

# IMPUNIDAD *VERSUS* INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 14 DE FEBRERO DE 2002 (REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO CONTRA BÉLGICA)

Jaume FERRER LLORET

I. INTRODUCCIÓN.— II. LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES DE BÉLGICA Y EL OBJETO DE LA DEMANDA.— III. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL: 1. La postura de las partes. 2. El TIJ aplica la regla *non ultra petita*.— IV. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DEL MAE DE LA RDC ANTE LOS TRIBUNALES BELGAS. 1. El MAE en activo disfruta de inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción absoluta. 2. No existen excepciones referidas a los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. 3. Bélgica comete un hecho ilícito internacional.— V. EL CESE Y LA REPARACIÓN DEL HECHO ILÍCITO. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

A pesar de la importante evolución que en las últimas décadas presenta la protección internacional de los derechos humanos, cualquier lector de la prensa diaria puede comprobar la alarmante frecuencia con que son vulnerados los derechos humanos en un numeroso grupo de Estados de todo el mundo. Por desgracia las violaciones de los derechos humanos fundamentales, lo que se ha denominado el núcleo duro de los derechos humanos, inderogables en cualquier circunstancia (vida, integridad física, libertad y seguridad personales, irretroactividad de la ley penal), se convierten en habituales en países en vías de desarrollo, que padecen gobiernos dictatoriales o totalitarios, envueltos en conflictos internos y/o internacionales. La nómina es bastante larga (Sudán, Liberia...).

Como ejemplo paradigmático, en el que se pone de manifiesto la relativa eficacia de las normas internacionales sobre derechos humanos y derecho

humanitario en situaciones de conflicto interno —e internacional, como ahora veremos—, cabe citar aquí la situación por la que atraviesa en los últimos años la República Democrática del Congo (a partir de ahora RDC), antiguo Zaire. En efecto, tras soportar durante treinta y dos años la dictadura de Mobutu<sup>1</sup>, después de un sangriento conflicto armado, que culmina con la conquista de la capital Kinshasa en mayo de 1997, llega al poder Laurent Desiré Kabila, quien asume la jefatura del Estado hasta que el 16 de enero de 2001 es asesinado, sustituyéndole en el cargo su hijo Joseph Kabila. Desde 1997 hasta hoy, en la RDC se desarrollan hasta nueve conflictos armados internos, internacionales e internos internacionalizados, con la participación de siete ejércitos nacionales (Burundi, Ruanda y Uganda, por un lado, y, por otro, como aliados del Gobierno de Kabila, Angola, Namibia y Zimbabwe —también han intervenido en el conflicto durante alguna fase del mismo el Chad, hasta el 26 de mayo de 1999, y Sudán esporádicamente—) y 21 grupos irregulares<sup>2</sup>. Como suele ocurrir en el contexto de estos conflictos armados, la mayor parte de las víctimas corresponde a la población civil; y la práctica totalidad de las partes en conflicto —por no decir todas—, incluidas las tropas y la policía del Gobierno de la RDC, con reiteración hacen caso

1. Caracterizada por la violación grave y masiva de los derechos humanos de los habitantes de Zaire: *vid.* a este respecto los informes sobre la última etapa del Gobierno de Mobutu del entonces Relator Especial sobre Zaire de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, R. Garretón, en Doc. N.U. E/CN.4/1995/67; E/CN.4/1996/66; E/CN.4/1997/6; y E/CN.4/1998/65.

2. En una perspectiva más general, se aprecia que los conflictos armados desarrollados en la última década en la Región de los Grandes Lagos y en sus alrededores (Ruanda, Burundi, Angola...), han repercutido finalmente en la RDC, con consecuencias verdaderamente trágicas desde la perspectiva de la protección internacional de los derechos humanos. Los conflictos que persisten en la Región de los Grandes Lagos presentan una innegable complejidad en la que se entremezclan factores de carácter étnico, colonial, económico...; pero sobre todo, estos conflictos vienen a demostrar el interés de la actual única superpotencia —Estados Unidos— por aumentar su zona de influencia en África en detrimento de otras potencias occidentales cuyo peso en la escena internacional viene decayendo en los últimos años —nos referimos a Francia—, con el objetivo principal de afianzar los intereses económicos estadounidenses en esta región del mundo, especialmente atractiva en atención a la materias primas que en ella se hallan. De hecho los respectivos grupos armados en la lucha por el poder en la RDC han recibido el apoyo más o menos encubierto de las potencias occidentales que les han ofrecido ayuda técnica y logística y suministrado armas, así como de los Estados vecinos de la región, cuyos gobiernos también están muy interesados en los recursos económicos presentes en la RDC, como lo prueba su intervención directa en el conflicto. *Cf.* a este respecto la cruda descripción de la situación en la RDC que se ofrece en los informes citados en la siguiente nota.

omiso de la normativa internacional sobre derechos humanos y derecho humanitario<sup>3</sup>.

Más en particular, no hace mucho el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos advertía que dentro del largo listado de derechos humanos vulnerados en la RDC, “el derecho al debido proceso es el derecho más escandalosamente violado en el territorio controlado por Kinshasa...”<sup>4</sup>. Es patente, por tanto, que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos acaecidas en la RDC no han dispuesto de recursos internos efectivos que les pudieran ofrecer algún de tipo de reparación material y moral, además de obtener el castigo penal y administrativo de los autores de tales violaciones. Ante este escenario, resulta comprensible que las víctimas hayan hecho uso de otras alternativas. Así, ante la ausencia de un tribunal penal internacional, como los que vienen funcionando desde 1993 y 1994 en la exYugoslavia y Ruanda<sup>5</sup>, respectivamente, cuando han tenido ocasión han acudido a las jurisdicciones internas de terceros Estados demandando que, en aplicación de la legislación penal interna extraterritorial, se haga efectivo el castigo penal de los responsables.

En concreto, en noviembre de 1998 fueron presentadas varias denuncias ante el Juez de Instrucción belga, Damien Vandermeersch, en la Corte de Bruselas de Primera instancia, en relación a los hechos ocurridos en agosto del mismo año en la RDC. De los doce denunciadores, cinco de ellos son de

3. Para el detalle de las violaciones de los derechos humanos que se cometen en la RDC y la evolución del contexto político, económico y social por el que atraviesa este Estado desde 1997, evidentemente determinado por los conflictos armados que se distribuyen de norte a sur y de este a oeste de su territorio, se pueden consultar los informes del Secretario General de N.U. sobre el despliegue de la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo desde 1999, con unos 3800 efectivos, el último de ellos en Doc. N.U. S/2002/621 (el despliegue de la MONUC ha sido prorrogado por el C. de S. hasta junio de 2003 a través de su Resolución 1417 de 14 de junio de 2002); y los informes del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, R. Garretón, en Doc. N.U. E/CN.4/1999/31; E/CN.4/2000/42; E/CN.4/2000/140 y A/56/327, *passim*. El Relator Especial presentó su dimisión en noviembre de 2001, siendo sustituido por la Sra. Iulia Antoanella Motoc (Rumanía). *Vid.* también sobre la situación de los derechos humanos en la RDC las recientes Resoluciones de la Asamblea General, A/RES/56/173, y de la Comisión de Derechos Humanos, 2002/14.

4. Doc. N.U. A/56/327, párrafo 67.

5. Aunque en este punto merece ser señalado que dentro de la competencia del Tribunal Penal para Ruanda (artículo 1 de su Estatuto) se incluye el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como las cometidas por ciudadanos ruandeses *en el territorio de Estados vecinos* entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, lo que incluye al territorio de la RDC; pero sólo, insistimos, respecto de los crímenes cometidos por ciudadanos ruandeses a lo largo de 1994.

nacionalidad belga; la totalidad de los doce son residentes en Bélgica. Los hechos en cuestión se imputan al nacional de la RDC Abdulaye Yerodia Ndombasi, quien en aquellas fechas ocupaba el cargo de Director de la Oficina del propio Presidente Kabila (entre el 20 de enero de 1998 y el 14 de diciembre de 1999), para posteriormente convertirse primero en el Ministro de Asuntos Exteriores (en adelante MAE) de la RDC (entre el 15 de diciembre de 1999 y el 19 de noviembre de 2000) y después en el Ministro de Educación (hasta el 14 de abril de 2001); desde esta última fecha ya no ostenta ningún cargo en el Gobierno de la RDC.

Los hechos que se le imputan son cometidos, como ya hemos dicho, en agosto de 1998, cuando ocupada el cargo de Director de la Oficina del Presidente Kabila, y consisten en las declaraciones públicas realizadas en calidad de representante del Gobierno en las que se incita al exterminio étnico de la población de origen tutsi que se encuentra en la RDC; declaraciones que fueron seguidas de la masacre de al menos varios centenares de tutsis<sup>6</sup>. Según los demandantes, estos hechos pueden ser constitutivos de crímenes contra la humanidad y de crímenes de guerra. Tras iniciar la correspondiente investigación, el Juez Instructor Vandermeersch considera que hay indicios suficientes para someter a juicio penal a Yerodia, por lo que el 11 de abril de 2000 dicta una orden de detención internacional contra él, en aquellas fechas MAE de la RDC, y la transmite a la Interpol para que se dé conocimiento de esta orden a todos los Estados.

Ante la actuación de los tribunales belgas en este caso y tras algunas gestiones diplomáticas infructuosas mantenidas entre los gobiernos de Bélgica y de la RDC, el 17 de octubre de 2000 la RDC presenta una demanda

6. Según el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, R. Garretón, a mediados de 1998 se produce la rebelión de los que habían sido hasta entonces los aliados fundamentales de Kabila para hacerse con el poder, los banyamulenges (tutsi de origen ruandés que habitan en la actual RDC desde hace ya varias generaciones), apoyados por el Frente Patriótico Ruandés (ya instalado en el Gobierno de Ruanda y que continúa en lucha contra los hutus refugiados en la RDC desde mediados de 1994, responsables del genocidio cometido en Ruanda en los meses de mayo y junio de ese mismo año). Ante este enfrentamiento, "la respuesta del gobierno a la rebelión fue violenta. Especial gravedad tuvo la incitación al odio contra los tutsi (considerados 'virus, mosquitos, basura' que deben eliminarse) que indujo a la población civil a involucrarse en el conflicto con el serio riesgo de transformarse en objetivo militar. Hubo una auténtica política de limpieza étnica: 'hemos limpiado Kinshasa' dijo un oficial de la Agencia Nacional de Informaciones (ANR), lo que constituye 'distinción desfavorable basada en la raza', prohibida en el artículo 3.1. de los convenios": Doc. N.U. E/CN.4/1999/31, párrafo 45.

contra Bélgica ante el TIJ<sup>7</sup>, apoyándose en las Declaraciones de aceptación de la competencia del TIJ que de conformidad con el art. 36.2 de su Estatuto formularon en su día ambos Estados<sup>8</sup>. En esta demanda se alega que la orden de detención dictada por el citado juez Belga, en aplicación de la Ley de 1993 modificada en 1999 —a la que a continuación nos referiremos—, contra el entonces MAE del Estado africano en la que se le imputan violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio congoleño contra nacionales de ese país, supone, fundamentalmente, por una parte, la violación del principio de igualdad soberana, en cuanto que aplica el principio de jurisdicción universal *in absentia*, y, por otra, la vulneración de las normas sobre inviolabilidad e inmunidad diplomática reconocidas por el Derecho internacional convencional y consuetudinario<sup>9</sup>. El Gobierno de la RDC solicita la anulación, a título de medida cautelar, de la orden de detención; pero en su Orden de 8 de diciembre de 2000, el TIJ rechaza tal solicitud porque considera que el cese como MAE de Yerodia y su pase a la Cartera de Educación, le exime de realizar viajes frecuentes al extranjero, y, por tanto,

7. En los últimos años la RDC, liderada por la familia Kabila, se ha convertido en uno de los Estados que más trabajo está dando al TIJ. Así, además de la controversia con Bélgica planteada ante el TIJ el 17 de octubre de 2000, el 23 de junio de 1999 el Gobierno de la RDC presentó sendas demandas contra Burundi, Ruanda y Uganda, acusando a estos Estados de vulnerar, mediante el uso de la fuerza, la soberanía y la integridad territorial de la RDC. El 15 de enero de 2001, el Gobierno de la RDC comunicó al TIJ que desistía de las demandas presentas contra Burundi y Ruanda, no así de la presentada contra Uganda, habiendo presentado este último Estado a su vez varias demandas reconventionales contra la RDC (*Armed activity on the territory of the Congo [Democratic Republic of the Congo v. Uganda]*). El 28 de mayo de 2002 la RDC volvió a demandar a Ruanda ante el TIJ, acusando a este Estado de incumplir el art. 2 párrafos 2º y 3º de la Carta de N.U., así como la Carta constitutiva de la Organización de la Unidad Africana, y numerosa normativa convencional sobre derechos humanos y derecho humanitario (*Proceedings instituted by the Democratic Republic of the Congo [DRC] against Rwanda*). Desde la otra cara de la moneda, el 28 de diciembre de 1998 la República de Guinea presentó demanda ante el TIJ contra la RDC por la detención arbitraria durante varios meses de un nacional de este último Estado, empresario con inversiones de cierta importancia en la RDC (caso *Ahmadou Sadio Diallo [Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo]*).

8. Por una parte, Bélgica realizó su Declaración el 13 de abril de 1958, y por otra, la entonces Zaire, el 8 de febrero de 1989. En el presente caso Bélgica no discutirá en ningún momento la competencia del TIJ en aplicación de estas dos Declaraciones de aceptación de la competencia.

9. *Vid. Requête introductive d'instance enregistrée au Greffe de la Cour le 17 octobre 2000. Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, párrafos 69-77. En este caso se da la circunstancia de que el mandato de representación de la RDC ante el TIJ es firmado por el propio Yerodia, en aquel momento el MAE de la RDC.

así se evita el riesgo de que la citada orden de detención pueda causar daños graves e irreparables a la RDC<sup>10</sup>.

