

CERVELL HORTAL, M^a J., *Genocidio, responsabilidad internacional e inmunidad de los jefes de Estado*

lustel, Madrid, 2013, 272 pp. (ISBN: 978-84-9890-220-4)

La obra de la Profesora María José Cervell Hortal se ubica en un espacio de investigación que ha sido, afortunadamente, muy concurrido por autores españoles en las dos últimas décadas: la parte del Derecho internacional que tiene que ver con la represión de los crímenes más graves de interés internacional. En este caso se fija la atención en el genocidio y se pone en relación con el alcance de la responsabilidad de los Jefes de Estado.

A pesar de que el tipo de genocidio se incluye en un tratado internacional en 1948 y salvo el caso Eichmann en los años sesenta, han tenido que pasar décadas, hasta los años noventa, para que tribunales nacionales e internacionales tuvieran la ocasión de juzgar supuestos de genocidio y de determinar el contenido del concepto y su alcance. Y, como la autora señala, en este sentido, la aportación de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda ha sido determinante,

Por su propia naturaleza, el genocidio requiere ciertos medios, suele implicar a cierto número de autores y precisa una voluntad coordinada de sus autores. Aunque, obviamente, no sea imposible que un pequeño grupo de ciudadanos autónomos pueda cometer genocidio si se reúnen los elementos del tipo penal, resulta difícil imaginar el crimen de genocidio sin la participación directa o la complicidad, o por lo menos la aquiescencia o la tolerancia de los órganos del Estado. Por eso el estudio de la responsabilidad de un Jefe de Estado por genocidio, a pesar de que pueda resultar chocante, no es, lamentablemente, un ejercicio de laboratorio. En estos últimos años hemos presenciado el procesamiento de Slobodan Milosevic, entonces Presidente de la República Federativa de Yugoslavia, por el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia; el

juicio y condena, en 2012, de Charles Taylor, procesado cuando todavía era Presidente de Liberia, por el Tribunal Especial para Sierra Leona; o las órdenes de detención contra los presidentes de Sudán Omar al-Bashir, Libia, Muamar el Gadafi, y el exPresidente de Costa de Marfi, Laurent Gbagbo (ya detenido en La Haya desde noviembre de 2011), por parte de la Corte Penal Internacional y, en dos de estos casos, entre los cargos imputados estaba el de genocidio. Los estatutos de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda y, en especial, el artículo 27 del Estatuto de la CPI excluyen expresamente todo título de inmunidad para los crímenes perseguidos en ellos. Pero la cuestión es distinta cuando se trata de la persecución de Jefes de Estado por parte de los tribunales de otro país. Este es el escenario en que nos adentramos en el libro de la Profesora Cervell Hortal. Y el caso de Omar-al Bashir sirve de referencia siempre presente a lo largo de las páginas del libro.

Este libro se estructura en dos partes diferenciadas, precedidas por una introducción.

En la primera parte el centro de interés es el genocidio. En ella se abordan, tras una breve introducción sobre el origen y la evolución del concepto, que nos acompaña hasta la Convención para la represión y sanción del delito de genocidio de 1948, tres cuestiones: el contenido del concepto de genocidio, la doble naturaleza de acto ilícito internacional y de crimen internacional desde el punto de vista de la responsabilidad internacional e individual y las vías de persecución de una y otra modalidad.

En cuanto al concepto de genocidio y a pesar de la reproducción exacta de la definición de 1948 en los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y el de la Corte

Penal Internacional, la autora identifica un proceso de expansión. Respecto del elemento material del tipo penal (matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; o traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo) la autora pone de relieve como la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda ha venido a precisar algunos detalles y ha abierto las puertas a la consideración de distintas conductas concretas que pueden ser incluidas en dicha tipología y, cómo, en cambio, se ha descartado asimilar genocidio a otras prácticas como la de la conocida como *limpieza étnica*. En cuanto al dolo especial exigido por el tipo de genocidio (que la conducta concreta sea perpetrada con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal), la Profesora Cervell Hortal muestra las dificultades para su apreciación al hilo de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el *asunto sobre la aplicación de la Convención del Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia)* de 2007 y de las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares (2009) y de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional (2010) en relación con los cargos incluidos en la orden de detención emitida contra el Presidente de Sudán.

