del asesinato del primer ministro libanés Rafiq Hariri, víctima de un atentado perpetrado presuntamente por milicianos de Hezbolá.

Como se observa, durante varios años la creación de tribunales penales internacionales fue progresiva. Sin embargo, un gran sector de la doctrina ha criticado duramente la concepción y la actuación de estos. Por ejemplo, existen cuestionamientos hacia los tribunales penales internacionales *ad hoc* por no haberse fundado bajo el marco o amparo del principio de legalidad o el principio de irretroactividad de las leyes penales, puesto que la creación de estos tribunales se encuentra ligada a estatutos concebidos después de ocurridos los hechos investigados. En esa línea, el profesor alemán Ambos, K. (2010, p. 238) señala que *“[l]a creación ex post facto de los tribunales ad hoc infringe ante todo el elemento temporal del principio nullum crimen, es decir, la prohibición de la retroactividad de las leyes penales. Todos los tribunales ad hoc—desde Nüremberg a La Haya, Arusha, Freetown, Pnom Penh, Bagdad y El Líbano (...) fueron establecidos con posterioridad a la comisión de los crímenes que ellos mismos iban a juzgar”*.

Por otra parte, los tribunales internacionales con características híbridas o mixtas tampoco estuvieron exentos de críticas, las mismas que van desde cuestionamientos a su composición (jueces de distintas nacionalidades, por ejemplo), a la aplicación del derecho (aplicación dual de la normativa penal nacional y del derecho internacional), a su jurisdicción (instalación de tribunales en terceros países), entre otras discusiones. Aunque, sobre estos, también existen autores que destacan su eficacia (ver, por ejemplo, Carrol, C. (2013) en *Hybrid Tribunals are the Most Effective Structure for Adjudicating International Crimes Occurring Within a Domestic State*).

A pesar de las críticas y opiniones favorables sobre la constitución y funcionamiento de los tribunales penales internacionales destacados en los párrafos precedentes, todos estos manifestarán un componente constante y común: todos ejercerán su jurisdicción sin distinción del cargo oficial que los presuntos responsables mantengan o detenten, por lo que las inmunidades u otras prerrogativas serán irrelevantes para imposibilitar su ejercicio de jurisdicción. Así, *inter alia*, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artículo 6), el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (artículo 6.2), el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (artículo 7.2), prescribirán, de un modo u otro, la irrelevancia del cargo oficial o de las inmunidades del individuo para la jurisdicción de estos tribunales.

En la línea de lo señalado, sirve mencionar que muchos de los investigados y enjuiciados por estos tribunales fueron Jefes de Estado o de Gobierno de sus respectivos países, así como altos funcionarios estatales como ministros o parlamentarios, incluso ocupando dicho cargo al momento de la comisión de los crímenes o durante el proceso entablado en su contra. En ese sentido, en adelante, nos avocaremos a analizar los casos de los altos funcionarios públicos, que gozaban de prerrogativas internas, y que fueron implicados en la comisión de crímenes internacionales. Algunos de estos son: Slobodan Milosevic (ex presidente de Yugoslavia), Hisséne Habré (ex presidente de Chad), Jean Kambanda (ex primer ministro de Ruanda), Charles Taylor (ex presidente de Sierra Leona), entre otros.

De ese modo, serán estos precedentes de los tribunales internacionales *ad hoc*, mixtos e híbridos, los que sustentarán e influirán la actuación de la futura Corte Penal Internacional, la misma que, a través de la redacción del Estatuto de Roma, reconocerá expresamente el principio de irrelevancia del cargo oficial y de las inmunidades de los altos funcionarios (ver artículo 27 del ER), a fin de aplicar legalmente su jurisdicción sobre estos.

#### **1.1.1. La experiencia de los tribunales penales internaciones *ad hoc*, mixtos e híbridos contra los altos funcionarios estatales en ejercicio del cargo**

Antes de la constitución o creación de una Corte Penal Internacional capaz de juzgar a los principales responsables o involucrados en la comisión de crímenes

internacionales, la comunidad internacional, en su afán de investigar y llevar a juicio a los responsables individuales de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, cometidos en el marco de los distintos conflictos que se desarrollaron en la segunda mitad del siglo XX, experimentó mecanismos particulares de jurisdicción penal internacional con capacidad de investigar determinados hechos.

En primer lugar, sirve mencionar el fenómeno de la creación de los tribunales internacionales *ad hoc*, híbridos y mixtos. Tal como ha sido reseñado en los párrafos precedentes, esta fue la herramienta empleada por el Consejo de Seguridad tras los episodios conflictivos suscitados en la ex Yugoslavia (TPIY, 1993) y en Ruanda (TPIR, 1994). Además, a través del consentimiento de los propios Estados de conflicto, Naciones Unidas u otras organizaciones internacionales también ayudaron a la implementación de tribunales híbridos o mixtos como el Tribunal Especial de Sierra Leona, el Tribunal Especial del Líbano, etc.

Por otro lado, desde la década de 1990, se empezó a vislumbrar la práctica alterna de la aplicación del principio de jurisdicción universal que permitía juzgar a los presuntos autores de graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario en los tribunales locales de los Estados extranjeros distintos a los de la nacionalidad del autor o del lugar del hecho delictivo.

Es claro que en el marco de los procesos llevados a cabo en los tribunales internacionales *ad hoc*, híbridos y mixtos, y la de los llevados a cabo en virtud del principio de jurisdicción universal, los responsables individuales que fueron investigados o enjuiciados ostentaban distintos cargos y posiciones en sus países. Es lógico, entonces, que entre los principales implicados se encontraban desde líderes de guerrillas hasta Jefes de Estado o de Gobierno. En esa línea, la siguiente parte abordará la casuística desarrollada, por estos tribunales internacionales y por los tribunales locales al amparo del principio de jurisdicción universal, sobre altos funcionarios estatales responsables de estas violaciones, tomando específicamente el caso de los Jefes de Estado y de Gobierno:

### **a) El caso del ex presidente Slobodan Milosevic**

Slobodan Milosevic ocupó la presidencia de la República de Serbia (1989-1997), que, en ese momento, era una unidad federal de la República Federal de Yugoslavia. Asimismo, entre 1997 al 2000, fue presidente de la propia República Federal de Yugoslavia. Sobre este punto, a fin de contextualizar, es prioritario mencionar que la República Federal de Yugoslavia se convirtió en Estado sucesor legal de la República Federativa Socialista de Yugoslavia tras su disolución el año 1992.

Es importante indicar que, durante el proceso de disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, durante los años 1991 y 1994, se desarrollaron una serie de conflictos entre los Estados que buscaban escindirse (Croacia, Eslovenia o Bosnia) y la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro). Posterior a ello, entre los años 1998 y 2001, otro grupo de conflictos se desarrollarán en el marco de la disolución de la propia República Federal de Yugoslavia.

Grosscup, S. (2004, p. 355) señala, sobre los conflictos balcánicos, lo siguiente:

*“The conflict in Yugoslavia during the last decade has culminated in unprecedented events in international law due to circumstances particular to the region. The war exposed a number of intense ethnic tensions between Bosnian, Croatian, and Serb populations that had lain dormant in the Balkan region for many years under the rule of General Josip Broz Tito”.*

En ese contexto, estos conflictos bélicos dejarán decenas de miles de víctimas mortales y millones de refugiados y desplazados (sobre estas estadísticas, ver ACNUR, *“Guerra de los Balcanes, uno de los peores conflictos de la historia”*, 2018). Este panorama llevará a que el Consejo de Seguridad decida, a través de la Resolución 827, del 25 de mayo de 1993, constituir el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en aras de investigar todas las violaciones al derecho internacional humanitario, a las normas y costumbres de la guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio, que se cometieron en la región balcánica producto de las “guerras yugoslavas”, desde 1991 en adelante.

De esa forma, desde su instalación, el TPIY buscará extraditar a distintos responsables de estos crímenes. Así, diferentes personajes como Ante Gotovina (croata), Naser Orić (bosnio), Drazen Erdemovic (serbio), Ratko Mladic (serbio), Radovan Karadzic (serbio), Goran Hadžić (serbio), entre decenas de otros implicados, serán procesados por este tribunal *ad hoc*.

Entre otras cosas, cabe señalar que el Estatuto del TPIY, creado por la precitada Resolución 827, contemplaba, en el artículo 7.2, que “[/]a categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal (...)”. Así, el TPIY estaba habilitado para ejercer su jurisdicción sobre Jefes de Estado o de Gobierno de cualquiera de las partes beligerantes.

En ese orden de ideas, el 24 de mayo de 1999, el TPIY emitió dos órdenes de arresto contra el presidente yugoslavo Milosevic, y otros cuatro coautores, por la comisión de crímenes contra la humanidad y de guerra, cometidos contra la población albanesa de la provincia de Kosovo. En ese momento, Milosevic ocupaba el cargo de presidente de la República Federal de Yugoslavia, por lo que su captura y extradición, dependiente principalmente de la cooperación judicial de dicho Estado, se tornaría complicada e imposible. Además, sirve recordar que, hasta ese momento, la Constitución yugoslava de 1972 proscribía la extradición de ciudadanos yugoslavos, y, aunado a ello, aún el Estado yugoslavo no era miembro de las Naciones Unidas, por lo que la obligación internacional de Yugoslavia de extraditar a Milosevic al TPIY era cuestionable, toda vez que este último es un órgano de la ONU, organización internacional de la que Yugoslavia no era miembro.

Scharf, M. (1999) reseña lo siguiente sobre la acusación contra Milosevic:

*“The indictment, which was confirmed by a trial chamber judge on May 24 and transmitted to the Federal Republic of Yugoslavia on May 27, charges Slobodan Milosevic (President of the Federal Republic of Yugoslavia), Milan Milutinovic (President of Serbia), Dragoljub Ojdanic (Chief of Staff of the Yugoslav army), Nikola Sainovic (Deputy Prime Minister), and Vljajko Stojiljkovic (Minister of*

*Internal Affairs) with responsibility for deporting 740,000 Kosovo Albanians and for the murder of 340 others. The indictment is broken down into four counts: Count 1: Deportation (a crime against humanity), Count 2: Murder (a crime against humanity), Count 3: Murder (a violation of the customs of war), and Count 4: Persecution (a crime against humanity).”*

Sin embargo, el panorama político en Yugoslavia cambió con el triunfo electoral del otrora presidente *Vojislav Koštunica* y con la elección en Serbia del primer ministro *Zoran Đinđić*. Cabe precisar que *Đinđić* era primer ministro, o jefe de gobierno, de Serbia, que, en ese momento, era una unidad federal de la República Federal de Yugoslavia. Así, en ese intervalo, el primer ministro serbio emitió un decreto ejecutivo que implementaba procedimientos de cooperación judicial para la captura y extradición del ex presidente Milosevic, a fin de asegurar una rápida detención y entrega de Milosevic a La Haya (sede del TPIY).

No obstante, el 6 de noviembre del 2001, el Tribunal Constitucional de Yugoslavia anuló el referido decreto ejecutivo, considerando que este era contrario a la prohibición constitucional de extraditar a ciudadanos yugoslavos, además de versar sobre una materia de competencia exclusiva del propio Estado federal yugoslavo. Sobre este particular, es coincidente la opinión y reseña de Magliveras, K. (2002, p. 663-664).

Finalmente, el 29 de junio de 2001, el Gobierno serbio, con participación y votación de todos los ministros, en una medida controversial desde el punto de vista jurídico, decidió que Slobodan Milosevic fuese trasladado, desde su cautiverio en una prisión de Belgrado (Serbia), donde se encontraba detenido por delitos de corrupción, a Bosnia y Herzegovina, para posteriormente ser llevado a la sede del TPIY (La Haya, Países Bajos).

Autores como Abtahi, H. & Dawson, G. (2016, p. 1) señalan, sobre el juicio que Milosevic afrontase en el TPIY, lo siguiente:

*“Slobodan Milošević has the infamous honour of being the first post-World War II former head of state to be brought before and tried by an international criminal tribunal. As noted by Human Rights Watch, “the trial of Milosevic marked an end*

*of the era when being a head of state meant immunity from prosecution. Since then other former heads of state, including Saddam Hussein and Charles Taylor, have been brought to justice (...).”*

En el marco del proceso en su contra (ver caso *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*), a instancias del TPIY, la defensa del ex presidente Milosevic cuestionó su detención y la jurisdicción del tribunal. Así, por ejemplo, la Sala de Enjuiciamiento resolvió las cuestiones relativas a la inmunidad alegada por Milosevic (ver *Decision on Preliminary Motions*, del 8 de noviembre de 2001), determinando que esta no se configuraba para efectos de crímenes internacionales.

Abtahi, H. & Dawson, G. (2016, p. 6) reseñan, sobre la decisión de la Sala de Enjuiciamiento sobre la jurisdicción del TPIY contra Jefes de Estado:

*“Fifth, the Amici Curiae contended that the ICTY lacked jurisdiction over Milošević because of his status as the former President of the FRY. Article 7(2) of the Statute provided, ‘The official position of any Accused person, whether as Head of State or Government ... shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment’ (Statute of ICTY, Art. 7(2)). The Trial Chamber therefore held that there was no basis for challenging this Article, ‘which at this time reflects a rule of customary international law’ (Prosecutor v. Milošević 8 November 2001, paras. 26–34)”.*

Superado los cuestionamientos legales sobre la jurisdicción del TPIY, el proceso contra Milosevic siguió su curso. No obstante, el 11 de marzo de 2006, Milosevic fue hallado muerto en su celda, a causa de un infarto. De ese modo, la Sala de Primera Instancia del TPIY concluyó formalmente el procedimiento en su contra.

Después de todo, a pesar de la muerte de Milosevic, el proceso en su contra demostró que llevar a juicio al Jefe de Estado de un país, por casos de crímenes internacionales, era totalmente posible. En la misma línea, Abtahi H. & Dawson G. (p. 25) señalan:

*“But ultimately the most important outcome of the Milošević trial is that it demonstrated, for the first time in the post-World War II international criminal justice setting, the implementation of the concept of accountability of heads of*

*state for the commission of the most serious crimes of concern to humanity. While in the 1990s this was still a questionable endeavour, it has now become an accepted fact (...)*”.

## **b) Caso del ex presidente de Liberia Charles Taylor**

Charles Ghankay Taylor ocupó la presidencia de la República de Liberia entre el año 1997 y 2003. Antes de su llegada al poder, en la vecina Sierra Leona se desató un conflicto armado no internacional (1991-2002), donde milicias insurgentes luchaban contra el gobierno central sierraleonés. Al asumir la presidencia de Liberia, Taylor apoyó activamente a estas milicias y grupos insurgentes sierraleoneses.

Tal como ha sido afirmado en el caso *Prosecutor v. Charles Taylor* (ver *Indictment*, del 3 de marzo de 2003), Taylor apoyó a estos grupos armados a fin de aprovecharse de los recursos minerales de Sierra Leona, principalmente de los diamantes de ese territorio. Además, sus intenciones buscaban desestabilizar ese país fronterizo. Respecto a esta afirmación, es conveniente citar un pronunciamiento de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial de Sierra Leona:

*“The Indictment against Mr. Taylor contains seventeen counts. It accuses him of the commission of crimes against humanity and grave breaches of the Geneva Conventions, with intent “to obtain access to the mineral wealth of the Republic of Sierra Leone, in particular the diamond wealth of Sierra Leone, and to destabilize the state”. It is alleged that he “provided financial support, military training, personnel, arms, ammunition and other support and encouragement” to rebel factions throughout the armed conflict in Sierra Leone.” (Decision on Immunity from Jurisdiction, del 31 de mayo de 2004, pp. 4-5, par. 5).*

Mientras Taylor ejercía la presidencia liberiana y apoyaba a las milicias sierraleonesas, el Consejo de Seguridad, mediante la resolución 1270, del 22 de octubre de 1999, estableció la Misión de Naciones Unidas para Sierra Leona (UNAMSIL), misión de mantenimiento de la paz destinada, principalmente, a implementar el Acuerdo de Paz de Lomé, tratado que suscribieron, el 7 de julio

de 1999, el otrora presidente sierraleonés Ahmad Tejan Kabbah y el líder rebelde Foday Sankoh, quienes estuvieron involucrados en el conflicto armado interno que asoló Sierra Leona durante la década de los noventa. No obstante, Taylor prosiguió apoyando y colaborando con los grupos rebeldes. De esa manera, el conflicto se reactivó y la paz no pudo consolidarse inmediatamente.

El 16 de enero de 2002, en la ciudad de Freetown, el Estado sierraleonés y las Naciones Unidas suscribieron un tratado referente al establecimiento del Tribunal Especial de Sierra Leona (denominado oficialmente *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a Special Court for Sierra Leone*). Es relevante destacar que esta nueva forma de establecer un tribunal internacional fue instaurada a pedido del Consejo de Seguridad, quien solicitó a la Secretaría General, vía resolución 1315, del 14 de agosto de 2000, negociar un tratado de este tipo con Sierra Leona. Así, este tribunal se creaba en virtud de un tratado entre un Estado y una organización internacional.

En esa lógica, el TESL iba a procesar a las personas que tengan mayor responsabilidad en la comisión crímenes internacionales y en violaciones al derecho internacional humanitario cometidos, en territorio sierraleonés, desde el 30 de noviembre de 1996. Asimismo, el TESL funcionaría en conformidad con su propio Estatuto (oficialmente *Statute of The Special Court for Sierra Leone*), instrumento anexo al Acuerdo para el establecimiento del TESL, por lo tanto, parte integral de dicho tratado, por lo que conserva la misma naturaleza jurídica.

Entre otras cosas, el Estatuto del TESL prevé una serie de disposiciones relacionadas a las competencias del tribunal, definiciones de los crímenes bajo su jurisdicción, entre otras provisiones. No obstante, al igual que los Estatutos de los tribunales internacionales *ad hoc*, contiene un acápite referente a la responsabilidad penal individual, donde plantea que la posición oficial de algún acusado, ya sea Jefe de Estado o de Gobierno, no le exime de responsabilidad penal ni mitiga o disminuye la sanción. Sobre este punto, a continuación, se describe el pertinente artículo 6.2 de ese Estatuto:

*“The official position of any accused persons, whether as Head of State or Government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.”*

Además de lo analizado, es relevante destacar, en consistencia con lo descrito en el artículo 7 del Estatuto, que el TESL tenía jurisdicción para investigar y determinar la responsabilidad también de los menores entre 15 a 18 años, debido a la actuación e implicación de miles de menores como “niños soldados” en los bandos de este conflicto. Por otra parte, el derecho que guiaría las funciones de este tribunal no solo estaban basadas en los instrumentos internacionales analizados sino también en la legislación nacional sierraleonesa, tal como es descrito en diversas disposiciones de los propios instrumentos precitados. Esta última será una característica trascendente y original de este tribunal, la que revestirá ese carácter mixto.

De ese modo, Taylor será acusado por el Fiscal del TESL por 17 cargos, los que posteriormente se reducirán a 11, entre los que se encuentran violación sexual, ordenar castigos colectivos, uso de niños soldados, secuestros, ataques a personal de las fuerzas de mantenimiento de la paz de la UNAMSIL, entre otros graves crímenes que fueron previamente definidos o tienen como base legal el Estatuto del TESL. Sobre este particular, la *Decision on Immunity from Jurisdiction*, de la Sala de Apelaciones del TESL, destacó lo siguiente:

*“The counts variously accuse him of responsibility for ‘terrorizing the civilian population and ordering collective punishment’, sexual and physical violence against civilians, use of child soldiers, abductions and forced labour, widespread looting and burning of civilian property, and attacks on and abductions of UNAMSIL peacekeepers and humanitarian assistance workers. In short, the prosecution maintains that from an early stage and acting in a private rather than an official capacity he resourced and directed rebel forces, encouraging them in campaigns of terror, torture and mass murder, in order to enrich himself from a share in the diamond mines that were captured by the rebel forces.” (p. 5, par. 5).*

Así, Uhlirova, K. (2003) señala lo siguiente sobre la acusación contra Taylor:

*“The Indictment against the first African incumbent Head of State was approved in March 2003. He was only the second Head of State to be indicted while in the office. The Indictment initially included 17 counts in which Taylor was accused of planning, instigating, ordering, committing or otherwise aiding and abetting in the planning, preparation or execution of crimes such as terrorizing the civilian population and collective punishments, unlawful killings, physical and in particular sexual violence, use of child soldiers, abductions and forced labour, looting and burning and attacks on peacekeepers. The Indictment claims, inter alia, that Taylor was acting with intent to gain access to the mineral wealth of Sierra Leone, in particular the diamond wealth and to destabilize the State.*

*Subsequently, an international arrest warrant and order for Taylor’s transfer and detention were issued by the SCSL. The Prosecutor decided to reveal the indictment and arrest warrant while Taylor was attending and participating in peace negotiations in Ghana in June 2003. Taylor stepped down from office in August 2003, only after strong international pressure.” (p. 38).*

Por su lado, Frulli, M. (2004) reseña que:

*“The Indictment for war crimes against humanity and the arrest warrant concerning Taylor, issued on 7 March 2003, were disclosed on 4 June 2003 in order to be transmitted to the authorities of Ghana, where Taylor was travelling to attend peace talks. However, the unsealing of the Special Court’s acts proved ineffective to secure Taylor’s apprehension.” (p. 1118).*

Subsecuentemente, el 23 de julio de 2003, el TESL ordenó la detención del presidente Charles Taylor (ver documento denominado *Aplicant’s Motion*).

Sin embargo, durante el proceso en su contra, la Defensa de Taylor intentó negar la competencia y jurisdicción del TESL para investigar al otrora presidente liberiano, amparándose en las disposiciones de su propia Constitución Política. Así, la Constitución Política de Liberia de 1986, vigente hasta la fecha, describía que el Jefe de Estado liberiano era inmune, otorgándole un carácter absoluto y sin restricciones a la figura de la inmunidad del Jefe de Estado hasta que este cesase en el cargo:

*“The President shall be immune from any suits, actions or proceedings, judicial or otherwise, and from arrest, detention or other actions on account of any act done by him while President of Liberia pursuant to any provision of this Constitution or any other laws of the Republic. The President shall not, however, be immune from prosecution upon removal from office for the commission of any criminal act done while President.” (Artículo 61 de esa Constitución).*

Igualmente, la Constitución liberiana también regulaba otras cuestiones relacionadas a la figura del Jefe de Estado:

*“The Executive Power of the Republic shall be vested in the President who shall be Head of State, Head of Government and Commander-in-Chief of the Armed Forces of Liberia. The president shall be elected by universal adult suffrage of registered voters in the Republic and shall hold office for a term of six years commencing at noon on the third working Monday in January of the year immediately following the elections. No person shall serve as President for more than two terms.” (Article 50).*

La Defensa de Taylor buscaba plantear que, en el marco del derecho interno liberiano, el presidente era inmune de los actos cometidos durante el ejercicio de su mandato o cargo, esto es, que estas prerrogativas impedían que un tribunal internacional pueda ejercer su jurisdicción sobre el mismo. La Defensa de Taylor también recogió e interpretó favorablemente la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), respecto al caso *Yerodia* (*ver Case concerning Arrest Warrant of 11 April 2000 [Democratic Republic of the Congo v Belgium], del año 2002*), en el cual se reconocía el carácter absoluto de la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado, por lo que, amparándose en este razonamiento, Taylor, en su calidad de Jefe de Estado, también gozaría de inmunidad de jurisdicción penal. En ese sentido, la Defensa sostenía que el TESL se había constituido en virtud de un tratado entre la ONU y un Estado, por lo que no se había establecido en virtud de la capacidad del Consejo de Seguridad. Además, las reglas que guiaban el funcionamiento de este tribunal se encontraban fundadas en el derecho interno sierraleonés, por lo que una “orden de arresto” contra Taylor debía ser interpretada como una orden o medida propia

de un tercer Estado en conformidad con su propio derecho interno, lo cual sí afectaba el principio internacional de igualdad soberana, puesto que un Estado no podría ejercer su jurisdicción sobre otro. (Ver *Decision on Immunity from Jurisdiction*, pp. 5-6).

De todos modos, sí resultaba curioso que el presidente de Liberia fuese juzgado por un tribunal internacional mixto establecido en un tercer Estado como Sierra Leona. Sin embargo, a pesar de la estrategia legal ejecutada por la Defensa de Taylor, la Sala de Apelaciones consideró que llevar a juicio al presidente liberiano era absolutamente viable, analizando el caso *Yerodia* y la cuestión de si el TESL puede ser considerado efectivamente un tribunal internacional como los tribunales *ad hoc* creados directamente por el Consejo de Seguridad, en función del Capítulo VII de la Carta de la ONU:

*“Although the SCSL was established by treaty, unlike the ICTY and ICTR, which were each established by resolution of the Security Council in its exercise of powers by virtue of Chapter VII of the UN Charter, it was clear that the power of the Security Council to enter into an agreement for the establishment of the SCSL was derived from the Charter of the United Nations both in regard to the general purposes of the United Nations as expressed in Article 1 of the Charter and the specific powers of the Security Council in Articles 39 and 41. These powers are wide enough to empower the Security Council to initiate, as it did by Resolution 1315 (2000), the establishment of the SCSL by Agreement with Sierra Leone.” (par. 37).*

*“But in regard to criminal proceedings before ‘certain international criminal courts’, it held: an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction. Examples include the International Criminal tribunal for the former Yugoslavia and the International Criminal tribunal for Rwanda, established pursuant to Security Council resolutions under Chapter VII of the United Nations Charter, and the future International Criminal Court created by the 1998 Rome Convention. The latter’s statute expressly provides, in Article 27, paragraph 2, that ‘immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or*

*international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such person’.” (par. 50).*

*“A reason for the distinction, in this regard, between national courts and international courts, though not immediately evident, would appear due to the fact that the principle that one sovereign state does not adjudicate on the conduct of another state; the principle of state immunity derives from the equality of sovereign states and therefore has no relevance to international criminal tribunals which are not organs of a state but derive their mandate from international community. Another reason is as put by Professor Orentlicher in her amicus brief that: states have considered the collective judgment of the international community to provide a vital safeguard against the potential destabilizing effect of unilateral judgment in this area.” (par. 51).*

Es importante aclarar que el TESL contaba con su sede en Freetown (Sierra Leona); no obstante, ante la preocupación y alarma que generaba llevar a juicio a un ex presidente de un país fronterizo ante los tribunales del país vecino, el Consejo de Seguridad, vía resolución 1688, del 16 de junio de 2006, aprobó que el proceso contra Taylor sea llevado a cabo en La Haya (Países Bajos).

Finalmente, el 26 de abril de 2012, la Sala de Primera Instancia sentenció a 50 años de prisión al otrora presidente liberiano Charles Taylor, hallándolo culpable de los once cargos imputados, en la modalidad de responsable de la planificación de esos crímenes, y haber ayudado a las milicias sierraleonesas a perpetrar estos delitos. Tras ello, la Sala de Apelaciones confirmó su condena.

El 26 de abril de 2012, la Sala de Enjuiciamiento II declaró culpable a Charles Taylor de once cargos, en la modalidad de responsabilidad de la planificación de los delitos y de ayudar e incitar los delitos cometidos por las fuerzas rebeldes en Sierra Leona:

*“Having considered all the evidence and the arguments of the parties, the Statute and the Rules, and based upon the findings as determined by the Trial Chamber in its Judgement, the Trial Chamber unanimously finds you guilty of aiding and abetting the commission of the following crimes pursuant to Article 6.1 of the Statute during the Indictment period, and planning the commission of*

*the following crimes in the attacks on Kono and Makeni in December 1998, and in the invasion of and retreat from Freetown between December 1998 and February 1999.” (Ver Judgment Summary, del 26 de abril de 2012, par. 181).*

El 30 de mayo de 2012, los jueces de la Sala de Enjuiciamiento II condenó a Taylor a 50 años de prisión. Tiempo después, la Cámara de Apelaciones confirmó la condena de Charles Taylor y la sentencia de 50 años (ver *Appeals Judgment*, del 26 de septiembre de 2013). Es relevante detallar que el ex presidente liberiano purga prisión en Reino Unido.

### **c) Caso del primer ministro de Ruanda Jean Kambanda**

La República de Ruanda es un Estado soberano situado en la región de África Oriental, en el que se desarrolló, en la década de los noventa, un cruento conflicto interétnico, marcado principalmente por el genocidio perpetrado por el Gobierno hutu contra la población civil tutsi.

Para contextualizar, es relevante comentar que, hasta la actualidad, en Ruanda coexisten distintas poblaciones étnicas: hutus, tutsi, swahili, entre otras. Casi el 90% de la población ruandesa es hutu, mientras que menos del 10% es tutsi. La dinámica en las relaciones históricas de ambas etnias ha sido controversial, con episodios marcados por la dominación de una u otra parte en lapsos y espacios distintos, así como periodos de distensión y convivencia armónica.

Para centrarnos específicamente en el conflicto, es importante reseñar que, ya antes de iniciarse este, Ruanda tenía un gobierno central compuesto por la representatividad de la mayoría hutu. Desde 1978, Ruanda estaba gobernada por el líder hutu Juvénal Habyarimana. Dicho gobierno implementó políticas y medidas discriminatorias contra la población minoritaria tutsi. Bajo su mandato, miles de tutsis huirán y se exiliarán en países como Uganda, desde donde iniciarán y planificarán operaciones para derrocar al gobierno hutu instalado en Ruanda. En esa línea, se gestará desde Uganda el Frente Patriótico Ruandés (FPR), movimiento insurgente que luchará para derrocar al presidente Habyarimana.

Este marco conflictivo tendrá como punto de inflexión el atentado perpetrado contra el avión que transportaba al presidente ruandés Habyarimana y al presidente burundés Cyprien Ntaryamira, el 6 de abril de 1994, donde perecerán ambos presidentes mientras el avión se disponía a aterrizar en Kigali. Rápidamente, se acusará a las fuerzas del FPR de haber instigado este ataque. Sin embargo, aún en la actualidad, se discute la posible responsabilidad e implicación de los sectores radicales hutus.

Tras la muerte del presidente ruandés, un grupo de radicales y nacionalistas hutus se harán con el poder, encargándose de promover ataques deliberados contra la población tutsi, en represalia por el asesinato de Habyarimana. Los dirigentes hutus azuzarán a la población, mediante diversos medios como la radio o periódicos, declaraciones oficiales, entre otras, para perseguir y asesinar a la minoría tutsi.

Human Rights Watch (2019) relata lo siguiente, sobre la conexión entre el atentado contra Habyarimana y el genocidio hacia los tutsis:

*“On April 6, 1994, a plane carrying the Rwandan President Juvénal Habyarimana and the Burundian President Cyprien Ntaryamira was shot down over the Rwandan capital, Kigali. The crash triggered the start of three months of ethnic killings across Rwanda on an unprecedented scale.*

*Hutu political and military extremists orchestrated the killing of approximately three quarters of Rwanda’s Tutsi population, leaving more than half a million people dead. Many Hutu who attempted to hide or defend Tutsi and those who opposed the genocide were also killed.”*

Según reportes de Human Rights Watch (2019), estos ataques se saldarán con la vida de más de 800 mil víctimas mortales, millones de desplazados y refugiados, cometándose también diversos crímenes como violaciones sexuales masivas contra miles de mujeres, entre otros. Como resultado, los ataques contra los tutsis supondrán el exterminio de más del 70% de esa población étnica, en los casi tres meses que durará el asedio contra esta minoría.

Cabe precisar que, las matanzas contra los tutsis fueron ejecutadas no solo por la enardecida población civil sino por milicias juveniles como los *interahamwe*. Asimismo, estas fueron azuzadas por medios radiales como por la emisora *Radio Télévision Libre des Mille Collines*, emisora financiada por canales estatales que contribuyó a perpetrar el genocidio en distintos lugares del país.

Así, es trascendental recordar que, tras la muerte del presidente Habyarimana, se instalará un Comité de Crisis, controlado por el coronel Théoneste Bagosora, el mismo que premunirá a Théodore Sindikubwabo como presidente provisional y a Jean Kambanda como primer ministro. De ese modo, durante la gestación y desarrollo de este genocidio, Jean Kambanda asumirá como primer ministro del Gobierno Provisional de Ruanda.