Esta controversia finalmente es resuelta mediante la Sentencia del TIJ de 14 de febrero de 2002, en la que se da la razón a la RDC en lo que se refiere al segundo de los cargos alegados contra Bélgica, el relativo a la vulneración de la inmunidad de jurisdicción de Yerodia en su condición de MAE de la RDC; mientras que, con el acuerdo de las dos partes en la controversia, el TIJ deja de lado el primero, referido al alcance del principio de jurisdicción universal. Seguidamente se ofrece el análisis y la valoración de los argumentos de los que hace uso el TIJ en esta Sentencia, así como de los esgrimidos por las partes en la controversia, la RDC y Bélgica. En primer lugar, nos detendremos en las excepciones preliminares presentadas por Bélgica. La falta de pronunciamiento del TIJ sobre el principio de jurisdicción universal será objeto del siguiente epígrafe. A continuación, nos ocuparemos de la cuestión central que se decide en este caso: la inmunidad de jurisdicción del MAE de la RDC ante los tribunales belgas. Para pasar después al cese y la reparación del hecho ilícito decididos por el TIJ. Por último, finalizaremos este trabajo con algunas consideraciones generales.

## II. LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES DE BÉLGICA Y EL OBJETO DE LA DEMANDA

En su Contramemoria, así como en las intervenciones en el procedimiento oral, los representantes de Bélgica ante el TIJ repiten hasta la saciedad que desde el 20 de noviembre de 2000 Yerodia ya no es el MAE de la RDC<sup>11</sup>. Y aquí hay que recordar que el TIJ denegó la solicitud de medidas provisionales formulada por la RDC al considerar que el cese como MAE de Yerodia y su pase a la cartera de educación, le eximía de realizar con frecuencia viajes al extranjero, por lo que no existía riesgo alguno de que se causara

10. *Vid. Affaire Relative au Mandat d'Arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique). Demande en indication de mesures conservatoires. Ordonnance du 8 décembre 2000*, párrafos 69-77. Toda la documentación oficial del TIJ que citamos en este trabajo ha sido consultada en la dirección de internet del TIJ, a saber: <http://www.icj-cij.org>.

11. ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Counter Memorial of the Kingdom of Belgium*, Parte I, párrafos 1.1 y ss.

un daño irreparable a la RDC. Desde esta misma perspectiva, los representantes belgas objetan la jurisdicción del TIJ y la admisibilidad de la demanda de la RDC, planteando cuatro excepciones preliminares que serán rechazadas por el TIJ como ahora veremos.

Por su parte, la RDC rechaza la argumentación de Bélgica en este punto del siguiente modo: para el Estado africano el objeto de la demanda está referido a la inmunidad de jurisdicción del MAE en ejercicio de un Estado soberano ante los tribunales penales de un tercer Estado; la demanda no tiene como objeto la posible inmunidad de jurisdicción del antiguo MAE, ni tampoco tiene que ver con las excepciones sobre inmunidad que en su caso se puedan plantear ante jurisdicciones penales internacionales<sup>12</sup>. En esta dirección, según la RDC su demanda contra Bélgica ante el TIJ no tiene como objeto la protección de uno de sus ciudadanos en el ejercicio de la protección diplomática; por el contrario, la RDC “agit tout simplement dans le cadre de la continuité de l’Etat et de la défense de ses intérêts, et à ce titre, le différend persiste”<sup>13</sup>. Para los representantes de la RDC, la orden de detención internacional dictada por el juez belga contra su MAE, “... est un acte portant gravement atteinte à la dignité de la République démocratique du congo et qu’il suffit en lui-même à violer l’immunité de juridiction pénale qui protège son représentant en exercice”<sup>14</sup>.

El TIJ da la razón a la RDC y rechaza las excepciones que presenta Bélgica con la siguiente argumentación. En primer lugar, Bélgica sostiene que no existe una controversia entre la RDC y Bélgica porque el objeto de la misma desaparece desde la fecha en la que Yerodia cesa como MAE de la RDC<sup>15</sup>. Por el contrario, el TIJ mantiene que en el momento de presentarse la demanda por la RDC, el 17 de octubre de 2000, existe una controversia entre las partes, y que “according to its settled jurisprudence, its jurisdiction must be determined at the time that the act instituting proceedings was files. Thus, if the Court has jurisdiction on the date the case is referred to it, it continues to do so regardless of subsequent events”<sup>16</sup>.

12. *Vid.* la intervención de d’Argent, en CR 2001/5, p. 40.

13. *Vid.* la intervención de Chemillier-Gendreau, en CR 2001/5, p. 34.

14. *Vid.* la intervención de d’Argent, en CR 2001/6, p. 8.

15. *Counter Memorial of the Kingdom of Belgium*, Parte II, párrafos 2.4 a 2.15. *Vid.* sobre las excepciones preliminares la intervención oral ante el TIJ de los representantes de Bélgica, Bethlehem y David, en CR 2001/8, párrafos 50 y ss., y CR 2001/9, párrafos 8-15, respectivamente.

16. ICJ, *Case concerning the arrest warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 26.

En segundo lugar, para Bélgica, incluso si el TIJ considera que sigue existiendo una controversia entre la RDC y Bélgica, el asunto sometido ante el TIJ carece de objeto determinado, siguiendo así la jurisprudencia emanada en los casos de las *Pruebas Nucleares* (Sentencia de 20 de diciembre de 1974) y del *Camerún Septentrional* (Sentencia de 2 de diciembre de 1963); de modo que un pronunciamiento de la Corte en este caso sería en realidad una opinión consultiva sobre una cuestión en abstracto del derecho internacional general relativa a la inmunidad de jurisdicción del MAE<sup>17</sup>. Pero para el TIJ, a pesar del cese como MAE de Yerodia, sigue existiendo una controversia entre ambos Estados relativa a la legalidad internacional de la orden de detención internacional dictada por el juez belga contra el MAE de la RDC<sup>18</sup>.

En tercer lugar, según Bélgica el caso es ahora materialmente diferente respecto del presentado en su demanda inicial por la RDC, entonces referido a la inmunidad aplicable a un individuo que ocupaba el cargo de MAE de la RDC, que después se convierte en el Ministro de Educación y más tarde deja de ostentar cargo alguno en el Gobierno de la RDC<sup>19</sup>. Para el TIJ, no se ha producido la transformación de la controversia en otra diferente; la disputa sigue estando centrada en la legalidad de la orden de detención internacional dictada contra el MAE de la RDC<sup>20</sup>.

Y en cuarto lugar, según Bélgica si Yerodia ya no es MAE, la RDC está ejerciendo la protección diplomática a favor de uno de sus nacionales en su calidad de persona privada; y de momento no se han agotado los recursos internos existentes en Bélgica, como condición necesaria para el ejercicio de la protección diplomática<sup>21</sup>. Para el TIJ, la RDC nunca ha incluido los derechos personales de Yerodia en el objeto de esta controversia; de modo, que está muy claro que la RDC tiene un interés legal directo en la controversia, el referido a la inmunidad de jurisdicción de su MAE; por tanto, la controversia no está referida a la protección de los derechos de uno de sus nacionales<sup>22</sup>.

La debilidad de la argumentación de Bélgica a la hora de presentar estas excepciones preliminares se concreta en que su rechazo se produce en el seno del TIJ por una mayoría de quince jueces contra uno. Ni siquiera el juez *ad*

17. *Counter Memorial*, párrafos 2.16 a 2.38

18. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 32.

19. *Counter Memorial*, párrafos 2.39 a 2.50.

20. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 36.

21. *Counter Memorial*, párrafos 2.51 a 2.73.

22. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 40.



*hoc*<sup>23</sup> nombrado por Bélgica, respalda al Estado europeo en sus tesis en este punto<sup>24</sup>. Tan sólo el Juez Oda vota en contra; en su Opinión Disidente defiende la falta de competencia del TIJ porque a su juicio, una vez que Yerodia cesa en el cargo de MAE, ya no existe una controversia jurídica entre Bélgica y la RDC de conformidad con el art. 36.2 del Estatuto (como por cierto ya defendió en su Declaración que acompaña la Orden de 8 de diciembre de 2000 en la que el TIJ deniega la solicitud de medidas provisionales formulada por la RDC). Para Oda, la RDC no ha sufrido ningún daño causado por la orden de detención internacional dictada por el juez belga; la orden de detención internacional no ha sido ejecutada por Bélgica ni por ningún otro Estado; por tanto, el TIJ no está resolviendo una disputa entre ambos Estados, sino que está emitiendo una opinión consultiva sobre la legalidad de la actuación de los tribunales belgas<sup>25</sup>.

A nuestro entender, la posición del Juez Oda, más bien dirigida a salvaguardar radicalmente el principio según el cual los Estados deben aceptar voluntariamente la competencia del TIJ para que este conozca de una determinada controversia<sup>26</sup>, no es de recibo. Tras las recientes Sentencias del TIJ

23. Ambos Estados hacen uso de la posibilidad que les brinda el artículo 31 del Estatuto para nombrar a un Juez *ad hoc*; el Juez Bula Bula, en el caso de la RDC, y el Juez Van Den Wyngaert, en el de Bélgica. Por otro lado, cabe reseñar también que entre los abogados y consejeros de la RDC se encuentran, además de varios nacionales de este Estado africano, François Rigaux, profesor emérito a la Universidad católica de Lovaina, Monique Chemillier-Gendreau, profesora a la Universidad de París VII (Denis Diderot), y Pierre d'Argent, encargado de curso a la Universidad católica de Lovaina; estos tres miembros del equipo de la RDC van a llevar la voz cantante en las intervenciones orales ante el TIJ. Por su parte, Bélgica presenta como consejeros y abogados, a Eric David, profesor de Derecho internacional público a la Universidad Libre de Bruselas, y Daniël Bethlehem, abogado del Colegio de Inglaterra y País de Gales, *Fellow of Clare Hall*, y Director Adjunto del *Lauterpacht Research Centre for International Law* de la Universidad de Cambridge. Por tanto, la RDC ha formado un equipo basado en nacionales de Estados occidentales, en el ámbito francófono; mientras que Bélgica ha decidido completar su equipo integrado por expertos nacionales de ese mismo Estado con juristas anglosajones. Se puede apuntar, en definitiva, que la RDC ha recurrido a juristas de Estados occidentales, lo que constituye una práctica habitual cuando un país del tercer mundo litiga ante el TIJ, con la particularidad además de que en este caso la RDC ha optado por dos nacionales del propio Estado demandado, Bélgica, profesores en la Universidad de Lovaina: *vid.* a este respecto los datos y las reflexiones de L.I. Sánchez Rodríguez, "Litigation Practice before the International Court of Justice: some specific problems of developing and small countries", en United Nations, *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law*, New York, 1999, 459-478, pp. 466--473.

24. *Vid. Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaert*, párrafo 84.

25. *Dissenting Opinion of Judge Oda*, párrafos 3 y ss.

26. El Juez Oda, quien vota en contra de todo el dispositivo de la Sentencia del TIJ en este caso, continúa su argumentación del siguiente modo: "... upholding its

en los asuntos de *Timor Oriental* (Sentencia de 30 de junio de 1995) y *competencia en materia de pesquerías* (Sentencia de 4 de diciembre de 1998), en las que el TIJ mostró un extremado celo en el respeto de dicho principio, en el presente caso se aprecia con bastante claridad la existencia de una controversia entre la RDC y Bélgica, la referida a la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción del MAE en activo de la RDC ante los tribunales belgas, respecto de la que ambos Estados, de conformidad con sus respectivas Declaraciones formuladas al amparo del art. 36.2 del Estatuto, han aceptado voluntariamente la competencia del TIJ.

Como hemos señalado, ni siquiera el propio Juez *ad hoc* nombrado por Bélgica, asume en su Opinión Disidente la argumentación de la que hace gala el Estado europeo al plantear las citadas excepciones preliminares. En nuestra opinión, en la Contramemoria de Bélgica, así como en las intervenciones orales de sus representantes ante el TIJ, se hace uso de estas excepciones preliminares más bien como una estrategia procesal dirigida a llamar la atención del TIJ sobre el hecho de que Yerodia ya no es el MAE de la RDC, aspecto este que podría haber tenido su importancia, tanto en el fondo del asunto, como, sobre todo, en el apartado referido al cese y la reparación del hecho ilícito, según comprobaremos en los siguientes epígrafes.

### III. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

#### 1. *La postura de las partes*

Como cuestión previa, conviene hacer la siguiente aclaración conceptual. El término jurisdicción universal *in absentia*, es la expresión acogida por las partes y la mayoría de los jueces durante el procedimiento ante el TIJ en

jurisdiction in the present case will eventually lead to an excessive number of cases of this nature being referred to the Court even when no real injury has occurred, simply because one State believes that another State has acted contrary to international law. I am also afraid that many States will then withdraw their recognition of the Court's compulsory jurisdiction in order to avoid falling victim to this distortion of the rules governing the submission of cases... This 'loose' interpretation of the compulsory jurisdiction of the Court will frustrate the expectations of a number of law-abiding nations. I would emphasize that the Court's jurisdiction is, in principle, based on the consent of the sovereign States seeking judicial settlement by the Court": *Dissenting Opinion of Judge Oda*, párrafo 7.

este caso. Pero en su sentido más estricto, la jurisdicción universal implica que no existe ningún vínculo con el Estado territorial, ya sea el referido a la nacionalidad del autor y/o de la víctima del delito, ya sea el relativo a la presencia del inculcado en el territorio del Estado que aplica la jurisdicción universal. En otros términos, resulta más correcta la denominación de jurisdicción universal cuando no se da ninguno de estos vínculos, y hacer uso de la expresión jurisdicción universal *territorial*, para calificar el ejercicio de la jurisdicción respecto de hechos cometidos en el extranjero cuando el imputado se encuentra en el territorio del Estado. Desde esta perspectiva, resultaría redundante insistir en que el ejercicio de la jurisdicción universal es *in absentia* del imputado en el territorio<sup>27</sup>. Como vamos a ver, no se discute por las partes en la controversia, ni por los jueces que forman el Tribunal, la legalidad de la jurisdicción universal territorial para determinados crímenes tipificados por el ordenamiento internacional<sup>28</sup>.