Otro de los problemas importantes que plantea el genocidio es la identificación de los grupos protegidos por el tipo penal. La Convención excluye a los grupos políticos, aunque es un hecho que las legislaciones nacionales recientes de distintos Estados (como Canadá, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Etiopía, Finlandia, Panamá, República Democrática del Congo o Uruguay) han incluido específicamente a los grupos políticos entre los grupos protegidos. Aunque la autora

apenas se refiere a este aspecto, dedica unas interesantes páginas al análisis de la interpretación jurisprudencial que se ha venido haciendo de los distintos grupos protegidos y de la utilización combinada de criterios objetivos y subjetivos para determinar la pertenencia a uno de esos grupos.

Respecto de la posible doble naturaleza del genocidio como acto ilícito internacional y de crimen internacional desde el punto de vista de la responsabilidad internacional e individual, al Profesora Cervell Hortal opta claramente por la respuesta afirmativa, sin perjuicio de que «la responsabilidad del individuo será de naturaleza penal y su autor será culpable de un crimen internacional, mientras que el Estado cometerá un hecho ilícito internacional de particular gravedad» (p.65). Desde ese punto de partida se analiza con detalle la citada sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el *asunto sobre la aplicación de la Convención del Genocidio de 2007*, poniendo de relieve algunos de los puntos débiles de la misma al optar por un imputación de la responsabilidad al Estado solamente en función de la posibilidad de imputar penalmente a sus autores de acuerdo con los parámetros de la responsabilidad penal individual. Por otra parte, la autora aplaude el enfoque adoptado por la Corte Internacional de Justicia en cuanto a la existencia de una obligación para los Estados, de prevención del genocidio, distinta de la obligación de no cometerlo. Finalmente en este apartado se abordan las condiciones en las que es posible atribuir al Estado la responsabilidad internacional por la comisión de un genocidio y se tratan, entre otros aspectos, la cuestión del grado de control que un Estado debe ejercer sobre personas que no tienen la condición de órganos del mismo a los efectos de atribuirle la responsabilidad por las acciones de éstos, aceptando la autora, con alguna reserva, la doctrina del «control efectivo», o de la necesidad de un plan o política estatal dirigida a la comisión del genocidio, optando en este caso la autora por una respuesta negativa,

en consonancia con la jurisprudencia y con la letra de la Convención de 1948 y del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En cuanto a las vías de persecución, la Profesora Cervell Hortal se centra, por su complejidad, por el debate doctrinal que ha suscitado y por sus implicaciones políticas, que han llevado el tema a la propia Asamblea General de las Naciones Unidas, en el estudio de la modalidad de persecución por parte de los tribunales nacionales a través del principio de jurisdicción universal. La autora, que se muestra partidaria «de una aplicación más racional del principio de jurisdicción universal» (p.111), defiende, con buena lógica, la subsidiariedad de la acción judicial de un Estado con el que no exista un vínculo directo con el caso, siempre que haya una concurrencia de jurisdicciones y aquella que tenga un vínculo claro con el caso ofrezca «claro está, garantías de investigar y enjuiciar al presunto culpable» (pp. 111-112). Se dedica un apartado específico a dar cuenta de los avatares de la jurisdicción universal en España, que ha tenido como último episodio la reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial perpetrada mediante la llamativamente denominada *Ley Orgánica 1/2009, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Aunque reconoce que se trata de un paso atrás, la profesora Cervell Hortal, no obstante, expresa un claro escepticismo respecto de la jurisdicción universal y considera que «la jurisdicción universal estaba condenada al fracaso, al menos entendida de manera amplia (cuando como en el caso español, no existía ningún vínculo del Estado que pretendía ejercer su jurisdicción)» (p.124).

