

UN ESTUDIO COMPARADO DE LAS INMUNIDADES DE LOS JEFES DE ESTADO EN LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Alberto Luis ZUPPI*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La noción de inmunidad en las Constituciones de América Latina*. III. *La inoponibilidad de la inmunidad oficial ante crímenes de derecho internacional*.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta el mes de diciembre de 2006, de las 35 naciones que componen las Américas y el Caribe, 14¹ de tradición romanista habían ratificado el Estatuto de Roma, que dio nacimiento a la Corte Penal Internacional (CPI). La vinculación del Estado con un organismo judicial supranacional ha planteado en varios países, consideraciones de índole constitucional, al verse el soberano obligado a reconocer una instancia judicial diversa de las previstas en el sistema nacional. También han surgido otras dificultades, como, por ejemplo, el conflicto entre las obligaciones bajo el Estatuto de Roma y la prohibición de algunas Constituciones para extraditar nacionales, la consideración del régimen de amnistías e indultos, o las relacionadas con la tipificación penal de las conductas reprochadas en el

* Profesor de Derecho constitucional e internacional, Argentina. Robert & Pamela Martin Professor of Law, Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University.

¹ Los países mencionados son Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Información actualizada sobre el Estado de las ratificaciones se puede encontrar en el sitio en Internet <http://www.iccnw.org/>.

Estatuto de Roma. Estas cuestiones han demorado la legislación vinculada con su adaptación a las jurisdicciones locales, al punto que hasta la fecha de presentación de este trabajo² Uruguay y Argentina han sido los únicos Estados latinoamericanos de los aquí considerados que han puesto en pleno vigor una ley de implementación del Estatuto para adaptar sus disposiciones al derecho doméstico,³ encontrándose las demás naciones consideradas en diferentes etapas previas del proceso de discusión parlamentaria o de evaluación constitucional.

Este trabajo se va a centrar en sólo una de las dificultades que estos países deberán resolver para amoldarse al Estatuto de Roma: el conflicto entre las inmunidades oficiales reconocidas por los textos constitucionales y la disposición del artículo 27 del Estatuto de Roma, que las desconoce, y en particular el conflicto entre la inmunidad del jefe de Estado ante la comisión de crímenes del derecho internacional. El estudio se reducirá a la emblemática figura del presidente o jefe de Estado, aunque muchas de las conclusiones que se expondrán son también aplicables a otros altos miembros del gobierno. Para tratar el tema me propongo comparar el sistema vigente de inmunidades presidenciales en los países americanos que han suscrito el Estatuto de Roma, advertir las dificultades que presentan ante la posible adaptación, la forma en que han sido resueltas, y luego comparar las soluciones que ofrece el moderno derecho internacional.

II. LA NOCIÓN DE INMUNIDAD EN LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA

En todos los países analizados, la función presidencial, así como la de otros funcionarios de alto rango, se ve protegida por el privilegio de inmunidad. Este privilegio se traduce en el principio que impone que el jefe de Estado no pueda ser procesado por delito alguno mientras no se haya aprobado la remoción de su inmunidad por medio del procedimiento constitucional correspondiente. Tal protección o “fuero” no tiene por objeto la protección individual o personal de quien desempeñe el cargo, si-

² 25 de abril de 2007.

³ Por ley 18.026, del 29 de septiembre de 2006. El 14 de diciembre de 2006 Argentina también aprobó el proyecto de ley de implementación, que resulta ser la Ley 26.200, promulgada el 5 de enero de 2007.

no resguardar la función misma.⁴ Debe recordarse aquí la posición de algunos estudiosos que cuestionan en general la responsabilidad posterior al mandato del jefe de Estado, con el propósito de evitar revanchismos de funestas consecuencias para el orden democrático.⁵ A pesar de esta prevención, casi todas las Constituciones de la región establecen algún mecanismo para someter al titular del Poder Ejecutivo a proceso, aunque difieren en el procedimiento y en los cargos que pueden serle imputados. La inmunidad presidencial protege al titular del Poder Ejecutivo para que pueda dedicarse de lleno a su función y no se vea inmerso en la preocupación de su defensa penal.⁶ Sin embargo, cabe preguntarse si esta protección mantiene la actualidad que la originara y si no debe ceder la inmunidad cuando la acusación que pesa sobre el jefe del Estado es la comisión de un grave crimen contra el derecho internacional, tema este que será objeto de la segunda parte de este trabajo.

Con relación a la inmunidad, el artículo 27 del Estatuto de la CPI dice bajo el título “Improcedencia del cargo oficial”:

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

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.

La contradicción que plantea este artículo con las Constituciones de los países americanos, con la excepción de los casos de México⁷ y Chi-

4 Véase, entre otros, Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, 2001, p. 727.

5 Véase la referencia a la posición del entonces senador y futuro presidente de Colombia, Miguel Antonio Caro, en SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 11a. ed., Bogotá, Temis, pp. 317 y 318; también Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1982, p. 169, citado por Sánchez Bringas, *op. cit.*, p. 735.

6 Véase, por ejemplo, el artículo 86, § 4, de la Constitución de Brasil: “O presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”.

7 Véase nota del Comité Jurídico Interamericano remitiendo la resolución CJI/RES. 105 (LXVIII-O/06) “Promoción de la Corte Penal Internacional”, Consejo Permanente de

le,⁸ no ha sido vista como un impedimento de envergadura suficiente como para rechazar la adopción del Estatuto de Roma. Algunos países, como sucedió con Brasil,⁹ Costa Rica,¹⁰ y Honduras,¹¹ lo decidieron así expresamente, aunque el tema fue omitido en general por el resto de los países aquí estudiados.

la Organización de Estados Americanos (OEA) OEA/Ser.G CP/doc. 4111/06 del 2 de mayo de 2006, p. 7. El artículo 133 de la Constitución de los Estados Mexicanos establece que los tratados sólo serán ley suprema de la Unión si están de acuerdo con la Constitución, prevaleciendo esta última en caso de contradicción, pese a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de la que México es parte, y la imposibilidad de aducir cuestiones de derecho interno para incumplir una disposición internacional. Sobre este tema véase Méndez Silva, Ricardo, “Consideraciones sobre la ratificación por México del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 107, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art5.htm>.