En este punto, conviene indicar que, si bien el cargo de primer ministro había sido creado en la década de los sesentas, la Constitución de 1962 lo abolió. De esa forma, no fue recién hasta la Constitución de 1991 que se restablecería el cargo oficial de primer ministro. En ese sentido, tal como señala la propia Constitución ruandesa de 1991, el primer ministro era una figura conexas a la del presidente de la República, elegido por este último, y se encargaba de funciones o actividades ejecutivas o gubernamentales:

*“The Prime Minister: 1) shall present to the National Assembly the Government's program and the ministerial cabinet in charge of the execution thereof; 2) shall direct the Government's action; 3) shall determine assignments for Ministers and Secretaries of State and the nature and competence of the departments under their authority. Ministers and Secretaries of State shall receive authority from the Prime Minister for affairs relevant to their departments; the Prime Minister shall determine the extent of this authority; 4) shall make appointments to civil and military posts, except for conflicting legal provisions or regulations; 5) may replace the President of the Republic to preside a Council of Ministers by virtue of express authority and for a specific agenda; 6) shall countersign laws adopted by the National Assembly and promulgated by the President of the Republic; y, 7) shall execute laws and regulations by means of decrees when he is in charge thereof.” (Article 51).*

Esa Constitución también establecía que tanto el presidente como el primer ministro o los ministros de Estado, gozaban de inmunidad y solo debían ser procesados por crímenes cuando sean acusados por la Asamblea Nacional, mediante un voto de mayoría calificada. Así, el artículo 38 prescribía literalmente lo siguiente:

*“(1) The President of the Republic, and except in case of flagrante delicto, the Prime Minister, Ministers, and Secretaries of State may be prosecuted or arrested for crimes or misdemeanors only upon accusation voted on, in secret ballot, by the National Assembly with a majority of three-fourth of its members.*

*(2) They shall be subject to the Court of Cassation which shall rule, all chambers assembled, as the first and final resort.*

*(3) They may be subjected to civil imprisonment only upon authorization by the National Assembly.”*

Tal como describe la propia Carta Magna ruandesa de 1991, el presidente de la República era el Jefe de Estado, y era este quien ejercía el poder ejecutivo, por lo que a su vez era el Jefe de Gobierno. Asimismo, la referida Constitución señala que este se encontraba asistido por un “Gobierno”, compuesto por un primer ministro y los demás ministros. (Ver artículo 35 de esa Constitución). En esa línea, entonces, resultará importante destacar el razonamiento de la Fiscalía del TPRI, en el marco de su acusación sobre Kambanda, sobre el cargo que desempeñaba efectivamente este:

*“Jean Kambanda was Prime Minister of the Interim Government of the Republic of Rwanda established on 8 April 1994. He was officially sworn in on 9 April 1994. The Council of Ministers, which was headed by the Prime Minister, Jean Kambanda, was composed of 19 Ministers from five different political parties, namely the Movement républicain national pour la démocratie et le développement (MRND), the Mouvement démocratique républicain (MDR), the Parti Social-démocrate (PSD), the Parti liberal (PL), and the Parti démocrate chrétien (PDC). All of the cabinet Ministers of this Government also took office on 9 April 1994.*

*From 8 April 1994 to around 17 July 1994, Jean Kambanda, as Prime Minister, exercised “de jure” authority and control over the members of his government. Under the Constitution of 10 June 1991, executive power is exercised by the President of the Republic, who is assisted by the Government, composed of the Prime Minister and Ministers. Members of the Government are nominated by the Prime Minister and appointed by the President of the Republic. The Prime Minister is responsible for directing Government activities. The Government determines and controls national policy and has the administration and the armed forces at its disposal. The duties of Ministers as well as the nature and scope of government departments under their authority are determined by the Prime Minister. The resignation or cessation of duties of the Prime Minister, for any reason whatsoever, results in the resignation of the Government.” (Indictment, del 28 de octubre de 1997, p. 2).*

Es claro, entonces, que la reconfiguración del sistema político en Ruanda, tras la muerte del presidente Habyarimana, también implicará que la figura del primer ministro, limitada o supeditada a la del presidente, conforme a la Constitución de 1991, conservará o ampliará sus facultades, y, *de facto*, este ejercerá ampliamente como Jefe de Gobierno.

Dicho esto, conviene ahora mencionar que, el 8 de noviembre de 1994, mediante resolución 955, el Consejo de Seguridad aprobó la creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el mismo que se encontraba “(...) *habilitado para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994 (...)*” (artículo primero del Estatuto del TPIR). Dicho tribunal tendría jurisdicción para investigar la comisión de crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y violaciones del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y al Protocolo adicional II (básicamente, crímenes de guerra).

A diferencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que contaba con una sede en La Haya (Países Bajos), el TPIR tenía sede en la ciudad africana de Arusha (Tanzania).

Por otra parte, a tenor del artículo 6.2 del Estatuto del TPIR, se establecía también la irrelevancia del cargo oficial del Jefe de Estado o de Gobierno, por cuanto esta función o cargo no exime al acusado de responsabilidad penal individual, tampoco constituiría motivo para disminuir la pena. De esa manera, el TPIR tenía base legal para proceder contra Kambanda, a pesar de cualquier inmunidad que, en el marco del derecho internacional o interno, pudiera detentar.

Sobre la irrelevancia de la inmunidad de Kambanda, autores como Pedretti, R. (2014) señalan lo siguiente:

*“Nonetheless, a central figure in the Rwandan genocide, Jean Kambanda, the Prime Minister of the Interim Government of Rwanda from 8 April to 17 July 1994, pleaded guilty (to genocide, conspiracy to commit genocide, direct and public incitement to commit genocide, complicity in genocide as well as crime against humanity) and was sentenced to life imprisonment. Due to his guilty plea, there was no need for the Trial Chamber of the ICTR to consider Kambanda’s entitlement to immunity as a former high-ranking State representative. His conviction shows, however, that immunity under international law does not constitute a bar to the criminal proceedings conducted before the ICTR.” (p. 255).*

De esa forma, Kambanda fue acusado por el TPIR, detenido en Nairobi (Kenia) y extraditado a Arusha (Tanzania), a fin de ser juzgado por el TPIR. Sin embargo, Kambanda no optó por constituir una estrategia legal ni componer una defensa apropiada, por lo que solo fue asistido por un abogado de oficio. Finalmente, Jean Kambanda se declaró culpable, a través de un documento que remitió a la Sala de Enjuiciamiento I, de los delitos imputados por el TPIR en la acusación. Así, se hace patente lo descrito en *Judgement and Sentence*, del 4 de septiembre de 1998, del caso *The Prosecutor v. Jean Kambanda*:

*“Together with his guilty plea, Jean Kambanda submitted to the Chamber a document entitled “Plea Agreement between Jean Kambanda and the OTP”, signed by Jean Kambanda and his defence counsel, Oliver Michael Inglis, on 28 April 1998, in which Jean Kambanda makes full admissions of all the relevant facts alleged in the indictment.” (par. 39).*

Además, Kambanda aceptó haber ejercido autoridad sobre los miembros de su gobierno provisional, hasta sobre las fuerzas policiales y armadas:

*“Jean Kambanda acknowledges that as Prime Minister of the Interim Government of Rwanda from 8 April 1994 to 17 July 1994, he was head of the 20 members Council of Ministers and exercised de jure authority and control over the members of his government. The government determined and controlled national policy and had the administration and armed forces at its disposal. As Prime Minister, he also exercised de jure and de facto authority over senior civil servants and senior officers in the military.” (par. 39 [ii]).*

De ese modo, Jean Kambanda fue sentenciado a cadena perpetua, siendo trasladado a una prisión en Mali para cumplir su condena.

### **1.1.2. La experiencia de los tribunales nacionales contra altos funcionarios estatales: aplicación del principio de jurisdicción universal**

El principio de jurisdicción universal autoriza a los tribunales nacionales enjuiciar a los responsables de crímenes internacionales, independientemente de si estos se cometieron en cualquier lugar o hayan sido cometidos por cualquier persona, esto es, con independencia del territorio donde se constituye el hecho delictivo o de la nacionalidad de los presuntos responsables. Como ha sido definido por Philippe (2006, p. 3), el principio de jurisdicción universal es *“(…) un principio jurídico que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima”*.

Por otra parte, es importante sí referenciar que este principio tiene aspectos propios del derecho internacional y del derecho nacional. En ese orden, el principio de jurisdicción universal, al ser aplicado por los tribunales locales de un Estado,

dependerá también de la forma en que ese Estado haya regulado la aplicación del mismo, por lo que el principio de jurisdicción universal puede mantener una noción conceptual general similar, pero variar significativamente en su aplicación estatal.

Así, si bien existe práctica internacional consistente sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal para investigar y enjuiciar a implicados en crímenes internacionales, su aplicación no es imperativa para los tribunales locales del mundo, puesto que su aplicación depende esencialmente de la voluntad de los Estados para implementar este principio en su legislación.

Bajo ese marco, a lo largo del tiempo, distintos Jefes de Estado han sido investigados y juzgados a instancias de tribunales nacionales distintos a los del Estado de su nacionalidad, en virtud del principio de jurisdicción universal.

Existen diferentes casos en muchas partes de mundo donde Jefes de Estado, en ejercicio del cargo o no, fueron procesados por tribunales locales de otros Estados. En esa línea, los autores Olasolo, H.; Martínez, J. & Rodríguez, A. (2016, p. 259), destacan los siguientes casos:

*“(...) la implementación del principio de jurisdicción universal a nivel nacional ha permitido la presentación, desde el caso Pinochet a finales de los años noventa, de decenas de querellas en tribunales extranjeros contra altos representantes de los Estados, incluyendo los siguientes Jefes de Estado: Eric Honecker de la República Democrática Alemana (en la República Federal de Alemania), Muammar Gaddafi de Libia (en Francia), Hassan II de Marruecos (en España), Fidel Castro de Cuba (en España), Paul Kagame de Ruanda (en España), Hugo Chávez de Venezuela (en España), Augusto Pinochet de Chile (en España), y Jiang Zemin de China (en Argentina y España) (...).”*

## **1.2. La jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre altos funcionarios estatales en ejercicio del cargo**

A diferencia de las experiencias internacionales anteriormente comentadas, desarrolladas para situaciones concretas, la Corte Penal Internacional se crea y erige como un mecanismo de jurisdicción penal internacional de carácter permanente y de

alcance universal. Así, la CPI se crea en virtud de un tratado multilateral, el denominado oficialmente “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.

Como ha sido precisado anteriormente, la consecución del texto final del Estatuto de Roma responde a un largo proceso de negociación entre los representantes de distintos países, en el marco de la “*Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*”, llevada a cabo en 1998 en Roma, Italia. Es comprensible que los representantes negociadores de este tratado reflexionaron sobre la necesidad de evitar la impunidad de la comisión de crímenes internacionales, a través del establecimiento de un tribunal permanente capaz de investigar casos y juzgar a los implicados.

En ese sentido, dicho tratado fue adoptado el 17 de julio de 1998, en Roma, procediéndose a abrirlo a la suscripción de los distintos Estados de la comunidad internacional. Tal como lo revela la *United Nations Treaty Collection*, este tratado fue abierto a su firma, en el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Italiana, hasta el 17 de octubre de 1998. Tras ello, estuvo abierto a su suscripción en la ciudad de Nueva York, en la sede de la ONU, hasta el 31 de diciembre de 2000.

Tras satisfacer el requisito de su artículo 126.1, el Estatuto de Roma entró en vigor internacional el 1 de julio del 2000. Adicionalmente, el mismo día, este se registró ante la Secretaría General de la ONU con el N.º 38544. De ese modo, desde esa fecha, la CPI empezó a ejercer su jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra; no así sobre los crímenes de agresión, sobre los que se ejerció jurisdicción recién desde el 17 de julio de 2018.

En la actualidad, existen 137 Estados que han suscrito el Estatuto de Roma, siendo Partes únicamente 123 Estados, por lo que el Estatuto de Roma surte efectos vinculantes para esos 123.

Desde que empezó a ejercer su jurisdicción, la CPI ha aplicado “exámenes preliminares” e investigado distintas situaciones donde aparentemente se habían cometido crímenes internacionales. Así, la Corte emprendió investigaciones en Mali, Costa de Marfil, Kenia, Darfur (Sudán), Uganda, entre otros. En el marco de sus

investigaciones, la CPI acusó a diferentes personajes como: *Bahr Abu Garda, Mohammed Ali, Abdallah Banda, Omar al-Bashir, Jean-Pierre Bemba, Charles Blé Goudé, Muammar Gaddafi, Saif al-Islam Gaddafi, Laurent Gbagbo, Abdel Rahim Hussein, Saleh Jerbo, Germain Katanga, Uhuru Kenyatta, Tohami Khaled, Joseph Kony, Henry Kosgey, Ali Kushayb, Thomas Lubanga Dyilo, Ahmad al-Mahdi, Callixte Mbarushimana, Francis Muthaura, Mathieu Ngudjolo Chui, Bosco Ntaganda, Dominic Ongwen, William Ruto, Joshua Sang, Abdullah Senussi, Mahmoud al-Werfalli*, entre otros.

Cabe mencionar que muchos de estos implicados han sido acusados por la Fiscalía de la CPI, algunos se encuentran siendo procesados, otros permanecen en la clandestinidad o en situación de rebeldía a pesar de tener órdenes de comparecencia o detención, otros vienen ya cumpliendo sentencias condenatorias. Incluso, entre las personas que la Corte ha investigado o procesado, algunos se destacan por el cargo oficial que detentaban, ya sea en el momento de la comisión de estos crímenes o al momento de las actuaciones de la CPI. De ese modo, cabe considerar y analizar la situación especial de los Jefes de Estado o de Gobierno, u otros altos funcionarios, que han sido o fueron procesados a instancias de la CPI. Sobre este particular, pueden revisarse los casos de Muammar Gaddafi (ex Presidente de Libia), Omar Hassan Al Bashir (ex Presidente de Sudán) y Uhuru Kenyatta (Presidente de Kenia).

### **1.2.1. El artículo 27 del Estatuto de Roma y el principio de improcedencia del cargo oficial**

Como ha sido señalado, la CPI tiene la capacidad de ejercer su jurisdicción sobre cualquier individuo sin importar la posición o cargo que ocupe. En ese sentido, la CPI ejerce su jurisdicción sobre cualquier persona, a pesar de que existan inmunidades o procedimientos especiales, tanto en el derecho internacional o nacional, aplicables a estos. Esta es la situación de los Jefes de Estado o de Gobierno, u otros altos funcionarios, quienes, a pesar de gozar de inmunidades, ya sea en el plano internacional o nacional, son pasibles de ser investigados, acusados o juzgados por la comisión de crímenes internacionales ante la CPI.

Esta característica o atribución de la CPI ha sido recogida en el artículo 27 del Estatuto de Roma, con el siguiente texto:

*“1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.*

*2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.”*

Como se aprecia, el artículo 27 es crucial para que la CPI ejerza su jurisdicción sobre los máximos responsables de crímenes internacionales, que, usualmente, son las personas que se encuentran en relevantes posiciones de poder o en una posición superior y de control en la jerarquía estatal. En la práctica, el artículo 27 permite que la Corte pueda destinar sus esfuerzos a investigar o procesar a altos funcionarios, quienes tienen un grado de responsabilidad muchas veces mayor en la incidencia o perpetración de los crímenes.

Por su lado, Ambos, K. (2013) describe lo siguiente:

*“La Fiscalía ha decidido concentrarse en los crímenes más graves y en quienes tienen mayor responsabilidad (...) la Fiscalía de la CPI selecciona para sus casos principalmente a las personas que se encuentran en la cima de la jerarquía estatal” (p.135).*

Sobre la importancia de la incorporación de este artículo en el Estatuto de Roma, Triffterer, O. (2008) expresa que:

*“Article 27 is therefore one of the more important Articles in the ICC Statute when it comes to reaching the aim set out in the preamble of putting an end to the impunity of perpetrators of international crimes since the Article grants the ICC jurisdiction over the highest state officials of the member states.” (p. 786).*

En el mismo sentido, Triffterer afirma:

*“According to Article 27(1) state officials, for example – but not exclusively – those mentioned in the Article, that would otherwise be protected by immunity *ratione materiae* or immunity *ratione personae* can be held responsible for committing international crimes.” (p. 787-782).*

*“Article 27(2) aims at providing the ICC with jurisdiction over crimes committed by state officials enjoying immunity *ratione materiae* or immunity *ratione personae*” (p. 791).*

Por su parte, Gaeta, P. (2002) refiere, sobre el objeto de la prescripción del artículo 27, que:

*“The aim of Article 27(1) is to remove any Immunity that may be attached to any official capacity, not only the immunities applying to the official capacities mentioned in the Article. Article 27(1) therefore focuses of the functional immunity of state officials” (p. 990).*

Con el mismo razonamiento, Schabas, W. (2010) expresa:

*“Also immunity accorded to state officials by customary international law is irrelevant according to the Article since it explicitly refers to both national and international law” (p. 449).*

Como se observa, es claro que la función del artículo 27 es limitar o restringir los alcances o efectos de las inmunidades y procedimientos especiales detentados por algunos funcionarios estatales, a fin de asegurarse que la Corte pueda ejercer plenamente su jurisdicción sobre estos sin ese tipo de barreras procesales.

Desde el ámbito del derecho internacional, es conocido que los Jefes de Estado están premunidos de los alcances de la inmunidad *ratione materiae* o inmunidad *ratione personae*. Por el lado del derecho interno, dependerá de cada caso en función de las normas que regulan la inmunidad y/u otro procedimiento normado por cada Estado. Sin embargo, los Jefes de Estado, a pesar de esas inmunidades o prerrogativas, son pasibles de ser responsables de cometer crímenes internacionales.

En ese sentido, es claro que para la CPI la inmunidad de un Jefe de Estado es irrelevante para limitar el ejercicio de su jurisdicción. Sin embargo, la regulación del artículo 27 no solo alude a la inmunidad, en el marco del derecho internacional, cuyos alcances hemos analizado en los párrafos precedentes, sino también apunta a la inmunidad y otros procedimientos especiales que se den con arreglo al derecho interno de los propios Estados. En este último caso, la CPI también ejercería su jurisdicción a pesar que el cargo oficial del alto funcionario entrañe o conlleve ciertas inmunidades o procedimientos especiales que comúnmente los Estados suelen otorgar a sus máximos representantes o autoridades políticas.

### **1.2.3. Diferencias entre la inmunidad de los Jefes de Estado en el ámbito del derecho internacional y nacional**

A fin de continuar con el desarrollo de esta investigación, es importante mencionar que existen dos tipos de inmunidades para los Jefes de Estado: las inmunidades provenientes del derecho interno de cada Estado, cuyos efectos se extienden en el territorio de ese Estado; y, por otro lado, la inmunidad derivada del derecho internacional, oponible a todos los Estados y que solo protege al Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores.

En el primer caso, es claro que la inmunidad proveniente del derecho interno depende de cada contexto o realidad jurídica. De esa manera, cada Estado, a través de sus Constituciones o legislación, crea y regula convenientemente las inmunidades para diversos funcionarios nacionales. Por ejemplo, respecto al caso peruano, la Constitución otorgaba ciertas inmunidades, de forma diferenciada en cada caso, al Presidente, Congresistas, Defensor del Pueblo y a los miembros del Tribunal Constitucional, que implicaban una protección al cargo oficial que desempeña cada funcionario. Recientemente, como hemos precisado, la inmunidad parlamentaria ha sido suprimida, a través de una reforma constitucional, sobreviviendo únicamente la inmunidad presidencial.

En el segundo caso, la inmunidad proveniente del derecho internacional, deriva del clásico principio "*par in parem non habet imperium*", que ejemplifica el principio de igualdad soberana, por el que ningún Estado tiene la facultad de juzgar a otro, puesto

que existe una condición de igualdad entre estos. Este principio, conocido como “inmunidad de los Jefes de Estado”, genera una protección especial extensible a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno o Ministros de Relaciones Exteriores, es decir, aplica a ciertos altos funcionarios de cada Estado, independientemente de los mandatos del derecho interno.

De ese modo, este tipo de inmunidad se erige como un principio del derecho internacional que tiene un basamento o fundamentación consuetudinaria, puesto que no emana de una norma internacional convencional (por ejemplo, de un tratado) sino de la costumbre que ha formalizado la práctica de los Estados a lo largo del tiempo. Asimismo, el principio de inmunidad de los Estados no solo protege a los Estados como entidades o estructuras sino también a sus representantes oficiales, premuniendo a los Jefes de Estado o de Gobierno, principalmente.

En su interacción con la dinámica de los señalados altos funcionarios, este principio parece tener dos adaptaciones: el principio de inmunidad de jurisdicción y de ejecución. En ese sentido, el principio de inmunidad importa que los tribunales de foro se abstengan de ejercer jurisdicción en procesos iniciados contra otros esos altos funcionarios (inmunidad de jurisdicción) y, en una fase ulterior, evitar adoptar medidas de ejecución contra estos (inmunidad de ejecución).

En síntesis, por un lado, existen prerrogativas como inmunidades, que se dan en el marco del derecho interno; y, por otra parte, la inmunidad derivada del derecho internacional, que gozan ciertos funcionarios estatales (Jefes de Estado o de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores), en función de su capacidad de representación de sus propios Estados.

No obstante, en las últimas décadas, con el creciente impacto de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y, sin lugar a dudas, del derecho penal internacional, el principio internacional de inmunidad de los Jefes de Estado ha experimentado limitaciones y restricciones vinculadas a la comisión de crímenes internacionales.

La autora peruana Reyes, M. (2008, p.71) comenta, sobre el desarrollo de estas limitaciones al principio de inmunidad de los Jefes de Estado, que “(...) *los últimos cincuenta años han presenciado la adopción de diversos instrumentos internacionales, relativos a la represión de los más graves crímenes internacionales, que han regulado la irrelevancia del cargo oficial y las excepciones al principio de inmunidad de los Jefes de Estado*”.

Respecto a los límites a la inmunidad del Jefe de Estado por la comisión de crímenes internacionales, Klamberg, M. (2017, p.275), citando a Krieb & Prost, señala que estos han sido determinados por la costumbre internacional, a partir de los Juicios de Núremberg:

*“The scope of immunity ratione materiae and immunity ratione personae is mainly determined by customary international law, in which an exception from immunity ratione materiae has developed since the Nuremberg trials. The exception provides that a state official cannot rely on immunity ratione materiae when committing international crimes.”*

En esa línea, los tribunales penales internacionales han configurado la irrelevancia del cargo oficial y de las inmunidades del Jefe de Estado, a fin de ejercer su jurisdicción. Desde los creados por los aliados de la Segunda Guerra Mundial, como el Tribunal Militar Internacional de Núremberg o el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente. Además, los tribunales penales internacionales *ad hoc*, creados por el Consejo de Seguridad, como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. También, los tribunales mixtos o híbridos, asistidos por Naciones Unidas, como las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya, el Tribunal Especial para el Líbano y el Tribunal Especial para Sierra Leona.

En todos esos casos, estos tribunales, concebidos para salvaguardar los intereses de la comunidad internacional contra la impunidad, a partir de sus instrumentos jurídicos fundantes o bases legales, regularon la improcedencia del cargo oficial y de las inmunidades que se otorgan a estos funcionarios, ya sea en virtud del derecho interno o del derecho internacional, por lo que, ante estos, las inmunidades o procedimientos especiales que conllevaran esos cargos no generaban repercusión

y menos limitaban a los tribunales conocer estos casos. Dicha progresiva incorporación buscó siempre garantizar el enjuiciamiento de los delitos internacionales graves y de otras graves violaciones de los derechos humanos, a fin de evitar la impunidad de estos crímenes.

Por otra parte, si bien la práctica de estos tribunales internacionales demostró que los altos funcionarios estatales no podían oponer ningún tipo de inmunidad ante el ejercicio de esa jurisdicción, sí podían ser opuestas, en el caso de la inmunidad de jurisdicción, a otros Estados. De ese modo, los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno o Ministros de Relaciones Exteriores, en ejercicio del cargo, no pueden ser sometidos a la jurisdicción de un Estado extranjero, en virtud de los efectos que despliega el principio de inmunidad. Bajo el mismo razonamiento, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), respecto al caso *Yerodia*, aclaró que los Jefes de Estado, así como los Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, gozan de inmunidad de jurisdicción de los tribunales de Estados extranjeros, por lo que no pueden ser procesados en estos. Sin embargo, sí avala que dichos altos funcionarios y cualquier otro puedan ser enjuiciados en tribunales internacionales, tal como ha demostrado la práctica en el derecho internacional.

#### **1.2.4. Casos de la Corte Penal Internacional contra altos funcionarios estatales que gozaban de inmunidad interna**

##### **a) Caso del Presidente sudanés Omar Hassan Al Bashir**

La República de Sudán es un Estado africano, situado geográficamente en la parte noreste del continente africano, en el que habitan cerca de 49 millones de personas. Como ocurre en otros países de la región africana, Sudán se caracteriza por ser un país con una nación multiétnica, siendo la etnia mayoritaria la etnia árabe, subdividida a su vez en otros grupos con particularidades disímiles entre sí. En ese contexto, desde hace décadas, Sudán ha experimentado distintitos conflictos originados por diferentes cuestiones, destacándose los motivos étnicos o raciales como los de mayor incidencia.

Desde inicios del año 2003, se suscitó un conflicto interétnico racial en la región sudanesa de Darfur, del que se estima, a la fecha, se ha saldado con la vida de cerca de 400.000 sudaneses y, acorde a las cifras del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), con más de dos millones de desplazados internos y con más de 650.00 sudaneses refugiados en países vecinos como Chad o Sudán del Sur.

Sobre el origen de este conflicto, Human Rights Watch (2008) describe lo siguiente:

*“Desde principios de 2003 las fuerzas del gobierno de Sudán y la milicia Janjawid han estado involucradas en un conflicto armado con grupos rebeldes conocidos como el Ejército/Movimiento de Liberación Sudanés (ELS/MLS) y el Movimiento de Justicia e Igualdad (MJI). Como parte de sus operaciones contra los rebeldes, las fuerzas del gobierno emprendieron una campaña sistemática de "limpieza étnica" contra miembros de la población civil que pertenece a los mismos grupos étnicos que los rebeldes. Las fuerzas del gobierno de Sudán y las milicias Janjawid incendiaron y destruyeron cientos de poblados, provocaron decenas de miles de muertes civiles, desplazaron a millones de personas y violaron y atacaron a miles de mujeres y niñas.”*

Asimismo, autores como Rangel, A. (2016, p. 366) reseñan lo siguiente respecto al inicio de este conflicto:

*“A partir de 2001 (Flint y De Waal, 2008: 82), en la región de Darfur, ubicada en el occidente de Sudán, se desarrolló un conflicto bélico tras la sublevación del ejército de Liberación de Sudán (SLA, por sus siglas en inglés) y del Movimiento Justicia e Igualdad (JEM, por sus siglas en inglés) como respuesta a la prolongada marginación económica, política y social impuesta por el régimen sudanés. De acuerdo con diversas fuentes, incluyendo la Corte Penal Internacional (CPI), durante esta guerra el gobierno de Sudán y las milicias janjawid<sup>1</sup> -pertenecientes, principalmente, a grupos étnicos árabes- llevaron a cabo políticas que pudieran haber constituido crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y genocidio contra los grupos étnicos africanos fur, masalit y zaghawa, prioritariamente (...).”*

El estallido de este conflicto se suele identificar con el levantamiento de las milicias y grupos rebeldes de Darfur contra el Gobierno de Sudán en el año 2003. Las

motivaciones de los levantamientos iban desde cuestiones económicas, derivadas de la escasez de recursos, hasta asuntos religiosos y raciales. Ante los levantamientos, el Gobierno de Sudán, encabezado por el otrora presidente Omar Hassan Al Bashir, emprendió una campaña bélica de represión, afectando también a miles de civiles de la zona, dentro de los que se encontraban las etnias Fur, Masalit y Zaghawa.

El levantamiento contra el régimen y las instalaciones del Gobierno, originó una contraofensiva del propio Gobierno de Sudán, el mismo que se basó principalmente en bombardeos aéreos indiscriminados sobre determinadas zonas de Darfur, así como en la utilización de ejércitos irregulares de milicias yanyauid (o janjaweed), etnia baggara dedicada a la ganadería, financiada y dirigida por el Gobierno sudanés para atacar a la población civil de Darfur y luchar contra los rebeldes del Ejército de Liberación del Sudán (SLA) y del Movimiento de Justicia e Igualdad (JEM).

Es así que, en el seno de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, se conformó la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur. Dicha Comisión informó, en enero de 2005, que existían razones para creer que en Darfur se cometieron crímenes de guerra y contra la humanidad, recomendando la remisión de la situación a la CPI.

Como se conoce, la CPI no podría haber investigado la situación de Sudán en su momento, puesto que la República de Sudán no es un Estado Parte del Estatuto de Roma, ni tampoco lo era en el marco de la génesis de este conflicto, por lo que la Corte estaba imposibilitada de ejercer su jurisdicción sobre dicho Estado o sobre sus nacionales.

Es claro, entonces, que los hechos fueron conocidos e investigados inicialmente por el Consejo de Seguridad. Sin embargo, más adelante, el mismo Consejo de Seguridad, en virtud del literal b del artículo 13 del Estatuto de Roma, terminaría derivando la situación a la CPI, quien procedería a realizar una investigación penal sobre esta situación.

Sobre este punto, es relevante aclarar que el Estatuto de Roma plantea y abre la posibilidad de que el Consejo de Seguridad de la ONU pueda remitir una situación, donde se investiguen crímenes internacionales, a la propia CPI, indefectiblemente de si el Estado investigado es Parte o no del Estatuto. Es, específicamente, el literal *b* del artículo 13 del Estatuto de Roma el que reconoce la capacidad del Consejo de Seguridad de remitir casos, en virtud de las amplias facultades reconocidas en el capítulo VII de la Carta de la ONU:

*“La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: (...) [e]l Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes (...).”*

Amparado en ese marco normativo, el Consejo de Seguridad, mediante Resolución 1593, del 31 de marzo de 2005, remitió la situación de Darfur (Sudán) a la Fiscalía de la CPI, otorgándole la facultad a la CPI de conocer y ejercer su jurisdicción sobre el caso. Entre otras cosas, la mencionada resolución estableció lo siguiente:

*“(...) [a]ctuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas,*

*1. Decide remitir la situación en Darfur desde el 1° de julio de 2002 al Fiscal de la Corte Penal Internacional;*

*2. Decide que el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente resolución y, aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto, exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente (...).”*

Cabe resaltar que la situación remitida poseía un ámbito temporal, el mismo que se consideraba, a efectos de la investigación, debía iniciar a partir del 1 de julio de 2002, puesto que el Estatuto de Roma había entrado en vigor internacional efectivamente en esa fecha. Es decir, la Fiscalía investigaría la situación de Darfur desde la referida fecha.

Así, tras un análisis exhaustivo, el 1 de junio de 2005, la Oficina Fiscal informó a la Cámara de Cuestiones Preliminares I de la CPI su intención de iniciar formalmente investigaciones sobre la situación de Darfur (Ver documento ICC-02/05-2, del 1 de junio de 2005).

Cabe precisar que, en el marco de la situación de Darfur, la Fiscalía participó de cuatro casos paralelos: *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman*; *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*; *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*; y, *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*.

Tras realizar su investigación y recopilar pruebas suficientes, la Fiscalía solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares I la emisión de una orden de detención contra el presidente sudanés Omar Hassan Al Bashir, esto en el marco del caso *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. La Fiscalía consideraba que el presidente Omar Al Bashir había cometido una serie de crímenes internacionales, entre los que se destacaban crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, por lo que una orden de detención en su contra era crucial. (Ver Documento N.º ICC-02/05, del 14 de julio de 2008).