La controversia ante el TIJ tiene su origen en la aplicación por los tribunales belgas de una de las legislaciones penales y procesales más innovadoras de todo el mundo en lo que se refiere a la regulación del principio de jurisdicción universal. En efecto, mediante la Ley de 10 de febrero de 1999 el Parlamento belga modificó la Ley de 16 de junio de 1993 para incluir a los crímenes contra la humanidad y el genocidio, junto a los crímenes de guerra ya regulados desde 1993, respecto de los que cabe la aplicación del principio de jurisdicción universal por los tribunales belgas, y en relación a los cuales expresamente se excluye toda posible inmunidad de jurisdicción por razón del cargo<sup>29</sup>. Para la aplicación de esta legislación no se exige la presencia del acusado en territorio belga, o al menos así lo han entendido los tribunales belgas hasta fechas muy recientes. Aunque en los primeros juicios que se han desarrollado, relativos a las violaciones de los derechos humanos cometidas en Ruanda en 1994, sí se cumplía esta condición, en posteriores asuntos se han iniciado procedimientos de instrucción sin que el imputado se encontrara en Bélgica<sup>30</sup>. Además del caso referido a Yerodia, cabe citar que en junio de

27. Cf. *Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, párrafos 3-18.

28. En las intervenciones orales los representantes de la RDC se manifestaron con toda claridad a este respecto: *vid.* la de Chemillier-Gendreau en CR 2001/6, pp. 26-28.

29. El texto de esta legislación se puede consultar en *International Legal Materials*, vol. XXXVIII (1999), 918-925.

30. Para la práctica de Bélgica en aplicación de la legislación citada, se puede consultar Amnesty International, *Universal Jurisdiction: The duty of States to enact and implement legislation*, septiembre de 2001, documento disponible en la dirección de internet <http://www.amnesty.org>, Capítulo Cuarto, Parte A, pp. 22-28; Capítulo

2001 se presenta una denuncia ante los tribunales belgas contra el actual primer ministro de Israel, Ariel Sharon, por su participación en la masacre ocurrida en los campos de refugiados de Sabra y Chatila en 1982, lo que al parecer se constituye en la causa por la que el mandatario israelí suspende la visita oficial que tenía previsto realizar a Bruselas. Ante esta denuncia, y otras también planteadas contra altos dirigentes gubernamentales (Sadam Hussein, Fidel Castro, Laurent Gbagbo, Paul Biya...), desde la segunda mitad de 2001 el Gobierno belga viene pidiendo públicamente al Parlamento que se debata sobre la conveniencia de reformar esta legislación para evitar conflictos diplomáticos con terceros Estados, estableciendo algún mecanismo que filtre las querellas que se presenten<sup>31</sup>.

Como ya hemos señalado, en su Demanda inicial ante el TIJ la RDC sostiene que el ejercicio del principio de jurisdicción universal *in absentia* por

Sexto, pp. 7-12; y Capítulo Octavo, pp. 7-9. *Vid.* para el análisis de esta legislación y la valoración de su aplicación en la práctica, las opiniones de un conocedor de la misma de primera mano, como es el propio juez instructor del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, D. Vandermeersch, "Les poursuites et le jugement des infractions de droit humanitaire en droit belge", *Les dossiers de la Revue de Droit Penal et de Criminologie. Actualité du Droit International Humanitaire*, vol. 6 (2001), 121-178, *passim*. Más en concreto, por referimos al único procedimiento que hasta ahora ha concluido con una sentencia penal de conformidad con la legislación citada, en abril de 2001 se inicia el juicio contra cuatro ruandeses acusados de haber participado en las matanzas contra tutsis cometidas en Ruanda en 1994; *los cuatro se habían desplazado a Bélgica como refugiados después de las matanzas*; siendo condenados a penas que oscilan entre los 12 y los 20 años de prisión.

31. *El País Digital*, 19-VI-2001 y 5-VII-2001. En la Proposición de ley presentada ante el senado belga el 18 de diciembre de 2001 para modificar la Ley 1993/1999, no se prevé ningún filtro de carácter político (por ejemplo, decisión del gobierno y/o decisión del Parlamento, como propone el propio juez instructor del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, D. Vandermeersch, "Les poursuites...", *loc. cit.*, pp. 163-164) para el inicio de procedimientos de instrucción por hechos cometidos en el extranjero; para los redactores de esta proposición de ley, la posible inmunidad de jurisdicción de altos dirigentes de terceros Estados ante los tribunales belgas, debe ser decidida por los propios tribunales belgas y no por órganos políticos; a este respecto contundentemente sostienen que "les conséquences diplomatiques de l'existence d'une législation fondamentale ne peuvent justifier que l'on s'écarte des principes de base de la séparation des pouvoirs". *Vid.* Chambre des Représentants de Belgique, *Proposition de loi modifiant, sur le plan de la procédure, la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire*, Doc 50 1568/001, de 18 de diciembre de 2001, cita en p. 7; documento consultado en la dirección de internet, <http://www.senate.be>. Esta propuesta legislativa pretende asegurar el cumplimiento del principio *ne bis in idem* en la puesta en práctica del principio de jurisdicción universal, tanto en relación a los tribunales de terceros Estados, como en lo que se refiere a la actuación de tribunales internacionales; además, la competencia que ahora mismo se prevé en la Ley 1993/1999 a favor del juez de instrucción y del Procurador del Rey, es transferida al primer presidente de la Corte de Apelación de Bruselas y al Procurador General ante este tribunal; asimismo, también se instauran las causas de inadmisibilidad previstas en el Estatuto de Roma.

parte de Bélgica contraviene el principio de igualdad soberana de los Estados, además de vulnerar la inmunidad de jurisdicción del MAE de la RDC. Sin embargo, en la Memoria presentada ante el TIJ el 12 de mayo de 2001, el Estado africano mantendrá lo siguiente:

“Il apartiendra à la Cour de décider si elle se prononcera sur l’un et l’autre grief. En donnant satisfaction à l’État demandeur sur le second grief, la cour peut éviter de répondre au premier et l’économie de moyens peut la faire incliner à une telle solution. Les juridictions n’ont pas l’habitude de trancher des questions de droit auxquelles il est possible de ne pas toucher et l’annonce d’une solution particulière peut être préférée à l’adoption d’une règle plus générale”<sup>32</sup>.

Esta variación de la postura de la RDC, sin duda se debe a un cambio de estrategia procesal; la RDC decide centrar sus esfuerzos en demostrar la vulneración de la inmunidad de jurisdicción de su MAE a cargo de Bélgica, seguramente ante las más que fundadas incertidumbres que para sus intereses presenta un pronunciamiento del TIJ sobre la posible ilicitud del ejercicio del principio de jurisdicción universal en este caso. Hay que tener en cuenta a este respecto que, además de Bélgica, un buen número de Estados regulan en su ordenamiento jurídico interno este principio, con más o menos condiciones para su ejercicio. La propia RDC es uno de estos Estados; en efecto, en el artículo 3º del Libro 1º, Sección 1º del Código Penal de Zaire de 1982, “which is believed to be still in effect”, se prevé la jurisdicción universal *territorial* respecto de crímenes cometidos en el extranjero que estén castigados con una pena superior a los dos meses, salvo en el caso de que el imputado sea extraditado. El inicio del procedimiento debe ser autorizado por el “State Prosecutor’s Office”, que depende del Ministerio de Justicia; aunque si el delito que se imputa es cometido contra un individuo y la pena máxima estipulada en la legislación de la RDC es de al menos cinco años de prisión, el inicio del procedimiento también requiere de una demanda presentada por la víctima del delito o por las autoridades competentes del Estado en cuyo territorio se cometió el delito. Esta legislación no se ha aplicado en ningún

32. CIJ, *Affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, *Mémoire présenté par le Gouvernement de la République Démocratique du Congo*, párrafo 15.

caso del que tengamos noticia<sup>33</sup>. Si más arriba hemos destacado el lamentable balance que presenta la RDC en el cumplimiento de los derechos humanos y del derecho humanitario en su territorio, en absoluto cabe esperar que las autoridades de este Estado africano vayan a tener interés alguno en aplicar la citada disposición para dar respuesta a las violaciones de los derechos humanos cometidas en terceros Estados.

No obstante este repentino desinterés de la RDC por el principio de jurisdicción universal, al final de su Memoria, así como también en las intervenciones orales ante el TIJ, se va a ocupar de la jurisdicción universal a través de la siguiente línea argumental: por una parte, niega que exista una norma internacional, ni convencional ni consuetudinaria, que obligue a Bélgica al ejercicio del principio de jurisdicción universal *in absentia*; más en concreto, la RDC sostiene que los convenios internacionales en la materia regulan la obligación *aut dedere aut iudicare* si el imputado se encuentra en el territorio del Estado parte en el Convenio. Por otra, Bélgica tampoco tiene la facultad o libertad de instaurar la jurisdicción universal *in absentia*, puesto que la práctica internacional confirma que en los casos en los que se regula el principio de jurisdicción universal su ejercicio se supedita a que el imputado se encuentre en el territorio del Estado (cita a este respecto las legislaciones de Francia y Canadá, entre otras); por tanto, esta es una exigencia impuesta por el ordenamiento internacional en orden sobre todo a que se haga efectivo el principio de jurisdicción universal; y además, tal actuación de los tribunales belgas podría invadir las competencias de la futura Corte Penal Internacional. Aunque, insistimos, la RDC califica de desproporcionada la actuación de los tribunales belgas en aplicación del principio de jurisdicción universal más bien como argumento de ambiente o de atmósfera para atraer la postura de los jueces del TIJ hacia sus intereses; en efecto, como ya hemos visto, en última instancia, a la hora de definir el objeto de su demanda, la RDC se centra en el atentado a la inmunidad de jurisdicción de su MAE que supone la orden de detención internacional dictada por el juez belga<sup>34</sup>.

En su respuesta Bélgica de entrada insiste, incluso con cierto sarcasmo en el procedimiento oral, que la RDC ha incumplido sus obligaciones internacionales —en particular las impuestas por los Convenios de Ginebra de

33. Amnesty International, *Universal Jurisdiction...*, *op. cit.*, Capítulo Cuarto, Parte A, pp. 57-58, cita en p. 57.

34. *Mémoire*, párrafos 74 y ss. La misma estrategia se mantiene en las intervenciones orales: *vid.* la intervención de Chemillier-Gendreau en CR 2001/6, pp. 22-35; y la de Rigaux en CR 2001/10, p. 11.

1949— al no iniciar procedimientos penales contra Yerodia por crímenes de guerra<sup>35</sup>. Para Bélgica, es entonces, cuando el Estado territorial no ejerce la competencia penal que le corresponde, cuando entra en juego la jurisdicción universal de los tribunales belgas. Aunque según Bélgica, la RDC todavía está a tiempo de ejercer su competencia territorial, en cuyo caso a buen seguro los tribunales belgas declinarán el ejercicio de la competencia universal<sup>36</sup>.

A partir de aquí, Bélgica alega que los demandantes ante los tribunales belgas en el caso Yerodia son nacionales belgas o por lo menos residentes en Bélgica; de modo que existe una clara vinculación entre los intereses de los demandantes y el ejercicio del principio de jurisdicción universal por parte de los tribunales belgas. Por otra parte, Bélgica también sostiene que con la Ley 1993/1999 está ejecutando en su ordenamiento interno, entre otras obligaciones internacionales convencionales, las asumidas al ratificar los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en los que no se condiciona el cumplimiento del principio *aut dedere aut iudicare* a la presencia del acusado en el territorio. Asimismo, para Bélgica el Derecho internacional consuetudinario permite la jurisdicción universal para los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Si bien, en su Contramemoria Bélgica niega que el Derecho internacional obligue al ejercicio del principio de jurisdicción universal *in absentia*; para Bélgica se trata de una facultad de la que cada Estado puede hacer uso según decida<sup>37</sup>. Por último, Bélgica también pide al TIJ que no se pronuncie sobre el ejercicio del principio de jurisdicción universal, puesto que a la hora de definir el objeto de su demanda la RDC ha dejado de lado esta cuestión<sup>38</sup>.

35. La RDC es Estado parte en los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo Adicional I; y firmó el Estatuto de Roma el 25 de mayo de 2000, pero todavía no lo ha ratificado. También es Estado parte en los siguientes convenios: la Convención contra el Genocidio de 1948; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados; los dos Pactos de Nueva York de 1966; la Convención contra la Tortura de 1984; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre los Derechos del Niño; y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

36. *Vid.* la intervención oral de Devadder, en CR 2001/8, p. 9.

37. *Counter Memorial*, Capítulo Tercero, párrafos 3.3.1 y ss.

38. *Counter Memorial*, Capítulo Segundo, párrafos 2.74 a 2.79.

## 2. El TIJ aplica la regla *non ultra petita*

El TIJ, ante el acuerdo en este punto manifestado por la RDC y Bélgica, decide, en aplicación de la regla *non ultra petita*, lo siguiente:

“... in the present case the Court may not rule, *in the operative part of its Judgment*, on the question whether the disputed arrest warrant, issued by the Belgian investigating judge in exercise of his purported universal jurisdiction, complied in that regard with the rules and principles of international law governing the jurisdiction of national courts”<sup>39</sup>.

Si bien, como también reconoce el TIJ, para ocuparse de la pretensión que formula la RDC referida a la vulneración de la inmunidad de jurisdicción de su MAE ante los tribunales belgas, el Tribunal da por supuesta la competencia de los tribunales belgas en el ejercicio del principio de jurisdicción universal. Desde la distinción entre la competencia de los tribunales belgas y la inmunidad de jurisdicción<sup>40</sup>, según admite con toda claridad el TIJ la jurisdicción de los tribunales belga es el presupuesto lógico sobre el que se debe apoyar la discusión sobre el objeto de la demanda presentada por la RDC<sup>41</sup>.