⁸ En Chile, éste ha sido uno de los puntos que el Tribunal Constitucional en su decisión del 8 de abril de 2002 (Rol núm. 346), encontró incompatible con la Constitución. La decisión puede consultarse en <http://www.tribunalconstitucional.cl/site/roles/ROL0346.pdf>.

⁹ Brasil, como se explicará, resolvió el debate sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma con la sanción de la enmienda constitucional 45 a la Constitución Federal por medio de la cual Brasil se somete a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional: “§ 4o. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Disponible online en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm.

¹⁰ Véase la consulta a la Corte Suprema en expediente 00-008325-0007-CO, res. 2000-09685 del 1 de noviembre de 2000, considerando que el Proyecto de Ley de la Aprobación del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, que se tramita en el expediente legislativo 13.579, no viola la Constitución Política y los principios que la informan. Notifíquese. Los magistrados Armijo y Castro salvaron el voto y declararon que “el citado Estatuto no es inconstitucional en la medida en que la interpretación de los artículos 27, 77, 78, 80 y 89 se ajusten al Ordenamiento Jurídico Constitucional Costarricense y además, en tanto los artículos 77, 78 80 y 89, sean específicamente interpretados de conformidad con los artículos 32 y 40 de la Constitución Política y así se haga constar expresamente en la Ley que aprueba el proyecto”. Véase esta decisión en el sitio de internet disponible en <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/actas/2000/1101.html>.

¹¹ Véase dictamen de la Corte Suprema de Justicia fechado el 24 de enero de 2002, señalando que a pesar de parecer contradictorio con las disposiciones de la Constitución, si la entrega del funcionario se llevara a cabo tras el procedimiento de enjuiciamiento interno, no habría contradicción alguna. Transcrita la decisión en el sitio de Internet <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/46707c419d6bdfa24125673e00508145/edb8325543791eac1256cdf005c1314!OpenDocument>.

1. Remoción de la inmunidad como excepción

Algunos Estados proclaman como regla general la inmunidad del presidente o jefe de gobierno. La redacción escogida en sus Constituciones utiliza las expresiones “no podrá”, “sólo podrá”, o “únicamente”, refiriéndose al carácter excepcional con el que la inmunidad del jefe de Estado podría ser removida mediante el procedimiento del juicio político. Así, por ejemplo, en Ecuador, la Constitución establece que el presidente sólo podrá ser enjuiciado políticamente por delitos contra la seguridad del Estado o por delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, los que harán procedente su censura y remoción por el voto de las dos terceras partes del Congreso.¹² Panamá dispone que el presidente únicamente será responsable por extralimitación de sus funciones constitucionales, actos de violencia o coacción en el proceso electoral, por impedir o perturbar la reunión de la Asamblea Legislativa o por delitos contra la personalidad internacional del Estado o la administración pública.¹³ En cambio, las Constituciones de Colombia,¹⁴ Costa Rica¹⁵ y Nicaragua¹⁶ prohíben expresamente que el presidente pueda ser acusado durante su mandato, y la de Paraguay veda incluso la interpelación o investigación al presidente por parte de las comisiones investigadoras que tienen a su cargo la prosecución de otros funcionarios.¹⁷ Esta prohibi-

¹² Véase artículo 130 de la Constitución de Ecuador.

¹³ Véase el artículo 186 de la Constitución de Panamá.

¹⁴ Véase el artículo 199 de la Constitución de Colombia: “El presidente de la República, durante el periodo 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”.

¹⁵ Véase artículo 151 de la Constitución de Costa Rica, “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”.

¹⁶ Véase artículo 148 de la Constitución de Nicaragua, disponible en <http://www.asamblea.gob.ni/constitu.htm>. En 1990, Nicaragua aprobó la Ley 83, llamada “Ley de Inmunidad” (reformada posteriormente por la Ley 110), donde su artículo 1 explica que goza de inmunidad mientras se encuentre en el ejercicio de su cargo el presidente de la República, y el artículo 2 extiende ese beneficio a los expresidentes.

¹⁷ El artículo 193 de la Constitución del Paraguay prohíbe citar e interpelar al presidente de la República, al vice y a los miembros del Poder Judicial, impidiendo el artículo 195 incluso la investigación por parte de las comisiones investigadoras creadas por este artículo con relación a dichos funcionarios.

ción; sin embargo, queda contenida con la posibilidad contemplada por el artículo 225 de la Constitución, de iniciarle juicio político, que ha tenido históricamente algunos efectos prácticos, como sucediera con la renuncia del presidente Cubas.¹⁸ Colombia establece que el presidente no podrá ser perseguido ni juzgado por delitos, sino en virtud de acusación ante la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar para la formación de la causa.¹⁹ La prosecución de la acusación es pertinente aunque haya cesado en el cargo, manteniéndose el fuero, sin embargo, sólo para las conductas punibles que tengan relación con las conductas desempeñadas.²⁰ Nicaragua también reconoce en su Constitución la inmunidad del presidente durante el periodo de su mandato, y varias leyes han regulado por separado esta cuestión.²¹

2. Referencia al juicio político

Otro grupo de países, en cambio, no hacen referencia explícita a la cuestión de la inmunidad presidencial sino sólo al tema de la destitución del jefe de Estado por medio del juicio político, y cómo este deberá llevarse a cabo. Así, en Argentina corresponde a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado al presidente, en las causas de responsabilidad que se intente contra él o ella, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes.²² El Senado juzgará en juicio

¹⁸ Con relación al procedimiento contra Cubas véase <http://www.elmundo.es/1999/03/26/internacional/26N0056.html> y sobre su posterior asilo en Brasil <http://www.elmundo.es/1999/03/30/internacional/30N0070.html>. Véase el artículo 225 de la Constitución de Paraguay en la sección “Del juicio político”: “El presidente de la República... sólo podrá[n] ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes.

La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos. En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria”.

¹⁹ Véase artículo 199 de la Constitución de Colombia. Similar es la previsión del artículo 151 de la Constitución de Costa Rica.

²⁰ Véase artículo 174 y parágrafo final, artículo 235 de la Constitución de Colombia.

²¹ Véase el artículo 148 y las leyes de inmunidad núm. 83 de 1999 (*Gaceta* núm. 61), Ley 110 de 1990 (*Gaceta* núm. 191) y ley núm. 140 de 1992 (*Gaceta* núm. 113).