Sobre la importancia de la orden de detención en su contra, Needham, J. (2011) señala lo siguiente:

*“This is the first time that an international criminal court has considered whether a serving Head of State has immunity under international law in international criminal proceedings. While both Slobodan Milosevic of the former Federal Republic of Yugoslavia and Charles Taylor of Liberia have been tried for war crimes and crimes against humanity before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the Special Court for Sierra Leone (SCSL) respectively, neither were serving Heads of State when they were brought into the custody of international tribunals.” (p. 219).*

La Fiscalía destacó que el presidente Al Bashir había cometido crímenes de guerra, sosteniendo que este empleó, desde marzo de 2003, el aparato estatal sudanés, incluidas las Fuerzas Armadas del Pueblo de Sudán y las milicias aliadas

janjaweed, las Fuerzas Policiales de Sudán, el Servicio Nacional de Inteligencia y Seguridad, y la Comisión de Ayuda Humanitaria, para cometer actos que constituían crímenes de guerra, de conformidad con los incisos (2)(e)(i) y (2)(e)(v) del artículo 8 del Estatuto de Roma (ver Documento N.º ICC-02/05, párr. 39). En ese sentido, la Fiscalía alegaba que entre marzo de 2003 y el 14 de julio 2008, las fuerzas del gobierno llevaron a cabo cientos de ataques ilegales en ciudades y pueblos en toda la región de Darfur habitada por los grupos Fur, Masalit y Zaghawa (ver párr. 237 del Documento N.º ICC-02/05).

Además, mediante el mismo precitado documento, la Fiscalía sostuvo que esta conducta tuvo lugar en el contexto de un conflicto armado que, por referencia a los párrafos (2)(e)(i) y (2)(e)(v) del artículo 8 de la Estatuto, sería un conflicto armado de carácter no internacional (ver párr. 1 y 9). Según la Fiscalía, desde marzo de 2003, existió un conflicto armado en la región de Darfur entre las Fuerzas del Gobierno, el Movimiento de Liberación de Sudán, el Movimiento de Justicia e Igualdad y otros grupos armados de oposición que buscaban un cambio político en la región de Darfur (ver párr. 9 del Documento N.º ICC-02/05).

Es importante precisar que, según lo preceptuado en el literal *f* del artículo 8.2 del Estatuto de Roma, los conflictos armados de carácter no internacional se refieren a lo siguiente:

*“(...) el párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.”*

La Fiscalía también consideró que Omar Al Bashir cometió crímenes de lesa humanidad, puesto que, desde marzo de 2003, el presidente Omar Al Bashir usó el aparato estatal para implementar una política de ataque contra la población civil de Fur, Masalit y Zaghawa, desplegadas en las ciudades de Kodoom, Bindisi,

Mukjar y Arawala, y las aldeas circundantes de Wadi Salih, Mukjar y Garsila-Deleig. Además, los ataques se realizaron en las ciudades sureñas de Shataya y Kaleik, entre otras ciudades que, según cifras de la Fiscalía, rondarían en un número de 89 a 92 localidades.

De ese modo, conviene citar el artículo 7.1 del Estatuto de Roma, el mismo que prescribe, respecto a los crímenes de lesa humanidad, que “(...) *se considerará crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*”.

En relación a los crímenes de lesa humanidad que la Fiscalía atribuyó al presidente Al Bashir, la Sala de Cuestiones Preliminares I razonó previamente lo siguiente sobre los elementos del crimen de lesa humanidad:

*“La Sala considera que los términos "generalizado" y "sistemático" no son específicamente definidos en el Estatuto; sin embargo, en otras oportunidades, la CPI mantiene la postura que los actos de violencia aleatorios o aislados se encuentran excluidos del término "generalizados, por cuanto se comprende que está referido a ataques de gran escala o magnitud, así como el número de víctimas. Por otro lado, el término sistemático se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de ocurrencia aleatoria” (Documento N° ICC-02/05-01/09, p. 29, párr. 81). (Traducción libre).*

Además, la Fiscalía consideró que el presidente Omar Al Bashir había cometido genocidio, puesto que asesinó a miembros de los grupos étnicos de Fur, Masalit y Zaghawa, causó daños físicos y mentales a los miembros de esos grupos étnicos, e infligió deliberadamente condiciones de vida destinadas a la destrucción o desaparición de los grupos étnicos (ver Documento N° ICC-02/05-157-AnxA, p. 20-21).

Asimismo, es relevante comentar que, en el marco de los crímenes cometidos por el Presidente Al Bashir, Sudán se regía por la Constitución de 2005, la misma que prescribía algunas disposiciones sobre la inmunidad que gozaba el Jefe de Estado sudanés:

*“The President of the Republic and the First Vice President shall be immune from any legal proceedings and shall not be charged or sued in any court of law during their tenure of office.*

*Notwithstanding sub-Article (1) above, and in case of high treason, gross violation of this Constitution or gross misconduct in relation to State affairs, the President or the First Vice President may be charged before the Constitutional Court upon a resolution passed by three quarters of all members of the National Legislature.*

*In the event of conviction of the President of the Republic or the First Vice President, in accordance with sub-Article (2) above, he shall be deemed to have forfeited his office.” (Artículo 60).*

Tal como se aprecia, la Constitución sudanesa esgrimía la inmunidad absoluta tanto del Presidente como la del Primer Vicepresidente, la misma que se podía suspender o no aplicarse cuando lo decidiese la Corte Constitucional. No obstante, tal como es evidenciado en la Carta de la Corte Constitucional de 2005, esta Corte se encontraba integrada por nueve miembros, los mismos que eran designados por el Presidente de la República (ver párrafo 4(a) de la Carta de la Corte Constitucional de 2005). De esa forma, resultaba ser un ejercicio complicado que la Corte Constitucional accione alguna medida contra el Presidente Al Bashir, en su debida oportunidad.

En la misma línea, la organización no gubernamental Redress (2012, p. 27) expresa una posición similar sobre la imposibilidad de actuación de la Corte Constitucional sudanesa:

*“The Constitutional Court, under the INC, consisted of nine members appointed by the President upon recommendation of the National Judicial Service Commission and approval of 2/3 of the Council of States representatives. In practice, this formula has failed to ensure effective independence of the Court, which refers both to the position of judges, including appointment, security of tenure and safeguards against interferences, and institutional independence from the executive and legislature.”*

En el marco del proceso contra Al Bashir, la Sala de Cuestiones Preliminares I valoró negativamente la posición de la Defensa de Al Bashir respecto a la

inmunidad que detentaba. Los alcances de esta decisión son visibles en el Documento N° ICC-02/05-01/09, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, del 4 de marzo de 2009:

*“Este Estatuto se aplicará por igual a todas las personas sin distinción basada en la capacidad oficial; (...) una capacidad oficial como Jefe de Estado o de Gobierno, un miembro del Gobierno o del parlamento, un representante electo o un funcionario del gobierno en ningún caso estará exento de una responsabilidad penal en virtud de este Estatuto, ni lo hará, en y por sí mismo, constituyen un motivo para la reducción de la sentencia y (...) las inmunidades o las normas procesales especiales que pueden atribuirse a la capacidad oficial de una persona, ya sea de conformidad con el derecho nacional o internacional, no impedirán que la Corte ejerza su jurisdicción sobre dicha persona”. (p. 15, párr.43). (Traducción libre).*

Sobre la determinación de la Sala de considerar que Al Bashir no gozaba ninguna inmunidad frente u oponible a las investigaciones de la Corte, Needham, J. (2011, p. 220) detalla lo siguiente:

*“Although the Pre-Trial Chamber of the ICC concluded that Al Bashir does not enjoy immunity before the ICC, this decision does not exhaust the immunity issue. The Rome Statute prohibits trials in absentia, so in order to continue proceedings, the ICC must obtain physical custody of Al Bashir. As the ICC has no enforcement powers, it must rely on other states to co-operate with its requests, or on the voluntary surrender of Al Bashir by Sudan or the man himself.”*

En consecuencia, a través del Documento N° ICC-02/05-01/09, del 4 de marzo de 2009, la Sala de Cuestiones Preliminares I concluyó lo siguiente respecto al pedido de la Fiscalía:

*“Como la Cámara ya ha encontrado, hay motivos razonables para creer que Omar Al Bashir tiene el control del "aparato" del Estado de Sudán, o al menos comparte ese control con unos pocos políticos y militares sudaneses de alto rango. Como resultado, está en condiciones de intentar obstruir los procedimientos y posiblemente amenazar a testigos. A este respecto, la Cámara observa con grave preocupación parece que al menos un individuo ha sido condenado recientemente*

*por el delito de traición como resultado de su supuesta cooperación con la Corte.”* (p. 87, párr. 233). (Traducción libre).

*“Como resultado, y dado que existen motivos razonables para creer que Omar Al Bashir es el Presidente de jure y de facto del Estado de Sudán y Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de Sudán, la Cámara está convencida de que su arresto parece también necesario, de conformidad con el artículo 58 (l) (b) (iii) del Estatuto, para prevenir Omar Al Bashir de continuar cometiendo los delitos mencionados. (p. 88, párr. 236). (Traducción libre).*

Además, para sustentar su posición, la Sala tuvo en consideración que el Gobierno de Sudán había rechazado sistemáticamente cualquier acto de cooperación con la Corte, desde que se cursara la orden de detención contra Ahmad Harun y AH Kushayb el 2 de mayo de 2007 (ver Documento ICC-02/05, p. 86).

En esa misma decisión, en distintos puntos de la misma, la Sala señaló una serie de cuestiones para sustentar la obligación de cooperar de Sudán:

*“La Cámara observa que el Estado de Sudán no es parte en el Estatuto y no ha hecho ninguna declaración de conformidad con el artículo 12 (3) del Estatuto y la regla 44 de las normas”* (p. 89, párr. 240). (Traducción libre).

*“Sin embargo, la Cámara subraya que el Estado de Sudán tiene la obligación de cooperar plenamente con la Corte”* (p. 89, párr. 241). (Traducción libre).

*“Además, la Cámara destaca que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, después de hacer una determinación expresa de que "la situación en Sudán sigue constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales", ha decidido en la parte dispositiva de su Resolución 1593 que "el Gobierno de Sudán y todas las demás partes en conflicto en Darfur cooperarán plenamente y proporcionarán toda la asistencia necesaria a la Corte y al Fiscal de conformidad con esta resolución”* (p. 90, párr. 244). (Traducción libre).

*“A este respecto, la Cámara observa que, de conformidad con los artículos 24 (1) y 25 de la Carta de las Naciones Unidas, los miembros de las Naciones Unidas, incluido el Estado de Sudán (i) "confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad principal de mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, y acuerda que en el desempeño de sus funciones bajo responsabilidad el Consejo*

*de Seguridad actúa en su nombre" y (ii)"acepta llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad de conformidad con la presente Carta" (p. 90, párr. 245). (Traducción libre).*

*Además, de conformidad con el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, "en caso de conflicto entre las obligaciones de los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones en virtud de cualquier otro acuerdo internacional, sus obligaciones en virtud de la presente Carta prevalecerán" (p. 90, párr. 246). (Traducción libre).*

*Como resultado, la Cámara considera que las obligaciones del Gobierno de Sudán, de conformidad con la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de cooperar plenamente y proporcionar la asistencia necesaria a la Corte prevalecerán sobre cualquier otra obligación que el Estado de Sudán haya contraído en virtud de cualquier otro acuerdo internacional (...)" (ICC-02/05-01/09, p. 89-91).*

Finalmente, el 4 de marzo de 2009, la Sala de Cuestiones Preliminares I, a través del Documento ICC-02/05-01/09, decidió emitir una orden de detención contra Omar Hassan Al Bashir por su presunta responsabilidad por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, dejando de lado la tesis de la comisión de genocidio propuesta por la Fiscalía. En ese sentido, la Sala decidió lo siguiente:

*"(...) emitir una orden de arresto contra Omar Al Bashir por su presunta responsabilidad por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en virtud del artículo 25 (3) (a) del Estatuto para:*

*i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil o contra civiles individuales que no participen directamente en las hostilidades como crimen de guerra en el sentido del artículo 8 (2) (e) (i) del Estatuto;*

*ii) Saqueo como crimen de guerra en el sentido del artículo 8 (2) (e) (v) del Estatuto;*

*iii) asesinato como crimen de lesa humanidad en el sentido del artículo 7 (I) (a) del Estatuto;*

*iv. exterminio como crimen de lesa humanidad en el sentido del artículo 7 (I) (b) del Estatuto;*

v. *la violación como crimen de lesa humanidad en el sentido del artículo 7 (l) (g) del Estatuto;*

vi. *la tortura como crimen de lesa humanidad en el sentido del artículo 7 (1) (f) del Estatuto;*

vii. *transferencia forzosa como crimen de lesa humanidad en el sentido del artículo 7 (l) (d) del Estatuto”*

No obstante, la Fiscalía presentó un recurso impugnatorio contra esa decisión ante la Sala de Apelaciones, la misma que, en fecha 3 de febrero de 2010, revocó la decisión del 4 de marzo de 2009, instando a la Sala de Cuestiones Preliminares I a decidir nuevamente si la orden de detención debía o no extenderse a los cargos de genocidio (ver Doc. ICC-02/05-01/09-73, *Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir"*, del 3 de febrero de 2010).

El 12 de julio de 2010, la Sala de Cuestiones Preliminares I emitió una segunda orden de detención contra Omar Al Bashir por la comisión de crímenes de genocidio, sustentando que el presidente sudanés era aparentemente responsable de tres cargos de genocidio: genocidio al matar, genocidio al causar daños corporales o mentales graves, y genocidio al infligir deliberadamente a cada grupo condiciones de vida calculadas para provocar la destrucción física de estos (ver Doc. ICC-02/05-01/09-94, *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, del 12 de julio de 2010).

Sin embargo, a la fecha, a pesar de coexistir ambas órdenes de detención, aún estas no han podido ser ejecutadas. Sobre este particular, es importante mencionar que la ejecución de una orden de detención implica la cooperación, en principio, del Estado sudanés y, además, de todos los Estados Parte del Estatuto de Roma. Esto es, en caso Omar Al Bashir se encontrase fuera de Sudán, en otro país tal vez, dicho tercer Estado, en su calidad de Estado Parte del Estatuto, tiene como obligación cooperar con su detención y extradición. No obstante, como se ha enfatizado al inicio de este párrafo, no solo Sudán falló a su obligación de cooperar sino otros Estados donde el presidente Al Bashir se encontró temporalmente.

Ejemplificando lo manifestado *ut supra*, es trascendente reseñar que desde que se cursaron ambas órdenes de detención, Omar Al Bashir visitó distintos Estados africanos para fines de diversa índole, en todos esos casos, ninguno de los Estados de visita detuvo y/o extraditó al presidente sudanés, tal es el caso del mismo Sudán (ver Doc. N.º ICC-02/05-01/07-57, del 25 de mayo de 2010); la República de Chad (ver Doc. N.º ICC-02/05-01/09-109, del 27 de agosto de 2010, y Doc. N.º ICC-02/05-01/09-140-tENG, del 13 de diciembre de 2011); la República de Kenia (ver Doc. N.º ICC-02/05-01/09-107, del 27 de agosto de 2010); la República de Djibouti (ver Doc. N.º ICC-02/05-01/09-129, del 13 de mayo de 2011); la República de Malawi (ver Doc. N.º ICC-02/05-01/09-139-Corr, del 15 de diciembre de 2011); la República Democrática del Congo (ver Doc. N.º ICC-02/05-01/09-195, del 9 de abril de 2014); la República de Uganda (ver Doc. N.º ICC-02/05-01/09, del 11 de julio de 2016); la República de Sudáfrica (ver Doc. N.º ICC-02/05-01/09-302, del 6 de julio de 2017); y, el Reino Hachemita de Jordania (ver Doc. N.º ICC-02/05-01/09, del 11 de diciembre de 2017).

Por otra parte, es importante reseñar que, el 11 de abril de 2019, el presidente Omar Al Bashir fue derrocado en Sudán por fuerzas militares de ese mismo país, encontrándose actualmente detenido en dicho territorio, y siendo procesado por haber iniciado su longevo mandato a partir de un golpe de Estado perpetrado en 1989. A pesar de aún mantenerse vigentes las órdenes de detención en su contra, el gobierno *de facto* de Sudán ha denegado cooperar con las solicitudes de la Corte.

#### **b) Caso del Presidente keniano Uhuru Muigai Kenyatta**

La República de Kenia se ubica en el continente africano; es un Estado multiétnico, debido a que coexisten, a lo largo del territorio, distintos grupos étnicos como los *kikuyu, luhya, luo, kalenjin, kamba, kisii*, entre otros.

El 27 de diciembre de 2007, Kenia celebró elecciones presidenciales en las que el líder kikuyu *Mwai Kibaki* optaba por la reelección frente al líder luo *Raila Odinga*. La fórmula presidencial de Kibaki tenía como candidato a la vicepresidencia a Uhuru Kenyatta. Tras el proceso electoral, Mwai Kibaki fue declarado vencedor el

30 de diciembre de ese año, jurando el cargo en esa fecha. Odinga acusó fraude en las elecciones, se autoproclamó vencedor y animó protestas en contra del proceso electoral y el triunfo de Kibaki y Kenyatta.

La etnia *kalenjin*, en conflicto permanente con los kikuyu, y liderada por William Ruto, apoyó la candidatura de Odinga, por lo que se sumó a las protestas contra la reelección de Kibaki.

Las protestas escalaron en todo el país y la represión siguió el mismo curso. Por un lado, el conflicto se tornó interétnico, enfrentándose los *kalenjin* contra los *kikuyu* (pro gobierno). Las protestas y enfrentamientos se saldaron con la vida de más de 1100 muertos y 600 000 desplazados internos producto de la espiral de violencia.

Dado que la República de Kenia es Estado Parte del Estatuto de Roma desde el 15 de marzo de 2005; el 5 de noviembre de 2009, el Fiscal Luis Moreno Ocampo notificó al Presidente de la CPI su intención de solicitar el inicio de una investigación respecto de la situación de Kenia.

El 31 de marzo de 2010, la Sala de Cuestiones Preliminares II emitió su "*Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*", la misma que autorizó a la Fiscalía a iniciar las investigaciones respecto a la situación de Kenia.

La Fiscalía de la CPI determinó investigar a los presuntos responsables: Uhuru Kenyatta, Henry Kosgey, William Ruto, Francis Muthaura, Joshua Arap Sang y Mohammed Hussein Ali. Todas estas personas fueron investigadas en dos procesos distintos.

La Fiscalía investigó a William Ruto, Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang como posibles responsables, en calidad de coautores indirectos, de crímenes de lesa humanidad, en la modalidad de "asesinato", "traslado forzado" y "persecución", al contribuir en la comisión de crímenes contra los partidarios del Partido de Unidad Nacional (PNU) en algunas zonas del Valle del Rift (ver caso *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Aap Sang*).

Por otro lado, la Fiscalía investigó también a Mohammed Hussein Ali, Francis Muthaura y Uhuru Kenyatta. Ambas personas fueron presuntos responsables, como coautores indirectos, de crímenes contra la humanidad, en la modalidad de “asesinato”, “traslado forzado”, “violación”, “persecución” y “otros actos inhumanos”, al contribuir en la comisión de crímenes contra los partidarios del Movimiento Democrático Naranja (ODM) en las ciudades de Nakuru y Naivasha, también en el Valle del Rift (ver caso *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura y Uhuru Muigai Kenyatta*).

Asimismo, es relevante señalar que los cargos contra Kiprono Kosgey y Mohammed Hussein Ali fueron preliminarmente rechazados por la CPI por falta de pruebas.

El Fiscal solicitó citar a William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang (ver documento ICC-01/09-01/11-26-Red2, *Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 as to William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, del 15 de diciembre de 2010). Además, requirió citar a Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali (ver Documento ICC-01/09-31-Red, *Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 as to Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, del 15 de diciembre de 2010).

Respecto al caso de Kenyatta, el 8 de marzo de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares II decidió citar a varios implicados, ordenando su comparecencia para el 7 de abril de 2011, en la sede de la CPI, La Haya. Así, se ordenó la comparecencia conjunta de: Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali (ver Documento ICC-01/09-02/11-1, denominado “*Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*”).

Tras ello, desde el 21 de septiembre al 5 de octubre de 2011, se llevó a cabo la audiencia de confirmación de cargos. Así, respecto al caso Kenyatta, la Sala de Cuestiones Preliminares II solo confirmó los cargos contra Muthaura y Kenyatta. Posteriormente, el 18 de marzo de 2013, los cargos contra Muthaura se retiraron.

Parte de la estrategia de la Fiscalía consistía en determinar la responsabilidad de Kenyatta, a través de su vinculación con el financiamiento que contribuyó con la violencia post electoral. Sin embargo, la Fiscalía no obtuvo la colaboración del Gobierno de Kenia, del que requirió información sobre las finanzas, además del congelamiento de activos, del vicepresidente Kenyatta y de otros implicados. De esa forma, la búsqueda de evidencia, y por ende la carga probatoria, se dificultó para la Fiscalía. Finalmente, el 29 de noviembre de 2013, la Fiscalía solicitó formalmente a la Cámara de Enjuiciamiento V (B) determinar que el Gobierno de Kenia había fallado en cumplir con sus obligaciones de cooperación y pidió remitir el asunto a la Asamblea de Estados Partes (ver documento ICC-01/09-02/11, *Prosecution application for a finding of non-compliance pursuant to Article 87(7) against the Government of Kenya*, del 29 de noviembre de 2013).

Lo particular del asunto es que Uhuru Kenyatta, en el momento de la activación del proceso ante la CPI, era el vicepresidente electo y en funciones de Kenia. No obstante, durante el desarrollo del proceso, el 9 de marzo de 2013, Uhuru Kenyatta se convirtió en presidente de la República de Kenia tras su triunfo electoral contra Raila Odinga.

Dado el cargo oficial de jefe de Estado que detentaba, la Defensa de Kenyatta optó por plantear las dificultades de seguir y comparecer en las diversas fases del proceso por la funciones y permanencia que ameritaba el ejercicio de su cargo. Así, diversas cuestiones relacionadas a esta situación fueron examinadas por la CPI. Por ejemplo, el 18 de octubre de 2013, la Cámara de Enjuiciamiento V emitió su *Decision on Defence Request for Conditional Excusal from Continuous Presence at Trial*, en la cual dilucidaba las interpretaciones de la Fiscalía, representación de las víctimas y de la Defensa, respecto a la relación entre el principio de igualdad ante la ley y el artículo 27 del Estatuto de Roma (ver documento ICC-01/09-02/11-809, *Defence Request for Conditional Excusal from Continuous Presence at Trial*, del 23 de septiembre de 2013).

A lo largo del proceso, incluso diversas autoridades locales keniatas sostuvieron la tesis de la imposibilidad del presidente en funciones de Kenia de someterse a un proceso a instancias de la CPI. Por ejemplo, el Fiscal General de Kenia *Githu Muigai*, en el marco de la Reunión Anual de la Asamblea de los Estados Parte del Estatuto de Roma, del 2013, defendió las propuestas de enmienda al artículo 27 del Estatuto de Roma, y apoyó la no comparecencia del presidente keniano Uhuru Kenyatta a la sede de la CPI (ver informe *Kenyan Attorney General Lashes Out at ICC*, del 22 de noviembre de 2010, del *Institute for War and Peace Reporting*).

El 23 de septiembre de 2013, la Defensa requirió a la Cámara de Enjuiciamiento V(b) una “excusa condicional” para evitar la presencia continua del presidente Kenyatta en el juicio. Entre otras cosas, la Fiscalía propuso comparecer virtualmente a través de videoconferencias. La alegada imposibilidad de presenciar físicamente el proceso, tomó como fundamento la elección de Kenyatta como nuevo presidente de la República de Kenia y la complejidad que ameritaba ejercer su cargo y asistir simultáneamente a la audiencia. En ese sentido, la Fiscalía fundamentó lo siguiente:

*“The Accused’s election as President of the Republic of Kenya on 9 March 2013 constitutes a significant change in circumstances that necessitates the fresh consideration of this issue, particularly in light of his extraordinary and exceptional roles and responsibilities as an incumbent Head of State.*

*In the event that the Chamber does not conditionally excuse President Kenyatta from continuous attendance at trial, the Defence applies, in the alternative, for President Kenyatta’s continuous presence to be by means of video link”. (ver Documento ICC-01/09-02/11-809, Defence Request for Conditional Excusal from Continuous Presence at Trial, del 23 de septiembre de 2013).*

Aunado a ello, el 12 de octubre de 2013, la Unión Africana emitió su *Decision on Africa’s relationship with the International Criminal Court (ICC)*, la cual reflejaba la posición de los Estados miembros de la Unión Africana de no cooperar con la CPI cuando existan casos vinculados a jefes de Estado en ejercicio del cargo:

*“(...) Que, para salvaguardar el orden constitucional, la estabilidad y la integridad de los Estados miembros, no se iniciarán ni continuarán los cargos antes de Corte o Tribunal Internacional contra cualquier Jefe de Estado de la UA o Gobierno o cualquier persona que actúe o tenga derecho a actuar en tal capacidad durante su mandato;*

*(...) Que los juicios del presidente Uhuru Kenyatta y el vicepresidente William Samoei Ruto, quienes son los actuales líderes en servicio de la República de Kenia, debe suspenderse hasta que completen sus mandatos (...)”. (Ver documento denominado *Extraordinary session of the Assembly of the African Union, del 12 octubre de 2013*). (Traducción libre).*

Seguidamente, el 18 de octubre de 2013, la Cámara de Enjuiciamiento concedió parcialmente el pedido de la Defensa, dando la posibilidad a Kenyatta de participar de algunas audiencias específicas. (Ver documento ICC-01/09-02/11-830, *Decision on Defence Request for Conditional Excusal from Continuous Presence at Trial*, del 18 de octubre de 2013).

La decisión de la Cámara de Enjuiciamiento fue materia de recurso de reconsideración por la Fiscalía. Tras ello, Cámara de Enjuiciamiento V(b) reconsideró su pasada decisión. (Ver documento ICC-01/09-02/11-863, *Decision on the Prosecution's motion for reconsideration of the decision excusing Mr Kenyatta from continuous presence at trial*, del 26 de noviembre de 2013).

Posterior a esto, la Fiscalía solicitó en varias oportunidades el aplazamiento del juicio, por las dificultades para recabar la carga probatoria necesaria y suficiente; además, la Fiscalía solicitó un aplazamiento indefinido hasta que el Gobierno de Kenia cumpla con cooperar con la CPI. No obstante, si bien la Cámara de Enjuiciamiento aceptó un aplazamiento definido, negó y rechazó suspender indefinidamente el juicio, ordenando a la Fiscalía emitir una nueva solicitud al Gobierno de Kenia para su cooperación.

Finalmente, el 3 de diciembre de 2014, la Cámara de Enjuiciamiento decidió rechazar una nueva solicitud de aplazamiento de juicio de la Fiscalía, ordenándole que presentara en una semana un escrito considerando su retiro de los cargos en

contra de Kenyatta o sustentando que la carga probatoria había mejorado de cara a un potencial juicio.

Por todo ello, tal como es reseñado por Schwarz (2010, p. 100), “[e]l 5 de diciembre de 2014, la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) retiró los cargos de crímenes de lesa humanidad contra Uhuru Kenyatta debido a la falta de pruebas. Kenyatta, quien se convirtió en el presidente de Kenia después de que la CPI confirmó los cargos en su contra, es el segundo jefe de estado acusado de crímenes contra la humanidad durante su mandato”. (Traducción libre).

Finalmente, el 13 de marzo de 2015, la Sala de Primera Instancia V (B) de la CPI emitió su decisión de retirar los cargos contra Uhuru Kenyatta, dando por concluido el proceso en su caso y ordenó anular la medida de comparecencia en su contra.

Es evidente que, en el presente caso, la falta de cooperación del Gobierno de Kenia con la CPI dañó la posibilidad de la Fiscalía de recabar pruebas trascendentes en contra de Kenyatta. Pero, por otra parte, es claro que Kenia, al ser un Estado Parte del Estatuto de Roma, se encontraba vinculado jurídicamente, por lo que tenía la obligación de aceptar y cooperar en caso la CPI decidiera ejercer su jurisdicción sobre el presidente Kenyatta.

Asimismo, también es útil señalar que la CPI nunca cursó una orden de detención contra el presidente Kenyatta; sin embargo, aún en ese supuesto, Kenia debía ejecutar la decisión de la Corte, detener y extraditar al presunto perpetrador.

En esa línea, es destacable señalar que la Defensa de Kenyatta no propuso ni promovió una controversia legal en torno al artículo 27.1 del Estatuto de Roma, el mismo que faculta el ejercicio de jurisdicción de la Corte sobre los jefes de Estado, indefectiblemente de su inmunidad o de cuestiones procedimentales que acarree su cargo.

De igual forma, Lynch y Zgonec-Rozej (2013) reflexionan sobre la capacidad del Estatuto de Roma para eliminar la inmunidad del presidente Kenyatta:

*“El Estatuto de Roma, que estableció la CPI, elimina la inmunidad que de otro modo podría disfrutar un jefe de estado en funciones según el derecho nacional o*

*internacional. Como Kenia es parte del Estatuto de Roma, incluso si Kenyatta y Ruto son elegidos como presidente y vicepresidente, aun así, estarán sujetos a las decisiones de la Corte.*

*El requisito de la CPI para que los acusados asistan a audiencias en La Haya a tiempo completo dificultaría severamente la capacidad de un acusado funcionario electo para desplegar los deberes de su cargo. En el pasado, casos en los que los jefes de Estado o de gobierno han sido acusados por tribunales internacionales, han renunciado a sus cargos de autoridad mientras se llevan a cabo sus procesos". (Traducción libre).*

En ese sentido, Kenia no podía oponerse al arresto o enjuiciamiento de los acusados, entre ellos, el presidente Kenyatta. Sobre este punto, Lynch y Zgonec-Rozej (p. 8, 2013) destacan que:

*"Como parte del Estatuto de Roma, Kenia no puede invocar inmunidad para oponerse al arresto, la rendición y el enjuiciamiento de los acusados si no se presentan al juicio en la CPI. Si Kenyatta o Ruto fueran elegidos para los cargos de presidente y vicepresidente en las próximas elecciones de Kenia, por lo tanto, aún tendrían que asistir a sus juicios en la CPI o enfrentar posibles sanciones". (Traducción libre).*

Sobre la obligación del Estado keniano de cooperar con la CPI, en caso esta última ordenara la detención del presidente Kenyatta, los autores Gaeta y Labuda (p. 22, 2017) opinan afirmativamente sobre el ejercicio de jurisdicción de la CPI en estos casos, señalando lo siguiente:

*"El gobierno de Kenia también se habría visto obligado a ejecutar esta solicitud. No podría haber objetado que la Constitución de Kenia otorga a su Presidente inmunidad de jurisdicción penal, porque el Artículo 27 (2) del Estatuto de Roma establece que las inmunidades o los procedimientos especiales que se otorgan a un individuo de conformidad con la legislación nacional no constituyen un obstáculo para los procedimientos penales ante el CPI. Una lectura combinada de los artículos 89 y 27 (2) del Estatuto de Roma establece claramente que los Estados partes en la CPI, como Kenia, no pueden invocar las inmunidades de sus funcionarios en virtud de la legislación nacional para rechazar la ejecución de una orden de detención emitida por La CPI. Véase el artículo 143 (1) de la Constitución de Kenia que dice: "No se iniciará ni continuará el proceso penal en ningún tribunal contra el Presidente o una persona*

*que desempeñe las funciones de ese cargo, durante su mandato". Véase también el párrafo 4, por el cual: "La inmunidad del Presidente en virtud de este Artículo no se extenderá a un delito por el cual el Presidente puede ser procesado en virtud de cualquier tratado en el que Kenia sea parte y que prohíba dicha inmunidad". Podría decirse que esta disposición elimina las inmunidades del Presidente cuando se trata de la ejecución de una orden de arresto de la CPI bajo el Estatuto de Roma, del cual Kenia es parte." (Traducción libre).*

Así, en caso hubiese sido emitida una orden de detención contra el presidente Kenyatta, el Gobierno de Kenia no podría haber objetado tal mandato. En principio, porque el Estatuto de Roma admite la jurisdicción de la Corte sobre los jefes de Estado. En segundo lugar, es la propia Constitución keniana la que faculta el ejercicio de jurisdicción de la Corte, tal como se desprende del precitado artículo 143.4 de esa Constitución, que señala que la inmunidad del presidente no surte efectos sobre los delitos por el cual el presidente es procesado en virtud de un tratado vinculante para Kenia y que prohíba a su vez dicha inmunidad. Sin embargo, la Corte únicamente requería la comparecencia de Kenyatta, por lo que nunca se emitió una solicitud de detención en su contra.