Además, el TIJ asimismo hace referencia a la actuación de tribunales de terceros Estados a la hora de mantener la distinción entre inmunidad de jurisdicción e impunidad, a la que nos referiremos *infra* con más detalle. En efecto, según el TIJ la inmunidad de jurisdicción del MAE de la RDC ante los tribunales belgas es absoluta, pero caben otras alternativas que eviten la impunidad de los autores de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Por una parte, es posible que el Gobierno de la RDC renuncie a alegar la inmunidad de jurisdicción de su MAE ante los tribunales belgas; y por otra, una vez que Yerodia deja de ser MAE ya no tiene inmunidad de jurisdicción

39. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 43, la cursiva es nuestra.

40. *Ibid.*, párrafo 59: “It should further be noted that the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction”.

41. *Ibid.*, párrafo 46: “... in the present case, and in view of the final form of the Congo’s submissions, the Court will address first the question whether, assuming that it had jurisdiction under international law to issue and circulate the arrest warrant of 11 April 2000, Belgium in so doing violated the immunities of the then Minister for Foreign Affairs of the Congo”.



frente a los tribunales belgas salvo por los actos de carácter oficial realizados durante el período de tiempo en el que fue MAE. Por tanto, el TIJ admite como ajustada a Derecho internacional la actuación de tribunales penales de terceros Estados distintos al del Estado en cuyo territorio se cometieron los hechos delictivos; o, lo que es lo mismo, que es posible, para hacer frente a la impunidad de los autores de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, la aplicación del principio de jurisdicción universal por los tribunales belgas. Pero el TIJ no entra en el detalle de las condiciones en su caso necesarias para la aplicación del principio de jurisdicción universal; y, más en particular, no se pronuncia sobre la licitud de la jurisdicción universal *in absentia*<sup>42</sup>.

La cautela con la que se manifiesta el TIJ en este punto, con la finalidad de evitar un pronunciamiento expreso sobre el alcance y contenido del principio de jurisdicción universal<sup>43</sup>, no deja de ser conforme con el respeto de la libertad de que disfrutaran los Estados a la hora de plantear la resolución de una controversia a través de mecanismos jurisdiccionales; a buen seguro, los Estados partes en la controversia son soberanos para definir el objeto de la misma. Dicho en otros términos, el TIJ no tiene porqué pronunciarse sobre un aspecto del Derecho internacional relativo a la jurisdicción universal cuando ninguna de las partes en la controversia, ni la RDC ni Bélgica, lo solicita. No obstante, la decisión del TIJ en este apartado se va a encontrar con un buen número de opiniones individuales entre sus jueces, tanto en un sentido favorable a la argumentación de la RDC, como, desde el extremo opuesto, en apoyo a la licitud internacional de la actuación de los tribunales belgas.

Dentro del primer grupo se encuentran, además del Juez *ad hoc* nombrado por la RDC, Bula Bula, quien formula una apasionada crítica contra la, a su juicio, absolutamente desmedida actuación de los tribunales belgas en este caso<sup>44</sup>; los jueces Ranjeva y Rezek, y el presidente Guillaume<sup>45</sup> (nacio-

42. Cf. *ibíd.*, párrafo 61.

43. Como insiste en su Opinión Separada el juez Koroma: *Separate Opinion of Judge Koroma*, párrafo 9.

44. Bula Bula concluye del siguiente modo refiriéndose a la Ley belga de 1993/1999: "... la Belgique a adopté une législation totalement *insolite*. Elle s'est autoproclamée sinon procureur de l'humanité, au sens transtemporel et transpatial que R.J. Dupuy attribuait à ce mot, mais au moins justicier sans frontières d'après la doctrine du 'sans frontiérisme'. A la limite, cette revendication dépasse le droit international lui-même puisque ce dernier règle essentiellement les relations entre des structures aux frontières définies: les Etats»: *Opinion Individuelle de M. Bula-Bula*, párrafo 79.

45. Para quien la puesta en práctica del principio de jurisdicción universal *in absentia* "to do this would, moreover, risk creating total judicial chaos. It would also

nales de Madagascar, Brasil y Francia, respectivamente), quienes sostienen la ilegalidad del ejercicio del principio de jurisdicción universal *in absentia* protagonizado por los tribunales belgas.

En el grupo contrario se cuentan, además del juez *ad hoc* nombrado por Bélgica, Van Den Wyngaert, quien básicamente se suma a los argumentos ofrecidos por el Estado europeo en su Contramemoria y en las intervenciones orales<sup>46</sup>, varios jueces nacionales de Estados occidentales, quienes valoran como ajustado a derecho el ejercicio del principio de jurisdicción universal *in absentia* en el caso Yerodia. Así, en su Opinión Conjunta los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal (del Reino Unido, Países Bajos y Estados Unidos, respectivamente), en primer lugar se lamentan de que en su Sentencia el TIJ no se haya ocupado de esta cuestión, cuando el propio tribunal reconoce que sólo se puede dar respuesta a la pretensión de la RDC si los tribunales belgas tienen jurisdicción; dicho de otro modo, si no hay jurisdicción, no ha lugar para plantear si el MAE de la RDC tiene o no inmunidad<sup>47</sup>. A partir de aquí, van a desarrollar una argumentación dirigida a defender la siguiente tesis: se aprecia una tendencia en la evolución del Derecho internacional contemporáneo favorable a permitir, como facultad de cada Estado, el ejercicio del principio de jurisdicción universal *in absentia* respecto de hechos delictivos de indudable gravedad, como los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad<sup>48</sup>.

En nuestra opinión, no se puede calificar como contrario a Derecho internacional el que un Estado regule la aplicación del principio de jurisdicción universal en ausencia del imputado en su propio territorio, por la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Y aquí se pueden destacar al menos tres de los argumentos debatidos por las partes en este asunto. Primero, es cierto que la normativa convencional (por ejemplo, la Convención contra la tortura de 1984) establece la obligación *aut dedere aut iudicare* si el imputado se encuentra en el territorio del Estado parte en la Convención (Cart. 5.2); pero al mismo tiempo en los propios textos convencionales se señala expresamente que ninguna de sus disposiciones podrá ser

be to encourage the arbitrary for the benefit of the powerful, purportedly acting as agent for an illdefined 'international community'. Contrary to what is advocated by certain publicists, such a development would represent not an advance in the law but a step backward": *Separate Opinion of President Guillaume*, párrafo 15.

46. *Vid. Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaert*, párrafos 40 y ss.

47. *Cf. Joint Separate Opinión of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, párrafos 2-18.

48. *Ibid.*, párrafos 19 y ss.

interpretada como contraria a otros títulos competenciales que los Estados parte tengan a bien regular en su ordenamiento interno (Cart. 5.3), entre los que se debe incluir la jurisdicción universal *in absentia*. Segundo, los cuatro Convenios de Ginebra (artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente)<sup>49</sup> regulan la obligación *aut dedere aut iudicare* sin vincularla a la presencia del acusado en el territorio del Estado parte; y aunque en la práctica no se ha aplicado en ningún caso la jurisdicción universal *in absentia* para los autores de crímenes de guerra, por ello no se puede concluir que está prohibida por los Convenios de Ginebra; por el contrario, el tenor literal de estos preceptos permite el ejercicio del principio de jurisdicción universal *in absentia*. Por último, en definitiva, como ya señaló el TPJI en otro contexto histórico y en otras circunstancias jurídicas, con carácter general las restricciones a la capacidad de obrar de los Estados no se presumen, y deben ser interpretadas restrictivamente; desde esta perspectiva, no se aprecia ninguna disposición en el Derecho internacional convencional o consuetudinario que prohíba la jurisdicción universal *in absentia*<sup>50</sup>.

No obstante, también se debe reconocer que la práctica internacional, legislativa y judicial, en la materia es muy escasa, fragmentaria y heterogénea<sup>51</sup>. Hay un buen número de razones que explican la reticencia de la que

49. Aquí conviene señalar que a mediados de 2002, un total de 189 Estados son partes en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; 159 en el caso del Protocolo I de 1977, y 152 en el caso del Protocolo II. Estos datos se pueden consultar en la dirección de Internet del Comité Internacional de la Cruz Roja: <http://www.icrc.org>.

50. Vid. PCIJ, *Serie A, n. 9*, p. 18, en la que el TPJI advierte lo siguiente: “Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l’indépendance des États ne se présument donc pas».

51. Cf. para este párrafo y el siguiente, limitándonos por razones de espacio a la doctrina española más reciente, el estudio de la práctica y su valoración de V. ABELLÁN HONRUBIA: “La responsabilité internationale de l’individu”, *R. des C.*, t. 280 (1999), 135-428, pp. 361-380; J.A. CORRIENTE CÓRDOBA: “El ‘caso Pinochet’ como episodio en la evolución del Derecho internacional penal”, en A. BLANC ALTEMIR (ed.): *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal*, Madrid, 2001, 221-242, *passim*; P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: “Jurisdicción internacional y jurisdicción universal penal”, *Cursos de Vitoria-Gasteiz de Derecho Internacional*, 1999, 273--324, pp. 316-323; J. JUSTE RUIZ: “Crímenes internacionales y justicia universal”, en A. COLOMER VIADEL (Coord.): *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos*, Madrid, 2000, 25-56, pp. 39-47; E. ORIHUELA CALATAYUD: “Aplicación del Derecho Internacional Humanitario por las jurisdicciones nacionales”, en F.J. QUEL LÓPEZ (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional (Colección Escuela Diplomática, n.º 4)*, Madrid, 2000, 237-264, pp. 252-262; y de la misma autora “La cooperación internacional contra la impunidad.

hacen gala los Estados a la hora de regular y poner en práctica actuaciones judiciales por crímenes cometidos en el extranjero en aplicación del principio de jurisdicción universal (la no incorporación en la legislación interna de los delitos tipificados internacionalmente; los relativamente cuantiosos recursos humanos y materiales que los Estados deberían dedicar a este tipo de actuaciones; los problemas que se plantean en materia de prueba en relación a hechos cometidos a varios miles de kilómetros de distancia; el rechazo por parte de los gobiernos de terceros Estados ante este tipo de actuaciones judiciales y su posible influencia en las relaciones económicas y comerciales; los riesgos de saturación del sistema judicial del Estado con demandas por hechos cometidos en Estados de todo el mundo; la aplicación de leyes de amnistía en el contexto de procesos de reconstrucción democrática...). Sobre todo, a estas dificultades hay que añadir la necesaria colaboración que deben prestar terceros Estados en la detención y extradición del imputado, cuando no se encuentre en el territorio del Estado que aplica el principio de jurisdicción universal *in absentia*; de otro modo, las actuaciones judiciales que se lleven a cabo carecerán de toda efectividad.

A nuestro entender, aunque, insistimos, el Derecho internacional no lo prohíba, los Estados, como Bélgica, que han promulgado una legislación en la que se regula la jurisdicción universal *in absentia*, pretenden asumir un protagonismo desmedido, y por lo general muy poco efectivo, en el castigo de las conductas criminales tipificadas por el ordenamiento internacional. Sin que se deba despreciar el valor simbólico que puede tener para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos el inicio de procedimientos *in absentia* del imputado, lo cierto es que en el caso de Bélgica los únicos proce-

Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, *Cursos de Vitoria-Gasteiz de Derecho Internacional*, 2000, 159-238, pp. 192--210; J. PUEYO LOSA: “Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ y J.R. REMACHA y TEJADA (eds.): *Cooperación jurídica internacional (Colección Escuela Diplomática, nº 5)*, Madrid, 2001, 141-203, pp. 165 y ss; A. REMIRO BROTONS: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid, 1999, pp. 45-64; y del mismo autor, “La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal”, en F.J. QUEL LÓPEZ (ed.): *Creación..., op. cit.*, 193-235, pp. 194-207. Desde la perspectiva de las relaciones que se pueden plantear entre el principio de jurisdicción universal y el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional establecida por el Estatuto de Roma, *vid.* J. ALCAIDE FERNÁNDEZ: “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿tiempos de ‘ingeniería jurisdiccional’?”, en J.A. CARRILLO SALCEDO (Coord.): *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, 383-433, pp. 420-431; y M.C. MÁRQUEZ CARRASCO: “Alcance de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional: jurisdicción universal o nexos jurisdiccionales aplicables”, en *ibíd.*, 357-381, pp. 368-379.

dimientos que hasta la fecha han concluido con una sentencia penal al amparo de la Ley 1993/1999 son los que han juzgado a *los cuatro ruandeses que se encontraban residiendo en Bélgica*, acusados de haber cometido las conductas que se regulan en la Ley 1993/1999 en territorio ruandés. En definitiva, en orden por lo menos a alcanzar una mayor efectividad, resulta preferible optar por la jurisdicción universal territorial.

No hace mucho, los propios tribunales belgas han variado bruscamente su jurisprudencia. Así, en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Bruselas de 16 de abril de 2002 en el caso de Yerodia<sup>52</sup>, se sostiene que el magistrado instructor no tiene competencia para continuar la investigación sobre el acusado ni para dictar una nueva orden de detención internacional; la Corte de Apelaciones considera que la historia legislativa de la Ley 1993/1999, demuestra que el Parlamento había aprobado esta ley considerando que solo se podía iniciar una investigación por hechos cometidos en el extranjero si el imputado se encontraba en territorio belga. La misma doctrina se sostiene en la Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 26 de junio de 2002, en la que el Tribunal declara inadmisibles las denuncias formuladas contra Ariel Sharon por los hechos ocurridos en Sabra y Shatila en 1982, al no encontrarse el imputado en territorio belga<sup>53</sup>.

52. Tras el recurso presentado por el «procureur général», dependiente del Gobierno belga, dirigido a plantear la aplicación general también a la Ley 1993/1999 del artículo 12 del Código Procesal, en el que se exige la presencia del inculpado en territorio belga para el inicio del procedimiento penal; como alegaron los representantes belgas ante el TIJ: *vid.* las intervenciones orales de Devadder, en CR 2001/8, párrafo 9; y Bethlehem, en CR 2001/8, párrafo 35. Aunque los representantes de la RDC alegaron a su vez que el recurso presentado por el Procurador General se había debido al inicio de procedimientos penales contra Sharon, el primer ministro de Israel, casi un año después de que se dictara la orden de detención contra el MAE de la RDC; además, el recurso no se presentaba por la posible vulneración de las normas del Derecho internacional referidas a la inmunidad de jurisdicción de un MAE: *vid.* la intervención de Rigaux, en CR 2001/10, pp. 8-9.