²² Artículo 53 de la Constitución Argentina. El artículo 319 de la Constitución de Honduras le da a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de los “delitos oficiales y

político a los acusados por la Cámara de Diputados, y en caso de declararlos culpables el fallo no tendrá otro efecto que destituirlo e inhabilitarlo para ejercer cargos, sujetándose la parte condenada a la acusación, juicio y castigo ante los tribunales ordinarios, criterio éste seguido por otros países de la región.²³ En Nicaragua, la Asamblea Nacional, mediante resolución aprobada por los dos tercios de sus miembros, podrá declarar la privación de inmunidad del presidente por causas penales, siendo competente la Corte Suprema de Justicia para juzgarlo.²⁴ El artículo 86 de la

comunes” que hayan cometido los altos funcionarios de la República cuando el Congreso Nacional los haya declarado con lugar a la formación de causa.

²³ Artículos 59 y 60 de la Constitución Argentina. Véanse artículos 48, inciso 2 y 49, inciso 1, de la Constitución de Chile, o los artículos 52, inciso 2 y 53 del texto refundido de la Constitución de acuerdo al decreto supremo 100, fechado el 17 de septiembre de 2005. En Colombia, por los artículos 174, 175.2 y 3, y 235 de la Constitución, corresponde al Senado conocer en las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el presidente, y si lo encontrara culpable lo destituirá remitiéndolo a la Corte Suprema si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena. Panamá reconoce funciones judiciales en la Asamblea Legislativa para conocer las acusaciones o denuncias contra el presidente, y si hubiera lugar también para juzgarlo por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones en perjuicio del libre funcionamiento del poder público o violatorios de la Constitución o las leyes (véase artículo 154.1 de la Constitución de Panamá). De acuerdo con el ya citado artículo 225 de la Constitución de Paraguay, el presidente de la República sólo podrá ser sometido a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo o por delitos comunes. La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables, al solo efecto de separarlos de sus cargos. En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria. En Ecuador, según el artículo, 130, inciso 9, primer párrafo, de la Constitución de 1998, corresponde al Congreso Nacional proceder al enjuiciamiento político del presidente, a solicitud de al menos una cuarta parte de los integrantes del Congreso Nacional, durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminadas. En Guatemala, según el artículo 165 de la Constitución, corresponde la Congreso de la República... “h. Declarar si ha lugar o no a formación de causa contra el presidente y Vicepresidente de la República... Toda resolución sobre esta materia ha de tomarse con el voto favorable de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el congreso” (inciso reformado por acuerdo legislativo 18-93).

En México, el trámite será mediante la acusación ante la Cámara de Senadores que resolverá de acuerdo con la legislación penal aplicable. Véase artículo 111 de la Constitución de México. En Uruguay compete a la Cámara de Representantes acusar al presidente ante el Senado, quien lo juzgará para separarlo de su cargo, quedando luego sometido a la justicia común (véanse artículos 93, 102 y 103 de la Constitución de Uruguay).

²⁴ Véase artículo 130 de la Constitución de Nicaragua.

Constitución de Brasil requiere que una vez admitida la acusación contra el presidente por el voto de los dos tercios de la Cámara de Diputados, se lo someterá a juicio por ante el Tribunal Supremo Federal en caso de infracciones penales comunes, o ante el Senado federal en caso de crímenes de responsabilidad, distinción que se explicará en el punto siguiente. La República Dominicana²⁵ deja la cuestión de la responsabilidad presidencial en manos de la Corte Suprema, la que decidirá en consecuencia si el presidente ha cometido un crimen que permita su enjuiciamiento. En forma similar, en Bolivia el juicio de responsabilidad contra el presidente es atribución de la Corte Suprema a requerimiento del fiscal general de la República.²⁶ Otro tanto sucede en Venezuela.²⁷

3. *Delitos por los que la acusación presidencial es posible*

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en la parte pertinente del artículo 108, que el presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común,²⁸ lo que constituye una fórmula suficientemente amplia. Costa Rica, a pesar de plantear una inmunidad general en el artículo 151, en el artículo 149 enlista las acciones que permitirán responsabilizar al presidente y al ministro de gobierno interviniente en forma conjunta.²⁹ En Ecuador, el ya citado artículo 130 enuncia un listado de delitos que van desde la comisión de crímenes contra la se-

²⁵ Véase artículo 67 de la Constitución de 2002 de la República Dominicana, disponible en <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/DomRep/domrep02.html>.

²⁶ Véase artículo 118, inciso 5, de la Constitución Política de la República de Bolivia.

²⁷ Véase artículos 233 y 266, inciso 2, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

²⁸ Véase el artículo 108 de la Constitución de México en <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/109.htm?s=>. Reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de diciembre de 1982. Véase González Gálvez, Sergio, *La Corte Penal Internacional. Posibilidades y problemas*, CODEHM, UNAM, proponiendo una reforma constitucional. Véase en Internet en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/47/pr/pr23.pdf>. La posición contraria ha sido expuesta por Cañiz García, Natalia, "Constitucionalidad del Estatuto de Roma y realidad jurídico-política en México bajo la perspectiva del derecho comparado", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 3 2003, pp. 107, 114 *et seq.*, disponible en <http://info.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derint/cont/3/art/art4.pdf>.

²⁹ Véase nota 38.

guridad del Estado que parecen atinentes a las altas esferas de decisión gubernamental, así como otros delitos contra la administración pública, como el de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, que son comunes también para otros funcionarios públicos.³⁰

En Brasil, la responsabilidad del presidente varía entre la comisión de infracciones penales comunes o los llamados crímenes de responsabilidad, que son actos atentatorios contra la Constitución.³¹ La acusación es admitida por el voto de los dos tercios de la Cámara de Diputados, sometiéndoselo en consecuencia a juzgamiento ante el Tribunal Supremo. Compete privativamente al Senado procesar y juzgar al presidente por los crímenes de responsabilidad.³² En Perú,³³ además del crimen de traición, el presidente puede ser acusado por varios delitos contra el orden constitucional, tales como impedir las elecciones, disolver el Congreso o impedir su funcionamiento.³⁴ En igual sentido Panamá extiende la lista de los posibles crímenes presidenciales hasta incluir la extralimitación de sus

³⁰ Véase *supra*.