La primera parte del libro finaliza con unas reflexiones de gran interés sobre la cuestión de la posibilidad de que cualquier Estado que se sienta lesionado por la comisión de un genocidio pueda iniciar un procedimiento judicial

internacional contra el Estado presuntamente responsable del mismo, que ponen de relieve las considerables dificultades que se plantean en la práctica para hacer operativas las consecuencias teóricas apuntadas y no desarrolladas por la Comisión de Derecho Internacional en relación con el concepto de normas de *ius cogens*, en su Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad de los Estados, de 2001.

La segunda parte de la obra se centra en el escenario en el que un Jefe de Estado sea responsable de un comportamiento genocida y consta de tres apartados sustantivos dedicados, respectivamente, al principio de inmunidad de jurisdicción, a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado y a las vías de persecución penal de los Jefes de Estado, para terminar regresando, de manera conclusiva, al alcance de la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado.

La autora constata la buena salud de que goza el principio de inmunidad de jurisdicción del Estado frente a los tribunales nacionales de otros Estados, a pesar de una práctica estatal no uniforme, poniendo el acento en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 2012 en el *asunto sobre las inmunidades jurisdiccionales (Alemania c. Italia, con intervención de Grecia)*. Pero toma nota de los elementos que apuntan a una solución diferente cuando se trate de reclamar contra la violación de normas de *ius cogens*, localizadas tanto en algunas decisiones judiciales de tribunales nacionales como en las voces disidentes dentro de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia o en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2002, en el caso *Kalogeropoulos y otros*.

En el apartado sobre la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado la profesora Cervell Hortal analiza la problemática que plantea esta institución en un contexto en que los intentos de persecución penal contra Jefes de Estado y muchos otros altos cargos gubernamentales extranjeros por violaciones graves de derechos humanos o del Derecho

internacional humanitario, han proliferado en todo el mundo. Una cuestión que ha llegado también por distintos caminos, a partir de 2000, ante la Corte Internacional de Justicia: el *asunto de la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (RD. del Congo c. Bélgica)* con sentencia de 2002; el *asunto sobre determinados procesos penales en Francia (República del Congo c. Francia)*, cerrado en 2010 por renuncia de la República del Congo; el *asunto sobre ciertas cuestiones concernientes a la asistencia judicial mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, con sentencia de 2008, y el *asunto cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, con sentencia de 2012. Y de la que también se ocupa la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

El principio dispone, en términos generales, que durante el ejercicio de su cargo y ante los tribunales nacionales de terceros Estados, los Jefes de Estado disfrutaban de inmunidad penal completa, *ratione materiae* y *ratione personae*, mientras que tras su ejercicio solamente conservan la primera. Pero la determinación de las otras personas que, junto al jefe de Estado y por razón de su cargo, pueden gozar de inmunidad penal y con qué alcance, suscita todavía muchas dudas.

El apartado sobre las vías de persecución penal de los Jefes de Estado es uno de los más extensos del libro. En el plano de las jurisdicciones nacionales, la posibilidad de hacer excepciones a la inmunidad penal de un Jefe de Estado durante el ejercicio de su cargo por actos contrarios a normas imperativas de derecho internacional, aunque ya es defendida por sectores doctrinales no ha adquirido todavía un peso significativo. En cambio, en el caso de la persona que ha dejado de ser Jefe de Estado, como indica la autora, desde el *asunto Pinochet* se va abriendo paso la posibilidad de excluir crímenes graves, como el de genocidio, del ámbito ordinario del ejercicio de las funciones de un Jefe de Estado, como defienden *l'Institut de Droit International* o la *International Law Association*.

La situación es distinta ante la jurisdicción de los tribunales internacionales que no están vinculados a la estructura de un Estado, formalmente igual al Estado a cuyo alto cargo pretende juzgar, sino que responden a un mandato internacional. La regla establecida en este caso –ya presente en el Tratado de Versalles de 1919 y en los tribunales creados tras la segunda guerra mundial y confirmada en los tribunales penales internacionales actualmente en funciones, incluida, claro está, la Corte Penal Internacional– es la de que no cabe la inmunidad para los crímenes más graves de trascendencia internacional, como lo es el del genocidio. Sin embargo esto resuelve solamente una pequeña parte del problema.