53. En la *Proposition de loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire*, presentada ante el Senado Belga el 18 de julio de 2002 (Documento 2-1256/1) propuesta legislativa que al parecer cuenta con el respaldo del Gobierno belga, por una parte se condiciona la jurisdicción universal de los tribunales belgas mediante una remisión general al respeto de las normas de Derecho internacional que regulan la inmunidad de jurisdicción, de conformidad con la Sentencia del TIJ de 14 de febrero de 2002 (propuesta de nuevo art. 5.3, cuyo tenor literal es el siguiente: “L’immunité internationale attachée à la qualité officielle d’une personne n’empêche l’application de la présente loi que dans les limites établies par le droit international”). Por otra, se afirma la jurisdicción universal *in absentia* de los tribunales belgas, puesta en duda en los asuntos Yerodia y Sharon; si bien, además de preverse la posible relación de complementariedad entre los tribunales belgas y la Corte Penal Internacional, así como los tribunales de terceros Estados, se introduce la siguiente disposición:

#### IV. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DEL MAE DE LA RDC ANTE LOS TRIBUNALES BELGAS

##### 1. *El MAE en activo disfruta de inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción absoluta*

La RDC va a sostener, como hilo argumental principal de su demanda, que el MAE en ejercicio de la RDC disfruta de inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción penal absoluta ante los tribunales de Bélgica. Por tanto, la emisión y difusión de una orden de detención internacional por el juez instructor belga contra el MAE de la RDC constituye una vulneración del Derecho internacional. El hecho de que Yerodia ya no sea el MAE de la RDC no afecta al hecho ilícito cometido, consistente en la emisión y difusión de la orden. Con este fin, la RDC defenderá en primer lugar que el art. 5 de la Ley 1993/1999 belga en el que se excluye toda inmunidad de jurisdicción para los autores de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio cualquiera que sea el cargo oficial que ocupen, es contrario al Derecho internacional consuetudinario; para la RDC, Bélgica no puede alegar el respeto de su derecho interno como justificación del incumplimiento del ordenamiento internacional<sup>54</sup>.

Por otra parte, la RDC destaca las contradicciones que presenta la orden de detención internacional dictada por el juez belga, en la que se pide a terceros Estados que cooperen con las autoridades belgas en la detención y posterior extradición del imputado a Bélgica para que sea encarcelado en una prisión belga mientras se desarrolla el proceso penal. En efecto, el propio juez belga reconoce en la orden de detención que no puede ser ejecutada contra el MAE de la RDC si se encuentra en visita oficial en Bélgica. De hecho, el MAE de la RDC visitó la RDC en junio de 2000 sin que la orden fuera ejecutada. Como señala la RDC, una vez que el MAE es invitado por el Gobierno de Bélgica para que visite su territorio, por supuesto que disfruta de la inviolabilidad y la inmunidad que le garantiza el ordenamiento interna-

“L’action publique ne pourra toutefois être engagée que sur réquisition du procureur fédéral lorsque: 1) l’infraction n’a pas été commise sur le territoire du royaume; 2) l’auteur présumé n’est pas belge; 3) l’auteur présumé ne se trouve pas sur le territoire du royaume; et 4) la victime n’est pas belge ou ne réside pas en Belgique depuis au moins un an (propuesta de nuevo art. 7.1). Documentación consultada en la dirección de internet: <http://www.senate.be>.

54. *Mémoire*, Segunda Parte, Capítulo Primero, párrafos 20 y ss; y la intervención de d’Argent, en CR 2001/5, pp. 42 y ss.

cional; Bélgica puede permitir o no la entrada del MAE y de otros altos dirigentes gubernamentales de Estados extranjeros en visita oficial en su territorio; pero si da su consentimiento para ello tiene que respetar las normas de derecho internacional sobre inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción. Por último, con carácter general la RDC equipara, a los efectos de la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción, el estatuto jurídico del MAE con el del Jefe de Estado o Jefe de Gobierno, apoyándose en el artículo 21.2 de la Convención de 8 de diciembre de 1969 sobre Misiones Especiales, como expresión del Derecho internacional consuetudinario<sup>55</sup>.

En su Contramemoria, Bélgica admite que con carácter general el MAE tiene inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de terceros Estados, pero como ya hemos visto rechaza la postura de la RDC con los siguientes argumentos principales; por una parte, insiste hasta la saciedad en que Yerodia ya no es MAE y por tanto ya no existe ningún hecho ilícito internacional; por otra, como veremos en el siguiente epígrafe, defiende la existencia de excepciones a la regla general<sup>56</sup>.

En cuanto al fondo del asunto, en relación a la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción del MAE de la RDC ante los tribunales belgas, el TIJ, después de citar a los Convenios de Viena de 1961 y 1963 sobre relaciones diplomáticas y relaciones consulares, respectivamente, y a la Convención de Nueva York sobre Misiones Especiales de 1969 (todavía no en vigor), se va a detener en el Derecho internacional consuetudinario. Para el TIJ, la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción que el ordenamiento internacional garantiza al MAE de un Estado tiene un carácter funcional: esto es, está dirigida a asegurar que el MAE pueda desempeñar las funciones de representación de su Estado ante terceros Estados. Como destaca el TIJ, el MAE representa con plenos poderes a su Estado ante terceros Estados y organizaciones internacionales; dirige las oficinas diplomáticas y consulares que el Estado tiene desplegadas en todo el mundo; y también es el órgano del que reciben su acreditación los embajadores de terceros Estados. Según el TIJ, con su conducta el MAE es responsable de las relaciones que desarrolla su Estado con todos los demás Estados, por lo que ocupa una posición que, como la del Jefe de Estado o Jefe de Gobierno, es reconocida por el Derecho internacional como que representa a su Estado por el sólo hecho de ocupar tal cargo<sup>57</sup>. Por todo ello, el TIJ concluye del siguiente modo:

55. *Mémoire*, Tercera Parte, Capítulos Segundo y Tercero, párrafos 46 y ss.

56. *Counter Memorial*, Parte Tercera, Capítulo Cuarto, párrafos 3.4.1. y ss.

57. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 53.

“The Court accordingly concludes that the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad *enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability*. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority or another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties”<sup>58</sup>.

Desde esta perspectiva funcional, dirigida a asegurar el desempeño de las funciones propias del MAE, para el TIJ es irrelevante la distinción entre actos realizados en su calidad de MAE y actos realizados como cualquier particular; así como la distinción entre actos realizados antes de asumir el cargo de MAE y actos realizados en el ejercicio del cargo de MAE. Tampoco es relevante si el MAE se encuentra en el territorio del Estado en visita oficial, o en visita de carácter privado. En cualquiera de estas circunstancias el MAE en activo disfruta de inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción ante las jurisdicciones de terceros Estados (inmunidad *ratione personae*)<sup>59</sup>.

## 2. *No existen excepciones referidas a los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad*

Como hemos apuntado, la principal línea argumental que va a defender Bélgica es la siguiente; a) aunque con carácter general el MAE disfruta de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de terceros Estados, en el Derecho internacional contemporáneo cabe apreciar excepciones a la inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción absoluta del MAE en activo ante las jurisdicciones de terceros Estados, en particular las referidas a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad; b) además, la inmunidad está limitada a los actos oficiales realizados en su calidad de MAE; por tanto, no cabe inmunidad de jurisdicción por los actos realizados como persona privada; c) la inmunidad está vinculada al cargo, de modo que cuando deja de ser MAE ya no es posible alegar la inmunidad de jurisdicción salvo para los actos realizados en el ejercicio de sus funciones oficiales como MAE; los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra no pueden considerarse como actos oficiales a estos efectos. La mayor parte de su Contramemoria está

58. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 54 (la cursiva es nuestra).

59. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 55.



dedicada al desarrollo de estos argumentos, mediante la exposición de la práctica convencional, legislativa, judicial, así como de la doctrina, en esta materia, incidiendo sobre todo en la actuación de los tribunales penales internacionales y en los asuntos Pinochet y Gadafi ante jurisdicciones internas<sup>60</sup>.

Para la RDC, las excepciones a una regla general deben ser probadas por la parte que las alega, en este caso Bélgica. La práctica convencional, legislativa y judicial que cita Bélgica no prueba la existencia de esas excepciones. Más en concreto, la práctica judicial más reciente no respalda las tesis de Bélgica; por una parte, la Decisión de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999 en el caso Pinochet está referida a un exjefe de Estado; por otra, en el asunto Gadafi, en su Sentencia de 13 de marzo de 2001 la Corte de Casación de Francia mantuvo la inmunidad de jurisdicción penal absoluta del jefe de Estado de Libia ante los tribunales franceses. Además, según la RDC el hecho de que ningún Estado haya ejecutado la orden de detención belga es una prueba bastante evidente de la *opinio iuris* que impera en el Derecho internacional contemporáneo en relación a la inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción penal absoluta de que disfrutaban los MAE en activo, sean cuales fueren los hechos delictivos que se les imputan<sup>61</sup>.

La RDC mantiene que Bélgica, y más en concreto el juez que dicta la orden de detención internacional confunden dos planos distintos; por una parte, la norma de Derecho internacional humanitario según la cual el cargo oficial del imputado no puede ser utilizado como causa de exoneración de la responsabilidad penal, regla que se viene aplicando desde la Segunda Guerra Mundial; y, por otra, la norma de derecho internacional que regula la inmunidad de jurisdicción penal de un MAE en activo ante los tribunales de terceros Estados, que posee carácter absoluto y que no conoce de ninguna excepción a la luz de la práctica internacional. Para la RDC la disposición que contiene el 5.3 de la Ley 1993/1999, debe interpretarse que está referida a la no exoneración de la responsabilidad penal por razón del cargo oficial que se ocupe, y no como una excepción a la inmunidad de jurisdicción de un MAE, como así lo interpreta el juez instructor belga al dictar la orden de detención

60. *Counter Memorial*, Capítulo Quinto de la Tercera Parte, párrafos 3.5.1. y ss. Y la intervención ante el TIJ de David, en CR 2001/9, párrafos 16 y ss.

61. *Vid.* para este párrafo y el siguiente, *Mémoire*, párrafos 58 y ss., y la intervención oral de d'Argent, en CR 2001/6, pp. 10-20. Un extracto de la mencionada Sentencia de la Corte de Casación de Francia, así como de la Sentencia recurrida en Casación del Tribunal de Apelación de París de 20 de octubre de 2000, se puede consultar en *RGDIP*, t. 105 (2001), pp. 473-476.

internacional. En esta dirección, la RDC diferencia entre la actuación de los tribunales penales internacionales, ante los que, de conformidad con el estatuto que los crea como *lex specialis*, no se puede alegar, además de la condición oficial del imputado, la inmunidad de jurisdicción; y la actuación de los tribunales internos de terceros Estados que, por supuesto, debe respetar el Derecho internacional general, en el que se establece la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción del MAE.

Por último la RDC distingue entre inmunidad e impunidad. Para el Estado africano, la inmunidad tiene un carácter funcional; esto es, está dirigida a que el Estado pueda desarrollar normalmente su política exterior con terceros Estados; más que a un individuo determinado, la inmunidad se aplica a un órgano que está representando los intereses de un Estado ante terceros Estados. Pero la inmunidad no convalida los hechos ilícitos que en su caso se hayan podido cometer, cuyas consecuencias se deberán hacer efectivas a través de otros mecanismos judiciales frente a los que no se pueda alegar la inmunidad de jurisdicción<sup>62</sup>.

Para el TIJ, que como hemos visto sostiene la inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción absoluta del MAE de la RDC ante los tribunales belgas, en la práctica internacional no se aprecian excepciones referidas a la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. De la jurisprudencia interna (Pinochet, Gadafi) no se deduce la existencia de tales excepciones, y de la actuación de los tribunales penales internacionales tampoco se puede concluir la vigencia de estas excepciones en el ámbito de las jurisdicciones internas de los Estados<sup>63</sup>.

Si bien, a continuación el TIJ se esfuerza en mantener, *obiter dictum*, la distinción entre, por un lado, la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales internos de un MAE, que impide que un individuo pueda ser perseguido penalmente ante los tribunales de terceros Estados mientras ocupa el cargo de MAE, y, por otro, la impunidad. Para el TIJ, inmunidad no equivale a impunidad, ya que existen otras vías que permiten hacer efectiva la responsabilidad

62. *Mémoire*, párrafo 73, y la intervención en el proceso oral de Rigaux, en CR 2001/5, pp. 17-20.

63. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 58, en el que el TIJ sostiene lo siguiente: "The Court has carefully examined State practice, including national legislation and those few decisions of national higher courts, such as the House of Lords or the French court of Cassation. It has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity".

penal del individuo que disfruta de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de terceros Estados mientras ocupa el cargo de MAE. Son las siguientes:

En primer lugar, la responsabilidad penal del individuo que ocupa el cargo de MAE se puede hacer efectiva ante los tribunales de su propio Estado, de conformidad con el derecho interno de ese Estado.

En segundo lugar, cabe que se haga efectiva ante las jurisdicciones internas de terceros Estados si el Estado del que es MAE ese individuo renuncia a alegar la inmunidad de jurisdicción.

En tercer lugar, cuando el individuo deja de ser MAE ya no disfruta de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de terceros Estados, excepto en lo que se refiere a los actos de carácter oficial cometidos durante el tiempo en el que ocupó el cargo de MAE (inmunidad *ratione materiae*)<sup>64</sup>. El TIJ no se pronuncia sobre cuáles son esos actos de carácter oficial, ni tampoco detalla si en todo caso se excluyen de esta categoría a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad

Por último, la responsabilidad penal del individuo, antiguo MAE o también MAE en ejercicio, puede hacerse efectiva ante las jurisdicciones internacionales que tengan competencia para ello según el Estatuto que las crea<sup>65</sup>.