³¹ Véase artículo 85 de la Constitución del Brasil. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, en sus *Comentários à Constituição Brasileira* (Saraiva, 1983) explica, parafraseando al antiguo artículo 82 de la Constitución vigente a la época, que se entiende por crímenes de responsabilidad: a) toda acción u omisión del presidente que pueda resultar en la pérdida de la independencia o la disolución de la Unión de los Estados federados, o la reducción del territorio nacional en favor de una potencia extranjera u organización internacional; b) la interferencia en el ejercicio de los poderes federales y estatales; c) la violación de los derechos políticos, individuales y sociales; d) la seguridad interna y manutención del orden público del país; e) la probidad de la administración; f) las violaciones a la ley de presupuesto, y g) el cumplimiento de la ley y la decisiones judiciales. Estos crímenes deben ser regulados por leyes especiales en cumplimiento del principio de *nullum crimen nulla poena sine provia lege*.

³² Art. 52 de la Constitución de la República Federativa de Brasil: “Compete privativamente ao Senado Federal: I processar e julgar o presidente e o Vice-presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles”.

³³ Comparar artículo 118 de la Constitución de Perú, copia *online* disponible en <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Peru/per93reforms05.html>.

³⁴ Un congresista peruano ve en la extensión de las inmunidades presidenciales del artículo 93 de la Constitución un ataque frontal con las previsiones del Estatuto de Roma. Véase Chamorro Balbín, Alcides y Llatas Ramírez, Lesly, *Implementación del derecho interno al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional con especial énfasis al Código Penal*, p. 34. Otro estudio preparado por miembros del Congreso, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Comisión Andina de Juristas, rechaza la modificación del artículo 93, aunque reconoce la existencia de un problema con el artículo 117.

funciones constitucionales.³⁵ Chile³⁶ admite la acusación del presidente por “actos que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes”.

En Costa Rica, a pesar de plantearse el principio general impidiendo la prosecución o juzgamiento del presidente, una disposición anterior establece las causales que pueden autorizarla.³⁷ El presidente será así res-

³⁵ Véase el artículo 154 de la Constitución de Panamá, extendiéndole funciones judiciales a la Asamblea Nacional contra el presidente “por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones en perjuicio del libre funcionamiento del poder público o violatorios de la Constitución o las Leyes”. Adicionalmente, el artículo 186 establece:

“El presidente y Vicepresidentes de la República sólo son responsables en los casos siguientes:

1. Por extralimitación de sus funciones constitucionales.

2. Por actos de violencia o coacción en el curso del proceso electoral; por impedir la reunión de la Asamblea Legislativa; por obstaculizar el ejercicio de las funciones de ésta o de los demás organismos o autoridades públicas que establece la Constitución.

Por delitos contra la personalidad internacional del Estado o contra la administración pública.

3. En los dos primeros casos, la pena será de destitución y de inhabilitación para ejercer cargo público por el término que fije la Ley. En el tercer caso, se aplicará el derecho común”.

Además, el artículo 314 del Código Penal de Panamá castiga la violación de la inmunidad de un jefe de Estado extranjero, u ofende su dignidad o decoro. Un texto similar puede verse en el artículo 136 del Código Penal de Bolivia, en el artículo 284 del Código Penal de Costa Rica, o una versión más reducida en el artículo 221 del Código Penal argentino.

³⁶ Véase artículo 48, inc. 2, a.

³⁷ Art. 149: El presidente de la República y el Ministro de Gobierno que hubieran participado en los actos que enseguida se indican, serán también conjuntamente responsables:

“1) Cuando comprometan en cualquier forma la libertad, la independencia política o la integridad territorial de la República;

2) Cuando impidan o estorben directa o indirectamente las elecciones populares, o atenten contra los principios de alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia o de la libre sucesión presidencial, o contra la libertad, orden o pureza del sufragio;

3) Cuando impidan o estorben las funciones propias de la Asamblea Legislativa, o coarten su libertad e independencia;

4) Cuando se nieguen a publicar o ejecutar las leyes y demás actos legislativos;

5) Cuando impidan o estorben las funciones propias del Poder Judicial, o coarten a los Tribunales la libertad con que deben juzgar las causas sometidas a su decisión, o cuando obstaculicen en alguna forma las funciones que corresponden a los organismos electorales o a las Municipalidades;

6) En todos los demás casos en que por acción u omisión viole el Poder Ejecutivo alguna ley expresa”.

ponsable del mal uso de sus atribuciones constitucionales, pero sólo previa acusación interpuesta que la Asamblea Legislativa haya declarado procedente para la iniciación de la causa. En igual sentido, Colombia³⁸ impide la persecución o juzgamiento por delitos a menos que el Senado previamente haya declarado que hay lugar para la formación de la causa. Argentina,³⁹ Bolivia,⁴⁰ Paraguay,⁴¹ y Uruguay⁴² hablan, en general, de delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Otro grupo de naciones que incluye a Guatemala⁴³ y Honduras⁴⁴ omiten una referencia específica al tema reconociéndole, por ejemplo, competencia a la Corte Suprema en los procesos incoados contra el presidente, o al Congreso en la genérica declaración de si hay o no lugar a causa contra el presidente. Venezuela,⁴⁵ además de reconocer la competencia del Tribunal Supremo, hace un reconocimiento general de la responsabilidad que conlleva el ejercicio de la función pública y su violación.

Más allá de las tipificaciones de conductas específicas o generales que aparecen en los textos constitucionales, no puede haber duda que la inmunidad presidencial debe ceder ante la acusación concreta de comisión de un crimen de los que habilitan en el artículo 5 del Estatuto de Roma la jurisdicción de la CPI. Este tema será objeto específico de la segunda parte del trabajo; sin embargo, como podrá advertirse en el punto siguiente, ha sido también objeto de consideración en algunos de los proyectos de implementación del Estatuto de Roma.

³⁸ Véase artículo 174: "... hechos u omisiones ocurridos en el desempeño...". Artículo 175, inciso 2 "...delitos cometidos en ejercicio de funciones, a indignidad por mala conducta...". Inciso 3 Si la acusación se refiere a delitos comunes... "Art. 235, inciso 2 "...hecho punible...".

³⁹ Artículo 53 de la Constitución Argentina: "... por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes ...".

⁴⁰ Véase artículo 118, inciso 5.

⁴¹ Véase artículo 225 de la Constitución de Paraguay.