### **c) Caso del Presidente libio Muammar Gaddafi**

El 16 de mayo de 2011, la Fiscalía solicitó la emisión de tres órdenes de arresto contra el ex presidente libio Muammar Gaddafi, así como contra Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, en relación a la presunta responsabilidad de los cargos de asesinato y persecución como crímenes de lesa humanidad, los mismos que fueron cometidos a partir del 15 de febrero de 2011 en las ciudades de Trípoli, Benghazi y Misrata, por las Fuerzas de Seguridad y el aparato estatal libio en el contexto de la "primavera árabe".

Sin embargo, los cargos respecto a Muammar Gaddafi fueron retirados y el caso archivado debido a su asesinato el 22 de noviembre de 2011. No obstante, aquello implicó que la jurisdicción de la CPI podía activarse en virtud del principio de complementariedad, puesto que los tribunales libios no habían llevado a cabo o

reaccionado eficazmente mediante procesos judiciales justos contra tales funcionarios estatales.

## **2. LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE COOPERAR CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL ESTATUTO DE ROMA EN EL ORDENAMIENTO INTERNO**

Es importante iniciar precisando que el Estatuto de Roma impone la obligación a los Estados Partes de cooperar plenamente con la Corte Penal Internacional (ver artículo 86 del ER). A efectos de hacer viable esta cooperación Corte-Estado, el Estatuto obliga a los Estados Partes a asegurarse de que en su derecho interno existan procedimientos aplicables para todas las formas de cooperación con la CPI (artículo 88 del ER). Al respecto, los artículos precitados describan textualmente el siguiente tenor:

### *“Artículo 86*

*Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.”*

### *“Artículo 88*

*Los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte.”*

Los autores Oosterveld, Perry y McManus (p. 767) señalan algo similar:

*“The duty to cooperate with the ICC imposed on States Parties' by the Rome Statute is twofold: a general commitment to cooperate, and an obligation to amend their domestic laws to permit cooperation with the Court. Articles 86 and 88 form the foundation of the obligation on States Parties to cooperate with the ICC.”*

Puesto que se trata de una obligación general de cooperación entre los Estados Partes y la Corte, existen distintas acepciones sobre el ámbito de cooperación, pudiendo implicar ejecución de órdenes de arresto, implementación de legislación correspondiente, entre otros. Sobre este particular, la profesora noruega Baetens, F. (2020) menciona lo siguiente:

*“Multiple possibilities for State cooperation with the ICC have been formulated, not only by the Assembly of State Parties, but also by a variety of scholars and inter-governmental organizations. State cooperation may include a wide range of issues, including budgetary allocations, arrests, national implementation legislation, ratification of the agreement on privileges and immunities, support through the UN Security Council, and even voluntary cooperation agreements to help with the treatment of witnesses.”*

Por su lado, el internacionalista chino Zhu Wenqi (p. 88, 2006) destaca la importancia funcional de la cooperación Corte-Estado:

*“While it seems particularly powerful because it can issue indictments and pursue the criminal responsibility of international criminal suspects on a worldwide scale, it cannot take judicial action, such as executing arrests of defendants charged in indictments. In addition, in the course of investigating, trying cases and executing judgments, the ICC has to rely on the co-operation of states in areas such as assistance in investigation and evidence-gathering, making arrests, transferring the accused and executing judgments. It could therefore be said that whether the ICC can operate effectively and perform its mission will depend largely on the scope and degree of co-operation provided to it by states.”*

En ese sentido, a fin de cumplir con la obligación de cooperación que, en estricto, surtirá efectos cuando el Estado Parte sea llamado a cooperar con determinado acto de la Corte, los Estados implementan y adecuan su ordenamiento interno para hacer efectiva la eventual cooperación con la Corte. De ese modo, la implementación del Estatuto de Roma en cada Estado Parte es crucial para que el propio Estado pueda responder adecuadamente los requerimientos de cooperación de la Corte. En ese sentido, la implementación, entiéndase esta como “adecuación”, “incorporación” o “adopción”, es necesaria para que el Estado pueda cumplir con su obligación de cooperación.

Respecto a la implementación del ER, resulta útil la definición de “implementación” de Moncayo, G. (1981, p.56):

*“El término “implementación” se utiliza para describir una actividad compleja, que consiste en la adopción por un Estado de todas aquellas medidas que sean necesarias*

*para que un tratado sea aplicado correctamente en su ordenamiento jurídico interno. Los alcances de esta actividad no pueden ser detallados de antemano por el derecho internacional, ya que cada Estado responde a un sistema jurídico y su ordenamiento interno posee características diferenciadas del resto. Lo que no puede soslayarse es que, si de una correcta implementación se deriva la eficaz aplicación y cumplimiento de un tratado, lo contrario se transforma en la violación por el Estado de las obligaciones a su cargo, incurriendo, por tanto, en responsabilidad internacional.”*

En esa línea, es claro y evidente que la implementación es necesaria, aunque no obligatoria. La implementación servirá como una medida para cumplir con la obligación de cooperación, por lo que, de no preverse una implementación adecuada del ER en el ordenamiento interno, el Estado podría no responder efectivamente en el momento de cooperación con la Corte, lo cual generaría responsabilidad internacional derivada del incumplimiento. De ese modo, el Estado nunca será responsable internacional por no implementar el ER, sino asumirá la responsabilidad cuando falle en la cooperación con la CPI, debido a que se trata de una obligación de resultado.

Es relevante indicar que existen otros autores como Kai Ambos que señalan que existe una obligación de facto de implementar el ER en los ordenamientos internos, lo cual resulta ser discutible, toda vez que se parte del supuesto de la preexistencia de obligaciones internacionales fácticas, o implícitas, y no formales.

De igual forma, el Estado no podrá invocar la falta de implementación del ER en su ordenamiento interno para incumplir o justificar el incumplimiento de su obligación internacional (principio internacional de “*self-evident*”, codificado también en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969).

En nuestra misma posición, el autor alemán Ambos, K. (2003, p. 25) sostiene lo siguiente:

*“El Estatuto de Roma no contiene una obligación específica en cuanto a la adaptación del derecho interno. Como única excepción normativa puede considerarse el artículo 70, inciso 4, letra a, que obliga a los Estados parte a extender sus leyes penales que castiguen delitos contra la administración de justicia a los delitos contra la Corte Penal Internacional (CPI) contenidos en el artículo 70.*

*Si bien esta es la única excepción normativa de la regla de que no hay obligación específica, podemos deducir más excepciones fácticas de, por un lado, la obligación de cooperación de los Estados parte (artículos 86 y ss.) y, por otro, del principio de complementariedad (artículo 17). En cuanto a lo primero, es claro que los Estados parte solamente pueden cumplir con su obligación de cooperación si tienen una legislación procesal adecuada, en particular una ley de cooperación con la CPI. El artículo 88 explícitamente exige que los Estados parte se aseguren “de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas de la presente parte”.*

En la misma línea, Birkett, D. (2019, pp. 386-387) señala lo siguiente:

*“Turning to the forms of cooperation required from States subject to a duty to cooperate, Article 88 of the Rome Statute provides as follows: “State Parties shall ensure that there are procedures available under their national law for all of the forms of cooperation” specified under Part IX. State Parties are therefore obligated to guarantee that there are procedures available to enable them to cooperate with the Court. However, States are free to determine how to implement the cooperation provisions into their respective national laws. This is an obligation of result: provided that States provide for procedures to facilitate all the forms of cooperation required by the Rome Statute regime, it does not matter how they do so. Under Part IX of the ICC Statute, the obligation to cooperate extends to preserving and providing evidence, sharing information, securing the arrest and surrender of suspects for whom arrest warrants have been issued, and protecting victims and witnesses to ICC proceedings.”*

Por otra parte, es conveniente señalar que la responsabilidad internacional generada por no cooperar con la CPI, a diferencia de lo previsto en los mecanismos jurisdiccionales del TPIY y el TPIR, no crean sanciones directas contra el Estado, puesto que el ER establece la remisión de la situación ilícita a la Asamblea de Estados Partes. Sobre este punto, el autor alemán Zimmermann, A. (p. 223) señala lo siguiente:

*“In that respect it is first important to note that the statute contains the general obligation of the contracting parties to cooperate with the future ICC in accordance with the statute. A further important relevant question, given the experiences of both the Yugoslavia and Rwanda Tribunal, is the question as to what measures might be taken in case of non-cooperation in violation of the statute. Given the fact that the future ICC will not itself*

*posses the possibility to order sanctions, the stole possibility remains to either inform an organ created by the statute itself or inform an organ fo the United Nations. The draft statute, as adopted by the Preparatory Committee, provides as possible solutions that the ICC could either inform the Assembly of States Parties, the General Assembly of the United Nations or the Security Council as to any instance of non-cooperation.”*

Empero, sin perjuicio de la cuestión sobre la obligatoriedad de implementar el ER, la Asamblea de Estados Partes del ER recomienda que los Estados implementen correctamente dicho acervo normativo, a fin de no fallar eventualmente a su obligación de cooperación con la CPI:

*“For the International Criminal Court (ICC, Court) to be able to function effectively, its State Parties need to incorporate its constituent instrument, the Rome Statute of the International Criminal Court (Rome Statute, ICC Statute), into their respective domestic legal orders—a process known as implementation. The implementation process serves two purposes. First, enacting national implementing legislation empowers State Parties to fulfil their obligation under the ICC Statute to “ensure that there are procedures available under their national law for all of the forms of cooperation” specified in Part IX thereof, and, further, their general obligation to “cooperate fully with the Court in its investigation and prosecution of crimes” within its jurisdiction.” (Ver Documento ICC-ASP/16/18, “Report of the Bureau on the Plan of action of the Assembly of States Parties for achieving universality and full implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court”).*

Así, si bien no se describe en el ER una obligación literal de implementación de sus disposiciones en el ordenamiento interno de los Estados, ni tampoco se establece la forma de implementar internamente, sí se instituye la obligación de asegurar el cumplimiento de la obligación de cooperación, por lo que el camino que deben seguir los Estados debe ser el de eliminar las barreras jurídicas internas que imposibiliten la cooperación con la Corte y crear las normas pertinentes para hacer funcional esa cooperación.

La práctica internacional demuestra que los Estados comprenden que, a efectos de cumplir con la obligación que impone el artículo 86 u 88 del ER, puede ser necesario enmendar o adaptar su legislación interna para favorecer la cooperación judicial entre

la Corte y el Estado. De ese modo, los Estados evalúan libremente primero las divergencias o antinomias que podrían suscitarse entre el ER y las disposiciones de su derecho interno, dentro de las que se encuentran la propia Constitución, la legislación penal sustantiva o procesal, etc. Tras ello, dependiendo de los resultados de ese análisis, procederán a modificar las disposiciones internas que colisionen con las del ER, así como hacer funcional la cooperación, toda vez que lo que se busca es, en *ultima ratio*, cumplir con la obligación de cooperación y que el Estado no asuma responsabilidad internacional por su incumplimiento.

Las experiencias comparadas demuestran que los Estados Partes han optado por implementar internamente el marco normativo del ER, ya sea parcial o absolutamente, a fin de cumplir eventualmente sus obligaciones de cooperación, evaluando preliminarmente las incompatibilidades entre las disposiciones de su derecho interno y las del propio tratado, y procediendo a adaptar el tratado en su ordenamiento a través de la tipificación de los crímenes internacionales, previsión de normas procesales judiciales de cooperación, incorporando disposiciones constitucionales que permitan el ejercicio de jurisdicción de la CPI a pesar de las restricciones de la Constitución (inmunidades, procedimientos especiales, etc.), entre otras medidas. Todas estas medidas dependen ciertamente del sistema de incorporación de tratados que detenta cada Estado, pudiendo ser monista o dualista.

Sin perjuicio de lo indicado, esto no implica que no existan o hayan existido diversas dificultades en torno a la implementación del ER en los ordenamientos nacionales, tal como señala la Coalición para la Corte Penal Internacional (p. 13):

*“Besides political will, the absence of which may be difficult to overcome, the most common hurdles to national implementation of the ICC Statute are (1) the type of legal system, (2) potential conflicts with constitutional guarantees and (3) the presence in pre-existing national legislation of: (a) statutes of limitations and (b) immunities. Such obstacles ought to be reviewed and removed in order to allow for the investigation and prosecution of core international crimes by national authorities.”*

En esa línea, respecto a los conflictos constitucionales que podrían generarse, la autora británica Duffy, H. (2001, p. 6) identifica tres principales problemas de esa índole que suelen afectar la implementación del ER:

*“The first issue is the compatibility of a state’s constitutional prohibition on the extradition of its nationals with the absolute obligation on state parties to the Rome Statute to arrest and surrender suspects to the Court. The second relates to the consistency of constitutional immunities, such as those conferred on heads of states or parliamentarians, with the duty imposed on state parties to arrest and surrender suspects, irrespective of their official status. The third issue concerns the compatibility of constitutional prohibitions on life imprisonment with the Statute’s provisions on penalties, which allow the ICC to impose a life sentence in exceptional circumstances.”*

Esto mismo es reafirmado por la Coalición para la Corte Penal Internacional (p. 14), que destaca lo siguiente:

*“Another consideration is the elevated status national constitutions occupy within domestic legal orders. Certain constitutional guarantees often conflict with international criminal law provisions and this can represent a major obstacle to legal reform. These include the prohibition of extradition of a State’s own nationals typically found in civil law countries, the absence of life imprisonment in the constitutions of some States, the absence of a jury at international courts or tribunals, the role of amnesties or pardons.*

*The most common obstacles in harmonizing national laws with international criminal law provisions are statutes of limitations and immunities (...).”*

Como se observa, uno de los inconvenientes para una efectiva implementación es el potencial conflicto constitucional que puede generarse entre las disposiciones del ER que prevén la improcedencia del cargo oficial y de las inmunidades de los funcionarios estatales (ver art. 27 del ER) y las inmunidades o prerrogativas que las Constituciones estatales suelen disponer en beneficio de ciertas autoridades nacionales. Por un lado, el artículo 27 del ER regula que la CPI puede ejercer su jurisdicción sobre cualquier persona, sean estos funcionarios estatales o cualesquiera, a pesar incluso de gozar de inmunidades u otras prerrogativas en el plano del derecho internacional o interno. Sin embargo, las Constituciones nacionales, más longevas que el propio ER, plantean, en la mayoría de países, que ciertos altos funcionarios públicos, como el Presidente

del país, así como parlamentarios u otros, gozan de inmunidad en el ámbito penal, por lo que una acusación o procedimiento en contra de tales no tiene asidero mientras ejerzan su cargo oficial.

En ese sentido, se hace necesario que los Estados, a través de sus órganos competentes, apliquen revisiones a sus disposiciones constitucionales sobre inmunidades o prerrogativas, a fin de hallar mecanismos que posibiliten la aplicación del artículo 27 del ER y evitar una colisión jurídica en caso la Corte requiera la cooperación del Estado. Sobre este particular, la profesora Duffy, H. (p. 5, 2001) indica lo siguiente:

*“Article 27 of the ICC Statute excludes the application of immunities for State officials at the international level, i.e. in proceedings before the ICC. States are, therefore, advised to review the application of immunities for national officials in their domestic law. This may necessitate a re-examination of constitutional provisions, many of which afford wide-ranging immunities to State officials.”*

### **3. CONFLICTO ENTRE LAS CONSTITUCIONES Y EL ESTATUTO DE ROMA EN LA PRÁCTICA COMPARADA: LA APLICACIÓN DE JUICIOS DE COMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL QUE PERMITEN EVITAR UNA COLISIÓN JURÍDICA ENTRE EL ARTÍCULO 27 DEL ESTATUTO DE ROMA Y LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES DE INMUNIDADES DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS**

En la práctica, muchos Estados suelen hallar antinomias o conflictos jurídicos entre sus disposiciones constitucionales y las del ER; la mayoría versan sobre las materias de “entrega o extradición de ciudadanos”, “inmunidades”, “conflicto entre penas previstas”, etc. Respecto a las inmunidades, por ejemplo, es cierto que la mayoría de Estados suelen premunir a sus altos funcionarios (presidentes, parlamentarios, etc.) con ciertas prerrogativas como inmunidades o inviolabilidad; sin embargo, el ER permite que la CPI pueda ejercer su jurisdicción sobre cualquier persona y sin importar el cargo o las prerrogativas que ostenten. En ese sentido, lo regulado por el ER y las Constituciones estatales se contraponen, por lo que los Estados vinculados por el ER deben adaptar sus ordenamientos.

Sobre esto conflictos normativos, conviene citar a Odello, M. (2005, p. 303), que refiere lo siguiente:

*“En tema de relaciones entre las normas constitucionales y el Estatuto de Roma tiene sobre todo tres áreas de posibles conflictos, debido a la imposibilidad de utilizar el recurso de las reservas al Tratado, expresamente prohibida por el art. 120 del Estatuto. Primero, el tema de la extradición y entrega de ciudadanos a la Corte Penal Internacional, previsto por el art. 90 del Estatuto, cuando exista una prohibición constitucional de no entregar o extraditar a los ciudadanos. La segunda posibilidad consiste en el conflicto entre las inmunidades otorgadas a Jefes de Estado y parlamentarios y el deber de prosecución de los criminales, independientemente de la posición oficial que tengan (art. 27 del Estatuto). Finalmente, la posibilidad de conflicto entre las penas previstas por el Estatuto, que incluye la posibilidad de otorgar la cadena perpetua, en los casos más graves, y la prohibición prevista en unas constituciones de este tipo de pena.”*

En suma, existen Estados que evaluaron la compatibilidad del ER con sus disposiciones constitucionales, y que hallaron conflictos entre lo regulado en ambos regímenes jurídicos, entre el nacional y el internacional. A fin de solucionar estos problemas, los Estados procedieron a realizar modificaciones o reformas constitucionales. Por otro lado, también están los países que, habiendo evaluado la compatibilidad, decidieron no esbozar reformas constitucionales puesto que resolvieron que ambos regímenes eran compatibles. Asimismo, sirve mencionar que el procedimiento de compatibilidad depende de cada Estado, y, por ende, se rige por las reglas de cada cual. Usualmente, este procedimiento es conocido en muchos países como “control de constitucionalidad de los tratados”, y es realizado por un Consejo Constitucional o por un Tribunal o Corte Constitucional. En suma, la evaluación de compatibilidad no es imperativa ni es una obligación impuesta a los Estados, sino se da en el marco de la implementación del tratado, a discrecionalidad del mismo Estado. Esto no prejuzga las recomendaciones que la Asamblea de Estados Partes suele dirigir a los Estados.

El autor italiano Odello (p. 203) reafirma lo expresado, en los siguientes términos:

*“Los Estados han tratado de solucionar estos temas de distintas formas. Esencialmente los Estados se pueden dividir en dos grupos: en cuanto al primer grupo, se han considerado necesarias reformas a nivel constitucional para adaptar su sistema legal a los principios del Estatuto de Roma; mientras que el segundo grupo consideró que sus principios constitucionales no estaban en conflicto con las normas internacionales, y, por lo tanto, que no se necesitaban reformas a nivel constitucional.”*

Como señala Duffy, H. (2001, p. 8), ante las complejidades constitucionales relacionadas al ER, los Estados Partes han reaccionado de dos formas: enmendando sus Constituciones o, a través de sus órganos competentes, pronunciándose sobre la consistencia entre el ER y sus disposiciones constitucionales, evitando enmiendas o modificaciones constitucionales. Literalmente, la autora indica lo siguiente:

*“Broadly speaking, state reactions to these constitutional issues fall into two camps. The first is, to date, a relatively small group of states that have decided to amend their constitutions to ensure that they are in line with the Rome Statute. The second camp is a growing number of states that have concluded that their constitutional provisions are consistent with the Statute, and thus amendment is unnecessary. In these cases, closer analysis of the Rome Statute together with the relevant constitutional provisions has led to an abeyance of initial concerns about compatibility, in favor of the view that the Statute and the constitution can in fact be read harmoniously.”*

La práctica comparada demuestra que los Estados realizan sus evaluaciones de compatibilidad en cualquier momento, antes que manifiesten su consentimiento de vincularse con el ER o incluso después de esta situación. En ese sentido, resulta claro que el ER tampoco establece un plazo o un criterio de temporalidad que obligue a los Estados a evaluar la compatibilidad antes, durante o después de la ratificación, por lo que dependerá netamente de cada Estado.

A continuación, se exhibe la práctica de ciertos Estados Partes del Estatuto de Roma, respecto a los juicios de compatibilidad constitucional aplicados para implementar el ER en sus ordenamientos. Asimismo, se hará énfasis en la cuestión relativa al

tratamiento de las inmunidades constitucionales de sus altos funcionarios a partir del impacto del artículo 27 del ER:

**a) Francia**

La República Francesa suscribió el Estatuto de Roma en fecha 18 de julio de 1998, ratificándolo el 9 de junio de 2000. Entre el periodo de suscripción y ratificación, el Presidente y Primer Ministro francés solicitaron al Consejo Constitucional francés evaluar o examinar el Estatuto de Roma, en el sentido de conocer si este colisionaba con determinadas disposiciones de la vigente Constitución del 4 de octubre de 1958, y, en caso así sea, recomendar las pertinentes modificaciones. Esta solicitud al Consejo Constitucional se realizó en acato al artículo 54 de la Constitución francesa:

*“Artículo 54. Si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos Cámaras o por sesenta diputados o por sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa reforma de la Constitución.”*

Finalmente, el Consejo Constitucional, a través de la Decisión 98-408 DC, del 22 de enero de 1999, determinó la necesidad de modificar la Constitución. Entre las cuestiones que evaluó, se observó una divergencia entre lo regulado en el artículo 27 del Estatuto de Roma y en el artículo 68 de la Constitución:

*“(…) Article 27(1) of the Statute of the International Criminal Court provides: “This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity; in particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or Parliament ... shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence”; Article 27(2) further provides that “Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person;*

*By Article 68 of the Constitution, the President of the Republic may not be held liable for acts performed in the exercise of his duties except in the case of high treason; moreover, during his term of office he may be indicted only in the High Court of Justice by the procedure determined by that Article; it follows from Article 68-1 of the Constitution that Members of the Government may be held liable for acts performed in the exercise of their duties only by the Court of Justice of the Republic; by the first paragraph of Article 26 of the Constitution, Members of Parliament enjoy immunity in respect of the opinions expressed and the votes cast in the exercise of their duties; by the second paragraph, they may not be arrested for a serious crime or other major offence, nor be subjected to any other custodial or semi-custodial measure, without the authorisation of the bureau of the Assembly of which they are a member; such authorisation is not required in the case of a serious crime or other major offence committed flagrante delicto or a final sentence;*

*Article 27 of the Statute is accordingly contrary to the special rules governing liability laid down by Articles 26, 68 and 68-1 of the Constitution; (...)*". (Ver, en original francés, *Décision 98-408 DC du 22 janvier 1999 - Approbation du Traité portant statut de la Cour pénale internationale, Journal officiel*, del 24 de enero de 1999, p. 1317).

Como se sabe, en Francia, la inmunidad o fuero presidencial es regulado, con el siguiente tenor, en el artículo 68 de la Constitución francesa:

*“El Presidente de la República no podrá ser destituido sino en caso de incumplimiento de sus deberes manifiestamente incompatible con el ejercicio de su mandato. La destitución será acordada por el Parlamento constituido en Alto Tribunal de Justicia.*

*La propuesta de reunión del Alto Tribunal de Justicia adoptada por una de las Cámaras del Parlamento será inmediatamente presentada a la otra, que se pronunciará en los quince días.*

*El Alto Tribunal de Justicia será presidido por el Presidente de la Asamblea Nacional. Se pronunciará en el plazo de un mes, a votación secreta, sobre la destitución. Su decisión tendrá efecto inmediato.*

*Las decisiones adoptadas en aplicación del presente artículo lo serán por mayoría de los dos tercios de los miembros que compongan la Cámara correspondiente o el Alto Tribunal de Justicia. Cualquier delegación de voto será prohibida. Sólo se considerarán*

*los votos favorables a la propuesta de reunión del Alto Tribunal de Justicia o la destitución.*

*Una ley orgánica fijará las condiciones de aplicación del presente artículo.”*

Además, respecto a la responsabilidad penal del Presidente por los actos o delitos cometidos bajo su mandato, es de aplicación el artículo 68-1:

*“Los miembros del Gobierno serán responsables penalmente de los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones y tipificados como delitos en el momento en el que los cometieron.*

*Serán juzgados por el Tribunal de Justicia de la República.*

*El Tribunal de Justicia de la República estará vinculado por la tipificación de los delitos, así como por la determinación de las penas, tal como resulten de la ley.”*

Como se observa, en caso el Presidente o los miembros del Gobierno francés cometan delitos comunes, es el Tribunal de Justicia de la República quien los juzgará. No obstante, como se ha hecho patente con el citado pronunciamiento del Consejo Constitucional francés, el artículo 27 del Estatuto colisionaba con esta disposición, por cuanto la Constitución no reconocía, con esta redacción del artículo 68-1, la jurisdicción de la CPI para estos casos. De ese modo, en la actualidad, se modificó el artículo 53 de la Constitución francesa, incorporándose la siguiente disposición genérica (ver artículo 53-2) que faculta a la CPI a ejercer su jurisdicción, tal como lo establece el propio Estatuto de Roma:

*“La República podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de acuerdo con las condiciones previstas por el tratado firmado el 18 de julio de 1998.”*

## **b) Chile**

La República de Chile suscribió el Estatuto de Roma el 11 de septiembre de 1998, procediendo a su ratificación el 29 de junio de 2009.

El actual texto constitucional de la República de Chile es la “Constitución Política de la República de Chile de 1980”. A través del artículo 52.2 de la Constitución, se ha previsto la prerrogativa presidencial en el siguiente orden:

*“Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: (...) [d]eclarar si hay o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas: a) Del Presidente de la República, por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes. Esta acusación podrá interponerse mientras el Presidente esté en funciones y en los seis meses siguientes a su expiración en el cargo. Durante este último tiempo no podrá ausentarse de la República sin acuerdo de la Cámara (...).”*

Tal como se observa, le correspondería a la Cámara de Diputados, como filtro, declarar si hay o no lugar para acusar al Jefe de Estado. En ese sentido, el Presidente puede ser sometido a esta Cámara por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes. En ese último supuesto, esta Cámara podría someter al Jefe de Estado en caso haya infringido las leyes penales que describen o tipifican delitos comunes.

Por otra parte, a fin de dirimir o resolver si el Presidente es culpable o no, el Senado tendrá dicha competencia. A esos efectos, corresponde remitirse a lo establecido en el artículo 53 de esa Constitución:

*“Son atribuciones exclusivas del Senado: (...) [e]l Senado resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa. La declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por los dos tercios de los senadores en ejercicio cuando se trate de una acusación en contra del Presidente de la República, y por la mayoría de los senadores en ejercicio en los demás casos.”*

Tal como se observa, es claro que el Presidente, incluso antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, podría ser sancionado por la comisión de delitos comunes, previo pronunciamiento y decisión del Parlamento, que actúa a través de sus Cámaras.

Sin embargo, a partir de la suscripción chilena del Estatuto de Roma, en fecha 11 de septiembre de 1998, el Tribunal Constitucional observó la colisión de determinadas disposiciones del Estatuto con la Constitución chilena, entre las que se encontraban

los procedimientos que la Constitución prevé para sancionar al Jefe de Estado. Bajo esos parámetros, el Tribunal Constitucional de Chile declaró inconstitucional el Estatuto de Roma, el 8 de abril del año 2002, por ser contrario a las disposiciones de la propia Constitución, advirtiendo que la aprobación de este requería de reforma constitucional (ver sentencia rol 346-02 del TC). Entre las cuestiones que el Tribunal observó, se destacan las referentes a los fueros o prerrogativas, toda vez que el Estatuto de Roma establecería un "procesamiento directo ante la Corte".

No obstante, a fin de solventar lo indicado por el Tribunal Constitucional, el Parlamento chileno, mediante la Ley de Reforma Constitucional N° 20.352, modificó la Constitución, incorporando las vigésimo cuarta y quinta disposiciones transitorias. En efecto, estas disposiciones agregadas señalan lo siguiente:

*“Vigésimo cuarta. El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte.*

*Vigésimo quinta.- La modificación introducida en el inciso cuarto del artículo 60, entrará en vigencia transcurridos ciento ochenta días a contar de la publicación de esta ley en el Diario Oficial.*

*Al efectuar ese reconocimiento, Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria de la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.*

*La cooperación y asistencia entre las autoridades nacionales competentes y la Corte Penal Internacional, así como los procedimientos judiciales y administrativos a que hubiere lugar, se sujetarán a lo que disponga la ley chilena.*

*La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, sólo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma.”*

Seguidamente, configuradas estas modificaciones a la Constitución, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia rol 1415-09, del 24 de julio del año 2009, declaró

la constitucionalidad del tratado en mención, por lo que se procedió a la ratificación del Estatuto de Roma, en fecha 29 de junio de 2009, casi diez años después de la suscripción.

Finalmente, como se ha hecho patente, resulta importante comentar que, en la actualidad, Chile reconoce la jurisdicción de la CPI, por lo que en caso la Corte requiera la cooperación de ese país para detener o extraditar al Presidente u otro alto funcionario en funciones, no existirán barreras jurídicas internas para esos efectos.

### **c) Colombia**

La República de Colombia suscribió el Estatuto de Roma el 10 de diciembre de 1998, procediendo a ratificarlo el 5 de agosto de 2002.

Asimismo, la Constitución Política de Colombia de 1991 ha previsto la inmunidad presidencial en el artículo 199, del siguiente modo:

*“Artículo 199.- El Presidente de la República, durante el período para el que sea elegido, o quien se halle encargado de la Presidencia, no podrá ser perseguido ni juzgado por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa.”*

Como se observa, la Constitución colombiana impone una prohibición de persecución (acusación) y juzgamiento contra el Presidente por “delitos”. Empero, esta prohibición no se aplica cuando la Cámara de Representantes (acusadora) y el Senado (decisora) son quienes someten al Presidente, lo que significa que son estos fueros legislativos los encargados de procesar al Jefe de Estado en funciones.

En caso el Jefe de Estado colombiano sea acusado o investigado por la comisión de delitos comunes, el Senado únicamente declarará si hay lugar para la causa, pudiendo este disponer al acusado ante la Corte Suprema, tal como describe el artículo 175 de esa Constitución. En ese sentido, la judicatura ordinaria no podría aplicarse contra el Presidente colombiano salvo que el Senado lo considere conveniente.

Por otra parte, el artículo 93 de la Constitución colombiana prevé la superioridad de los tratados sobre derechos humanos en relación con el orden interno. Además, tal

artículo fue modificado en el año 2001, a través del Acto Legislativo 02 del 2002. El acto legislativo es una norma expedida por el Congreso de la República cuyo objetivo es reformar, adicionar o derogar algún texto en la Constitución Política de Colombia. De ese modo, se amplió o incorporándose el siguiente texto:

*“(…) El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.*

*La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.”*

Como se visualiza, en líneas generales, la Constitución admite que el Estatuto de Roma sea aplicado por la CPI cuando esta ejerza su competencia subsidiaria. Esto es, si bien Colombia no ha modificado los términos en los que establece la inmunidad del Presidente (artículo 199), en otra disposición constitucional (artículo 93) faculta a la CPI a ejercer su jurisdicción en los casos de su competencia, por lo que es claro que los procedimientos constitucionales especiales aplicables al Presidente no podrán oponerse para que la Corte limite el ejercicio de su jurisdicción.

#### **d) Costa Rica**

Por su lado, la vigente Constitución Política de Costa Rica de 1949 regula el fuero presidencial, ampliando este fuero a los Vicepresidentes:

*“Artículo 151.- El Presidente, los Vicepresidentes de la República o quien ejerza la Presidencia, no podrán ser perseguidos, ni juzgados sino después de que, en virtud de acusación interpuesta, haya declarado la Asamblea Legislativa haber lugar a formación de causa penal.”*

Como se hace patente, el Presidente costarricense no puede ser perseguido ni juzgado, salvo que medie previamente una acusación en su contra, que haya sido declarada admisible por la Asamblea Legislativa. Una vez más, es requisito esencial que la Asamblea Legislativa determine si hay lugar para la formación de la causa penal.