La decisión del TIJ en este punto, el objeto central de la controversia entre la RDC y Bélgica, se adopta por una amplia mayoría de trece votos contra tres. Entre los jueces que votan en contra se encuentran Oda, que como ya hemos señalado se opone en todo momento a que el TIJ se ocupe de este asunto; el Juez *ad hoc* de Bélgica, Van Den Wyngaert, quien se opone a la decisión del TIJ fundamentalmente apoyándose en la argumentación que ofrece Bélgica en su Contramemoria<sup>66</sup>; y, por último, el juez Al-Khasawneh,

64. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 61, en el que el TIJ sostiene lo siguiente: "... a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State *in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity*" (la cursiva es nuestra).

65. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 61.

66. *Vid. Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaert*, párrafos 8 y ss; se puede destacar de su Opinión Disidente la argumentación que presenta dirigida a sobreponderar el elemento espiritual de la costumbre sobre el material, lo que a su entender debería haber conducido al TIJ a alcanzar otro resultado en esta Sentencia. En su opinión, "in the present case, there is no settled practice (*usus*) about the postulated 'full' immunity of Foreign Ministers to which the International Court of Justice refers in paragraph 54 of its present Judgment. There may be limited State practice about immunities for current or former Heads of State in national courts, but there is no such

quien en su breve Opinión Disidente, después de criticar la distinción que hace el TIJ entre inmunidad e impunidad, porque considera que las cuatro alternativas que ofrece el TIJ de hecho conducen a la impunidad, sostiene que la inmunidad de jurisdicción no puede considerarse absoluta, y mucho menos frente a normas internacionales que tienen carácter *ius cogens*, como las que prohíben los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. A su parecer, estas normas de *ius cogens*, que reconocen los intereses considerados como esenciales por la comunidad internacional en su conjunto, deben prevalecer sobre las normas que regulan la inmunidad de jurisdicción de un MAE, a modo de excepciones a la aplicación de esta última regla<sup>67</sup>.

A nuestro entender, las críticas que se formulan a la Sentencia del TIJ en este punto carecen de apoyo en el Derecho internacional en vigor. Como señalan en su Opinión Separada los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en el Derecho internacional contemporáneo se aprecia una

practice about Foreign Ministers. On the contrary, the practice rather seems to be that there are hardly any examples of Foreign Ministers being granted immunity in foreign jurisdictions. Why this is so is a matter of speculation. The question, however, is what to infer from this 'negative practice'... A 'negative practice' of States, consisting in their abstaining from instituting criminal proceedings, cannot, in itself, be seen as evidence of an *opinio juris*. Abstention may be explained by many other reasons, including courtesy, political considerations, practical concerns and lack of extraterritorial criminal jurisdiction. Only if this abstention was based on a conscious decision of the States in question can this practice generate customary international law"; *ibid.*, párrafo 13; y para el Juez *ad hoc* nombrado por Bélgica, la conclusión a la que llega el TIJ en esta Sentencia según la cual el MAE tiene inmunidad de jurisdicción absoluta ante los tribunales internos de terceros Estados, "has no basis in positive international law. Before reaching this conclusion, the Court should have satisfied itself of the existence of *usus* and *opinio juris*. There is neither State practice nor *opinio juris* establishing an international custom to this effect. There is no treaty on the subject and there is no legal opinion in favour of this proposition": *ibid.* párrafo 23. Cf. a este respecto la distinción entre "práctica cualificada" y "práctica no cualificada" que propone F. VISMARA, "La prova di una pratica generale accettata come diritto nella prassi della Corte Internazionale di Giustizia", *La Comunità Internazionale*, vol. LV (2000), 439-463, *passim*, a la luz de la aplicación del artículo 38.1. b) de su Estatuto que ha realizado el TIJ, entendiendo que la primera es aquella que prueba la existencia de la *opinio iuris*, mientras que en el segundo caso no es posible demostrar que la actuación de los Estados se debe a la convicción de que están cumpliendo el Derecho internacional; para este autor, por lo general el TIJ hace un uso selectivo de la práctica internacional, incidiendo sobre todo en la práctica convencional y legislativa interna, así como en los actos adoptados en el seno de las organizaciones internacionales, para la probar la existencia de las normas consuetudinarias. En esta misma dirección, en la Sentencia del TIJ de 14 de febrero de 2002, el Tribunal se muestra bastante parco en el análisis de la práctica internacional, limitándose a citar algunas decisiones de tribunales internos (*Pinochet* y *Gadafi*), así como los Convenios de Viena de 1961, 1963 y 1969, y el de Nueva York de 1969, y los Estatutos de los tribunales penales internacionales de la ExYugoslavia, Ruanda y de Roma.

67. *Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh*, párrafo 7.

tendencia dirigida a hacer efectiva la responsabilidad penal de los individuos que han cometido crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cualquiera que sea el cargo que ocupan o que hayan ocupado en el Gobierno de un Estado, ya sea ante tribunales penales internacionales, ya sea ante las jurisdicciones internas. Para estos tres jueces, de conformidad con esta evolución los dirigentes gubernamentales no pueden alegar su cargo oficial como eximente o exoneración por los crímenes cometidos. Pero la aplicación de la responsabilidad penal del individuo debe al mismo tiempo equilibrarse con otros intereses también fundamentales para el ordenamiento internacional; lo explican del siguiente modo: "On the one scale, we find the interest of the community of mankind to prevent and stop impunity for perpetrators of grave crimes against its members; on the other, there is the interest of the community of States to allow them to act freely on the inter-State level without unwarranted interference. A balance therefore must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community". Y para ellos, ahora mismo, "the law of privileges and immunities..., retains its importance since immunities are granted to high State officials to guarantee the proper functioning of the network of mutual inter-State relations, which is of paramount importance for a well-ordered and harmonious international system"<sup>68</sup>.

De conformidad con estos postulados, y siempre a la luz de la práctica internacional en la materia, la decisión del TIJ puede calificarse de ajustada a derecho. Parece claro que el TIJ tiene como misión la de interpretar y aplicar las normas internacionales vigentes. Al máximo órgano judicial internacional no le corresponde ningún protagonismo en el proceso de cambio normativo; protagonismo que recae fundamentalmente en los alrededor de 190 Estados que conforman la Sociedad internacional contemporánea. Si el TIJ hubiera asumido la argumentación que mantiene el Juez Al-Khasawneh en su breve Opinión Disidente<sup>69</sup>, a través del recurso a nociones generales que pretenden

68. *Joint Separate Opinión of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, párrafo 75.

69. Juez de nacionalidad jordana, quien por cierto en su primera actuación como juez del TIJ ya demostró una concepción del ordenamiento internacional objetivista, en contra de la corriente consensualista claramente predominante en la jurisprudencia del TIJ. En efecto, el juez Al-Khasawneh votó en contra, junto con el juez *ad hoc* Pirzada nombrado por Pakistán, de la decisión adoptada por el TIJ en su Sentencia de 21 de junio de 2000 en el asunto del *incidente aéreo de 10 de agosto de 1999 (Pakistán c. India)*, en la que el TIJ se manifiesta incompetente para conocer de la controversia planteada por Pakistán contra la India, al aplicar la "reserva Commonwealth" mediante la que la India excluye de la competencia del TIJ las controversias que puedan surgir en relación a cualquier Estado que sea o haya sido miembro de la

convertirse en remedios infalibles contra todos los males como la de *ius cogens*<sup>70</sup>, hubiera ido más allá de la función judicial, para inmiscuirse de lleno en el proceso de cambio normativo relativo al sector de normas dedicado a la responsabilidad penal del individuo, asumiendo una labor que a todas luces no le corresponde. Desde esta perspectiva, el TIJ maneja correctamente los materiales de la práctica internacional para llegar a la conclusión de que el Derecho internacional consuetudinario garantiza la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción penal absoluta del MAE en activo *ante las jurisdicciones internas de terceros Estados*, sin que quepa apreciar excepción alguna, cualquiera que sea la gravedad de los crímenes que se le imputan. Desde luego, no se le puede pedir al TIJ que en el desempeño de su función jurisdiccional vaya por delante de los Estados, anticipándose al proceso de creación y cambio de normas que desarrollan los propios Estados, haciendo caso omiso a la práctica internacional, exponente del derecho internacional consuetudinario vigente.

Commonwealth. Frente a la aplicación de esta reserva *rationae personae* por el TIJ, el Juez Al-Khasawneh considera que de conformidad con las circunstancias históricas en las que se formuló esta reserva puede considerarse como obsoleta y, sobre todo, la voluntad de arbitraria exclusión que la misma revela en cuanto que excluye a las controversias con Estados que sean “o hayan sido” miembros de la Commonwealth, permite sostener que la reserva es inválida y por tanto no impide la competencia del TIJ: *vid. Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh*, párrafos 18 y 19. *Vid.* para un análisis de esta Sentencia del TIJ, J.F. ESCUDERO ESPINOSA: “La libertad de los Estados para definir los parámetros de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. La Sentencia de 21 de junio de 2000 en el asunto del incidente aéreo de 10 de agosto de 1999 (*Pakistán c. India*)”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVII (2001), 395-442, *passim* y p. 434.

70. Cabe citar aquí la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2001 (*caso Al-Adsani v. The United Kingdom*), en la que si bien se reconoce el carácter de *ius cogens* de la norma internacional que prohíbe la tortura (párrafo 61 de la Sentencia), al mismo tiempo se afirma la inmunidad de jurisdicción de Kuwait ante los tribunales del Reino Unido ante *la demanda civil* interpuesta por Al-Adsani (quien posee la doble nacionalidad Kuwaití y del Reino Unido) por los daños producidos por las torturas sufridas en Kuwait, imputables, por acción o por omisión, a las autoridades del Estado del Golfo. El TEDH, después del repaso de la práctica internacional y del proceso codificador, considera que “... while noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture, does not accordingly find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State” (Sentencia, párrafo 66), por lo que llega a la conclusión de que el Reino Unido no ha vulnerado los artículos 3 (por unanimidad de sus jueces) y 6.1 (*por nueve votos contra ocho*) del Convenio Europeo por el hecho de que sus tribunales hayan reconocido la inmunidad de jurisdicción de Kuwait por las demandas civiles presentadas contra ese Estado por los daños causados por actos de tortura cometidos en Kuwait, en aplicación de la *State Immunity Act 1978*.

En esta sentido, aunque en los últimos años se han levantado opiniones doctrinales dirigidas a cuestionar la inmunidad de jurisdicción de altos dirigentes gubernamentales por la comisión de crímenes de derecho internacional ante los tribunales internos de terceros Estados<sup>71</sup>, lo cierto es que hasta ahora la práctica de las jurisdicciones internas de los Estados no se orienta en esta última dirección<sup>72</sup>. No es este el lugar para un análisis de la práctica internacional en la materia. Pero sí que podemos citar aquí la valoración de la misma que se lleva a cabo en la Resolución del IDI aprobada el 26 de agosto de 2001 en su sesión de Vancouver, titulada “Les immunités de juridiction et d’exécution du chef d’État et de gouvernement en droit international”. Según el artículo 2 de esta Resolución el jefe de Estado en ejercicio disfruta de inviolabilidad y de inmunidad de jurisdicción penal ante los tribunales de un Estado extranjero, “pour toute infraction qu’il aurait pu commettre, quelle qu’en soit la gravité”<sup>73</sup>. El mismo régimen se aplica a los jefes de gobierno en activo, según esta Resolución. Y como acabamos de comprobar, según la Sentencia del TIJ de 14 de febrero de 2002 también es el mismo que se aplica al MAE en activo.

Mientras que el antiguo jefe de Estado no disfruta de ninguna inviolabilidad, y tampoco tiene inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de

71. Cf. a este respecto, A. ABELLÁN HONRUBIA, “La responsabilité internationale...”, loc. cit., pp. 220-230; A. BIANCHI: “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case”, *EJIL*, vol. 10 (1999), 237-277, pp. 270-276; L. CAFLISCH (ed.): “Pratique suisse”, *RSDIE*, vol. 4 (2001), pp. 654-656; P. DE SENNA: “Immunità di ex capiti di Stato e violazioni individuali del divieto di tortura: sulla Sentenza del 24 marzo 1999 della camera dei lords neli caso Pinochet”, *Rivista*, vol. LXXXII (1999), 933-974, pp. 959-967; F. POIRAT: “Jurisprudence”, en *RGDIP*, t. (2001), 477-491, pp. 488-491; A. REMIRO BROTONS: *El caso Pinochet...*, op. cit., pp. 109-122; M. RUFFERT: “Pinochet follow up: the end of Sovereign Immunity?”, *NILR*, vol. XLVIII (2001), 171-195, pp. 183-190; S. ZAPPALÀ: “Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour of Cassation”, *EJIL*, vol. 12 (2001) 595-612, pp. 600-607.

72. Práctica a la que han contribuido no hace mucho los tribunales españoles. Así, en el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 1999, se afirma que los Jefes de Estado en activo disfrutaban de inmunidad de jurisdicción absoluta ante los tribunales de terceros Estados, en referencia en concreto al jefe de Estado de Cuba. Cfr. en la doctrina española los comentarios a esta decisión de J. GONZÁLEZ VEGA, en la sección de “Jurisprudencia”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. I (2001), pp. 814-816; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE: “Jefes de Estado y jurisdicción universal: los casos ‘Cuba’ y ‘Guatemala’”, *AHILADI*, vol. 15 (2001), pp. 445-480, *passim*.

73. Además, según el artículo 8 de esta Resolución, los Estados pueden acordar las excepciones que consideren oportunas a la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción; pero “si la dérogation n’est pas explicite, il convient de présumer qu’il n’est pas dérogé à l’invulabilité et aux immunités...; l’existence et l’étendue de cette dérogation doivent être établies sans ambiguïté par toutes voies de droit”.

terceros Estados, salvo “en raison d’actes qu’il a accomplis durant ses fonctions et qui participaient de leur exercice”. En esta Resolución del IDI sí que se advierte expresamente que el antiguo jefe de Estado no puede alegar ninguna inmunidad, tanto penal, como civil o administrativa, ante los tribunales de terceros Estados, si los actos que se le imputan “*sont constitutifs d’un crime de droit international*, lorsqu’ils ont été accomplis principalement pour satisfaire un intérêt personnel ou lorsqu’ils sont constitutifs de l’appropriation frauduleuse des avoirs ou des ressources de l’État” (art. 13.2; la cursiva es nuestra). Con este último apartado, la Resolución quiere dejar bien claro que los crímenes de derecho internacional no se pueden incluir entre los actos de carácter oficial realizados por el antiguo jefe de Estado mientras desempeñó su cargo, a los efectos de alegar la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de terceros Estados<sup>74</sup>.