⁴² Véase artículo 93 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay estableciendo la competencia exclusiva de la Cámara de Representantes de acusar al presidente ante el Senado por violación de la Constitución "u otros delitos graves...".

⁴³ Véase el artículo 165, inciso h, de la Constitución de Guatemala.

⁴⁴ Véase artículo 313, inciso 2, de la Constitución de Honduras.

⁴⁵ El artículo 139 de la Constitución de Venezuela señala en general que el ejercicio del poder público acarrea responsabilidad por abuso o desviación del poder o violación de la Constitución o de la ley.

4. *Los proyectos de adaptación del Estatuto de Roma*

Algunos de los proyectos legislativos de adaptación de la legislación local han incluido disposiciones específicas en lo relativo a la inmunidad y la excepción del artículo 27 del Estatuto. Así por ejemplo, en Bolivia se ha considerado a nivel parlamentario una modificación a los artículos 51 y 52 de la Constitución Política del Estado al limitar las inmunidades parlamentarias cuando se trata de delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y eximiendo a la Corte Suprema de la autorización del Congreso para juzgar al presidente de la República por dichos delitos.⁴⁶ El Anteproyecto de Implementación del Estatuto de Roma de Bolivia preparado por el Defensor del Pueblo,⁴⁷ contempla en su artículo 7 una disposición relativa al “Régimen especial de inmunidades internacionales”, que recoge los principios del Estatuto de Roma sobre esta cuestión, aunque con referencia exclusiva a otros Estados a menos que se entienda que Bolivia se ha incluido en la fórmula general de Estado parte del Estatuto de Roma.⁴⁸ El Anteproyecto de Brasil, que copia más prolijamente lo esencial de la disposición del Estatuto de Roma.⁴⁹ Ecuador, si bien ha ratificado la ley por la que ha suscrito la creación de la Corte Penal Internacional, poco ha avanzado en la imple-

⁴⁶ Véase artículo 118.5 de la Constitución de Bolivia: “Son atribuciones de la Corte Suprema... 5. Fallar en los juicios de responsabilidad contra el presidente y Vicepresidente de la República, ministros de Estado y prefecto de Departamento por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, a requerimiento del Fiscal General de la República, previa autorización del Congreso Nacional, fundada jurídicamente y concedida por dos tercios de votos del total de sus miembros, en cuyo caso el sumario estará a cargo de la Sala Penal y si ésta se pronuncia por la acusación, el juicio se substanciará por las demás Salas, sin recurso ulterior”.

⁴⁷ Véase el anteproyecto disponible en Internet en la página de Amnistía Internacional en [http://web.amnesty.org/web/web.nsf/pages/int_jus-implementation_bolivia-esl/\\$FILE/anteproyectodeleydeimplementacion.bolivia.final.pdf](http://web.amnesty.org/web/web.nsf/pages/int_jus-implementation_bolivia-esl/$FILE/anteproyectodeleydeimplementacion.bolivia.final.pdf).

⁴⁸ “Anteproyecto de Ley de Adecuación Normativa al Estatuto de la Corte Penal Internacional”, disponible en http://www.iccnw.org/documents/Bolivia_DraftImplementationBill_Oct05.pdf. Las inmunidades reconocidas por el derecho internacional de altos representantes de cualquier Estado parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no constituirán un óbice para el ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado boliviano. Tratándose de un Estado no parte, se mantendrán las inmunidades personales de no existir consentimiento para su renuncia por parte del Estado extranjero.

⁴⁹ “Art. 9o. O exercício de cargo ou função oficial, civil o militar, não eximirá o agente da responsabilidade penal, nem poderá, per se, constituir motivo para redução da pena”.

mentación en derecho interno del Estatuto, el que probablemente sea objeto de estudio más profundo una vez que el reciente electo gobierno asuma sus funciones.⁵⁰ Sin embargo, algunos estudios realizados sobre el tema de la coherencia constitucional con este aspecto de la inmunidad advierten coherencia entre las disposiciones del artículo 27 del Estatuto de Roma y el artículo 120 de la Constitución del Ecuador, ya que no se admitiría aún en derecho interno la irresponsabilidad de un funcionario por actos en violación a los derechos humanos realizados en el ejercicio de sus funciones.⁵¹ Los crímenes objeto de la Corte Penal Internacional no son del tipo que pueden cometerse con la opinión, por lo que incluso las inmunidades parlamentarias pautadas por la Constitución carecen de aplicación.⁵² La Comisión de la Mujer del Honorable Congreso Nacional del Ecuador preparó un meticuloso “Proyecto de ley sobre Delitos contra la Humanidad”, que de hecho a pesar de su título implementa las disposiciones del Estatuto de Roma. Allí en su artículo 4 se establece que la ley será aplicable sin distinción alguna basada en el cargo.⁵³ Incluso en uno de los países que no ha ratificado el Estatuto de Roma, como es el caso de Chile, y donde la decisión del Tribunal Constitucional⁵⁴ señaló una contradicción con varios artículos de la Constitución Política de Chile que establecen el fuero parlamentario, la doctrina chilena, sin embargo, ha reconocido que las inmunidades establecidas en el texto de la Constitución son de derecho interno y no pueden hacerse valer ante el derecho internacional.⁵⁵

⁵⁰ El electo presidente, Rafael Correa, tomó posesión de su cargo el 15 de enero de 2007.

⁵¹ Comparar Trujillo, Julio César, “Análisis sobre la Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma y Constitución ecuatoriana”, *Aportes Andinos*, enero 2002, disponible en <http://www.uasb.edu.ec/padh/revistal/analisis/JulioCesarI.html>.

⁵² *Idem*.

⁵³ “La presente ley será aplicable a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial de una persona, sea ésta que pertenezca al gobierno ecuatoriano o a un gobierno extranjero; en particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro del gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena”.

⁵⁴ Véase sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Tribunal Penal Internacional del 8 de abril de 2002, disponible en *Ius et Praxis* (2002), pp. 583-634, aquí punto 82 pp. 623 y ss.

⁵⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre constitucionalidad del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional”, *Ius et Praxis* 5, p. 387.