En esa línea, con base en el artículo 121.9 de esa Constitución, la Asamblea Legislativa podrá admitir las acusaciones, declarando si hay lugar para la formación de la causa, contra el Presidente de la República, debiendo hacerlo con el voto afirmativo de dos terceras partes del total de votos de la Asamblea. En caso de ser afirmativa la votación, dispondrá al Presidente ante la Corte Suprema para ser juzgado. En estricto, el referido artículo dispone lo siguiente:

*“Artículo 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea General:*

*(...)*

*9) Admitir o no las acusaciones que se interpongan contra quien ejerza la Presidencia de la República, Vicepresidentes, miembros de los Supremos Poderes y Ministros Diplomáticos, declarando por dos terceras partes devotos del total de la Asamblea si hay o no lugar a formación de causa contra ellos, poniéndolos, en caso afirmativo, a disposición dela Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento; (...).”*

Por otro lado, es menester señalar que Costa Rica suscribió el Estatuto de Roma el 7 de octubre de 1998, ratificándolo el 7 de junio 2001. En ese sentido, es relevante indicar que, entre la suscripción y la entrada en vigor, se consultó a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma, determinando, el 1 de noviembre de 2000, vía Res. 2000-09685, que el Estatuto era constitucional. Entre las consideraciones que son citadas por la Sala, en esa resolución, se describió lo siguiente:

*“Dentro de ese orden de ideas, ha dicho la jurisprudencia de la Sala que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor y que, en tratándose de Derechos Humanos, los instrumentos internacionales ‘tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución’ (Sentencia 2313-95).”*

Como se observa, la Sala Constitucional costarricense interpretó que el Estatuto de Roma era constitucional, basándose en su jurisprudencia que establecía la constitucionalidad de los tratados de derechos humanos, por lo que interpretó que este

criterio era extensivo al Estatuto de Roma (tratado de derecho penal internacional o derecho internacional humanitario). En ese sentido, las disposiciones constitucionales como “la inmunidad presidencial” no funcionarían o se inaplicarían para cuando la CPI actúe su jurisdicción al amparo del Estatuto de Roma.

La Sala, en específico, esbozó la siguiente opinión sobre el artículo 27 del Estatuto en su relación con la inmunidad de los miembros de los Supremos Poderes:

*“Pero también está claro que la “inmunidad” de que gozan los miembros de los Supremos Poderes, si bien constituye un obstáculo para el normal ejercicio de la acción penal en el nivel nacional, salvo que la Asamblea Legislativa, de conformidad con el inciso 9 del artículo 121 de la Constitución Política, admita la acusación pues al estar sujetos éstos, como funcionarios públicos, al principio de legalidad, son responsables por los actos que realicen en el ejercicio del cargo -aún cuando sean de tipo penal- en la medida que son simples depositarios de la autoridad, no podría ser sobrevaluada al punto de que impida la actuación de un tribunal como la Corte Penal Internacional y por la naturaleza de los delitos previstos en el Estatuto. De tal manera, no se requiere esperar un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa para iniciar sus procedimientos.” (Res. 2000-09685 en Exp. 00-008325-0007-CO, pp. 11-12).*

El razonamiento de la Sala es válido, en tanto ha interpretado que el Estatuto de Roma es un tratado de derechos humanos, lo cual revestiría al propio Estatuto de un carácter constitucional.

#### **e) México**

La actual Constitución de México es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la misma que se encuentra en vigor, tras distintas enmiendas, hasta la actualidad.

Hasta antes de la suscripción del Estatuto de Roma, los Estados Unidos Mexicanos, al igual que muchos países de la región, regulaba la inmunidad o fuero presidencial en su propia Constitución. La inmunidad presidencial en México es comprendida de modo absoluto, únicamente permitiendo que el Presidente, durante el ejercicio de su cargo, pueda ser acusado por “traición a la patria” y “delitos graves de orden común”. Sobre este particular, puede visualizarse el artículo 108 de esa Constitución:

*“Artículo 108.- (...) [e]l Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, solo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común (...).”*

Esta disposición se mantiene prescrita así hasta la fecha. En ese sentido, el Presidente mexicano no puede alegar su inmunidad o fuero cuando sea acusado por delitos graves de orden común y por traición a la patria. Sin embargo, para el caso de una acusación penal contra un Presidente mexicano por delitos graves de orden común, donde se podrían configurar los crímenes internacionales del Estatuto de Roma, tal como describe el artículo 111 de esa Constitución, este solo podría ser acusado ante la Cámara de Senadores, resolviendo este órgano en base a la legislación penal aplicable:

*“Artículo 111.- (...) [p]or lo que toca al Presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable (...).”*

Bajo ese orden de ideas, el Parlamento mexicano consideró que para que el Estatuto de Roma, después de su suscripción, sea ratificado y entre en vigor para el Estado mexicano, se debía modificar los artículos de la Constitución *supra* comentados. Así, a fin de preparar o perfeccionar la legislación interna para la eventual ratificación de dicho tratado, se modificó el artículo 21 de la Constitución mexicana, en los siguientes términos:

*“El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.”*

Con esta modificación, México, considerando que el Estatuto de Roma contenía una serie de disposiciones que de un modo u otro afectaban las ya establecidas disposiciones constitucionales, decidió simplemente insertar una disposición genérica que estableciese, vía la Constitución, el reconocimiento de jurisdicción de la CPI. Sin embargo, esta modificación, a diferencia, por ejemplo, de la esbozada en Chile o Francia, demanda que el Senado apruebe la jurisdicción de la CPI, constituyéndose esta una nueva barrera procesal. De la misma opinión son los autores mexicanos Camarillo, L. y Cabrera, S. (2016), puesto que tal disposición dificultaría una

interpretación efectiva sobre la jurisdicción de la Corte, ya que esta jurisdicción se determinaría *vis a vis* y entrañaría la aprobación del Senado.

Finalmente, en fecha 28 de octubre de 2005, México ratificó el Estatuto de Roma, manteniéndose, hasta la actualidad, esa problemática única modificación (ver artículo 21 de la Constitución Mexicana) en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

La complejidad del tema en México parece ser mayor, por cuanto la jerarquía de los tratados no es del todo clara en la Constitución mexicana. En el mismo sentido, Cañiz, N. (2010) señala lo siguiente:

*“Por una parte, la Constitución establece que los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo y que estén de acuerdo con la Constitución son ley suprema de la unión. Pero no establece un orden jerárquico, ese orden lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia. La jurisprudencia venía manejando que el criterio de que los tratados internacionales estaban al mismo nivel de las leyes federales, y desde el 99 los sitúa directamente por debajo de la Constitución y en un plano superior a las leyes. Creo que un tema tan importante como ese no se debe dejar en manos de la jurisprudencia. Debería reformarse el artículo 133 constitucional para dejar ya de un lado las interpretaciones y establecer claramente la jerarquía de los tratados en el orden interno.”*

Así, la Constitución mexicana, en su artículo 133, prevé que los tratados que estén acorde con la Constitución forman parte de la Ley Suprema de la Unión, al igual que la propia Constitución. En ese sentido, si el tratado no se encuentra conforme con la Constitución, este no gozaría de ese nivel jerárquico. De ese modo, no se puede determinar si el Estatuto de Roma, tratado que mantiene disposiciones dicotómicas con la Constitución mexicana, formaría parte del bloque de constitucionalidad, dificultando aún más una comprensión única y determinante sobre la fuerza del Estatuto de Roma en la Constitución mexicana.

De ese modo, en caso una disposición del Estatuto de Roma, como el artículo 27, colisione con la disposición de inmunidad presidencial de la Constitución, sería complicado determinar si México cumpliría sus obligaciones de cooperar con la Corte.

## f) Bolivia

El Estado Plurinacional de Bolivia suscribió el Estatuto de Roma el 17 de julio de 1998, ratificándolo el 27 de junio de 2002.

Por otra parte, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 prevé que el Presidente puede ser acusado en judicatura ordinaria, previa autorización de la Asamblea Legislativa Plurinacional, siendo enjuiciado ante el Tribunal Supremo de Justicia. Como se observa, existe un fuero para el presidente, el mismo que se puede levantar cuando el procedimiento sea el precitado. Con esa base, es menester señalar lo descrito en el artículo 184:

*“Artículo 184.- Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, además de las señaladas por la ley: Juzgar, como tribunal colegiado en pleno y en única instancia, a la Presidenta o al Presidente del Estado, o a la Vicepresidenta o al Vicepresidente del Estado, por delitos cometidos en el ejercicio de su mandato. El juicio se llevará a cabo previa autorización de la Asamblea Legislativa Plurinacional, por decisión de al menos dos tercios de los miembros presentes, y a requerimiento fundado de la Fiscal o del Fiscal General del Estado, quien formulará acusación si estima que la investigación proporcionó fundamento para el enjuiciamiento. El proceso será oral, público, continuo e ininterrumpido. La ley determinará el procedimiento.”*

Por otra parte, el artículo 111 de tal Constitución prevé la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales descritos en el Estatuto de Roma, sin mencionar el “crimen de agresión”, puesto que la CPI empezó a ejercer jurisdicción sobre los casos vinculados con este último delito, a partir del 17 de julio de 2018.

Los supuestos por los cuales se puede aplicar el procedimiento manifestado *ut supra*, están contemplados en la “*Ley para el juzgamiento de la Presidenta o Presidente y/o de la Vicepresidenta o Vicepresidente, de altas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura, Tribunal Constitucional Plurinacional y del Ministerio Público, 8 de octubre de 2010*”, y son los siguientes:

*“Artículo 12.- La Presidenta o Presidente y/o la Vicepresidenta o Vicepresidente del Estado Plurinacional, serán enjuiciados cuando en el ejercicio de sus funciones cometan uno o más delitos que a continuación se mencionan:*

*Traición a la Patria y sometimiento total o parcial de la nación al dominio extranjero, previstos en el Artículo 124 de la Constitución Política del Estado y el Código Penal vigente; violación de los derechos y de las garantías individuales consagradas en el Título II y Título IV de la Constitución Política del Estado; uso indebido de influencias; negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; resoluciones contrarias a la Constitución; anticipación o prolongación de funciones; concusión; exacciones; genocidio; soborno y cohecho; cualquier otro delito propio cometido en el ejercicio de sus funciones.”*

Como se observa, es la precitada ley boliviana la que describe los delitos por los cuales el Presidente puede ser compelido a juicio en el Tribunal Supremo de Justicia, previa autorización de la Asamblea Legislativa, tal como ha señalado la Constitución boliviana. Como se observa, se destaca el crimen “genocidio”, aunque el referido artículo 12 prevé un sistema de *numerus apertus*, por lo que el Jefe de Estado boliviano podría ser juzgado por la comisión de cualquier delito cometido en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, no se observa ninguna disposición constitucional que faculte a la CPI a ejercer su jurisdicción sin importar las barreras o fueros parlamentarios que condicionan la aplicación de la jurisdicción de la CPI.

### **g) Argentina**

La República Argentina suscribió el Estatuto de Roma el 8 de enero de 1999, ratificándolo el 8 de febrero de 2001.

Por otro lado, la Constitución de Argentina de 1853, vigente hasta la fecha, regula el fuero presidencial, proscribiendo o prohibiendo una acusación en contra del Presidente, Vicepresidente, Jefe de Gabinete, miembros de la Corte Suprema. Para acusar a uno de estos personajes, por ejemplo, por delitos comunes, la Cámara de Diputados acusará al funcionario y el Senado determinará si corresponde desaforar o no. El artículo 53 prevé la información *supra* comentada:

*“Artículo 53- Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al Presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o*

*por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes.”*

Como se hace notar, la inmunidad del Presidente argentino se extiende a los delitos o crímenes comunes, por lo que este no podría ser acusado con motivo de la comisión de estos, salvo que la Cámara de Diputados le acuse ante el Senado. En esta última instancia, se declarará haber lugar para la formación de la causa en su contra, si es que se satisface el requisito de votación de dos terceras partes.

Como se observa, pareciera existir una divergencia entre lo regulado en la Constitución y lo preceptuado en el artículo 27 del Estatuto de Roma. Sin embargo, hasta la fecha, la inmunidad presidencial no ha sido variada en la Constitución argentina.

Por otra parte, se conoce que, en el año 2002, se promovió el Proyecto de Ley sobre Jerarquía Constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, contenido en el Exp. 195/04, el mismo que otorgaba jerarquía o rango constitucional al Estatuto de Roma, acorde a lo previsto en el artículo 75.22 de la Constitución argentina. Conforme a lo establecido en el artículo 75.22 de la Constitución argentina, los tratados tienen rango legal, salvo algunos tratados vinculados a temas de Derechos Humanos, los mismos que conservan rango constitucional.

No obstante, a la actualidad, tal como ha sido visualizado, el Estatuto de Roma no ha sido incorporado en ese acápite constitucional ni se comprueba que tenga ese estatus constitucional.

Asimismo, mediante la Ley 26.200, *“Ley de Implementación del Estatuto de Roma, aprobado por la Ley N° 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, de la Corte Penal Internacional. Disposiciones Generales Penas y principios generales. Delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional. Relaciones con la Corte Penal Internacional”*, sancionada el 13 de diciembre de 2006, la República Argentina adaptó algunas disposiciones y principios del Estatuto de Roma a su legislación nacional, a fin de hacer viable internamente lo que regula el Estatuto.

Tal como ha sido analizado, si bien dicha ley contempla o repite algunos principios del Estatuto de Roma como el de “imprescriptibilidad” o “legalidad”, no describe el principio de irrelevancia del cargo oficial, definido en el artículo 27 del Estatuto de Roma. Sobre este punto, el internacionalista argentino Raimondo, F. (2002, p.7) reseña:

*“En efecto, en lo atinente a los principios generales de aplicación de la ley, más específicamente con las cuestiones relativas a la responsabilidad penal individual y las inmunidades de jurisdicción, el proyecto omite la inclusión del principio de improcedencia del cargo oficial.*

*Este principio se encuentra plasmado en el Artículo 27 del Estatuto de Roma de la C.P.I., como también en otros instrumentos internacionales. Por ejemplo, los Principios de Derecho Internacional Reconocidos en la Carta del Tribunal de Nüremberg y en la Sentencia del Tribunal, los Estatutos de los Tribunales para la Ex Yugoslavia y para Ruanda, y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (...).”*

En ese sentido, resultaría complicado razonar que, en caso la CPI ejerza su jurisdicción y ordene detener al Presidente argentino, las autoridades argentinas puedan ejecutar esta medida. No obstante, esto sería posible si se otorga rango constitucional al Estatuto de Roma, como hemos observado en las otras realidades jurídicas analizadas.

En el marco de esta investigación, también pudimos examinar la Ley N.º 25.320, “Ley de Fueros” del 2000, la misma que regula el procedimiento que se aplica a los funcionarios, legisladores y magistrados, premunidos de fuero o pasibles de procedimientos especiales, y que establece que la judicatura ordinaria podrá seguir y hasta concluir un proceso penal en contra del funcionario (en este caso, el Presidente), puesto que el fuero únicamente es oponible a la ejecución de medidas de arresto o detención, y no al desarrollo del proceso. En caso se requiera implementar una medida de detención, por ejemplo, antes deberá solicitarse el desafuero del mismo. *Stricto sensu*, el artículo 1 de esa ley describe lo siguiente:

*“Artículo 1º — Cuando, por parte de juez nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se abra una causa penal en la que se impute la comisión de un delito*

*a un legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político, el tribunal competente seguirá adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión. El llamado a indagatoria no se considera medida restrictiva de la libertad pero en el caso de que el legislador, funcionario o magistrado no concurriera a prestarla el tribunal deberá solicitar su desafuero, remoción o juicio político. En el caso de dictarse alguna medida que vulnera la inmunidad de arresto, la misma no se hará efectiva hasta tanto el legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político no sea separado de su cargo. Sin perjuicio de ello el proceso podrá seguir adelante hasta su total conclusión. El tribunal solicitará al órgano que corresponda el desafuero, remoción o juicio político, según sea el caso, acompañando al pedido las copias de las actuaciones labradas expresando las razones que justifiquen la medida. No será obstáculo para que el legislador, funcionario o magistrado a quien se le imputare la comisión de un delito por el que se está instruyendo causa tenga derecho, aun cuando no hubiere sido indagado, a presentarse al tribunal, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, puedan serle útiles. No se podrá ordenar el allanamiento del domicilio particular o de las oficinas de los legisladores ni la interceptación de su correspondencia o comunicaciones telefónicas sin la autorización de la respectiva Cámara.”*

Como se nota, dicha ley faculta iniciar procedimientos penales contra el Presidente en judicatura ordinaria, pero prohíbe la ejecución de medidas de arresto o detención, lo cual también restringe la actividad jurisdiccional de la CPI.

Sin embargo, esta aparente barrera procesal que parece erigirse en el ordenamiento argentino y que complicaría la jurisdicción de la CPI sobre el Presidente argentino no ha producido, a la fecha, ningún caso, por cuanto la Corte no ha requerido a ningún ciudadano argentino ni ha emprendido una investigación sobre ese territorio, lo cual no prejuzga que, en adelante, un problema jurídico pueda originarse.

#### **h) Kenia**

La República de Kenia firmó el Estatuto de Roma el 11 de agosto de 1999, procediendo a ratificarlo en fecha el 15 de marzo de 2005.

Es importante mencionar que la actual Constitución keniana data del año de 2010, la cual, en principio, ha descrito un sistema monista de incorporación de tratados, por lo

que, actualmente, los tratados en Kenia no necesitan ser transformados en leyes para surtir efectos internamente.

En ese sentido, resulta interesante destacar que, en el tiempo en que el Estatuto de Roma entró en vigor para Kenia (2005), la Constitución que imperaba en ese país era la Constitución de 1963, la misma que describía un sistema dualista de incorporación de tratados, por lo que, en su momento, el Estatuto de Roma fue incorporado como ley (ver International Crimes Act, No. 16 of 2008), la misma que entró en vigor el 2009.

Como ha sido analizado en esta tesis, en lo concerniente al proceso de la CPI contra el presidente keniano Uhuru Kenyatta, durante el año 2007, se suscitaron elecciones presidenciales en dicho país, la misma que generó acusaciones por aparentes vicios y fraude electoral, por lo que sobre siguieron protestas que acabaron en el estallido de un conflicto social, que se saldó con la vida de más de mil trescientas personas. Sobre este asunto, la CPI decidió ejercer, *motu proprio*, su jurisdicción sobre el caso. Así, la Fiscalía de la CPI emprendió una investigación formal sobre lo acontecido.

Como ya se ha comentado, al momento de la violencia post electoral (2007), el sistema de incorporación de tratados que imperaba en la Constitución keniano era el dualista, por lo que, conforme al ordenamiento interno keniano, el tratado entraría en vigor internamente y sería vinculante en tanto fuera incorporado en forma de ley. Así, la situación que investigaba la Corte databa de una fecha anterior a la creación y vigencia de la *International Crimes Act*, por lo que, en apariencia, los tribunales locales no podrían investigar los crímenes internacionales ahí cometidos en tanto no existía la conversión del tratado en ley.

Sin embargo, como hemos mencionado, la ratificación keniano del Estatuto de Roma (2005) ya generaba la asunción de obligaciones, en el plano internacional, por parte de Kenia, independientemente de si había incorporado o no dicho tratado en su legislación.

La compleja cuestión jurídica interna se resolvió con la adopción del sistema monista en la Constitución keniano del año 2010, la cual establecía lo siguiente en su artículo 2.6:

*“Any treaty or convention ratified by Kenya shall form part of the law of Kenya under this Constitution.”*

Sobre este particular, la autora keniana WAFULA, T. (2002) señala:

*“However, Kenya was undergoing a constitutional review and a new constitution was promulgated on 27th August 2010. The new Constitution in effect heralded change from the old dualist practice to monism by declaring in Art 2(6).”*

Además, en aras de mejorar las cuestiones problemáticas de retroactividad que podía originarse al comprender si la ratificación del Estatuto de Roma se encontraba circunscrita a la vigencia de la Constitución del 2010 o su predecesora, el Parlamento cubrió o resolvió esta problemática a través de una ley de desarrollo constitucional (*The Treaties Bill 2010*), que señalaba lo siguiente:

*“Treaties signed and ratified by Kenya before the 27th August 2010 shall be deemed to have been ratified in accordance with the provisions of this Act.”*

De esa manera, los problemas de jurisdicción de la CPI sobre los casos que investigaba en Kenia se resolvieron satisfactoriamente ante los cambios normativos internos en el país.

Adicionalmente, la nueva Constitución de Kenia también dispuso el artículo 143, el mismo que prescribía las cuestiones asociadas a la inmunidad presidencial, destacándose el párrafo 4:

*“The immunity of the President under this Article shall not extend to a crime for which the President may be prosecuted under any treaty to which Kenya is party and which prohibits such immunity.”*

De esa forma, la citada disposición constitucional no permite que el Presidente keniano pueda alegar su inmunidad ante la persecución en su contra que emane de un tratado del que Kenia sea parte y que, además, se encuentre prohibiendo esa inmunidad. De tal forma, en la actualidad, la CPI, creada en virtud del Estatuto de Roma, no tiene barreras procesales constitucionales para aplicar su jurisdicción.

## **i) Italia**

La República Italiana suscribió el Estatuto de Roma el 18 de julio de 1998, ratificándolo el 26 de julio de 1999. No obstante, el Estatuto entró en vigor, en conformidad con sus propias disposiciones (artículo 126), el 1 de julio de 2002.

Por otra parte, es conveniente resaltar que la actual Constitución italiana (*Costituzione della Repubblica Italiana*) data de 1947, y se encuentra en vigor desde 1948, con distintas modificaciones o enmiendas.

Como se conoce, Italia es una república parlamentaria por lo que si bien existe un Presidente (Jefe de Estado), encargado de la representación, ratificación de tratados, promulgar las leyes y dictar los decretos con fuerza de ley y los reglamentos, entre otras funciones, este no gobierna sino esta función la ejerce el Primer Ministro, elegido por el Presidente y aprobado por el voto mayoritario del Parlamento. No obstante, es relevante indicar que el Presidente es quien ejerce el mando supremo de las Fuerzas Armadas.

Así, es claro que, al ratificar el Estatuto de Roma, Italia aceptaba las obligaciones imperativas que se desprendían de dicho tratado, entre las que se encontraba la fórmula del artículo 27 (“improcedencia del cargo oficial”), por lo que comprendía que para el ejercicio de jurisdicción de la CPI era irrelevante si el Presidente o Primer Ministro tenían o no inmunidades o procedimientos especiales en el ordenamiento interno italiano.

Resulta relevante señalar que la Constitución italiana prevé la figura de inmunidad presidencial, la misma que se encuentra configurada con el mismo tenor hasta la actualidad:

*“Art. 90*

*The President of the Republic is not responsible for the actions performed in the exercise of presidential duties, except in the case of high treason or violation of the Constitution.*

*In such cases, the President may be impeached by Parliament in joint session, with an absolute majority of its members.”*

Por otra parte, es evidente que, a raíz de la ratificación del Estatuto de Roma, la Constitución italiana no experimentó ninguna modificación o enmienda en su texto, a pesar de aparentemente existir una divergencia entre lo prescrito en el artículo 27 del Estatuto de Roma y el artículo 90 de la Constitución.

Así, tal como lo señala el informe de Amnistía Internacional *“Law reform needed to implement the Rome Statute of the International Criminal Court”* (2005), la Constitución parece regular contrariamente a lo establecido en el Estatuto, por lo que se sugiere reformarla en las disposiciones que colisionan con lo regulado en ese tratado, tratando especialmente las provisiones constitucionales contrarias al artículo 27 del Estatuto:

*“It has been suggested that the apparent contradiction between Article 27 of the Rome Statute and Articles 68, 90, 96 and 122 of the Italian Constitution might be solved in the light of Article 11 of the Constitution, according to which “Italy ... agrees, on conditions of parity with other states, to the limitations of sovereignty necessary for an order that assures peace and justice among Nations” and “promotes and encourages international organizations having such ends in view”. Be that as it may, Amnesty International recommends that Italian law make clear that such official immunities do not apply to genocide, crimes against humanity, war crimes or other crimes under international law. Amnesty International also recommends that, in relation to the President of the Republic the commission of crimes under the Rome Statute should be interpreted as amounting to an attack on the Constitution (and in particular on its Articles 2, 10 and 11), for which - as noted above - there is no constitutional immunity.” (pp. 42-43)*

Por otro lado, se conoce que la Constitución italiana ha regulado, en su artículo 11, la aptitud del Estado de limitar su soberanía para asegurar la paz y justicia:

*“Italy rejects war as an instrument of aggression against the freedom of other peoples and as a means for the settlement of international disputes. Italy agrees, on conditions of equality with other States, to the limitations of sovereignty that may be necessary to a world order ensuring peace and justice among the Nations. Italy promotes and encourages international organisations furthering such ends.”*

Esta disposición ha sido utilizada por la Corte Constitucional italiana como fórmula para sustentar la vigencia y obligación interna de los acuerdos entre Italia y otros Estados.

Sobre este punto, es conveniente citar a Krieb, C. & Lattanzi, F. (2000, p.129), los mismo que señalan:

*“This provision has been considered by the Italian Constitutional Court the essential foundation to justify the participation of Italy to European Community by means of enactment of an ordinary law. According to Constitutional Court, Article 11 allows European Institutions to perform functions attributed to national institutions by the Constitutions (...) However, these limitations to Italian sovereignty are admitted as long as the fundamental principles of the constitutional order and inalienable rights of human beings are respected. This means that in all cases the core principles of Italian Basic law have to be preserved.”*

En ese sentido, como señalan los autores citados, resultaría confuso que un acuerdo o tratado que produzca una contradicción con una disposición constitucional pueda prevalecer sobre lo que dispone la Constitución. Así, tomando como base las recomendaciones de Amnistía Internacional, resulta necesario que Italia reforme su Constitución.

#### **4. CONFLICTO ENTRE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993 Y EL ESTATUTO DE ROMA: LA AUSENCIA DE UN CORRECTO JUICIO DE COMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL QUE PERMITA EVITAR UNA COLISIÓN JURÍDICA ENTRE EL ARTÍCULO 27 DEL ESTATUTO DE ROMA Y LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES DE INMUNIDADES DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS**

##### **4.1. Las disposiciones constitucionales sobre inmunidades de los altos funcionarios peruanos**

###### **4.1.1. La inmunidad presidencial**

En principio, es importante mencionar que la inmunidad presidencial se encuentra establecida en la Constitución Política del Perú de 1993, en el art. 117, con el siguiente tenor:

*“El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.”*

Sin embargo, la inmunidad presidencial es una institución antigua en el constitucionalismo peruano, y ha ido progresivamente evolucionando, adoptando ciertas características particulares. Por ejemplo, la Constitución de 1920 anunció lo siguiente, respecto a esta prerrogativa presidencial:

*“Art. 96º.- El Presidente de la República, no podrá ser acusado durante su período excepto en los casos de traición, de haber atentado contra la forma de Gobierno, de haber disuelto el Congreso, impedido su reunión o suspendido sus funciones.”*

Posterior a ello, la Constitución de 1933 regulará dicha prerrogativa, del siguiente modo:

*“Artículo 150.- El Presidente de la República sólo puede ser acusado durante su período por traición a la patria; por haber impedido las elecciones presidenciales o parlamentarias; por haber disuelto el Congreso, o impedido o dificultado su reunión o su funcionamiento o la reunión o funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones.”*

Tras ello, la Constitución de 1979, la penúltima de nuestra historia constitucional, prescribirá lo siguiente:

*“Artículo 210.- El Presidente de la República solo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o locales; por disolver el Congreso, salvo lo dispuesto en el Artículo 227; y por impedir su reunión o funcionamiento o los del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal de Garantías Constitucionales.”*

Teniendo en cuenta lo reseñado, podemos avizorar que la inmunidad presidencial ha sido largamente establecida en las Constituciones nacionales, proscribiendo la posibilidad de acusación contra el Presidente, aumentando o disminuyendo las excepciones o causales por las cuales sí podría resultar acusado.

En ese orden ideas, abocándonos ahora a la definición del art. 117 de la actual Constitución, conviene señalar que la inmunidad presidencial importa una prohibición total de acusación en contra del Presidente de la República en actividad, es decir, mientras ejercer el cargo no puede ser acusado. Asimismo, dicho artículo también faculta la posibilidad de acusación en su contra, si y solo si, en caso se tratase de alguna excepción ahí prevista: traición a la Patria; impedimento de elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; disolución del Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, e impedimento de su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

En relación a los alcances del art. 117, la jurista Alvarado, K. (2011, pp. 10-11) señala lo siguiente:

*“De acuerdo a lo señalado por nuestro ordenamiento constitucional, durante el período presidencial, legalmente, no es posible iniciar en contra del Presidente de la República ningún proceso penal por delitos distintos a los mencionados. Sin embargo, considerando que el sistema democrático tiene como elemento central la responsabilidad y el efectivo control del poder, siendo más enfáticos, de la conducta de los funcionarios públicos como garantía efectiva para proteger los derechos de las personas, es, pues, justificable la prohibición temporal de iniciar un proceso penal contra el Presidente de la República mediante la descripción eminentemente restrictiva del artículo glosado.”*

La primera interrogante sobre la inmunidad presidencial, consiste en interpretar lo que se comprende por “una acusación en su contra”. Es decir, cuales son los alcances de esa acusación, si esta implica el ámbito penal, constitucional o político. Sobre esta interrogante, la doctrina interpreta que esta acusación es totalizante y comprende todo tipo de acusación en contra del Jefe de Estado, se de esta en judicatura ordinaria (acusación penal) o a instancias del Congreso (antejuicio o juicio político).

Por otra parte, un sector de la doctrina considera que la inmunidad presidencial no aplica para cuestiones de índole civil (ver Cairo, O., 2005, p. 302).

En la misma comprensión, el constitucionalista peruano Eguiguren, F. (2017, pp. 2-3) señala:

*“No obstante, el Presidente posee un régimen especial tratándose de su responsabilidad por delitos de función o infracciones constitucionales.*

*En consecuencia, por cualquier otro delito de función o infracción constitucional en que se pueda ver involucrado, que no se encuentre contemplado en el listado taxativo del Art. 117º, habrá que esperar la conclusión de su mandato para que pueda ser sometido a antejuicio en el Congreso. Tratándose de delitos comunes, con mayor razón, sólo podrá ser acusado y juzgado penalmente tras finalizar su mandato, sin necesidad de antejuicio.”*

De la misma opinión es Quiroga, A. (2017), quien manifiesta lo siguiente:

*“Así, el presidente debe ser considerado judicialmente irresponsable relativo y temporal y, por lo tanto, los jueces del Poder Judicial, las autoridades del Ministerio Público, las de la Policía Nacional, las administrativas de un proceso sancionador y también las del Congreso devienen en incompetentes para citarlo como sujeto pasivo de ningún proceso hasta que no culmine su período presidencial. Ello a menos que antes vaque en el cargo, se le suspenda en su ejercicio, haya renunciado o sea destituido.”*

En el mismo sentido, el constitucionalista Cairo, O. (2005, p. 13) señala lo siguiente:

*“(…) esta norma prescribe que, durante el período presidencial, no se puede iniciar válidamente ningún proceso penal contra el presidente de la República por delitos distintos a los mencionados. Esta prohibición ha estado presente en las distintas constituciones aprobadas en el Perú durante el siglo veinte, en las cuales se contemplaron algunas de las excepciones antes mencionadas”.*

Ante el efecto totalizante del art. 117, que limita el ejercicio acusatorio de la judicatura ordinaria, o del Congreso, al no poder seguir un proceso de antejuicio o juicio político contra el Presidente en actividad, el propio Eguiguren (2017, p. 4) propone una reforma de la Constitución, en torno a una modificación sustancial del art. 117, en el sentido de ampliar las excepciones, incluyéndose las “violaciones a los derechos humanos” y “delitos dolosos”:

*“Como hemos señalado anteriormente, la enumeración taxativa vigente en el actual Art. 117° de la Constitución resulta demasiado limitativa, siendo insuficiente para prevenir o sancionar graves actos presidenciales que no estén contemplados en ese listado cerrado de supuestos que autorizan al enjuiciamiento del Presidente durante el ejercicio de su mandato, la declaración de vacancia o su destitución. Así, por ejemplo, ante casos graves y reprobables como el enriquecimiento indebido, la corrupción, el aprovechamiento del cargo para actividades ilícitas, los delitos dolosos o violaciones a los derechos humanos; el Presidente no puede –según el ordenamiento vigente- ser pasible de acusación constitucional ni de destitución mientras ejerza el cargo.”*

Como se observa, en palabras de Eguiguren, los delitos comunes, dentro de los que se podrían incluir los crímenes internacionales, son pasibles de inmunidad presidencial, por lo que el Presidente no puede ser procesado, conforme a los lineamientos del art. 117 de la CPE.