En este orden de cosas, cabe reprochar al TIJ que en su Sentencia de 14 de febrero de 2002 no se haya pronunciado expresamente en este sentido, cuando establece la distinción entre inmunidad e impunidad y señala las posibles alternativas que se presentan para hacer efectiva la responsabilidad penal de individuos que ocupan el cargo de MAE. El desarrollo convencional y legislativo que se aprecia en el Derecho internacional penal durante la última década debería haber permitido al TIJ afirmar con contundencia que los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad no pueden ser incluidos dentro de los actos oficiales realizados por el antiguo MAE a los efectos de alegar la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de terceros Estados (no inmunidad *ratione materiae*). El TIJ se ha mostrado excesivamente conservador en este punto. Aunque la práctica a este respecto es muy escasa, al menos la decisión de 24 de marzo de 1999 del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores en el caso Pinochet permite confirmar la evolución que se aprecia en el derecho internacional en esta materia; si bien, también hay que reconocer que la decisión de la Cámara de los Lores se limita a

74. El texto de esta Resolución se puede consultar en *RGDIP*, t. 105 (2001), pp. 1086-1090; para un comentario de esta Resolución, *vid.* H. Fox: “The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government”, *ICLQ*, vol. 51 (2002), pp. 119-125, *passim*; según este autor, “In its original form, and having regard to the special position which the Minister of Foreign Affairs enjoys in the signature of treaties under Article 7 of the 1969 Vienna convention on Treaties, the draft conferred similar immunities upon a serving Minister of Foreign Affairs. But it was concluded that in modern practice other ministers and members of the government, such as the Finance Minister, represented to equal or greater extent the State in international matters. It was accordingly decided to limit the beneficiaries of the Resolution to the central figure, whether of Government or of State in a country”: *ibid.*, p. 120.



interpretar el art. 1 de la Convención contra la tortura de 1984, como norma convencional vigente entre el Reino Unido, Chile y España.

### 3. *Bélgica comete un hecho ilícito internacional*

En su Contramemoria, así como en las intervenciones en el procedimiento oral, Bélgica reitera que la Orden de detención internacional dictada por el juez belga no tiene efectos jurídicos para la RDC, puesto que el Estado africano no tiene ninguna obligación jurídica de cumplirla; en su caso, la Orden de detención deberá ser cumplida por la policía belga en Bélgica. Cabe también que sea ejecutada por terceros Estados, pero si estos últimos la ejecutan estarán asumiendo su propio comportamiento que no es imputable a Bélgica a los efectos de la responsabilidad internacional frente a la RDC. Sobre todo, Bélgica insiste en que mientras Yerodia era el MAE de la RDC no se concretó la ejecución de la Orden de detención internacional mediante la transmisión de la correspondiente *Red Notice* vía Interpol, a los efectos de identificar la persona para su detención, lo que permitiría en su caso solicitar su extradición por parte de Bélgica una vez se hubiera producido su detención. La *Red Notice* fue solicitada por Bélgica a la Interpol el 12 de septiembre de 2001, cinco meses después de que Yerodia dejara de pertenecer al Gobierno de la RDC. Además, Bélgica no ha solicitado la extradición de Yerodia a la RDC ni a ningún otro Estado. Y de hecho tampoco se ha obstaculizado la realización de las funciones del MAE de la RDC. Por tanto, al dictar la orden de detención internacional, Bélgica no ha vulnerado los derechos y obligaciones de la RDC<sup>75</sup>.

Por su parte, la RDC alega la inconsistencia de la postura Belga cuando sostiene que si la orden de detención internacional es ejecutada en un tercer Estado, tal conducta debe atribuirse a ese Estado y no a Bélgica, puesto que “le mandat d’arrêt du 11 avril 2000 demeure en toute hypothèse la cause du fait illicite complémentaire et distinct que réaliserait un Etat tiers par la collaboration que pourrait apporter certains de ses organes et agents à l’exécution de ce mandat d’arrêt». Además, la RDC insiste en el carácter coercitivo de la orden de detención internacional dictada por el juez belga, ya

75. *Counter Memorial*, Capítulo Primero de la Tercera Parte, párrafos 3.1.1. y ss; y la intervención oral de Bethlehem, en CR 2001/8, párrafos 120 y ss.

que en su tenor literal se pide con toda claridad que se detenga a Yerodia y se le traslade a una determinada prisión belga para su encarcelamiento y posterior juicio<sup>76</sup>. Por último, para la RDC la orden de detención internacional ha limitado efectivamente el ejercicio de las funciones de representación y de negociación de su MAE ante terceros Estados, impidiendo u obstaculizando los desplazamientos a terceros Estados<sup>77</sup>.

El TIJ tampoco da la razón a Bélgica en relación a la falta de efectos jurídicos que ha tenido la orden de detención internacional. A pesar de las circunstancias que alega Bélgica, el TIJ mantiene que, teniendo en cuenta la naturaleza coercitiva de la orden de detención internacional y el propósito perseguido que no es otro que la detención de Yerodia, la emisión y transmisión a nivel internacional de la orden de detención internacional infringe la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción del MAE de la RDC, aunque la orden no se haya ejecutado ni haya habido ningún intento de hacerlo, ni por Bélgica ni por un tercer Estado. Es más, para el TIJ la violación de la inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción del MAE de la RDC se produce incluso “whether or not it significantly interfered with Mr. Yerodia’s diplomatic activity”<sup>78</sup>.

De este modo, el TIJ confirma que la existencia de un hecho ilícito internacional depende a su vez de que se den dos elementos: el elemento objetivo y el elemento subjetivo, según se ve confirmado en el Proyecto de artículos aprobado por la CDI en segunda lectura en 2001, sin que sea necesario añadir un tercer elemento referido a la existencia de un daño concreto, causado a un Estado<sup>79</sup>. Como veremos con más detalle en el siguiente epígrafe, el daño que causa, a juicio de la RDC, la orden de detención dictada por el juez belga, es un daño jurídico o moral; por ello, la RDC no pide ninguna indemnización. El TIJ asume esta postura; el hecho ilícito cometido por Bélgica consiste en la emisión de una orden de detención internacional

76. *Mémoire*, párrafo 55.

77. *Vid.* la intervención de d’Argent, en CR 2001/10, p. 20, para quien los perjuicios sufridos se concretan del siguiente modo: después de dictarse la orden de detención internacional el MAE de la RDC “ne se soit plus jamais rendu dans l’un des pays membres de l’Union européenne et que son avion faisait ses escales techniques à Dakar, d’où son père est originaire. Lorsque le ministre Yerodia s’est rendu à New York, muni d’une invitation des Nations Unies, il s’est bien gardé de s’écarter du siège de l’Organisation des Nations Unies, et il a emprunté le chemin le plus court entre l’Aéroport et celui-ci».

78. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 71.

79. *Cf. Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones*, A/56/10, pp. 49-56 y 237.

por el juez belga (que es evidentemente un órgano del Estado, a los efectos de la atribución de su comportamiento a Bélgica) mediante la que se pide a terceros Estados que detengan al MAE de la RDC, para su posterior traslado a una prisión belga para su enjuiciamiento por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Para el TIJ no es necesario que la RDC pruebe que las funciones de representación ejercidas por su MAE se vieron efectivamente obstaculizadas por la orden de detención internacional dictada por Bélgica; de hecho durante la visita oficial a Bélgica que realizó Yerodia en junio de 2000, la orden de detención no fue ejecutada<sup>80</sup>. A buen seguro, en el futuro esta sentencia será citada con frecuencia en los manuales de la disciplina, en el capítulo sobre la responsabilidad internacional del Estado, como un ejemplo reciente que demuestra la importancia que puede tener para cualquier Estado la defensa de su condición de sujeto de derecho internacional ante los daños jurídicos o morales sufridos a manos de terceros Estados.

## V. EL CESE Y LA REPARACIÓN DEL HECHO ILÍCITO

Como acabamos de apuntar, para la RDC el hecho ilícito que comete Bélgica consiste en la emisión y difusión de una orden de detención internacional contra su MAE, aunque no se haya ejecutado, ni se haya concretado ningún intento por hacerlo. El hecho ilícito se comete en el momento mismo de dictarse la orden, y perdura hasta que Yerodia deja de ser MAE. Por esta razón, la RDC no pide el cese del hecho ilícito, sino la reparación del daño que ha causado. El hecho ilícito no ha causado ningún daño material a la RDC; se trata de un daño moral o jurídico que consiste en los perjuicios causados al normal desempeño de sus funciones por el MAE de la RDC —y por ende, del desarrollo de la política exterior de este Estado—, agravados por la situación de conflicto interno e internacional por la que atraviesa en los últimos años la RDC, lo que obliga a su MAE a llevar a cabo un buen número de viajes a terceros países. Según la RDC los desplaza-

80. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 70, en el que el TIJ sostiene lo siguiente: “The court notes that the warrant did admittedly make an exception for the case of an official visit by Mr. Yerodia to Belgium, and that Mr. Yerodia never suffered arrest in Belgium. The Court is bound, however, to find that, given the nature and purpose of the warrant, *its mere issue* violated the immunity which Mr. Yerodia enjoyed as the Congo’s incumbent Minister for Foreign Affairs” (la cursiva es nuestra).

mientos de su MAE se han visto obstaculizados ante la amenaza de la ejecución de la orden de detención internacional dictada por el juez belga<sup>81</sup>.

Por todo ello, la RDC solicita al TIJ, como reparación del hecho ilícito cometido por Bélgica, la satisfacción y la restitución del orden jurídico. Por una parte, la RDC solicita la constatación formal por el TIJ del hecho ilícito cometido por Bélgica como una forma de satisfacción que repara el daño moral. Por otra, que tanto Bélgica como terceros Estados se abstengan de cumplir la orden de detención internacional; y que Bélgica anule la orden de detención internacional dictada por el juez belga y lo comuniqué a todos los Estados, a modo de *restitutio in integrum*<sup>82</sup>.

En su respuesta, Bélgica defiende que desde el momento en el que Yerodia cesa como MAE, incluso si el TIJ considera que la emisión de la orden de detención internacional vulneró los derechos de la RDC, ya no procede anular la orden de detención internacional, ni hay motivo que impida su cumplimiento, que ahora mismo está referido a la detención de un particular. Por tanto, la orden de detención internacional debe seguir en vigor y puede ser ejecutada en Bélgica y en terceros Estados, puesto que tiene como destinatario a un particular que no ocupa ningún cargo como MAE. Asimismo, Bélgica sostiene que una Sentencia del TIJ no puede tener efectos para terceros Estados no partes en la controversia, por lo que el TIJ no debe atender tampoco la solicitud que formula la RDC dirigida a que el TIJ decida que terceros Estados no deben ejecutar la orden de detención internacional dictada por el juez belga<sup>83</sup>. Bélgica también insiste en que el principio de la separación de poderes, vigente en el ordenamiento interno belga, impide al Gobierno paralizar la actuación del juez instructor en el caso Yerodia; por tanto, la orden de detención internacional dictada por el juez de instrucción no puede ser anulada por el Gobierno belga<sup>84</sup>.

81. La RDC llega a sostener también que además del daño causado a la RDC, la controversia con Bélgica va más allá de las relaciones bilaterales entre la RDC, ya que «la question du respect scrupuleux des immunités conférées par le droit international est en effet d'intérêt général pour la communauté internationale dans son ensemble. Les relations internationales ne sauraient en effet se conduire sereinement et librement s'il était permis à chaque État d'accuser et d'attirer devant ses juges des personnes dont les fonctions consistent précisément à participer au commerce interétatique»: *Mémoire*, párrafos 50 y ss., cita en párrafo 53. Y la intervención de Rigaux ante el TIJ en CR 2001/10, pp. 23-24.

82. *Mémoire*, párrafo 97. Y la intervención de Rigaux ante el TIJ en CR 2001/10, pp. 23-26.

83. *Counter Memorial*, Capítulo Sexto de la Tercera Parte, párrafos 3.6.1. y ss. Y la Intervención de Bethlehem, en CR 2001/9, pp. 31 y ss.

84. *Vid.* la intervención de Devadder, CR 2001/8, p. 11.

Para el TIJ, la reparación del hecho ilícito cometido por Bélgica se articula del siguiente modo. Por una parte, el TIJ considera que la emisión de la orden de detención internacional dictada por Bélgica ha vulnerado los derechos de la RDC, por lo que Bélgica ha incurrido en responsabilidad internacional. “The Court considers that the findings so reached by it constitute a form of satisfaction which will make good the moral injury complained of by the Congo”<sup>85</sup>.

Por otra, el TIJ cita el caso de la Factoría de Chorzów<sup>86</sup> y considera que además de la reparación en forma de satisfacción, la reparación debe tratar de restablecer la situación que *existiría*, con toda probabilidad, de no haberse cometido el hecho ilícito; desde este punto de partida, el TIJ decide que la orden de detención internacional “is still extant, and remains unlawful, notwithstanding the fact that Mr. Yerodia has ceased to be Minister for Foreign Affairs”; por lo que, “Belgium must, by means of its own choosing, cancel the warrant in question and so inform the authorities to whom it was circulated”<sup>87</sup>.