Paraguay, aunque se encuentra demorado en el proceso de implementación del Estatuto de Roma, al que se adhirió en octubre de 1998,⁵⁶ por decreto⁵⁷ se ha conformado una comisión interinstitucional para el estudio y la evaluación de la legislación vigente referente al Estatuto de la Corte Penal Internacional, que ha producido un enjundioso estudio de la cuestión. El informe preparado por varios expertos puso a cargo de esta sección a Ezequiel Malarino, quien estima este punto como uno de los más problemáticos del proceso de implementación.⁵⁸ Este autor estima que la ratificación del Estatuto y la obligación consiguiente asumida por Paraguay de cooperar con la CPI impedirían oponer una excepción de inmunidad ante el reclamo de un funcionario, sin caer en responsabilidad internacional. Sin embargo, el autor reconoce que las inmunidades concedidas por Paraguay tienen rango constitucional, lo que las transforma de jerarquía superior a los tratados,⁵⁹ por lo que propone una reforma constitucional para incorporar una excepción a las normas sobre inmunidades y privilegios, por lo menos, ante la CPI. En México, sólo tras introducir en 2005 una reforma constitucional, se ratificó el Estatuto de Roma,⁶⁰ que había sido suscrito *ad referendum*. Algunos estudiosos proponían una modificación constitucional que tuviera en cuenta la aparente contradicción entre el artículo 27 del Estatuto de Roma y la Constitución.⁶¹ En febrero de 2006 se dio a conocer un anteproyecto de iniciativa de ley reglamentaria del párrafo quinto del artículo 21 de la Constitución

⁵⁶ Ratificado por ley 1663, del 17 de abril de 2001.

⁵⁷ Decreto 19.685, del 10 de diciembre de 2002.

⁵⁸ Véase parte IV, reporte final, 171, aquí pp. 208 y ss.

⁵⁹ Véase artículo 137 de la Constitución de Paraguay.

⁶⁰ Véase el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de junio de 2005, adicionando un párrafo al artículo 21 de la Constitución, disponible en <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/22.htm?s=>. El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

⁶¹ Véase González Gálvez, Sergio, *La Corte Penal Internacional Posibilidades y problemas*, CODEHM, UNAM disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/47/pr/pr23.pdf>. En contra, véase el trabajo de Cañiz García, Natalia, "Constitucionalidad del Estatuto de Roma y realidad jurídico-política en México bajo la perspectiva del derecho comparado", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 3 2003, 107, 114 *et seq.*, disponible en <http://info.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derint/cont/3/art/art4.pdf>. Véase también Flores Liera, Socorro, "Ratification of the Statute of the International criminal Court by Mexico", en Lee, Roy (ed.), *State's Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law*, transnational Publ., 2005, pp. 275-280.

Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁶² que se relaciona con aspectos de la cooperación del Estado con la Corte Penal Internacional. Sin embargo, una de las previsiones autoriza a denegar las solicitudes de la Corte cuando su cumplimiento implique la violación de la inmunidad de un Estado o las inmunidades diplomáticas de personas o bienes de un tercer Estado.⁶³ Perú ha producido varias propuestas legislativas para modificar su Constitución,⁶⁴ así como para excluir la concesión de inmunidades en caso de crímenes contra la humanidad.⁶⁵ En mayo de 2006 ingresó al Congreso un Proyecto de modificación al Código Penal, el que a la fecha de este trabajo no había recibido el dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.⁶⁶ Sin embargo, un paso considerable ha sido dado por Perú en lo relativo a la cooperación judicial internacional, habiendo producido una importante modificación en el Código Procesal Penal en su libro séptimo, destinada a regular esta materia.⁶⁷

En Colombia, tanto el proyecto de los congresistas Santos Marín y Jaramillo Martínez como en un proyecto más reciente,⁶⁸ la cuestión de la

⁶² Disponible en <http://web.amnesty.org/web/web.nsf/print/3641F35730E1F8F802571A0004FBAA7>.

⁶³ “Artículo 14. 1. Sujeto a lo dispuesto por la presente ley y las disposiciones del Estatuto, las autoridades competentes que reciban solicitudes de cooperación y asistencia judicial deberán ejecutarlas sin demora. No podrá invocarse la falta de procedimientos para justificar su incumplimiento y sólo podrá negarse su ejecución total o parcial cuando: ... b) Implice la violación de obligaciones adquiridas en virtud del derecho internacional respecto de la inmunidad de un Estado, la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que ese tercer Estado haya renunciado de materia previa a dicha inmunidad:...”.

⁶⁴ Véase la reforma constitucional propuesta por la Ley 27,600, del 16 de diciembre de 2001, proponiendo la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, así como la prohibición de conceder amnistías o perdones presidenciales por estos delitos.

⁶⁵ Un sumario está disponible en <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/dpi/documento.pdf>.

⁶⁶ Véase el Proyecto 14659/2005-CR, “Proyecto de Ley de los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”.

⁶⁷ Véase decreto-legislativo 957 y la disposición final 4, que entró en vigencia a comienzos de febrero de 2006.

⁶⁸ Véase Ley 26.200, sancionada el 13 de diciembre de 2006, promulgada de hecho el 7 de enero de 2007 y publicada en el *Boletín Oficial de la República Argentina*, del 9 de enero de 2007. La ley es un ejemplo de ley penal en blanco, que remite a los artículos 6, 7, 8 y 70 del Estatuto de Roma, para entender cuál es su objeto. Sobre el tema Zuppi, Alberto L., “Implementando los delitos tipificados en el Estatuto de Roma en derecho argentino”, en Bovino, Alberto *et al.* (eds.), “La aplicación de los tratados de

inmunidad no ha sido discutida. Venezuela, mucho más lejos y rezagada que otros países de la región, no ha dado paso alguno concreto para implementar en su legislación interna el Estatuto de Roma a pesar de haber sido uno de los primeros Estados del grupo aquí estudiado, en ratificarlo.

Uruguay y Argentina han sido hasta la fecha de presentación de este trabajo los únicos entre los países aquí analizados en haber emitido la pertinente legislación de implementación. Argentina, en una ley de muy dudosa técnica legislativa,⁶⁹ omite toda referencia al tema. Por el contrario, el artículo 5 pregona:

Con carácter supletorio a la presente ley se aplican los principios y reglas del derecho penal internacional, los principios generales del derecho argentino, y las normas contenidas en el Código Penal, en el Código Procesal Penal de la nación y en sus leyes complementarias.