Siguiendo esa lógica, el mencionado artículo no prevé ningún supuesto de excepción sobre la comisión de crímenes internacionales ni, mucho menos, sobre delitos comunes. Es decir, las excepciones descritas en el artículo 117 deben ser interpretadas con criterio restrictivo, considerando que las causales en las que no aplica la inmunidad presidencial se encuentran taxativamente mencionadas.

#### **4.1.2. La inmunidad parlamentaria aplicable a Congresistas, Defensor del Pueblo y miembros del Tribunal Constitucional**

Preliminarmente, conviene precisar que, durante el desarrollo de esta investigación, se publicó, el 6 de febrero de 2021, la Ley N.º 31118 (“Ley de reforma constitucional que elimina la inmunidad parlamentaria”). En ese sentido, el artículo 93 de la Constitución ha sido modificado, a fin de eliminar la prerrogativa de inmunidad parlamentaria. En ese sentido, los congresistas, miembros del Tribunal Constitucional y Defensor del Pueblo, han perdido dicha prerrogativa que se extendía a los delitos comunes que podían cometer durante el ejercicio del cargo, aunque aún mantienen los procedimientos especiales relativos a delitos de función (antejuicio) o sanciones políticas derivadas de una infracción a la Constitución (juicio político). Por tal motivo, se describirá y analizará dicha institución en retrospectiva, a fin de identificar las

complejidades que una prerrogativa como podía generar al ejercicio de jurisdicción de la CPI.

Como la define Latorre, D. (2008, pp. 163-164), citando al autor español Eloy García (1989, p. 64), la inmunidad parlamentaria puede entenderse en un sentido amplio y en uno restringido:

*“En su sentido amplio podemos decir que por inmunidad parlamentaria "se entiende un derecho inherente a la condición parlamentaria en virtud del cual se confiere a los representantes una cierta indemnidad respecto de las acciones judiciales que en su contra pudieran promover el gobierno o los particulares. Derecho a la indemnidad, en suma, que se concreta en forma diversa según se trate de la inviolabilidad o de la inmunidad stricto sensu". En su sentido estricto (...) la inmunidad parlamentaria consiste en que los parlamentarios no pueden ser detenidos ni procesados sin la autorización del Congreso (...), salvo cuando son sorprendidos en plena comisión del delito (situación de flagrancia).”*

Desde el punto de vista normativo, la inmunidad parlamentaria se encontraba establecida en el artículo 93 de la CPE, con el siguiente tenor:

*“Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.*

*No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones.*

*No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.”*

Como se observa, tal dispositivo constitucional planteaba que, mientras ejercen ese cargo, los parlamentarios no eran responsables ante ninguna autoridad u órgano jurisdiccional por las opiniones y votos emitidos en ejercicio de sus funciones. En ese sentido, estos poseían inmunidad e inviolabilidad sobre tales actos funcionales (ver art. 17 del Reglamento del Congreso), como podrían ser, por ejemplo, sus opiniones

discrepantes o críticas, hasta sus votaciones apoyando algún proyecto de ley controvertido.

No obstante, como se evidencia en el segundo párrafo de ese dispositivo, la inmunidad parlamentaria también se extendía, parcialmente, al proteger al congresista con un fuero que imposibilitaba los procesos penales en su contra, salvo que sea autorizado por el Congreso o Comisión Permanente. Conviene aclarar que el fuero parlamentario duraba desde la elección del congresista hasta un mes después de haber cesado en sus funciones. En la actualidad, tras la reforma constitucional, es la Corte Suprema la encargada de juzgar directamente al congresista.

En nuestra opinión, es claro que la inmunidad parlamentaria tenía dos aristas, por un lado, se presentaba como absoluta para el caso de opiniones y votos, ya que no podía ser procesado por tales actos al no tener responsabilidad; y, por otro lado, como restringida o parcial, puesto que si bien le asignaba un fuero que imposibilitaba un proceso penal en su contra, el Congreso o la Comisión Permanente podía levantárselo. En esa línea, en caso de la comisión de delitos comunes como “asesinato” o “cohecho”, por ejemplo, los congresistas podían ser procesados siempre y cuando el Congreso o la Comisión Permanente lo autorizase previamente al levantarle la inmunidad.

En el mismo entendimiento, el art. 16 del Reglamento del Congreso precisaba los alcances de la inmunidad y fuero parlamentario, señalando que “(...) *la inmunidad parlamentaria no protege a los Congresistas contra las acciones de naturaleza diferente a la penal, que se ejerzan en su contra, ni respecto de los procesos penales iniciados ante la autoridad judicial competente, con anterioridad a su elección, los que no se paralizan ni suspenden*” (párrafo segundo del mencionado artículo). Esta aclaración fue instigada por la Resolución Legislativa del Congreso 015-2005-CR, publicada el 3 de mayo de 2006. Esto también indicaba que las acciones civiles o de otra índole, distinta a la penal, no eran oponibles a la inmunidad parlamentaria; la inmunidad tampoco premunía o protegía al congresista de los procesos penales iniciados antes de su elección.

Es importante citar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en su sentencia “65 congresistas de la República”, recaída en el Exp. N.º 0006-2003-AI/TC, donde sostiene

que la inmunidad parlamentaria únicamente opera sobre delitos comunes, ya que los delitos funcionales son objeto de “antejuicio político”:

*“De otra parte, un análisis lógico permite deducir que la garantía de la inmunidad parlamentaria opera sólo respecto de delitos comunes, puesto que, en el caso de los delitos funcionales, sin importar de quién haya provenido la denuncia, y aun cuando haya sido tramitada, en un inicio, con arreglo al segundo y tercer párrafo del artículo 16° del Reglamento, el Congreso deberá iniciar la investigación correspondiente conforme al artículo 89° del Reglamento, con el propósito de determinar si hayo no lugar a la formación de la causa, y, consecuentemente, si corresponde o no levantar la prerrogativa del congresista, concebida a estos efectos, ya no como la inmunidad a que hace alusión el artículo 93° de la Constitución, sino según el contexto del privilegio de antejuicio al que alude el artículo 99° constitucional. De igual manera, si el Congreso advirtiera que la materia sobre la que versa la denuncia sólo puede ser subsumida en la configuración de un delito común, aun cuando en un inicio el procedimiento haya sido tramitado como si se tratase de una acusación constitucional, debe limitarse a levantar la prerrogativa funcional sin formular acusación alguna, pues los casos de delitos comunes no se encuentran contemplados en el artículo 99° de la Constitución.”*  
(párr. 6).

En esa línea, acorde al párrafo tercero del artículo 16 del Reglamento, para llevar a cabo un proceso judicial de carácter penal contra un congresista, debía cumplirse un procedimiento adecuado. En principio, debía establecerse previamente una petición al Congreso para que se levante su inmunidad parlamentaria, y se autorizase a tramitar un proceso penal en su contra. Esta petición era realizada por una Comisión de Vocales Titulares de la Corte Suprema de la Justicia, designada por su Sala Plena. Esta Comisión procedía a evaluar la solicitud de levantamiento de fuero, observando que esta cumplía con ciertos requisitos (copia autenticada de los actuados en investigación policial, fiscal y judicial), remitiendo posteriormente un informe escrito, acompañado de la solicitud de levantamiento de fuero, al Congreso.

En el mismo sentido, y ahondando en cuestiones procedimentales, el art. 452 del Código Procesal Penal regulaba que la judicatura ordinaria no puede abrir investigación preparatoria o enjuiciamiento contra los congresistas, Defensor del

Pueblo y magistrados del TC, hasta que el Congreso, o Pleno del TC en el caso de sus miembros, siguiendo el procedimiento parlamentario, o administrativo en el caso del TC, lo autorice expresamente. Sobre este punto, es de destacar que la inmunidad y prerrogativas parlamentarias eran extensibles, del mismo modo que su aplicación sobre los congresistas, al Defensor del Pueblo (art. 161 de la CPE) y a los miembros del TC (art. 201 de la CPE).

Al interior del Congreso, la Presidencia del Congreso, dentro de las veinticuatro horas siguientes, ponía en conocimiento a la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria, la misma que decidía la admisión de tal solicitud, no pudiendo pronunciarse sobre el fondo del asunto. Para efectuar su decisión, dicha Comisión evaluaba la motivación de la solicitud, procurando verificar que solo existía motivación legal y no política, racial, religiosa o de otra naturaleza discriminatoria. En caso la motivación no era legal, en los términos señalados, la solicitud era rechazada y devuelta a la Corte Suprema. Si, por el contrario, la solicitud era admitida, el Presidente de la Comisión convocaba a sesión, dentro de los tres días hábiles siguientes, citando al congresista requerido, con la finalidad de ejercer su defensa.

En caso este se allanaba, la Comisión emitía su dictamen, aprobando o rechazando su allanamiento, dependiendo esto de una votación *ad intra* entre los miembros de la Comisión. En caso el congresista ejercía su defensa y no se había allanado, la Comisión emitía su dictamen en un máximo de quince días hábiles, a partir del día de la sesión donde se citó al congresista.

Tras ello, como lo describe el art. 16.5 del Reglamento, el Consejo Directivo del Congreso lo consignaba en la Agenda del Pleno de la sesión siguiente a la fecha de su recepción, a fin de someterlo al debate y votación del Pleno. El levantamiento del fuero procedía con la votación afirmativa de la mitad más uno del número legal de Congresistas (76 mínimamente).

Como se observa, existían tres instancias definidas que servían, una a una, como filtros durante el proceso de levantamiento de fuero. En primer lugar, estaba la evaluación de la Comisión designada de la Corte Suprema; en segundo término, el

análisis y votación de la Comisión de Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria; y, finalmente, la evaluación y votación del pleno.

Como es evidente, a instancias de la Comisión asignada por la Corte Suprema, esta evaluaba la solicitud, desde el plano de la formalidad, por lo que su decisión de remitir la solicitud al Congreso, dependía de que la solicitud haya cumplido con ciertos estándares formales.

En el marco de la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria, existía una evaluación que, *a priori*, no implicaba una revisión del fondo del asunto, y que importaba únicamente revisar si la solicitud verdaderamente tiene motivaciones legales y no políticas o de otra índole. Sin embargo, por la misma naturaleza de los actos parlamentarios, la decisión aprobatoria de la Comisión dependía de mayorías, las mismas que determinaban si la solicitud pasaba al Pleno o no. En este estadio, los factores políticos vinculados al partidismo podían generar un procedimiento controvertido.

Finalmente, en el ámbito del Pleno del Congreso, la decisión nuevamente dependía de la votación afirmativa de la mitad más uno del número legal de congresistas, por lo que una decisión de este tipo podía estar vinculada al partidismo predominante y característico de una institución legislativa.

De ese modo, en caso que los congresistas, defensor del pueblo o miembros del TC, hubiesen cometido crímenes internacionales, los que se aplicarían como delitos comunes conforme al derecho peruano, se tendrían que haber levantado previamente sus inmunidades, a fin de posibilitar la aplicación de la judicatura ordinaria. De esa forma, como hemos analizado, tal ejercicio tendría que haber seguido el trámite señalado en las normas examinadas, que implicaban una serie de decisiones en el interregno parlamentario, las mismas que están sujetas a la aprobación de mayorías parlamentarias, tanto en la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria como en el Pleno.

#### **4.1.3. Acusación constitucional contra los altos funcionarios peruanos por infracción a la Constitución y por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones: coexistencia del antejuicio y juicio político**

La Constitución peruana también regula un proceso distinto y especial para acusar a distintos altos funcionarios públicos por infracción a la Constitución y por la comisión de delitos que se cometan en el ejercicio de sus funciones. Los funcionarios sometidos a este régimen son: el Presidente de la República, congresistas, Ministros de Estado, miembros del TC, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, vocales de la Corte Suprema, fiscales supremos, Defensor del Pueblo y Contralor General.

Sobre esta afirmación, puede visualizarse específicamente el art. 99 de la Constitución:

*“Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.”*

Tal como menciona García, A. (2008, p. 20), el art. 99 de la CPE ha extendido la acusación constitucional a otros funcionarios, aparte de los clásicos mencionados en las Constituciones precedentes:

*“Respecto de los sujetos sometidos al procedimiento de acusación constitucional, además de los funcionarios ya establecidos por las anteriores cartas constitucionales (es decir, el presidente de la República, los congresistas, los ministros, los vocales y fiscales supremos y los miembros del Tribunal Constitucional), la nómina del artículo 99º incluye ahora también a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, al Defensor del Pueblo y al Contralor General de la República. Se aprecia un incremento del número de los altos funcionarios pasibles de ser acusados constitucionalmente, pues ahora se comprende también a las máximas autoridades de algunos de los organismos constitucionalmente autónomos”.*

Siguiendo el modelo anglosajón, donde la Cámara Baja acusa al funcionario ante la Cámara Alta, el modelo peruano sigue esta lógica a través de la actuación de la Comisión Permanente que acusa al alto funcionario ante el Congreso. Tras ello, acorde al primer párrafo del art. 100 de la CPE, el Congreso tendrá la potestad de sancionar al funcionario acusado, pudiendo suspenderlo, inhabilitarlo o destituirlo. Esta sanción requiere del voto favorable de un mínimo de dos terceras partes del número legal de congresistas, tal como ha sido señalado en la sentencia del TC, recaída en el Exp. N.º 0006-2003-AI/TC (ver sentencia “65 congresistas de la República”). Conviene señalar que la aplicación de este procedimiento perdura hasta cinco años después que el funcionario haya cesado en sus funciones.

Al respecto, es preciso citar el art. 100 de la Constitución nacional, la misma que establece lo siguiente:

*“Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad.*

*El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso.*

*En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente.*

*La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos.*

*Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso.”*

Como observamos, la única vía prevista para acusar a un alto funcionario estatal por haber infringido la Constitución (cuestiones eminentemente políticas) o por cometer un delito en ejercicio de sus funciones (delito de función), es la que implica su acusación, por parte de la Comisión Permanente, ante el Congreso. Sin embargo, antes de seguir con el desarrollo de esta temática, es menester señalar que el art. 117 (“inmunidad presidencial”) evita que el Presidente en actividad pueda ser sometido a este

procedimiento, salvo que se traten de las excepciones previstas en dicho artículo (en el mismo sentido, puede observarse el párr. 13 de la sentencia “65 congresistas de la República”). Asimismo, los congresistas no pueden ser sometidos a este procedimiento cuando se trata de opiniones y votos, puesto que la inmunidad les es extensible, en los términos analizados *supra*.

Es importante resaltar que la acusación por infracción a la Constitución es controvertida, toda vez que no existe, ya sea en la Constitución o en una ley de desarrollo constitucional, tipos o conductas específicas que constituyan infracción a la Constitución, por lo que una acusación contra un funcionario en esos términos podría tornarse ambigua y atentatoria con el principio de legalidad.

Sobre este particular, el constitucionalista Landa, C. (2005, p. 132) señala lo siguiente, respecto a la complejidad de llevar a cabo un procedimiento de antejuicio político por infracción a la Constitución (o doctrinariamente conocido como “juicio político”):

*“Así, las sanciones que impone el Congreso por esta causal, aunque cueste creerlo, se asemejan al bill of attainder de la Cámara inglesa del siglo XV, por el cual el Parlamento, ante la imposibilidad de probar el delito, creaba el delito, el delincuente y la pena (...)*

*En efecto, esto abre la posibilidad de que determinados funcionarios puedan ser encausados por infracción de la Constitución, aun cuando sabemos que la misma no tiene desarrollo constitucional, legal ni reglamentario, afectando así el principio de legalidad. Más aún, en reciente sentencia del Tribunal Constitucional tan sólo se ha señalado que la infracción constitucional es «toda falta política en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, [que] compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta».*”

En la misma línea, Eguiguren, F. (2002, p. 454) incide en esa reflexión:

*“Por ello, no coincidimos con quienes afirman que la infracción de la Constitución no tiene por qué estar necesariamente catalogada también como un delito o ilícito penal y*

*puede no ser susceptible de merecer una sanción impuesta por el órgano jurisdiccional”.*

Por otra parte, tratándose de delitos de función, por lo general, como ocurre en distintas realidades jurídicas extranjeras, los altos funcionarios solo pueden ser acusados penalmente en judicatura ordinaria, siempre y cuando el Parlamento levante su fuero, admita o apruebe esa denuncia previamente. En ese sentido, el papel del Parlamento, tratándose de delitos de función, está circunscrito a aprobar o desestimar la judicatura ordinaria contra este.

El caso peruano es singular, puesto que el Congreso peruano no solo aprueba o desestima la judicatura ordinaria contra el funcionario, en caso de que el Fiscal de la Nación presente denuncia constitucional contra este, sino también puede decidir emitir una resolución penal contra el funcionario, es decir, tiene también la capacidad de acusar penalmente a este, independientemente de lo actuado en judicatura ordinaria.

Sin embargo, en cualquiera de esos dos casos, el Congreso emitirá una resolución acusatoria de contenido penal, que deberá ser remitida forzosamente a la Fiscalía de la Nación para que ordene investigación preparatoria, a fin de tener posteriormente una acusación fiscal, en los términos de la mencionada resolución, contra el alto funcionario en la Corte Suprema, quien puede sentenciar al funcionario. En caso se expida sentencia absolutoria, se le devolverán sus derechos políticos.

Como avizoramos, la Constitución regula, de forma diferenciada, la posibilidad de antejuicio y juicio político. Al respecto, el TC aborda las diferencias sustanciales entre estas dos instituciones, del siguiente modo:

*“En el antejuicio político, que debe versar sobre materia estrictamente jurídica, el Congreso sólo puede acusar y levantar la prerrogativa funcional del funcionario, pero en ningún caso sancionar. La acusación debe ser aprobada por la mitad más uno del número legal de miembros. Una vez sancionado judicialmente el funcionario, el Congreso puede aplicar las sanciones a que se refiere el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, bastando para ello, en este caso, la votación favorable de una mayoría simple.*

*El juicio político es un procedimiento de contenido eminentemente político, seguido en su totalidad ante el Congreso de la República, en el que éste tiene la potestad de sancionar al funcionario por razones estrictamente políticas. En tal supuesto, es imperativo que la aprobación de la sanción requiera el voto favorable de, por lo menos, 2/3 del número de congresistas, sin participación de la Comisión Permanente.” (párr. 25 de la sentencia “65 congresistas de la República”).*

En síntesis, aplicándose al caso en que uno de los funcionarios nominados en el art. 99 de la CPE se encuentre implicado en la comisión crímenes internacionales, considerados como delitos comunes en el marco del derecho interno, es claro que no es posible anteponer la prerrogativa de antejuiicio a este tipo de delitos, pues esta aplicaría para los delitos de función. Asimismo, respecto a la posibilidad de iniciar un juicio político por infracción a la Constitución contra uno de esos funcionarios, en el caso que haya aparentemente cometido crímenes internacionales, el marco de maniobra que tendría el Congreso para interpretar que esa conducta constituye una infracción a la Constitución sería amplia. No obstante, es relevante indicar, como lo mencionamos anteriormente, que el juicio político está diseñado para sancionar cuestiones eminentemente políticas y no jurídicas, por lo que sería complicado asimilar legalmente que se pueda llevar a cabo un procedimiento de esa naturaleza en esos términos.

De forma complementaria, es preciso señalar que el Presidente de la República en actividad no podría ser sometido a juicio político o antejuiicio, salvo que se traten de las conductas exceptuadas de los alcances de su inmunidad, las mismas que son: traición a la Patria; impedimento de elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; disolución del Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, e impedimento de su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

En el caso de los congresistas, defensor del pueblo o miembros del TC, estos podrían sí ser sometidos a antejuiicio o juicio político.

#### **4.2. La ausencia de un correcto juicio de compatibilidad constitucional en el Perú: el caso paradigmático del Estatuto de Roma**

Como se hizo patente en el recuento y análisis de la práctica comparada de los países mencionados anteriormente, algunos de estos realizaron un juicio de compatibilidad constitucional previo a la ratificación del ER. Por ejemplo, la experiencia francesa devela que dicho país realizó su evaluación de compatibilidad antes de manifestar su consentimiento, el mismo que se materializó posteriormente vía ratificación. Así, Francia realizó este procedimiento por propia voluntad, mientras que lo hizo después de la suscripción y antes de la ratificación. En el marco de este procedimiento, el Consejo Constitucional francés determinó que el ER colisionaba directamente con algunas disposiciones de la Constitución vigente, por lo que recomendó reformar la Carta Magna francesa para hacer viable la ratificación del ER.

Por otra parte, otros países como Luxemburgo, Chile o Colombia, realizaron similares procedimientos de control previo de la constitucionalidad del ER, lo que permitió que, aclarada la constitucionalidad del ER, así como efectuada las modificaciones pertinentes, el ER sea ratificado sin problemas.

En el Perú, a diferencia de los países que acabamos de mencionar, el problema parece ser más estructural, puesto que no se ha regulado el procedimiento de control previo de la constitucionalidad de los tratados, por lo que el Tribunal Constitucional no goza expresamente de la facultad de revisar o analizar los tratados antes que se incorporen al ordenamiento interno, sino realiza esta labor posterior a la entrada en vigor del tratado, materializándose esta función de control concentrado por medio de la acción de inconstitucionalidad (art. 200.4 de la CPE).

Si bien el Tribunal Constitucional tiene la potestad y autoridad de realizar el control de constitucionalidad de forma concentrada (ver art. 201 de la CPE), el sistema jurídico peruano también contempla subrepticamente el “control difuso” de la constitucionalidad de los tratados, el mismo que también es *a posteriori*, y es realizado por el Poder Judicial, a través de los jueces que pueden inaplicar *vis a vis* el tratado en preferencia de la Constitución (ver art. 138 de la CPE y art. VI del Título Preliminar del CPP).

Por otra parte, la Constitución peruana faculta al Congreso a aprobar tratados que puedan afectar disposiciones constitucionales, mediante el procedimiento de reforma constitucional (ver artículo 57.2 de la CPE). Así, la aprobación que realiza el Congreso se efectúa antes de la manifestación de consentimiento. En ese sentido, esta facultad también supone que el Congreso realiza un control previo de la constitucionalidad de los tratados, determinando si el tratado colisiona o no con disposiciones constitucionales.

En el Perú, hasta la fecha, no se conoce que se haya llevado a cabo un procedimiento de control de constitucionalidad del ER, por parte del Tribunal Constitucional (control concentrado) o por las autoridades judiciales (control difuso), ni antes de su entrada en vigor, toda vez que el sistema jurídico no lo autoriza, ni después de su entrada en vigor. Sin embargo, sí se advierte que el Congreso realizó un control de constitucionalidad sobre el ER, en el marco del procedimiento de aprobación (en el trámite de perfeccionamiento interno), el mismo que fue previo a su ratificación y a su entrada en vigor.

En dicha oportunidad, como veremos más adelante, el Congreso tomó en consideración el Dictamen en mayoría de la Comisión de Relaciones Exteriores, y no su Dictamen en minoría, este último planteaba la colisión del ER con determinadas disposiciones constitucionales, por lo que finalmente el Congreso aprobó el ER sin advertir ni analizar un eventual conflicto jurídico, en tanto nunca se esbozaron cambios ni modificaciones en la Constitución.

Como se conoce, el Estado peruano puede suscribir tratados a través de sus representantes, lo cuales pueden ser los indicados en el artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969; específicamente, pueden ser: el Presidente de la República, el Ministro de Relaciones Exteriores o cualquier otro funcionario premunido con plenos poderes. Esta afirmación también se encuentra reflejada internamente en el Decreto Supremo N.º 031-2007-RE, *“Adecuan normas nacionales sobre el otorgamiento de Plenos Poderes al derecho internacional contemporáneo”*.

Para el caso del Estatuto de Roma, como ha sido previamente comentado, su redacción se negoció en el marco de la “Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional”, que se llevó a cabo entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998. Finalmente, el ER fue adoptado el 17 de julio de 1998, al votarse afirmativamente su texto por la mayoría de los representantes negociadores de los Estados.

Tras este proceso, los Estados procedieron a suscribir dicho instrumento internacional. Por su parte, el Perú hizo lo propio el 7 de diciembre de 2000. Después de la suscripción, tal como prevé la legislación nacional, ocurre el proceso de perfeccionamiento interno del tratado, lo mismo que deriva en la ulterior ratificación del mismo, esto es, cuando el Estado finalmente manifiesta su consentimiento de obligarse por el tratado.

El proceso de perfeccionamiento interno es un estadio entre la suscripción y la manifestación del consentimiento, en el cual se desarrollan una serie de actos o procedimientos a nivel nacional, encaminados a hacer viable una eventual ratificación. En esa instancia, entre otras cosas, se recaban las opiniones de los sectores competentes y se determina si el tratado suscrito debe ser ratificado por la vía del primer o segundo párrafo del artículo 57, o por la del artículo 56 de la Constitución. En ese sentido, un tratado suscrito, antes de ser ratificado por el Presidente, debe ser aprobado por el Congreso, en los casos de los artículos 56 y 57.2 de la CPE, y dado en cuenta al Congreso, en el caso del artículo 57.1.

A continuación, se muestra el tenor de lo prescrito en las precitadas disposiciones constitucionales, a modo de ejemplificar las vías de ratificación de un tratado:

*“Artículo 56.- Aprobación de tratados*

*Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:*

- 1. Derechos Humanos.*
- 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.*
- 3. Defensa Nacional.*
- 4. Obligaciones financieras del Estado.*

*También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.”; y,*

*“Artículo 57.- Tratados Ejecutivos*

*El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.*

*Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.*

*La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.”*

Los tres supuestos del artículo 56 y 57 de la CPE develan el siguiente sistema: Los tratados suscritos son ratificados por el Presidente sin necesidad de la aprobación del Congreso, salvo que versen sobre algunas materias específicas, en cuyo caso se necesitará la aprobación del Congreso antes de la ratificación. Asimismo, el tratado deberá ser aprobado por el procedimiento de reforma constitucional cuando afecte disposiciones constitucionales.

Si bien la Constitución no precisa cual será la institución que determinará o decidirá si el tratado suscrito debe ir por una u otra vía, es el propio Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE) quien, por la práctica y fuerza de los hechos, evalúa *prima facie* el instrumento suscrito y determina si este debe ser aprobado por el Congreso (en los supuestos del artículo 56 y 57.2) o solo conocido por este tras su ratificación (en el supuesto del artículo 57.1).

Esta capacidad de la Cancillería se interpreta también desde su propia Ley de Organización y Funciones – Ley N.º 29357, que le faculta a regular lo concerniente al perfeccionamiento interno de los tratados suscritos (ver art. 6.2 de esa ley). Asimismo, esta facultad debe guardar consistencia y conformidad con la capacidad del Congreso

de aprobar o denegar la aprobación del instrumento, así como los mecanismos que pudiera ejecutar tras conocer el desarrollo del proceso de perfeccionamiento interno del tratado en el momento de la dación en cuenta.

En el caso del Estatuto de Roma, la Cancillería derivó este tratado suscrito al Congreso, recomendando su aprobación por la vía del artículo 56 de la CPE, desestimando recomendar su aprobación por la vía del artículo 57.2, disposición que faculta al Congreso aprobar un tratado, a través del procedimiento que rige la reforma constitucional, cuando este afecta disposiciones constitucionales. En ese sentido, la Cancillería consideró que no existía colisión o conflicto jurídico entre algunas disposiciones constitucionales y el ER.

En ese sentido, es claro que, a efectos del Perú, un tratado suscrito que verse sobre las materias descritas en el artículo 56 de la Constitución (derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado, etc.) debe ser aprobado por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente. Determinar si el tratado versa sobre una de estas materias depende estrictamente del Congreso; sin perjuicio de ello, es el propio Ministerio de Relaciones Exteriores quien deriva o presenta el instrumento para su aprobación al Congreso. En este ínterin, la Cancillería puede optar por fundamentar su posición en torno a la vía por la que el tratado debe ser aprobado, algo que frecuentemente realiza.

En el caso *sub studium*, tras su suscripción, la Cancillería, a través de la Dirección de Tratados (hoy Dirección General de Tratados), derivó el instrumento para su aprobación al Congreso, mediante Informe (TRA) N.º 008-2001, del 30 de enero de 2001, donde señaló:

*“Por las consideraciones precedentes, y de acuerdo al artículo 56 de la Constitución Política del Perú, esta Dirección desde el punto de vista jurídico – formal, estima que el Congreso de la República, si lo tiene a bien, puede aprobar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, celebrada en Roma, República Italiana, el 17 de julio de 1998.”*

Tal como se evidencia, la Cancillería remitió dicho tratado al Congreso, para su aprobación, considerando que el ER debía ser aprobado en conformidad con el precitado artículo 56 de la Constitución, lo cual suponía que el MRE no consideraba que el ER colisionase con algunas disposiciones de la Constitución, sino que este versaba únicamente sobre las materias contenidas en el art. 56, por lo que la aprobación del Congreso debía hacerse en esos términos.

Una vez remitido al Congreso, las Comisiones de Relaciones Exteriores y de Justicia analizaron el tratado, emitiendo sus respectivos dictámenes. Por su parte, la Comisión de Justicia opinó favorablemente respecto a la aprobación vía el artículo 56 de la CPE, sin valorar ni discutir la posible aplicación del segundo párrafo del artículo 57, por lo que no esgrimió ni ahondó en la posibilidad que el ER afectase disposiciones constitucionales.

Por el lado de la Comisión de Relaciones Exteriores, se emitieron dos opiniones, una en mayoría y otra en minoría. El dictamen en mayoría fue expedido el 10 de septiembre de 2001, en este se recomendó positivamente aprobar el ER, vía el artículo 56 de la CPE, sin analizar la posibilidad que exista un conflicto entre disposiciones constitucionales y el ER, y que implique la aprobación vía el segundo párrafo del art. 57 de la CPE. De lo señalado, puede comprenderse intuitivamente que, para esa Comisión, si bien el ER versaba sobre materias de “derechos humanos”, o incluso de “soberanía”, no se afectaban disposiciones constitucionales, por lo que no ameritaba que este tratado sea aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución. Este razonamiento se desprende de una de sus conclusiones, la cual prevé lo siguiente: *“La constitución de una Corte Penal Internacional de carácter permanente es, en ese sentido, el punto culminante de una larga evolución del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Humanitario y la expresión de la voluntad de los Estados de no amparar la impunidad de graves crímenes contra los derechos humanos”*.

De igual manera, es preciso mencionar que dicho dictamen no establecía directamente o literalmente que el ER versaba sobre materias de “derechos humanos” o de

“soberanía”, por lo que esta es una interpretación del sentido del dictamen, puesto que solamente se dio por sentado que el ER debía ser aprobado por el art. 56.

Por otra parte, el dictamen en minoría fue formulado dos días después, el 12 de septiembre de 2001, en este se recomendó también su aprobación, pero en base a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 57 de la CPE, toda vez que, en valoración de los congresistas discrepantes, el ER colisionaba con algunas disposiciones constitucionales. En dicho dictamen se afirma lo siguiente sobre la posible colisión de disposiciones constitucionales y el ER:

*“Dentro de un análisis constitucional existe un primer grupo de asuntos que no presenta mayores problemas para nuestras disposiciones constitucionales como son las cuestiones de entrega de personas a la Corte y extradición, la cadena perpetua y el cumplimiento de las órdenes de detención.*

*Sin embargo, existe un segundo grupo de aspectos que merecen un análisis más detenido, debido a que el Estatuto contiene disposiciones que podrían presentar contradicciones con disposiciones constitucionales vigentes.*

*En ese sentido, podemos citar el principio de cosa juzgada (...)*

*En lo que respecta a las inmunidades, el artículo 27 del Estatuto establece que será aplicable el mismo a todos por igual sin distinción en el cargo oficial y que las inmunidades de carácter interno o internacional no son un obstáculo para que la Corte ejerza su competencia. En ese sentido la Constitución Política del Perú contiene normas sobre inmunidades como las referidas al antejuicio político para altos funcionarios del Estado, las cuales requieren una modificación constitucional para permitir la aplicación del Estatuto de Roma.” (p. 6).*

En sentido opuesto a lo recomendado en el dictamen en mayoría, el dictamen en minoría de la Comisión de Relaciones Exteriores concluyó lo siguiente:

*“Por las razones expuestas la Comisión de Relaciones Exteriores recomienda la aprobación de la presente iniciativa legislativa en los siguientes términos; debiendo tenerse en consideración que el presente Tratado requiere modificaciones constitucionales para su entrada en vigor, por ello le es de aplicación, los artículos 57 segundo párrafo y 206 de la Constitución Política del Perú.” (p. 14).*

Seguidamente, tras esta contraposición de posturas *ad intra* de la Comisión de Relaciones Exteriores, los dictámenes fueron debatidos en la sesión del Pleno del día 13 de septiembre de 2001. Finalmente, el Pleno del Congreso votó afirmativamente la aprobación del ER, apoyando el dictamen en mayoría de la Comisión de Relaciones Exteriores, por lo que se desestimó aprobar el ER mediante el procedimiento que rige la reforma de la Constitución y, en su lugar, se optó por aprobar el ER por la vía del artículo 56 de la CPE. Así, el 16 de septiembre de 2001, se publicó la Resolución Legislativa N.º 27517 que aprobaba el tratado en mención.