Este último es el aspecto a nuestro entender más controvertido de la Sentencia del TIJ, adoptada en este apartado por diez votos contra seis. Como sostienen en su Opinión Separada los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en este caso la *restitutio in integrum* ya no es posible puesto que Yerodia ya no es el MAE de la RDC. En efecto, el hecho ilícito cometido por Bélgica tuvo carácter continuo, permaneciendo en el tiempo desde que se dictó la orden de detención internacional, hasta que Yerodia dejó de ser el MAE de la RDC. Por lo que una vez que se produce el cese de Yerodia como MAE, cesa también la ilegalidad de la orden de detención y las consecuencias jurídicas de tal ilegalidad; el sólo hecho de que en la orden de detención internacional se siga identificando a Yerodia como el MAE de la RDC no afecta en absoluto al cese del hecho ilícito; en su caso será una cuestión que

85. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 75. En esta dirección, en el artículo 37 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados aprobado por la CDI en 2001, dedicado a la satisfacción, se establece lo siguiente: “1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización. 2. *La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación*, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. 3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable”: *Informe...*, *op. cit.*, cita en p. 282 y comentarios a este artículo en pp. 282-288 (la cursiva es nuestra).

86. CPJI, *Series A*, no. 17, p. 47.

87. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 76.

deberá ser solventada en el ordenamiento interno belga, sin que deba tener ninguna repercusión en la reparación del hecho ilícito internacional cometido por Bélgica<sup>88</sup>. En esta dirección, para ODA, dado que en esta Sentencia se llega implícitamente a la conclusión de que una vez que Yerodia no es MAE ya no existe ningún impedimento legal para que los tribunales belgas dicten una nueva orden de detención internacional, en la práctica ya no tiene ninguna repercusión que el TIJ ordene a Bélgica que cancele la orden de detención de 11 de abril de 2000; en su opinión, la reparación del hecho ilícito cometido por Bélgica debería haberse realizado a través de la concesión de disculpas formales por el Estado europeo<sup>89</sup>.

A nuestro entender, las críticas que formulan los jueces que votan en contra de este apartado de la Sentencia son acertadas. Al decidir que Bélgica debe cancelar la orden de detención internacional, el TIJ asume una excesiva e innecesaria toma de posición dirigida a reafirmar —casi solemnemente— el respeto de las normas sobre inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción del MAE de la RDC, que no encuentra acomodo en las formas y modos mediante los que el Derecho internacional resuelve el cese y la reparación del hecho ilícito. En nuestra opinión, en esta Sentencia el TIJ no solventa correctamente la distinción entre el cese del hecho ilícito y la reparación del mismo en forma de *restitutio in integrum*. Si el TIJ se hubiera apoyado en los trabajos de la CDI, con bastante probabilidad habría conseguido un resultado más atinado<sup>90</sup>.

88. *Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, párrafos 88-89.

89. Pero además añade ODA, que no considera “that Belgium caused any injury to the Congo because no action was ever taken against Mr. Yerodia pursuant to the warrant”: *Dissenting Opinion of Judge Oda*, párrafo 15.

90. Aunque la propia CDI también manifiesta sus dudas sobre la distinción, cuando advierte lo siguiente: “la cuestión de la cesación se plantea con frecuencia en estrecha relación con la de la reparación, y sobre todo la restitución. El resultado de la cesación puede ser indistinguible de la restitución, por ejemplo en casos relativos a la liberación de rehenes o la devolución de objetos o locales incautados. Sin embargo, deben distinguirse ambas. A diferencia de la restitución, la cesación no es objeto de limitaciones relativas a la proporcionalidad. Puede dar lugar a una obligación continuada, incluso cuando se excluye el retorno literal al *statu quo ante* o éste sólo puede conseguirse de manera aproximada”. Si bien, a continuación, con el fin de tratar de aclarar la distinción con un ejemplo de la práctica, la CDI cita el asunto *Rainbow Warrior* para hacer las siguientes consideraciones, a nuestro juicio aplicables, *mutatis mutandis*, a la Sentencia de 14 de febrero de 2002: “La dificultad de distinguir entre cesación y restitución fue puesta de manifiesto por el arbitraje en el asunto *Rainbow Warrior*. Nueva Zelanda trató de obtener la devolución de los dos agentes a su lugar de detención en la isla de Hao. Según Nueva Zelanda, Francia estaba obligada a devolver los agentes y mantenerlos detenidos en la isla por el resto de los tres años; esa obligación no había caducado, ya que no se debía computar a tal efecto el tiempo pasado fuera de la isla. El Tribunal no estuvo de acuerdo. En su opinión, la obligación

En efecto, parece claro que en este caso el hecho ilícito ya no continúa desde la fecha en la que Yerodia dejó de ser MAE. Por tanto, aquí ya no cabe exigir el cese del hecho ilícito<sup>91</sup>. Además de la satisfacción que constituye la declaración de la comisión del hecho ilícito que se contiene en la propia Sentencia, se hubieran podido conceder seguridades y garantías de no repetición del hecho ilícito; por ejemplo solicitando a Bélgica que acomodara su ordenamiento interno (en particular la Ley 1993/1999<sup>92</sup>) a las normas de Derecho internacional relativas a la inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción del MAE<sup>93</sup>; pero la RDC no las pidió y, por consiguiente, el TIJ ni se planteó el concederlas.

En cuanto a la *restitutio in integrum* decidida por el TIJ con el apoyo del caso de la Factoría de Chorzów, en este punto se debería haber aplicado el artículo 35 del Proyecto de la CDI en el que se estipula que el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, que consiste en “restablecer la situación que *existía* antes de la comisión del hecho ilícito”, pero “siempre que y en la medida en que esa restitución: a) no sea materialmente imposible”<sup>94</sup>. Y en el caso objeto de la Sentencia de 14 de febrero de 2002, la restitución jurídica no es posible porque Yerodia ya no es MAE y, por tanto, la orden de detención internacional dictada por el juez belga ya no es contraria a derecho internacional y su anulación no tiene ninguna consecuencia jurídica para la RDC.

Por último, el TIJ rechaza que la Sentencia relativa a una controversia entre la RDC y Bélgica pueda tener implicaciones para terceros Estados. Por

era a plazo fijo, el cual había expirado, por lo que no había cuestión de cesación. Evidentemente, Nueva Zelanda no tenía interés en que se devolvieran los dos agentes a la isla si Francia no continuaba obligada a mantenerlos en ella. De este modo, *el retorno al statu quo ante puede tener escaso o nulo valor si la obligación violada deja de existir...*”; *Informe, op. cit.*, p. 229 (la cursiva es nuestra). *Vid.* en la doctrina para la distinción entre el cese y la reparación del hecho ilícito, J. FERRER LLORET: *Las consecuencias del hecho ilícito internacional*, Alicante, 1998, pp. 22-33.

91. Según el artículo 30 del Proyecto de artículos dedicado a la cesación y no repetición, en primer lugar “El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) A ponerle fin *si ese hecho continúa...*”; *Informe, op. cit.*, p. 226, y comentarios a este artículo en pp. 226-230 (la cursiva es nuestra).

92. Como hemos señalado *supra* en nota a pie número 53, recientemente se ha presentado una proposición de ley en el Senado Belga dirigida a modificar la Ley 1993/1999 para que se adecúe a las normas internacionales que regulan la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción de los altos cargos de los gobiernos de terceros Estados.

93. *Informe...*, *op. cit.*, pp. 230-234.

94. *Informe...*, *op. cit.*, p. 251, y comentarios a este artículo en pp. 252-258 (la cursiva es nuestra).

tanto, en su Sentencia el TIJ no atiende la solicitud que formula la RDC para que el tribunal se dirija a terceros Estados para que éstos consideren nula la orden de detención internacional dictada por Bélgica y, por tanto, no la ejecuten<sup>95</sup>. Aquí el TIJ se limita a aplicar el art. 59 de su Estatuto, en el que se garantiza que sus Sentencias carecen de efectos para terceros Estados.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

1. En estricta técnica jurídica, el resultado que se obtiene en la Sentencia del TIJ de 14 de febrero de 2002 merece una valoración de conjunto positiva. Por un lado, el Tribunal se limita a respetar la libertad de que disfrutaban los Estados a la hora de establecer el objeto de la controversia que someten a la solución del TIJ, y, en consecuencia, aplica la máxima *non ultra petita* para no pronunciarse sobre el alcance del principio de jurisdicción universal. Desde luego, si las dos partes en la controversia habían pedido expresamente al TIJ que no se ocupara de establecer las condiciones y límites en su caso aplicables a la jurisdicción universal, lo más normal era que el tribunal no lo hiciera. Por otro, la constatación de que el MAE en activo disfruta de inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción absoluta ante los tribunales internos de terceros Estados resulta conforme con la práctica de los Estados, expresión del Derecho internacional consuetudinario en vigor. Mucho más discutible resulta a nuestro juicio la utilización que hace el TIJ de las formas de reparación, en particular la referida a la *restitutio in integrum*, cuando pide a Bélgica que cancele la orden de detención internacional, en esas fechas ya referida al ex MAE de la RDC. Asimismo, el TIJ demuestra una actitud excesivamente prudente a la hora de valorar —aunque es cierto que *obiter dictum*— las alternativas que se presentan para evitar la impunidad de los individuos que han cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad.

2. En una perspectiva más general, la Sentencia del TIJ de 14 de febrero de 2002 no deja de ser un exponente más de las dificultades que sigue presentando la puesta en práctica de las normas internacionales que establecen el castigo penal de los individuos que cometan determinadas conductas. Ante la lentitud de los desarrollos institucionales presentes en este sector de normas

95. Sentencia de 14 de febrero de 2002, párrafo 77.



—al igual que en otros muchos del Derecho internacional— como se concreta en la falta de funcionamiento de una corte penal internacional de carácter permanente, con algunas excepciones de cierta relevancia (Tribunales penales *ad hoc* para la Exyugoslavia y Ruanda), la aplicación de las normas internacionales que regulan la responsabilidad penal del individuo debe articularse a través de los ordenamientos internos de los Estados, siempre de conformidad con la estructura eminentemente descentralizada que presenta el ordenamiento internacional. De las cuatro alternativas que ofrece el TIJ en esta Sentencia para hacer frente a la impunidad de los autores de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, ahora mismo, a mediados de 2002, se aprecian pocas expectativas de que a corto plazo alguna de ellas se aplique efectivamente.

3. En efecto, a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario habidas en la RDC, no les queda más remedio que esperar que se produzca una evolución hacia la democracia, el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos en la RDC que permita el establecimiento de un sistema judicial que funcione con todas las garantías debidas para las víctimas y los inculpados. Y/o, en su caso, el C. de S. decida o bien la creación de un tribunal penal *ad hoc* para la RDC, o bien atribuya competencia a la Corte Penal Internacional prevista en el Estatuto de Roma para que enjuicie a los responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio cometidos en la RDC, pero sólo a partir del 1 de julio de 2002, fecha de la entrada en vigor del Estatuto de Roma. También es posible que Yerodia, por cualquier motivo, decida trasladarse a otro Estado, en el que o bien se haga efectivo el principio de jurisdicción universal territorial, o bien el Gobierno de ese Estado acepte cooperar con un tercer Estado que aplique la jurisdicción universal *in absentia*; pero tras lo ocurrido mientras detentaba el cargo de MAE, a buen seguro Yerodia tratará de permanecer bajo el paraguas protector del Estado del que es nacional.

4. Desde una valoración estructural de la aplicación del ordenamiento internacional, el caso Yerodia también demuestra que el desarrollo de las normas primarias dedicadas a tipificar penalmente a nivel internacional determinadas conductas delictivas, no puede sustituir la debilidad institucional que caracteriza al ordenamiento internacional en el plano, fundamentalmente interestatal, de la responsabilidad internacional del Estado. La vulneración de las normas internacionales sobre derechos humanos y derecho humanitario que se vienen cometiendo en el territorio de la RDC, atribuibles a la RDC, a otros Estados implicados en los conflictos armados que allí se desarrollan, así

como a diversos grupos insurreccionales, no ha recibido una respuesta efectiva por parte del ordenamiento internacional, ya sea proveniente de la estructura relacional, ya sea desde la estructura institucional. No se ha alcanzado un consenso entre las potencias occidentales para adoptar medidas eficaces ante la crisis por la que atraviesa la RDC, ni descentralizadamente ni en el seno de Naciones Unidas; organización internacional cuya actuación en este conflicto fundamentalmente se ha caracterizado hasta ahora por ser inoperante. Ante la falta de aplicación de las normas secundarias y terciarias del ordenamiento, es decir, las normas sobre la responsabilidad internacional del Estado, en los conflictos que se suceden en la RDC, las normas internacionales que regulan la responsabilidad penal del individuo no han corrido mejor suerte.

5. Por último, la estructura fundamentalmente interestatal y descentralizada, y eminentemente inorgánica que sigue presentando el ordenamiento internacional contemporáneo, en buena medida sirve de explicación a la aparente paradoja que se presenta en este caso, que podemos enunciar del siguiente modo: la RDC, Estado dirigido por un gobierno dictatorial que hace de las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario una de sus principales armas para mantenerse en el poder, demanda a Bélgica, Estado democrático y de derecho, por lo general respetuoso de los derechos humanos de los individuos que se encuentran sometidos a su jurisdicción, por la actuación de sus tribunales; actuación que, según el TIJ, atenta contra el principio de igualdad soberana entre los Estados en una de sus manifestaciones, la referida a la inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción del MAE de la RDC ante los tribunales belgas. Como hemos visto, el TIJ llega a la conclusión de que Bélgica ha cometido un hecho ilícito internacional cuyo sujeto pasivo es la RDC. A partir de aquí, incluso nos podríamos preguntar las razones por las que Bélgica —o cualquier otro Estado que haya hecho uso del art. 36.2 del Estatuto— no demanda a la RDC ante el TIJ por las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario que se cometen en su territorio. En fin, podemos discernir esta aparente paradoja acudiendo a la noción de principios estructurales del ordenamiento internacional, para llegar a la siguiente constatación: el principio de la igualdad soberana de los Estados es un principio estructural del ordenamiento internacional; por el contrario, el respeto de los derechos humanos no es un principio estructural del ordenamiento internacional. Nos guste o no, este es el balance que nos ofrece el actual estadio de evolución del ordenamiento internacional.