Pero no haciendo una referencia específica a las disposiciones del Estatuto de Roma, sino por el contrario, sólo a disposiciones específicas, el punto queda para ser interpretado por los tribunales, de conformidad con la explicación que se da en la próxima sección de este trabajo, para el caso que llegara a plantearse. En Uruguay, la Ley 18.026 fue aprobada en septiembre de 2006 y publicada en el *Diario Oficial* el 4 de octubre de 2006, bajo el título “Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad”. Aunque no contempla disposiciones específicas sobre inmunidad, el artículo 3 de la ley establece la aplicación de los principios generales en particular enunciados en el Estatuto de Roma, por lo que la irrelevancia del cargo oficial será la regla.⁷⁰

derechos humanos en el ámbito interno. Balance y perspectivas, 1994-2004”, Buenos Aires, CELS, 2007.

⁶⁹ *Gaceta del Congreso* 713, del 18 de noviembre de 2004.

⁷⁰ “Artículo 3 (Principios de derecho penal). Serán aplicables a los crímenes y delitos tipificados por esta ley los principios generales de derecho penal consagrados en el derecho nacional y en los tratados y convenciones de los que Uruguay es parte y, en particular, cuando correspondiere, los enunciados en el estatuto de Roma de la Corte penal Internacional, y los especialmente establecidos en esta ley”.

III. LA INOPONIBILIDAD DE LA INMUNIDAD OFICIAL ANTE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

En derecho internacional, el principio que hace primar la inmunidad del jefe de Estado ante otro soberano es producto del entrelazamiento de dos principios básicos: por un lado, la regla de *par in parem non habet imperium*.⁷¹ Entre soberanos no hay ninguno más soberano que el otro. En segundo lugar, como ya se señaló al inicio de este trabajo, la inmunidad se concede en razón del cargo, y no atiende a la persona que lo ocupa, y la protección que ofrece opone al juzgador una causal de no punición de la conducta atribuida. El crimen no queda expurgado de su ilegalidad, pero la protección de inmunidad exime a la justicia de perseguir a su autor. Antiguamente la regla de inmunidad con relación al jefe de Estado se reducía a la frase *princeps legibus solutus est*, o el príncipe no está sometido a la ley.⁷² De acuerdo con la interpretación clásica del derecho internacional antes del Juicio de Nuremberg, cualquier oficial actuando dentro de sus facultades y con la sola excepción de los crímenes de guerra, en principio, no era responsable de sus actividades ante el derecho internacional. Esta concepción fue radicalmente modificada en Nuremberg.⁷³ El artículo 7 de la Carta del Tribunal⁷⁴ dispone:

La posición oficial de los acusados, sea como Jefes de Estado o oficiales responsables del departamentos del Gobierno, no será considerada como liberándolos de responsabilidad o mitigante de su castigo.

El Tribunal de Nuremberg decidió que cualquier persona que cometiera un crimen contra el derecho internacional no podría obtener inmunidad por la invocación de haber actuado en ejercicio de su poder dentro del Estado, cuando el Estado mismo, al autorizar tal acción

⁷¹ Henry de Bracton, *On the Law and Custom of England*, traducción de Samuel E. Thorne, Harvard University Press, 1986, vol. 2, p. 33.

⁷² Ulpiano, *Digesto* 1, 3, 31, edición de Theodor Mommsen & P. Krueger, *Corpus Iuris Civilis*, I, Berlin, 1, disponible en <http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.htm>.

⁷³ *Trial of the major War Criminals before the International Military Tribunal*. Nuremberg 14 November 1945-1 October 1946, Nuremberg, 1948, también citado como *USA, France, UK, and USSR v. Hermann Göring et al.*, 1945-46, disponible en la colección online de la Universidad de Yale <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt.htm>.

⁷⁴ Disponible en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtconst.htm#art7>.

se hubiera puesto fuera del derecho internacional.⁷⁵ Este principio fue reafirmado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946,⁷⁶ luego por la Convención contra el Genocidio,⁷⁷ y después reinstalado en 1950 en los llamados “Principios de Nuremberg”, formulados por la Comisión para el Derecho Internacional —citada por sus siglas en inglés “ILC—”.⁷⁸ La regla fue adoptada y explicada por la ILC en el Proyecto de 1954 de Código de Ofensas contra la Paz y Seguridad de la Humanidad,⁷⁹ y en el posterior Proyecto de 1991.⁸⁰ Estas normas pretendieron evitar la concesión de inmunidad a cualquier persona, que durante el ejercicio de un cargo oficial cometiera un grave crimen contra el derecho de gentes, aun en el supuesto de que el autor invocara que el crimen fue ejecutado en ejercicio de sus funciones oficiales. Una cláusula similar se encuentra hoy en los estatutos de los tribunales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia,⁸¹ y Ruanda,⁸² en el tribunal especial para Sierra

⁷⁵ *Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment* (US Gov. Print. Office, 1947), p. 53.

⁷⁶ Resolución de la AGNU 95 (I), disponible en <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/46/IMG/NR003346.pdf?OpenElement>.

⁷⁷ Véase artículo VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948, y que entró en vigor el 12 de enero de 1951, de acuerdo con el artículo XIII. Disponible en <http://www.un.org/millennium/law/iv-1.htm>.

⁷⁸ Véase Resolución AGNU 177 (II) disponible en <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/84/IMG/NR003884.pdf?OpenElement>, confiando la elaboración de los principios a la ILC. El reporte puede consultarse en el *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, p. 181 *et seq.* un Document A/CN.4/22. Document A/1316, pp. 11-14.

⁷⁹ Véase artículo 3, disponible en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_3_1954.pdf.

⁸⁰ “Article 7 Official position and responsibility The official position of an individual who commits a crime against the peace and security of mankind, even if he acted as head of State or Government, does not relieve him of criminal responsibility or mitigate punishment”.

Disponible en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf.

⁸¹ Véase artículo 7 del Estatuto del Tribunal Internacional para la Prosecución de Personas responsables por las serias violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991, citado como “ICTY”. Disponible en <http://www.un.org/icty/legaldoc-e/index.htm>.

⁸² Véase artículo 6: Individual Criminal Responsibility disponible en <http://69.94.11.53/ENGLISH/basicdocs/statute/2004.pdf>.