Tras la aprobación del Congreso, el Presidente lo ratificó internamente mediante Decreto Supremo N.º 079-2001-RE, del 5 de octubre de 2001, depositando su instrumento de ratificación el 10 de noviembre de 2001.

Como hemos observado, la discusión respecto a la posibilidad que el ER colisionase con ciertas disposiciones constitucionales se suscitó en el seno de la Comisión de Relaciones Exteriores, donde se emitieron dos dictámenes sustancialmente distintos. En el de mayoría se siguió con lo recomendado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, mientras que, en el de minoría, se advirtió la colisión entre el ER y disposiciones constitucionales, por lo que el tratado debía aprobarse mediante el procedimiento que rige la reforma constitucional. No obstante, dada la naturaleza de los actos del Parlamento, la inclinación por uno o por otro dictamen fue definida por votación del Pleno del Congreso, que aprobó el pronunciamiento del Dictamen en mayoría de la mencionada Comisión.

Como se evidencia, el control de constitucionalidad del ER fue efectivamente realizado por el Congreso, manifestándose esta función en dos momentos: en la etapa de dictámenes de las comisiones pertinentes y en la posterior votación definitiva del Pleno. Sirve aclarar que, en aquel momento, conforme al reglamento vigente, la Comisión de Constitución y Reglamento no ejercía la función de evaluar y dictaminar los aspectos de la aprobación de un tratado, por lo que fueron las Comisiones de Justicia y Relaciones Exteriores las que únicamente se pronunciaron.

De igual forma, este control de constitucionalidad previo que lleva a cabo el Congreso es cuestionable, aún en la actualidad, toda vez que la valoración de si el tratado

colisiona o no con disposiciones constitucionales depende de la votación de mayorías y no del pronunciamiento de un órgano jurisdiccional como el Tribunal Constitucional, como ocurre en otras realidades jurídicas a las que hemos hecho referencia. De la misma opinión es el autor peruano Astorga, R. (2006), quien describe lo siguiente:

*“El ejecutivo presenta el tratado al congreso en forma de propuesta legislativa, la oficina especializada de la Oficialía Mayor la recibe, la registra y dispone su publicación en el Portal del Congreso, informando a la Vicepresidencia encargada de procesar y tramitar las iniciativas a las Comisiones , la propuesta conteniendo el tratado será enviada a todas la comisiones que la materia del tratado pueda afectar, entre ellas (de forma obligatoria) a la Comisión de Constitución y Reglamento que tiene 30 días hábiles para estudiar el tratado y determinar si se continuará con el procedimiento regular de aprobación o si este será sometido al sistema señalado por el Art. 57º de la constitución.*

*En mi opinión la valoración hecha por la comisión de constitución y reglamento esta fuera de lugar, los juicios de valoración constitucional solo pueden ser hechos por el Tribunal Constitucional, y cuando una comisión del congreso valora la constitucionalidad de una norma lo que está haciendo es atentar contra el principio de separación de poderes, materias que ponen en duda la constitucionalidad de una norma o la probable inconstitucionalidad de un tratados por aprobarse deben ser elevadas en consulta al tribunal constitucional.”*

Asimismo, el autor peruano Caro, C. (2006, pp. 373-381) reseña lo siguiente:

*“Como se adelantó, la ratificación del Estatuto de Roma no estuvo condicionada a la reforma de la Constitución de 1993. Por el contrario, los diversos informes elaborados en el ámbito de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y de las comisiones correspondientes del Congreso de la República pusieron de relieve la plena compatibilidad de la Carta Magna con el Estatuto (...)*

*El Perú culminó el proceso de ratificación del ECPI en noviembre de 2001. En este proceso no se cuestionó la constitucionalidad de dicha ratificación. Tampoco existen cuestionamientos actuales de constitucionalidad. Por el contrario, los proyectos de reforma constitucional en debate se orientan a consolidar las reglas y principios del Estatuto, mientras que el Tribunal Constitucional en dos ocasiones ha recurrido al Estatuto como fuente de interpretación del derecho penal nacional, perspectiva acorde con el principio de legalidad (...)*

*Con ello se tiene que hasta el momento no se han discutido en la jurisdicción constitucional aspectos de fondo sobre la constitucionalidad de la ratificación del Estatuto de Roma, y menos sobre el proceso de implementación aún en curso. Las referidas decisiones del Tribunal Constitucional no analizan problemas sustantivos como la adecuación del Estatuto a la garantía de certeza o el mandato de determinación que deriva del principio de legalidad, ni tampoco problemas procesales latentes como la adecuación del régimen de entrega de personas a la Constitución”*

En ese sentido, Caro expresa que, hasta la fecha, no se cuenta con un pronunciamiento de fondo del TC sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma, el mismo que, claramente, se podría originar en caso de colisión entre disposiciones del tratado y la Constitución. Como es perceptible, tal sería la situación de la disposición del artículo 27 del ER, que prevé la improcedencia del cargo oficial y de las inmunidades constitucionales de los altos funcionarios estatales, que colisionarían en el momento en que la CPI busque la cooperación del Estado peruano como, por ejemplo, al solicitar la detención y extradición del Jefe de Estado o de otro alto funcionario con inmunidad.

Esto mismo fue advertido, en agosto de 2003, por el Programa de Justicia Internacional del *Lawyers Committee for Human Rights* (YUCOM), cuando presentó el estudio “*El Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Reforma Constitucional Peruana: Análisis y Recomendaciones*”, el cual, entre otras cosas, recomendaba la incorporación de un artículo genérico en la Constitución peruana que estipulara el reconocimiento expreso de la jurisdicción de la CPI determinada bajo las condiciones establecidas en el Estatuto de Roma; la incorporación de un artículo que disponga la improcedencia del cargo oficial y la inaplicación de inmunidades y procedimientos especiales ante la comisión de crímenes internacionales, recomendando modificar el artículo 117 y 93 de la Constitución; insertar una disposición sobre imprescriptibilidad de crímenes internacionales; así como la prever constitucionalmente la exclusión de amnistía e indultos para estos casos.

### **4.3. Posible colisión jurídica entre el artículo 27 del Estatuto de Roma y las disposiciones constitucionales sobre inmunidades de los altos funcionarios estatales en la práctica**

En principio, es claro que la CPI ejerce su jurisdicción de forma complementaria, puesto que, en primera fase, le corresponde aplicar su jurisdicción al Estado Parte. En esa línea, la complementariedad implica que el Estado Parte asuma soberanamente, en primer orden, la investigación y procesamiento de los responsables de crímenes internacionales, por lo que su jurisdicción la ejerce en base a la normativa del Estatuto de Roma, la misma que debe aplicar.

Para esos efectos, es ideal que el Estado Parte tipifique, por ejemplo, los crímenes internacionales bajo jurisdicción de la CPI (genocidio, crimen de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión) en la legislación penal nacional, a fin de satisfacer el requisito subyacente de capacidad con la que debe contar el Estado para ejercer su jurisdicción preferentemente.

Con el mismo razonamiento, Ambos, K. (2003, p. 25) destaca:

*“El principio de complementariedad presupone que el Estado donde se comete un crimen internacional tiene la capacidad y la voluntad o disposición de perseguirlo penalmente y castigar a los responsables. Mientras la voluntad puede ser considerada una mera cuestión de política criminal o judicial, la capacidad a su vez requiere una normatividad adecuada para poder perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra en el sentido de los artículos 5 a 8 del Estatuto. Por ello, si un Estado no dispone de estos crímenes en su legislación nacional —caso que aplica de una u otra manera a todos los Estados del mundo—, está obligado de facto a adaptar su legislación nacional al Estatuto; de lo contrario, la CPI puede asumir la jurisdicción en el caso concreto.”*

En el mismo sentido, Birkett, D. (pp. 354-355, 2019) expresa:

*“In other words, by virtue of complementarity, the principle that governs the Court’s relationship with national courts, the jurisdiction of the ICC is only triggered if the national courts of the relevant State are unwilling or unable to investigate or prosecute.<sup>5</sup> Implementing the substantive law provisions of the Rome Statute consequently permits*

*State Parties to exercise primary jurisdiction over ICC crimes, thereby fulfilling the principle of complementarity. In sum, therefore, for States to be able to adequately perform their dual role envisaged by the Rome Statute, they need to enact legislation implementing the Rome Statute, as regards both crimes and cooperation, in their national legal orders.”*

Del mismo modo, el autor El Zeidy (2008, pp. 157-158) indica que:

*“The ICC Statute does not define the term “complementarity” anywhere. But, the plain texts of paragraph 10 of the preamble and of Article 1 compel the conclusion that the ICC is intended to supplement the domestic punishment of international violations, rather than supplant domestic enforcement of international norms. The complementarity principle is intended to preserve the ICC’s power over irresponsible States that refuse to prosecute those who commit heinous international crimes. It balances that supranational power against the sovereign right of States to prosecute their own nationals without external interference. The reference to the principle of complementarity in both the preamble and Article 1 is duplicative, but was done to stress the significant and central role it will play in the future.”*

En ese sentido, el Estado Parte debe garantizar, preliminarmente, que cumplirá con el ER al ejercer preferentemente su jurisdicción sobre los implicados en crímenes internacionales. Para garantizar ello, el Estado adopta y adapta, vía su ordenamiento interno, las disposiciones del ER como la tipificación de crímenes internacionales, los actos procesales con la Corte, o la incorporación de los principios recogidos en el Estatuto, a fin de procesar correctamente. Por ejemplo, en caso un Jefe de Estado cometa crímenes internacionales, como crímenes de lesa humanidad, juzgar a instancia local a esta persona bajo el estándar legal de “asesinato” improbablemente pueda satisfacer lo previsto en el ER, por lo que la CPI podría comprender que el Estado carece de capacidad para juzgar, procediendo a ejercer su jurisdicción complementaria. Esto mismo sucedería cuando el Estado, a pesar de haber tipificado estos crímenes internacionales, no pueda ejercer su jurisdicción penal sobre el Jefe de Estado, toda vez que este se podría encontrar premunido de algún tipo de inmunidad o fuero interno. En el mismo sentido, la CPI ejercería su jurisdicción de forma complementaria, sin perjuicio de no efectivizarla por la falta de cooperación.

En el Perú, si bien el Código Procesal Penal (CPP) vigente ha codificado disposiciones relativas a la cooperación judicial internacional, no se han tipificado los crímenes internacionales del ER a nivel del Código Penal, ni se ha elaborado un juicio de compatibilidad constitucional acertado que resuelva la constitucionalidad del ER, como ya hemos resaltado.

Sin perjuicio de ello, las relaciones entre las autoridades peruanas y la CPI, en materia de cooperación judicial internacional, se rigen, como ya hemos mencionado, principalmente por las disposiciones del ER (conforme al artículo 508.1 del CPP). Específicamente, los actos de cooperación del Perú con la CPI son la detención y entrega de personas, la detención provisional y otros actos previstos en el artículo 93 del ER.

No obstante, si bien las reglas del ER, en dicha materia, rigen el trámite de la cooperación judicial internacional, serán las propias normas de derecho interno, las que servirán para interpretar las normas del Estatuto, y estas se aplicarán en ausencia o vacío normativo del Estatuto (véase artículo 508.2). De ese modo, el CPP termina siendo el cuerpo normativo que regulará, adicional y complementariamente a los establecido en el ER, las formas y procedimientos de cooperación judicial con la CPI.

Como hemos señalado anteriormente, la situación se tornaría compleja y problemática en caso la Corte investigue a un alto funcionario peruano, premunido con inmunidad, por la comisión de crímenes internacionales, puesto que si bien podría activar su jurisdicción complementaria sobre este, la cooperación del Estado peruano con la entrega, detención o extradición podría verse afectada cuando se identifique que el ER contraviene la Constitución.

Inicialmente, aplicando su jurisdicción complementaria o subsidiaria, la CPI podría buscar la detención y extradición de un alto funcionario peruano, mediante una orden de detención (*warrant of arrest*), aunque también podría dirigir una orden o mandato de comparecencia en caso de citaciones, la misma que sería dirigida a las autoridades nacionales, siguiendo los procedimientos estipulados en la Sección VII (“Cooperación con la Corte Penal Internacional”) del CPP (ver artículos 557 al 561).

En ese ámbito, la Fiscalía de la Nación recibiría la solicitud de detención y entrega, remitiendo esto al Juez de Investigación Preparatoria del lugar donde se encuentre el requerido, con conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema (ver art. 557.1 del CPP). Tras ello, el Juez de Investigación Preparatoria inmediatamente expedirá mandato de detención (ver art. 557.2), y el detenido será puesto a disposición judicial, donde el Juez de Investigación Preparatoria ordenará audiencia de control de entrega.

En ese estadio, conforme al art. 557.4 del CPP, los intervinientes (detenido, defensor, Fiscal Provincial y representante de la CPI) podrán presentar pruebas, apoyar o cuestionar las pruebas que aparezcan en el expediente de entrega, así como alegar la pertinencia o impertinencia, formal o material, de la solicitud de entrega. Tras ello, el expediente se elevará a la Sala Penal de la Corte Suprema con conocimiento de la Fiscalía de la Nación.

En conformidad con el art. 557.5, la Sala Penal de la Corte Suprema señalará la fecha para la audiencia de entrega. De acuerdo al art. 557.6, si el detenido contesta la solicitud de entrega, alegando cosa juzgada, el Juez de Investigación Preparatoria formará cuaderno con copia de lo actuado y lo elevará a la Fiscalía de la Nación, la que consultará la cuestión con la Corte Penal Internacional, por lo que el expediente quedará suspendido hasta su respuesta. Finalmente, la Corte Suprema emitirá resolución consultiva, y la remitirá al Ministerio de Justicia.

Conforme al art. 558, la decisión sobre la entrega finalmente se dará mediante Resolución Suprema, que será lógicamente emitida por el Consejo de Ministros, poniéndose en conocimiento de la Fiscalía de la Nación y la CPI, por la vía diplomática. Si la resolución consultiva de la Corte Suprema resuelve la denegación de la entrega, así lo declarará el Poder Ejecutivo. En caso contrario, el Poder Ejecutivo puede dictar la decisión que corresponda. Como se observa en este íter, la decisión final de la entrega es potestad discrecional del Poder Ejecutivo, por lo que resultaría complejo, por ejemplo, sopesar que el propio Ejecutivo apruebe la entrega de un alto funcionario como el Presidente o un Ministro de Estado.

Asimismo, la situación se complejiza aún más, puesto que, a tenor del art. 556.1 del CPP, si la ejecución de un acto de cooperación con la CPI (una orden de detención de

la CPI, por ejemplo) entraña una vulneración a una norma de orden público y un principio fundamental del derecho, el órgano decisor de su admisión (Juez o Fiscal) expresará los motivos de la probable colisión, poniendo en conocimiento a la Fiscalía de la Nación. Textualmente, el precitado artículo dispone lo siguiente:

*“Si la ejecución de un acto de cooperación con la CPI puede vulnerar una norma de orden público y un principio fundamental del derecho, el órgano que deba decidir su admisión y desarrollo, previamente, expresará mediante resolución o disposición consultiva –según se trata del Juez o del Fiscal, respectivamente- los motivos de la probable colisión y, reservadamente, las pondrá en conocimiento de la Fiscalía de la Nación”.*

En esa línea, las prerrogativas constitucionales sobre inmunidades de los altos funcionarios podrían ser alegadas en esa etapa, advirtiéndose una colisión con disposiciones constitucionales, que podrían ser interpretables como normas de orden público o principios fundamentales del derecho. En ese caso, la ulterior resolución suprema podría recoger ese fundamento, a fin de resolver no entregar al funcionario peruano. Como resultado, el Perú fallaría en cumplir su obligación de cooperar con el requerimiento de la CPI, violando así una norma internacional que implicarían su responsabilidad internacional.

## **5. POSIBLES SOLUCIONES ANTE LA AUSENCIA DE UN CORRECTO JUICIO DE COMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL PARA EVITAR UN CONFLICTO JURÍDICO ENTRE EL ARTÍCULO 27 DEL ER Y LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE INMUNIDADES DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS**

### **5.1. Posibilidad de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que determine que el ER es un tratado de derechos humanos y que sus disposiciones prevalecen frente a las disposiciones constitucionales en caso de conflicto**

En principio, es prioritario indicar que, en el marco del derecho internacional, un Estado se vincula por un tratado en tanto manifieste su consentimiento de ser parte de él, conforme a la lógica consensualista recogida en la Convención de Viena sobre el

Derecho de los Tratados de 1969, así como en la jurisprudencia internacional (ver caso Lotus, Corte Permanente Internacional de Justicia, 1927).

Para el caso del Estatuto de Roma, este tratado plantea la posibilidad que los Estados manifiesten su consentimiento a través de su firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Asimismo, el Estatuto de Roma (artículo 126.1) estipula que este surte efectos, o entra en vigor, a partir del “(...) *primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión*”, por lo que dicho tratado entró en vigor internacional a partir del 1 de julio de 2002, tras haberse configurado sesenta depósitos de instrumentos de manifestación de consentimiento.

Acorde a la práctica nacional, el Perú suele manifestar su consentimiento a través de la “ratificación” o, en caso de no haber inicialmente suscrito, la “adhesión”. Es así que el Perú, tras su suscripción el 7 de diciembre de 2000, depositó su instrumento de ratificación el 10 de noviembre de 2001, por lo que el Estatuto entró en vigor el mismo 1 de julio de 2002.

Desde su entrada en vigor, en fecha 1 de julio de 2002, el Estatuto de Roma empezó a generar efectos jurídicos para el Estado peruano, por lo que este se encuentra obligado o vinculado jurídicamente con dicho tratado desde esa fecha.

También resulta claro que, conforme lo dispuesto en el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, el Estatuto de Roma forma parte del derecho nacional, puesto que, según el referenciado artículo, los tratados celebrados y en vigor forman parte del derecho nacional. De esa manera, los tratados en vigor para el Perú se incorporan al sistema jurídico peruano, siendo este el caso del Estatuto de Roma.

Lo señalado se corresponde con la lógica monista que el Perú sigue para la incorporación de los tratados en su ordenamiento interno, puesto que el Estado peruano comprende que tanto el ordenamiento internacional como el interno son uno solo, por lo que al manifestar su consentimiento de vincularse por un tratado este pasa automáticamente a formar parte del derecho peruano. Sobre el sistema monista, la

profesora británica Denza, E. (2006, p. 423) señala que “[t]he monist tradition dictates that when a state ratifies an international agreement, the self-executing provisions of that treaty apply directly in domestic law and prevail over conflicting domestic provisions”.

En esa línea, al ser parte del ordenamiento, se podría pensar que las autoridades judiciales nacionales podrían aplicar sin ningún problema los tipos penales o los principios del Estatuto de Roma, lo cual no termina siendo del todo cierto, toda vez que las disposiciones de este tratado no son uniformemente autoejecutables, demandando su implementación a través de la adecuación de sus disposiciones en la estructura normativa nacional.

Así, hasta el momento, solo dos Estados Partes (Namibia y la República Democrática del Congo) han declarado que el ER es aplicable directamente en su sistema jurídico; sin embargo, la posición mayoritaria es que las disposiciones del ER no son autoejecutables, por lo que demandan su adaptación interna. Esta afirmación es coincidente con la de Donat-Cattin, D. (2012, pp. 372-373):

*“As of today, only two States Parties of the Rome Statute have declared directly applicable the Rome Statute within their penal laws, the Democratic Republic of the Congo – but only with respect to the jurisdiction of military Tribunals, in which the principle of legality is interpreted less strictly than before civilian Courts – and Namibia, the latter on the basis of Article 144 of the Constitution. All the other States that have a ‘monistic’ tendency vis-à-vis the application of international law in their domestic systems have considered the Rome Statute as non-self-executing. Such an interpretation has been made in most, if not all, civil law jurisdictions because the Rome Statute’s provisions on penalties do not include a minimum term of imprisonment, but only a maximum, and do not differentiate among the distinct types of crimes within the broad categories of core crime under international law (...).”*

De esa forma, se torna necesario para los Estados adecuar su legislación nacional con el marco normativo del ER. Esto es más visible en los países que mantienen un sistema dualista como Reino Unido o Italia, donde la incorporación de un tratado entraña imperativamente su conversión en ley. Por el lado de los países con sistema

monista, como el del caso peruano, el tratado se incorpora automáticamente al derecho nacional sin necesidad de conversión o transformación en ley.

Sin embargo, el sistema monista posee distintos enfoques, adecuándose cada uno a la particularidad jurídica de cada Estado. Así, en algunos países, que detentan este sistema, los tratados se incorporarán automáticamente y serán aplicados por los órganos del Estado de la misma forma que la ley, por ejemplo. Así, un tribunal local podría aplicar las disposiciones del tratado al igual que aplica la ley nacional. De ese modo, en relación propiamente con el Estatuto de Roma, el tribunal del Estado Parte que posee un sistema monista podría aplicar las disposiciones del Estatuto en el marco de un proceso penal.

Una de las complejidades del sistema monista radica en los criterios constitucionales que los Estados deben prever para mantener el razonamiento que el derecho interno e internacional son uno. Para esos efectos, los Estados suelen configurar un criterio de jerarquización a nivel constitucional, señalando la escala o el nivel jerárquico que ocupará el tratado una vez que se incorpora.

En el caso peruano, la Constitución vigente no expresa el rango de los tratados en el ordenamiento interno, a diferencia de la Constitución de 1979. Sin embargo, el Tribunal Constitucional (TC) ha marcado una línea jurisprudencial que ha variado sustantivamente en el transcurso de los años. Es de destacar la sentencia 005-2003-AI/TC, la misma que señaló cinco categorías de fuentes normativas, ocupando los tratados la segunda categoría, debajo de la primera categoría (Constitución y de las normas con rango constitucional), y únicamente siendo mencionados como “tratados aprobados por el Congreso”. Más adelante, en el año 2004, el propio TC, en el caso “Nina-Quispe” (Expediente 0047-2004-AI/TC), estableció una pirámide normativa de cinco categorías, consignando a los tratados (en general) en la segunda categoría, compartiendo este nivel con las leyes y normas de rango legal. Esa misma sentencia, ubica a los tratados de derechos humanos en la primera categoría, en la que se destacan, en prelación, la Constitución, las leyes de reforma constitucional y los tratados de derechos humanos. Los fundamentos jurídicos del TC sobre el rango de

los tratados de derechos humanos se pueden encontrar en los párrafos 18 al 22 de la sentencia recaída en el Exp. N° 00047-2004-AI/TC.

En ese sentido, en la actualidad, para el Perú, los tratados tienen rango legal, mientras que los de derechos humanos poseen rango constitucional, ocupando, en ese rango, la tercera categoría.

No obstante, surten las dudas y los vacíos explicativos sobre qué exactamente constituye un “tratado de derechos humanos”, puesto que no subsiste una definición clara por parte del máximo intérprete de la Constitución ni qué representa su categorización. En esa línea, sería complicado pensar que el Estatuto de Roma, tratado sobre derecho penal internacional, pueda ser determinado absolutamente, a efectos del Perú, como un tratado de derechos humanos. Sin embargo, el TC podría llegar a esa conclusión, tal como parece haber asimilado otros tratados de derecho internacional humanitario. En esa línea, bajo ese marco interpretativo, el TC le podría otorgar rango constitucional de tercer orden al ER en virtud de considerar que se trata de un tratado derechos humanos.

De no ser así, difícilmente se podría pensar que el ER sea asimilado en el derecho interno como cualquier otro tratado distinto a uno de derechos humanos, como un tratado de cooperación o de otra índole. En ese caso, el ER podría equipararse o tener rango de ley, como el resto de tratados.

En ese sentido, cuando el TC en sus precedentes menciona la categoría de “tratados de derechos humanos”, también se genera la dificultad de encasillar o subsumir a todo tipo de tratado que tenga como finalidad, entre otras, defender o proteger los derechos humanos, como un tratado de esa naturaleza.

En principio, la CPI, institución creada por el ER, no es un tribunal de derechos humanos sino de derecho penal internacional que investiga y juzga la comisión de crímenes internacionales. Empero, el Estatuto de Roma es un tratado que busca proteger a la humanidad, tocando tanto materias de derechos humanos como, preminentemente, de derecho internacional humanitario. En esa línea, el TC tendría que considerar que un tratado de derecho penal internacional que protege, entre otras

cosas, la humanidad, es un “tratado de derechos humanos”, lo cual es posible puesto que conserva esa capacidad.

Así, el Estatuto revela algunos matices o prevé estándares de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 23.1 prevé lo siguiente:

*“La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.”*

Sobre este artículo, Irving, E. (p. 238) describe lo siguiente:

*“Perhaps the greatest innovation of the Rome Statute, in human rights terms, was Article 21(3). The provision stipulates that the ICC must interpret and apply all law in a manner consistent with internationally recognized human rights. The result, in the words of the ICC Appeals Chamber, is that ‘human rights underpin the Statute; every aspect of it’. Much has been said about the promise of Article 21(3), and indeed the ICC’s case law has already demonstrated the important role that the Article can play in expanding, sometimes very ambitiously, the human rights protections contained in the Statute. Early predictions that Article 21(3) would ‘have little concrete impact on the implementation of the applicable law’ have proved incorrect.”*

En ese sentido, posiblemente sea interpretable que el ER protege también los derechos humanos, puesto que algunos dispositivos específicos reconocen esa situación particular. No obstante, tiene un mayor componente propio del derecho internacional humanitario por cuanto los crímenes internacionales que tipifica son, en buena cuenta, violaciones al DIH a las que ahora se atribuyen responsabilidad penal individual. No obstante, la comisión de crímenes de genocidio o de lesa humanidad no ameritan necesariamente de un contexto de conflicto armado, por lo que estos, incluso, se pueden cometer en tiempos de paz, contexto temporal de regencia de los derechos humanos.

En ese orden de ideas, si bien resultaría controvertido, desde la óptica jurídica positivista, que el TC afirme que el ER es un tratado de derechos humanos, dado sus precedentes vinculantes descritos anteriormente, esta situación, en la práctica, podría suscitarse sin mayor problema, toda vez que el término “tratados de derechos humanos”, a efectos de la Constitución nacional, le corresponde ser interpretado y aclarado al propio Tribunal Constitucional.

Sin perjuicio de lo indicado, en ambos casos, sea que el ER sea considerado un tratado de derechos humanos o un tratado regular, surten las dudas sobre cómo se resolvería un conflicto entre una de sus disposiciones y las de la Constitución. En el primer caso, su rango constitucional no garantizaría que el tratado se aplique preferentemente frente a las normas constitucionales. En el segundo caso, lógicamente, las normas constitucionales se aplicarían de plano sobre las del tratado.

Aplicando esto al caso que analizamos, la disposición del artículo 27 del Estatuto de Roma, que prevé la improcedencia del cargo oficial y de las inmunidades estatales, se inaplicaría en favor de las disposiciones constitucionales sobre inmunidades de los altos funcionarios, toda vez que, conforme a nuestro sistema de jerarquización, las normas constitucionales priman frente al tratado. Esta sería la conclusión partiendo de la hipótesis de que el ER sea considerado un tratado con rango legal. Por otro lado, en el caso de que el ER sea asimilado como un tratado de derechos humanos, previo pronunciamiento del TC, su tercer orden dentro del rango constitucional también podría hacer inaplicables sus disposiciones en caso de colisión con la Constitución.

No obstante, sobre este último punto, es importante resaltar que el TC podría interpretar, tras definir que este constituye un tratado de derechos humanos, que las disposiciones constitucionales sobre inmunidades se interpretan acorde al ER, observando la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución, la misma que establece lo siguiente:

*“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”*

Bajo ese estándar de interpretación, el TC podría partir de la hipótesis que las disposiciones constitucionales sobre inmunidades de los altos funcionarios deben entenderse o interpretarse bajo el marco normativo internacional de derechos humanos, por lo que, si previamente determinó que el Estatuto de Roma es un tratado de derechos humanos, daría preferencia al marco normativo del tratado, pudiendo la Corte ejercer su jurisdicción sin problemas sobre los altos funcionarios nacionales implicados en la comisión de crímenes internacionales. Esto también implicaría que el TC considere, como *“normas relativas a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución”*, a las prerrogativas constitucionales de inmunidades localizadas en los artículos 117 y 93 de la Constitución. Este último punto es medular y amerita una reflexión, puesto que implicaría extender los alcances de la cuarta disposición transitoria a otros supuestos como a los dispositivos constitucionales sobre prerrogativas que el Estado otorga a los funcionarios que lo representan, tendría que sostenerse que estas prerrogativas también constituyen *“normas relativas a derechos reconocidos por la Constitución”*.

Conforme a la interpretación del jurista Mendoza, M. (2006, p. 2), la citada disposición señala, implícitamente, que los tratados de derechos humanos fungen como normas complementarias de los derechos constitucionales:

*“El sentido de esta disposición es precisar que los derechos “que la Constitución reconoce” deben interpretarse “de conformidad” con los tratados internacionales de derechos humanos. El que los derechos reconocidos por la Constitución deben interpretarse “de conformidad” con los tratados significa adjudicar un efecto praeter legem a los tratados internacionales. Es decir, las normas de este tipo de tratados complementan el contenido de la norma de derecho constitucional. Éste último no se circunscribe al contenido derivado de su enunciado constitucional, sino que comprende, además, el establecido en la norma del tratado internacional. En definitiva, los tratados de derechos humanos son normas complementarias de las normas de derechos constitucionales.”*

Aunque, también precisa que los tratados de derechos humanos gozan de rango constitucional; sin embargo, su interpretación no parte del análisis de la cuarta

disposición transitoria y final, sino del artículo 3 de la Constitución. El autor expresa su postura del siguiente modo:

*“Los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional. Tal rango se sustenta en que enuncian derechos de “naturaleza análoga” a los reconocidos por el texto de la Constitución y a los que el artículo 3º de la Constitución se ha remitido.*

*Como consecuencia de ello, constituyen parámetros de validez material de normas de jerarquía legal e infra legal y, en particular, constituyen límites de la potestad de reforma de la Constitución. Asimismo, en tanto derecho vigente, ellos deben ser aplicados por todo órgano jurisdiccional, tanto como fuente de derechos subjetivos como en el control de constitucionalidad de normas.*

*La función interpretativa de los tratados de derechos humanos establecida en la IV DFT deviene en irrelevante, debido a que, como consecuencia de que forman parte del ordenamiento, les corresponde una aplicación directa, plena, que excede sustancialmente tal función interpretativa.” (Mendoza, 2006, p.8)*

Por su lado, el ius internacionalista peruano Novak, F. (1998, p. 267) sostiene que la cuarta disposición transitoria y final no establece jerarquía de los tratados de derechos humanos:

*“La Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los tratados sobre la materia suscritos por el Perú nada dicen respecto al rango que deben tener estos tratados en los ordenamientos jurídicos nacionales. Por tanto, el hecho que la cuarta disposición transitoria señale que las normas relativas a derechos humanos consagrados en la Constitución deban interpretarse conforme a estos documentos internacionales, no nos dice nada sobre el rango de tales normas, menos que tengan rango constitucional, resultando su cita absolutamente impertinente.”*

Asimismo, el jurista Rubio, M. (1998, p. 113) critica la labor del constituyente en la redacción de la Constitución de 1993, puesto que, en apariencia, buscó rebajar el rango de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento interno, aunque también consignó la cuarta disposición transitoria y final, que genera cierta confusión al concluir si los tratados de derechos humanos gozan de rango constitucional o no; sin embargo, él sostiene que, sin perjuicio de lo indicado, estos gozan plenamente de rango constitucional:

*“Es difícil exactamente lo que el constituyente de 1993 quiso hacer al mantener el artículo 3° y establecer la cuarta disposición final de un lado, y borrar la norma de la Constitución de 1979 que daba rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos. Son decisiones de política legislativa contradictorias entre sí y un retroceso de la Constitución de 1993 en relación a su predecesora en el plano de la expresión normativa. Pero esto sólo tiene que ver con el enjuiciamiento de la conducta del constituyente y con la historia constitucional, no con la realidad de las reglas existentes las que, en nuestro criterio, llevan a la ineludible conclusión de que los tratados referentes a derechos humanos, como los derechos humanos mismos, tienen jerarquía constitucional en el Perú.”*

Por otra parte, la doctrina peruana sugiere que la Cuarta Disposición Transitoria debería emplearse para la interpretación de la Constitución, *in toto*, y no solo a los derechos enumerados en el artículo 3, puesto que existen, en forma dispersa, ciertos dispositivos que deberían ser materia de interpretación con uso de ese parámetro. Es el caso del profesor peruano Neves, J. (1999, p.197), que plantea lo siguiente:

*“Creemos que la regla de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución debería emplearse para la interpretación de la Constitución misma, en cualquiera de sus capítulos en los que se proclamen derechos, así como también respecto de otras normas internas en las que se regule derechos equivalentes. Aquí quedarían comprendidos especialmente las leyes y los convenios colectivos. Si la propia Constitución se ha sometido a un criterio hermenéutico, con mayor razón éste se aplicaría para las normas de nivel inferior que entren en la lógica del artículo 3 (...).”*

Como se evidencia, la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución no establece específica y textualmente la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos; sin embargo, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite llegar a esa conclusión (ver sentencia recaída en el Exp. N.º 047-2004-AI/TC o “caso Nina Quispe”, así como la sentencia recaída en los expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC o caso “PROFA”). Habida cuenta de los precedentes constitucionales mencionados, no se puede negar que los tratados de derechos humanos, donde podría considerarse el Estatuto de Roma, poseen rango constitucional.