Leona,⁸³ y fue recogida por el Estatuto de Roma que estableciera la CPI.⁸⁴ Como señala Watts en una cita reiteradamente invocada de su curso de la Academia de La Haya:⁸⁵

No puede ya dudarse que bajo el derecho consuetudinario internacional, un Jefe de Estado será tenido como responsable a título personal si existe suficiente evidencia que él autorizó o perpetró tales crímenes.

Mirando estos precedentes parece claro que la inmunidad no puede ser ya más reconocida como un escudo protector cuando se han cometido crímenes contra el derecho internacional. La violación de normas del *ius cogens* que prohíben tales actos tiene mayor y mejor jerarquía jurídica que las reglas que prescriben la defensa de inmunidad.⁸⁶ A pesar de estas claras disposiciones desarrolladas por el moderno derecho internacional, justo es reconocer que la jurisprudencia internacional y local se han mostrado reacias a asumir plenamente las consecuencias derivadas de tales principios.

El tema fue analizado en el caso entre Bélgica y la República del Congo⁸⁷ ante la Corte Internacional de Justicia, y donde un párrafo de la decisión resumió el núcleo del problema aquí considerado. Un funcionario ocupando un cargo oficial gozará de inmunidad durante su vigencia a menos que el país al cual sirve la haya renunciado, o el proceso sea ante ese país, o ante un tribunal internacional. En todo otro supuesto la inmunidad será respetada. Sin embargo, hay una alternativa adicional considerada por el fallo cuando el oficial ha cesado en el cargo que lo protegía

⁸³ Véase artículo 6: Individual criminal responsibility, disponible en <http://www.sc-sl.org/scsl-statute.html>.

⁸⁴ Citado *supra*.

⁸⁵ Watts, Arthur, "The Legal Position in International Law of Heads of States, heads of Government and Foreign Ministers", 247 *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, CCTHAIL, 1994, III, 9, aquí p. 84.

⁸⁶ Bantekas, Ilias, "Head of State Immunity in the Light of Multiple Regimes and Non-Self Contained System Theories: Theoretical Analysis of the ICC Third Party jurisdiction against the background of the 2003 Iraq War", 10 *J. of Conflict & Security L.* (2005), 21 aquí p. 28, afirma la existencia de una regla emergente del derecho consuetudinario internacional. Véase también Parlett, Kate, "Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception", *Eur. Hum. Rts. L. Rev.* (2006), pp. 49, 51 y ss.

⁸⁷ Véase *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (2000-2002), disponible en http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iCOBE/icobejudgment/icobe_ijudgment_20020214.PD.

con inmunidad y se encuentra sometido a un Estado que puede invocar tener jurisdicción en derecho internacional sobre el acusado. En tal supuesto, el funcionario no se vería protegido por la inmunidad con relación a los crímenes cometidos antes o después de su cargo como funcionario, ni respecto de los crímenes perpetrados durante el periodo de su función cuando haya actuado en su capacidad privada. Esto ha sido entendido como un reconocimiento implícito por parte de la CIJ que un ex oficial del Estado no puede ser tenido como responsable por actos cometidos en su capacidad oficial, aun luego de haber cesado en el mismo.⁸⁸ La inmunidad *ratione personae* subsiste con relación a actos cumplidos durante su función, y la inmunidad *ratione materiae* se refiere a la condición oficial del acto cumplido para resolver la inmunidad. En consecuencia, el problema se ha reducido lógicamente a resolver la cuestión de saber si un funcionario estatal protegido por inmunidad puede cometer un crimen en ejercicio de sus funciones, o si tal crimen siempre será considerado un acto perpetrado no como funcionario, sino como simple persona privada.

La premisa general de este razonamiento parte de la idea de considerar que el Estado no comete delitos, sino que son las personas privadas invocando el nombre del Estado quienes son autores de los crímenes. Este razonamiento se aleja de las modernas teorías que conciben responsabilidad criminal para las corporaciones, pero que, sin embargo, no son aplicables al caso:⁸⁹ en derecho internacional no existen entidades equivalentes a las del derecho societario y administrativo como las que sí conoce el derecho interno, capaces de castigar a una corporación privándole la personería o imponiendo una multa penal. Adicionalmente, concebir una responsabilidad penal estatal sería inadecuada para determinar un castigo acorde con la gravedad de los crímenes atribuidos. El Estado no puede ser condenado a prisión, y la multa se semeja demasiado a la indemnización civil. Finalmente, la comisión de crímenes contra el derecho internacional va contra la naturaleza de los actos que pertenecen al dominio del Estado como institución. La responsabilidad penal para este tipo de conductas reclama un dolo que sólo es concebible en individuos, capaces

⁸⁸ Torsten, Stein, "Limits of International Law Immunities for Senior State Officials in Criminal Procedure", en Tomuschat, Christian and Thouvenin, Jean-Marc, *The Fundamental Rules of International Legal Order*, M. Nijhoff, 2006, aquí p. 261.

⁸⁹ "Enterprise Liability", en LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, 4a. ed., Thompson-West, St. Paul, 2003, pp. 701 y ss.

de comprender la criminalidad de sus actos y consentir en ellos. Sin duda que el Estado arrastrará responsabilidad civil por el hecho de su dependiente, pero no será responsable penalmente por lo que el crimen cometido por un funcionario quien aún ejerciendo funciones oficiales nunca podrá transmitirle al Estado que sirve la criminalidad del acto que realiza. Es oportuno recordar el razonamiento de lord Browne-Wilkinson en el caso Pinochet:

¿Se puede decir que la comisión de un crimen que es un crimen contra la humanidad y contra el *jus cogens* es un acto hecho en capacidad oficial en nombre del Estado? Yo creo que existen fundados motivos para decir que la implementación de torturas como la define la Convención contra la Tortura no puede ser una función estatal.⁹⁰

De acuerdo con la lectura del caso resuelto por la CIJ en caso de que algunos miembros del gobierno decidan cometer un crimen que pueda ser visto como crimen contra el derecho internacional, la inmunidad protegerá a los autores mientras permanezcan en su cargo, pero finalizará el día que este haya terminado o hayan sido destituidos. Sirva este entendimiento como prevención para todos aquellos que usurparon el poder y lo usaron para destruir a sus adversarios, desaparecer a sus enemigos políticos o torturar a sus opositores, realidad lamentablemente demasiado cotidiana en nuestro continente.

⁹⁰ Citado *supra*.