El problema surge en el caso de conflicto entre dos normas de rango constitucional, como bien lo serían el artículo 27 del ER y el artículo 117 de la Constitución. Además, conforme a la sentencia del TC, en el caso “Nina Quispe”, el Estatuto de Roma, en caso sea considerado por el tribunal como un tratado de derechos humanos, tendría rango constitucional de tercera categoría, lo cual, en nuestra opinión, es confuso de interpretar, puesto que su ocupación en tal categoría podría suponer inferioridad respecto a las normas constitucionales en caso de colisión.

No obstante, también es acertado pensar que, ante un conflicto entre normas con rango constitucional, el TC podría resolver mediante la técnica de ponderación, tal como lo señala Castillo-Córdova, L. (2005, p. 6), interpretando lo sostenido por el TC en su sentencia recaída en el Exp. 0858–2003–AA/TC:

*“El Tribunal Constitucional rechaza, pues, la jerarquía general y abstracta de derechos constitucionales para resolver los –por él admitidos– conflictos de derechos constitucionales. Lo que propone es “ponderar los diferentes derechos y bienes constitucionales en conflicto”, de modo que se pueda establecer –en buena cuenta– cual de ellos debe prevalecer en el caso concreto. A esto se refiere el Tribunal Constitucional cuando afirma que “ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer [de modo general y abstracto] unos [derechos] sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica.”*

A nuestro criterio, si bien nada impide al TC pronunciarse sobre la colisión entre las disposiciones mencionadas (las del tratado y las constitucionales), este se daría, seguramente, cuando se origine la situación conflictual, esto es, cuando la CPI requiera la cooperación del Estado peruano (por ejemplo, al ordenar la extradición del Jefe de Estado), donde recién se operativizaría el conflicto, lo cual podría generar, de igual modo, una violación a nuestra obligación internacional de cooperar. En ese sentido, lo óptimo sería que el TC emita un pronunciamiento sobre el particular previo a la situación conflictual.

Complementariamente, en caso el eventual pronunciamiento del TC no precise la aplicación preferente de las disposiciones del ER sobre los artículos constitucionales

que prevén inmunidades o procedimientos especiales, o no se emita ningún pronunciamiento, o incluso haciéndolo, se podría proponer una reforma de la Constitución, siguiendo el modelo chileno o francés, que implicaría incorporar una disposición genérica que establezca que la CPI ejercerá su jurisdicción de acuerdo a las disposiciones del ER. La fórmula propuesta haría indubitable la obligación peruana frente a la CPI, que ahora tendría un reconocimiento constitucional, generando o aliviando cualquier problema de colisión jurídica futura.

## **5.2. Propuesta de enmienda a la Constitución para incorporar una disposición genérica que establezca el reconocimiento constitucional de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional**

Como hemos señalado, una enmienda a la Constitución sería necesaria en caso no se dé un pronunciamiento del TC o, en caso se emita, no haya incluido interpretar que las disposiciones del ER que colisionan con disposiciones de la Constitución se aplican preferentemente. Ante tales situaciones, se recomienda incorporar una disposición adicional en la Constitución, similar a la vigésima cuarta disposición de la Constitución chilena o al artículo 53.2 de la Constitución francesa, que establece el reconocimiento de la jurisdicción de la CPI en los términos, o acorde, al Estatuto de Roma.

Para efectos demostrativos, se citan las disposiciones constitucionales aludidas de Chile y Francia:

*“Vigésimo cuarta. El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte.” (Constitución chilena).*

*“La República podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de acuerdo con las condiciones previstas por el tratado firmado el 18 de julio de 1998.” (Constitución francesa).*

Por nuestro lado, recomendamos la siguiente redacción:

*“La República del Perú podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998.”*

A diferencia de la redacción chilena, nuestra propuesta consigna la denominación oficial del tratado (“Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”), además de la denominación oficial del Estado peruano (“República del Perú”), tampoco consigna el foro donde fue adoptado dicho tratado, por ser irrelevante a efectos de identificación del tratado en mención.

Como observamos, con una disposición de este tipo, en caso la CPI active su jurisdicción complementaria sobre un alto funcionario peruano que goza de inmunidad, acorde a la Constitución peruana, el Estado deberá ejecutar los mandatos de la CPI, puesto que el reconocimiento se hace en función del ER, el mismo que prevé la improcedencia del cargo oficial y de las inmunidades internacionales e internas, subrogando, indirectamente, las disposiciones constitucionales a las del ER.

## CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

### 1. Materiales

#### Constitución Política del Perú de 1993

#### Tratados

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.

#### Jurisprudencia internacional

*Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la Orden de Detención ICC-02/05-01/09, de fecha 4 de marzo de 2009 en el caso: El Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir.*

*Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II sobre la Orden de Comparecencia ICC-01/09-02/11, de fecha 8 de marzo de 2011, en el caso: El Fiscal c. Uhuru Kenyatta.*

*Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares III sobre la Orden de Detención ICC-02/11, de fecha 23 de noviembre de 2011, en el caso: El Fiscal c. Laurent Koudou Gbagbo.*

#### Doctrina nacional y extranjera

### 2. Métodos y técnicas

#### Método dogmático propositivo

Analizamos los elementos normativos internos e internacionales, a fin de diagnosticar el problema que se suscita; y, ante ello, proponemos una reforma o modificación constitucional, como solución al problema.

#### Método dogmático analítico o exploratorio

Se examinan dispositivos normativos internos e internacionales, con el propósito de plantear problemas de incoherencia, que evidencien un conflicto jurídico.

### **Método dogmático interpretativo**

Se emplea el método hermenéutico para comprender e interpretar el sentido de las disposiciones internas e internacionales. Se requiere de un análisis de la doctrina, práctica y jurisprudencia para interpretar correctamente el sentido y los alcances de esas disposiciones.

### **Método analógico-comparativo**

Nos permite fundamentar, desde el análisis del derecho comparado, la existencia de un conflicto jurídico entre el derecho internacional e interno peruano, así como plantear soluciones en base a la práctica o experiencia comparada.

### **Técnica de análisis documental**

Utilizamos el método de análisis documental, debido a que nuestra investigación recurre al análisis de material jurídico nacional e internacional, implicando el examen o evaluación de tratados (Estatuto de Roma, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, etc.), documentos internos de la CPI (mandatos, jurisprudencia, órdenes de detención o de comparecencia, etc.), normas nacionales (Constitución y legislación penal procesal), así como recoger información doctrinal nacional e internacional.

## CONCLUSIONES

1. Tal como hemos examinado en los casos históricos contra altos funcionarios estatales implicados en la comisión de crímenes internacionales que fueron procesados por tribunales internacionales *ad hoc*, híbridos o mixtos, así como por tribunales locales, en virtud del principio de jurisdicción universal, previos a la entrada en vigor del Estatuto de Roma, existen antecedentes jurídicos internacionales que manifiestan el afianzamiento progresivo del principio de improcedencia del cargo oficial y de las inmunidades o procedimientos especiales que conlleva.
2. Conforme a la práctica y al acervo normativo de la Corte Penal Internacional, es claro que dicha institución aplica su jurisdicción sobre cualquier funcionario estatal premunido con inmunidad, devenga esta del derecho interno o internacional, cuestión que se demuestra en la casuística analizada sobre Jefes de Estado implicados en la comisión de crímenes internacionales, así como en la previsión de su artículo 27.
3. Los Estados Partes, al vincularse por el Estatuto de Roma, se encuentran obligados a dar cumplimiento efectivo a todas sus disposiciones, puesto que dicho tratado no admite reservas. De no hacerlo, se generaría responsabilidad internacional por su incumplimiento. Tal es el caso del artículo 27, que plantea la improcedencia del cargo oficial e inmunidades de los altos funcionarios para el ejercicio de jurisdicción de la Corte.
4. Debido a que la Corte Penal Internacional no posee una fuerza de coerción capaz de hacer comparecer o extraditar a los implicados en crímenes internacionales, demanda que los Estados cooperen con sus actuaciones, coadyuvando a aplicar procedimientos internos, deteniendo y hasta extraditando. De ese modo, cuando la Corte requiera a un funcionario estatal que esté implicado en la comisión de crímenes internacionales, respetando el

principio de jurisdicción complementaria, los Estados deben cooperar con la Corte, entregando al nacional requerido.

5. La implementación en el Estatuto de Roma en los ordenamientos internos de los Estados Partes no constituye una obligación internacional en sí, sino es un camino necesario que los Estados asumen para garantizar el cumplimiento de su obligación de cooperación (artículo 86 del ER), la misma que se ejecuta cuando media un acto de cooperación entre la Corte y el Estado.
6. Las inmunidades que las Constituciones nacionales otorgan a sus principales funcionarios estatales tienen, usualmente, carácter absoluto o implican que estos no sean procesados ordinariamente, por lo que resultan ser problemáticas para el ejercicio de jurisdicción de la Corte Penal Internacional.
7. La experiencia comparada demuestra que diversos Estados Partes del Estatuto de Roma han realizado juicios de compatibilidad constitucional en torno a dicho tratado, los mismos que se han realizado previo a la manifestación internacional del consentimiento de obligarse por este o *a posteriori*.
8. La experiencia comparada también evidencia que, tras los juicios de compatibilidad constitucional realizados, los Estados, a través de sus órganos jurisdiccionales competentes, emitieron pronunciamientos sobre la constitucionalidad de tal tratado, o reaccionaron esbozando modificaciones constitucionales, a efectos de compatibilizar dicho tratado con la Constitución.
9. Respecto al caso peruano, en nuestra Constitución se configuraban dos tipos de inmunidades: la inmunidad presidencial (artículo 117) y la inmunidad parlamentaria (artículo 93). Ambos tipos de inmunidades tenían un tratamiento diferenciado en la Carta Magna. No obstante, la reciente reforma constitucional sobre el artículo 93, en vigor desde el 7 de febrero de 2021, ha abolido la inmunidad parlamentaria para delitos comunes.
10. La inmunidad presidencial constituye una barrera procesal importante para el ejercicio de jurisdicción de la Corte Penal Internacional, puesto que prohíbe cualquier acusación contra el Presidente, salvo que versen sobre algunas excepciones planteadas en el propio artículo 117. En estricto, el Presidente no podría ser acusado por la comisión de crímenes o delitos comunes, tampoco, a

efectos internos, por la comisión de crímenes internacionales, mientras ejerza su cargo.

11. La inmunidad parlamentaria implica ahora únicamente la irresponsabilidad de los parlamentarios por su opinión y votos. Para los casos de la comisión de delitos comunes, la Corte Suprema es ahora el órgano jurisdiccional encargado del procesamiento.
12. Las barreras procesales que importan la configuración de la inmunidad presidencial, pueden ser aliviadas o desestimadas en caso el Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento sobre la preferencia de las disposiciones del Estatuto de Roma frente a las disposiciones constitucionales sobre inmunidades, así como a través de una reforma constitucional que implique la incorporación de una disposición que estipule, tácita o explícitamente, la prevalencia de las disposiciones del tratado en caso de colisión.
13. A efectos de que el Tribunal Constitucional resuelva la preferencia de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre las de las disposiciones constitucionales sobre inmunidad, debe, en principio, definir el rango constitucional del Estatuto, en virtud de considerar que se trata de un tratado de derechos humanos. Asimismo, aclarar y afirmar la aplicación preferente de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre las disposiciones constitucionales que prevén inmunidades para los altos funcionarios, pudiendo elaborar un juicio de ponderación al efecto.
14. En caso de no aclarar o afirmar la aplicación preferente de las disposiciones del Estatuto, o incluso haciéndolo, se puede realizar una modificación a la Constitución, que incorpore una fórmula genérica, como en el caso chileno o francés, que establezca, directa o indirectamente, la prevalencia de las disposiciones del tratado. Esta medida sería útil para garantizar y prever el cumplimiento de nuestras obligaciones.
15. En el Perú, a la fecha, no se ha realizado un correcto juicio de compatibilidad constitucional del Estatuto de Roma, por lo que tal cuestión no ha sido aún aclarada. Asimismo, esto podría generar que, en caso la Corte ordene un acto

de cooperación del Estado peruano que verse sobre la entrega, por ejemplo, de un funcionario como el Jefe de Estado, se origine un conflicto jurídico entre el artículo 27 del Estatuto de Roma y el artículo 117 de la Constitución.

16. En caso el Perú no cumpla su obligación internacional de cooperación con los actos de la Corte, esto implicaría una violación al Estatuto de Roma, generándose así su responsabilidad internacional por tal vulneración.

## RECOMENDACIONES

1. Debido a que, a la fecha, solo el Código Procesal Penal peruano ha recibido modificaciones tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma, se sugiere implementar correctamente las disposiciones de ese tratado en el resto del ordenamiento jurídico nacional, que incluye Constitución Política y Código Penal, puesto que aún no se han tipificado los crímenes internacionales descritos en ese tratado, ni se ha compatibilizado la Constitución con el mismo.
2. Se recomienda al Tribunal Constitucional emitir un pronunciamiento sobre la naturaleza o categoría que conserva el Estatuto en la jerarquía de normas internas, debiendo considerar este como un tratado de derechos humanos, así como reconocer la aplicación preferente de ese tratado, a efectos de evitar que las disposiciones constitucionales, como las que prevén inmunidades para los altos funcionarios, puedan primar sobre las disposiciones de dicho tratado, como la del artículo 27, que dispone la improcedencia del cargo oficial y de las inmunidades de los funcionarios estatales.
3. Asimismo, se recomienda incorporar una disposición constitucional genérica que estipule la aplicación preferente de las disposiciones del Estatuto de Roma frente a la Constitución, a fin de evitar la violación de la obligación internacional de cooperación con la Corte.
4. Finalmente, debido a que en nuestra normativa no se ha previsto un mecanismo apropiado referente al juicio de compatibilidad constitucional previo de los tratados, como en otros ordenamientos extranjeros analizados, resulta un aspecto crucial a considerar que el Tribunal Constitucional realice, antes de la manifestación del consentimiento del Perú de obligarse por un tratado, un control previo de constitucionalidad del mismo, toda vez que el pronunciamiento del TC solventaría efectivamente cualquier discrepancia futura sobre los conflictos jurídicos subsecuentes entre las disposiciones de la Constitución y las de cualquier tratado en vigor. Sobre este particular, tal función al TC podría

ser dada por una ley de desarrollo constitucional de los artículos 55, 56 y 57, así como vía una interpretación favorable por parte del propio tribunal, acorde al artículo 201.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 1. Libros y publicaciones

ABBAS, BANTEKAS & JALLOH (eds.) (2017). Africa and the International Criminal Court. Oxford University Press.

ABTAHI H. & DAWSON G. (2016). The anatomy of the Milošević trial (2001–2006). Journal of International Humanitarian Action, pp. 1-35.

ACNUR (2018). “*Guerra de los Balcanes, uno de los peores conflictos de la historia*”. Disponible en: <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/historias-de-vida/guerra-de-los-balcanes-uno-de-los-peores-conflictos-de-la-historia>

AKANDE, Dapo (2014). ‘International law Immunities and the International Criminal Court’, American Journal of International Law.

AKANDE, Dapo (2013). ‘The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits’ Journal of International Criminal Justice.

AKANDE, Dapo (2008). ‘The Bashir Indictment: Are Serving Heads of State Immune from ICC Prosecution?’ Oxford Transitional Justice Research Working Paper Series.

AKANDE, Dapo & SHAH, Sangeeta (2010). ‘Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts’. European Journal of International Law.

ALVARADO, Katherine (2011). La responsabilidad del presidente de la república en el régimen presidencialista peruano. Revista de Investigación Jurídica, vol. II, pp. 1-12.

AMBOS, Kai (2010). “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional”. En Política Criminal. Vol. 5, Nº 9, pp. 237-256. Recuperado de: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A6.pdf)

AMBOS, Kai (2013). Fundamentos y problemas del derecho penal y procesal penal internacional y europeo. Lima: Ubi Lex.

ASTORGA, Rodrigo (2006). Tratados internacionales y control constitucional a priori de las normas convencionales en el Perú. Recuperado de <https://www.gestiopolis.com/tratados-internacionales-control-constitucional-a-priori-normas-peru/>

BAETENS, Freya (2020). Multiple Avenues for State Cooperation with the International Criminal Court – Part One. European Journal of International Law. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/multiple-avenues-for-state-cooperation-with-the-international-criminal-court-part-one/>

BBBC. Omar al-Bashir: Sudan agrees ex-president must face ICC. 11 February 2020: <https://www.bbc.com/news/world-africa-51462613>

BIRKETT, Daley (2019). Twenty Years of the Rome Statute of the International Criminal Court: Appraising the State of National Implementing Legislation in Asia, Chinese Journal of International Law, Volume 18, Issue 2, June 2019: pp. 353–392.

CAIRO, Omar (2015). Comentario del artículo 117 de la Constitución. En la “Constitución comentada: Análisis artículo por artículo”. LIMA: GACETA JURÍDICA S.A., pp. 404 - 407.

CARO, Dino Carlos (2006). Informe nacional sobre la situación en el Perú de la implementación del Estatuto de Roma. En Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, editado por AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel & WOISCHNIK, Jan, pp. 373-400. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer.

CAIRO, Omar (2017). La responsabilidad jurídica del presidente de la República en el Perú. En Pensamiento Constitucional N° 22, pp. 9-20

CASTILLO-CÓRDOVA, Luis (2005). Conflictos entre derechos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Peruana de Jurisprudencia, (51), 3-27.

CAMARGO, Pedro (2007). *Manual de Derecho Penal Internacional: partes general, especial y procedimental ante la Corte Penal Internacional*. Bogotá, Colombia: Ed. Leyer.

CARO, Carlos (2006). *Informe Nacional del Perú. Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Eds. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik.

CARROLL, Caitlin (2013). *Hybrid Tribunals are the Most Effective Structure for Adjudicating International Crimes Occurring within a Domestic State*

COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Questions & Answers: ICC IMPLEMENTING LEGISLATION. Información disponible en: [http://www.iccnw.org/documents/FS\\_CICC\\_Implementation\\_Legislation\\_en.pdf](http://www.iccnw.org/documents/FS_CICC_Implementation_Legislation_en.pdf)

DENZA, Eileen (2006). 'The relationship between International Law and National Law'. 'International Law', Second Edition. Ed. Evans. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 423.

DONAT-CATTIN, David (2012). 'Approximation or Harmonisation as a Result of Implementation of the Rome Statute'. 'The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law'. Eds. Larissa van den Herik and Carsten Stahn. Leiden: Brill – Nijhoff, 361-388.

DOTY, Kevin (2013). 'The Appeals Chamber of the Special Court for Sierra Leone Unanimously Upholds Conviction of Former Liberian President Charles Taylor', ASIL.

DUFFY, Helen. National Constitutional Compatibility and the International Criminal Court, 11 *Duke Journal of Comparative & International Law* 5-38 (2001). Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/djCIL/vol11/iss1/2>

EGUIGUREN, Francisco (2007). *La responsabilidad del presidente. Razones para una reforma constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

EGUIGUREN, F. (2002). *La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios*. Lima: Estudios constitucionales.

EGUIGUREN, F. (2017). La responsabilidad del Presidente de la República. Hacia una reforma constitucional. Palestra Portal de Asuntos Públicos de la PUCP.

EL ZEIDY, Mohamed (2008). The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development, and Practice. UK: BRILL.

FRULLI, Micaela (2004). The Question of Charles Taylor's Immunity: Still in Search of a Balanced Application of Personal Immunities? Oxford University Press, Journal of International Criminal Justice, Volume 2, Issue 4, Pages 1118–1129.

GAETA, Paola, & LABUDA, Patryk (2017). *Trying Sitting Heads of State: The African Union versus the ICC in the Al Bashir and Kenyatta Cases*.

GARCÍA, A. (2008). Acusación constitucional, juicio político y antejuicio. Desarrollo teórico y tratamiento jurisprudencial. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GROSSCUP, Scott (2004). The Trial of Slobodan Milosevic: The Demise of Head of State Immunity and the Specter of Victor's Justice. Denver Journal of International Law and Policy, vol. 32, p. 355.

HUMAN RIGHTS WATCH (2001). Transfer of Milosevic Founded in International Law. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2001/07/02/transfer-milosevic-founded-international-law>

HUMAN RIGHTS WATCH (2006). *Weighing the Evidence: Lessons from the Slobodan Milosevic Trial*. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2006/12/13/weighing-evidence/lessons-slobodan-milosevic-trial>

HUMAN RIGHTS WATCH (2008). Crisis en Darfur. Información disponible a través del siguiente enlace: <https://www.hrw.org/es/news/2008/04/25/crisis-en-darfur>

HUMAN RIGHTS WATCH (2019). *Rwanda: 25 Years On, Solidarity With Victims, Justice Efforts Continue for 1994 Genocide*. Información disponible en: <https://www.hrw.org/news/2019/04/04/rwanda-25-years-solidarity-victims>

IRVING, Emma (2019). The other side of the Article 21(3) coin: Human rights in the Rome Statute and the limits of Article 21(3). *Leiden Journal of International Law*, 32. UK: Cambridge University Press: pp. 837–850.

KAMARA, A. (2013). '*Sierra Leone after Charles Taylor*', BBC Media Action.

KISAKA, Michael & NYADERA Israel (2019). *Ethnicity and politics in Kenya's turbulent path to democracy and development*. *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, 76, 159-180. <https://doi.org/10.26650/jspc.2019.76.0002>

KREB, Claus & LATTANZI, Flavia (2000). *The Rome Statute and Domestic Legal Orders Volume I: General Aspects and Constitutional Issues*.

KIYANI, Asad (2013). Al-Bashir & the ICC: The Problem of Head of State Immunity, *Chinese Journal of International Law*. Oxford University Press, pp. 467–508.

LANDA, César (2005). ANTEJUICIO POLÍTICO. Elecciones. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2\\_uibd.nsf/62648BD367A3F041052575A700820327/\\$FILE/antej.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/62648BD367A3F041052575A700820327/$FILE/antej.pdf)

LANGA, Alfredo (2015). Aproximación al conflicto armado en el Gran Darfur. Madrid: *Revista de Paz y Conflictos del Instituto de Estudios sobre Conflictos y Acción Humanitaria (IECAH)*, pp. 151-178

LATORRE, Derik (2008). Inmunidad parlamentaria. *Revista Derecho y Sociedad*. Recuperado: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17402/17684>

LYNCH, Gabrielle & ZGONEC-ROZEJ, Misa (2013). *The ICC Intervention in Kenya*. *Africa/International Law AFP/ILP* 2013/01.

MAGLIVERAS, Konstantinos (2002). *The Interplay Between the Transfer of Slobodan Milosevic to the ICTY and Yugoslav Constitutional Law*

MENDOZA, Mijail (2006). "Los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación", en *Actualidad Jurídica*, N.º 157, diciembre, 2006, Lima, pp. 161-164.

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl & GUTIÉRREZ-POSSE, Hortensia. Derecho Internacional Público – Tomo I; Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1981; p. 56.

NEEDHAM, Jessica (2011). *Protection or Prosecution for Omar Al Bashir? The Changing State of Immunity in International Criminal Law*. Nueva Zelanda: Auckland University Law Review, Volume 17, pp. 219-248.

NEVES, Javier. (1999). La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la constitución y los derechos laborales. IUS ET VERITAS, 9(19), 196-201. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15867>

NDUNGU, Gatambia & RETIEF, Jeanne-Mari (2018). *Africa and US Article 98 Agreements: A threat to international criminal justice?*

NILES, K. (2013). 'SCSL Appeals Chamber Upholds Judgment for Charles Taylor'. The Human Rights Brief.

NOVAK, Fabián (1998). La regulación de los tratados en la Constitución peruana de 1993. Revista Ius et Veritas

ODELLO, Marco (2005). La Corte Penal Internacional y las legislaciones nacionales: Relación entre Derecho Internacional y Derechos Nacionales. Foro, Nueva época, núm. 1/2005: pp. 295-329.

OLÁSOLO, H. (2018). *International Criminal Law, Transnational Criminal Organizations and Transitional Justice*. Londres, Brill Nijhoff.

OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE. The Trial of Charles Taylor by the Special Court for Sierra Leone: the Appeal Judgment, septiembre de 2013

PEDRETTI, Ramona (2014). Immunity of heads of state and state officials for international crimes. Leiden, Boston. Brill Nijhoff.

PEREZ-LEÓN, Juan-Pablo (2017). The Close Relationship Between Serious Human Rights Violations and Crimes Against Humanity: International Criminalization of Serious Abuses

QUIROGA, Aníbal (2017). “La inmunidad del presidente”. Visible desde: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/anibalquirogaderechoprocesal/2018/08/02/la-inmunidad-del-presidente/>

RAIMONDO, F. (2002). Comentario a los proyectos de ley redactados por la Comisión Interministerial Argentina de Implementación del Estatuto de Roma.

RANASINGHE, Kelly (2004). The Sacrifice of Jean Kambanda: A Comparative Analysis of the Right to Counsel in the International Criminal Tribunal for Rwanda and the United States, with emphasis on Prosecutor v. Jean Kambanda. 5 Chi.-Kent J. Int'l & Comp. Law.

RANGEL, A. (2016). Causas del genocidio de Darfur, un análisis basado en el modelo de Bárbara Harff. México: Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, pp. 365-390.

REDRESS (2012). *Arrested Development: Sudan's Constitutional Court, Access to Justice and the Effective Protection of Human Rights*. Información disponible desde: <https://www.refworld.org/docid/50641ad82.html>

REYES, M. (2008). El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. *Agenda Internacional*, 15(26), 69-106. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/3683>

RUBIO, Marcial (1998). La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993 en *Pensamiento Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú*.

SCHARF, Michael (1999). The Indictment of Slobodan Milosevic. ASIL Insights. Disponible en: <https://www.asil.org/insights/volume/4/issue/3/indictment-slobodan-milosevic>

SCHWARZ, Alexander (2016). *The legacy of the Kenyatta case: Trials in absentia at the International Criminal Court and their compatibility with human rights*. African

Human Rights Law Journal 99-116. <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2016/v16n1a5>.

SSENYONJO, Manisuli (2017). State withdrawal notifications from the Rome Statute of the International Criminal Court: South Africa, Burundi and the Gambia

UHLÍŘOVÁ, Katerina (2003). Head of State Immunity in International Law: The Charles Taylor Case before the Special Court for Sierra Leone. Brno, Masarykova univerzita.

VAN SCHAACK, Beth (2013) 'The Charles Taylor Appeal & The Scope of Accomplice Liability', Just Security.

VÁSQUEZ, Piero (2013). La accidentada ruta constitucional de la jerarquía de los tratados en el derecho interno. Themis – Revista de Derecho 63. Lima: 2013, pp. 89-108.

WAFULA, Tumami (2012). Implementation of the Rome statute in Kenya: legal and institutional challenges in relation to the change from dualism to monism.

WARDLE, Phillip (2011). The survival of head of state immunity at the international criminal court. Australian International Law Journal, Vol. 18, pp. 181-205.

ZIMMERMANN, Andreas (1998). The Creation of a Permanent International Criminal Court. Max Planck Yearbook of United Nations Law 2: 169 – 237.

## **2. Documentos judiciales**

Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor (Judgement Summary), SCSL-03-1-T, Special Court for Sierra Leone, 26 April 2012, disponible en: <https://www.refworld.org/cases,SCSL,4f9a4c762.html>

The United Prosecutor v Taylor (Charles Ghankay), Decision on Immunity from Jurisdiction, Case No SCSL-2003-01-I, SCSL-03-01-I-059, ICL 25 (SCSL 2004), 31st May 2004, Special Court for Sierra Leone [SCSL]; Appeals Chamber [SCSL] Nations Mission in Sierra Leone (UNAMSI).

Documento Ext/Assembly/AU/Dec. (1-2). (Oct. 2013). Extraordinary session of the Assembly of the African Union, del 12 octubre de 2013.

Documento ICC-01/09-02/11-1, *Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*.

Documento N.º ICC-02/05-157-AnxA, *ANNEX A: Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July 2008*, del 13 de septiembre de 2008

Documento N.º ICC-02/05-01/09, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, del 4 marzo de 2009.

Documento N.º ICC-02/05, *Summary of Prosecutor's Application under Article 58*, del 14 de julio de 2008.

Doc. ICC-02/05-01/09-94, *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, del 12 de julio de 2010

Documento N.º ICC-02/05-2, *Decision by the Prosecutor to initiate an investigation*, del 1 de junio de 2005

Documento N.º ICC-02/05-01/09-73, *Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir"*, del 3 de febrero de 2010

Documento N.º ICC-02/05-01/07-57, *Decision informing the United Nations Security Council about the lack of cooperation by the Republic of the Sudan*, del 25 de mayo de 2010

Documento N.º ICC-02/05-01/09-109, *Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to the Republic of Chad*, del 27 de agosto de 2010

Documento N.º ICC-02/05-01/09-107-tSPA, *Spanish translation of Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome*

*Statute about Omar Al-Bashir's presence in the territory of the Republic of Kenya*, del 27 de agosto de 2010

Documento N.º ICC-02/05-01/09-129, *Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to Djibouti*, del 13 de mayo de 2011.

Documento N.º ICC-02/05-01/09-139-Corr, *Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, del 15 de diciembre de 2011.

Documento N.º ICC-02/05-01/09-195, *Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*, del 9 de abril de 2014

Documento N.º ICC-02/05-01/09-267, *Decision on the non-compliance by the Republic of Uganda with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute*, del 11 de julio de 2016

Documento N.º ICC-02/05-01/09-302, *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, del 6 de julio de 2017

Documento N.º ICC-02/05-01/09-397-Corr, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, del 6 de mayo de 2019.

Judgement and Sentence, del 4 de septiembre de 1998, Case No. ICTR 97-23-S (The Prosecutor v. Jean Kambanda)

Judgement and Sentence, del 18 de diciembre de 2008, Case No. ICTR-98-41-T (The Prosecutor v. Théoneste Bagosora, Gratien Kabiligi, Aloys Ntabakuze and Anatole Nsengiyumva)

Indictment, del 28 de octubre de 1997, en el marco del Caso N.º ICTR-97-23-DP, "The Prosecutor v. Jean Kambanda".