Lo significativo del caso relativo al Presidente de Sudán es el hecho de que Sudán no es Estado Parte en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Su persecución por la Corte por hechos sucedidos en el mismo país sería imposible si no fuera porque la situación ha sido remitida a la Corte por el Consejo de Seguridad, mediante su Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo. En opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares el mismo argumento sirve para rechazar cualquier posible alegación de inmunidad; por tanto jurisdicción y ausencia de inmunidad irían avaladas por la excepción que constituye la vía prevista en el inciso b del Artículo 13 del Estatuto. Sin embargo, y partiendo de la hipótesis que el perseguido no va a entregarse voluntariamente ni va a ser entregado por su propio país, salvo cambios políticos por ahora no atisbados, la cuestión deriva hacia la cooperación de terceros Estados que, para ello, deberían someter a Omar al-Bashir a sus propios procedimientos internos administrativos o judiciales de cooperación con la Corte. Hasta el momento ninguno de los Estados visitados por el Presidente sudanés ha tomado medida alguna contra él y la Corte lo ha puesto en conocimiento del Consejo de Seguridad, en algunos casos de Estados Parte en el Estatuto, fundando la ausencia de inmunidad y la obligación de entregarle, en la

propia resolución de remisión de la situación de Darfur desde el Consejo a la Corte. Según la Corte, aunque con la oposición de la Unión Africana, la inmunidad de jurisdicción es un principio que no debe ser aplicado a los procedimientos ante un tribunal internacional y por tanto no es pertinente el recurso al Artículo 98 del Estatuto de Roma, por haber quedado superado en este punto por el derecho consuetudinario. La Profesora Cervell Hortal va desmenuzando de manera razonable y documentada problemas y argumentos para hacer ver la complejidad y los distintos aspectos que se debaten tras la orden de detención, ahondando en los riesgos que para la credibilidad de la Corte supone la crisis de relación con los Estados africanos; una crisis también alimentada –sea dicho de paso– por la focalización excesiva de la mirada de la Fiscalía, hasta ahora, en ese continente a la hora de identificar las situaciones susceptibles de ser investigadas.

Finalmente, en un último apartado la autora desgrana, a manera de conclusiones, su visión del estado de la cuestión, en el que se refleja una medida combinación de frustración, prudencia y esperanza. Ocurre que la persecución penal de los jefes de Estado implicados en un genocidio o en otros graves crímenes contra los derechos humanos no es un tema que sea periférico en el derecho internacional. Por el contrario afecta a elementos nucleares del derecho internacional

contemporáneo y confronta el interés de los Estados con los intereses de las personas. Durante siglos el derecho internacional ha sido ajeno a los segundos y apenas en el último siglo los intereses de las personas han podido encontrar vías de penetración en el derecho internacional. En esa perspectiva los pasos dados desde la creación de los tribunales penales internacionales ad hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda hasta la de la Corte Penal Internacional, los casos Pinochet o Milosevic, la condena de Charles Taylor, los que están pendientes y los que vendrán, hay que verlos como pasos muy importantes para resquebrajar poco a poco, caso a caso, tribunal a tribunal, juez a juez y, lo que es más importante, Estado a Estado, los blindajes jurídicos que todavía permiten la impunidad de los más grandes criminales del mundo. Y aun sabiendo que la propia estructura del Derecho internacional que tenemos va a impedir que algunos de ellos sean, jamás, castigados.

El libro de la Profesora Cervell Hortal constituye, por todo lo dicho, un excelente trabajo, elaborado de manera metódica y rigurosa, con el apoyo de una bibliografía adecuada y el manejo crítico de la ya notable jurisprudencia pertinente sobre el tema. Absolutamente recomendable.

Antoni PIGRAU SOLÉ
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universitat Rovira i Virgili

FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*

Cívitas-Thomson Reuters, 2013, 570 pp. (ISBN: 978-84-470-4314-9)

La obra objeto de los siguientes comentarios es un auténtico compendio histórico de la evolución que ha tenido el Derecho internacional en materia de derechos humanos. El autor ya ha demostrado un gran interés

por las cuestiones históricas en diferentes ámbitos del Derecho internacional, como lo prueban las monografías siguientes: *Derechos lingüísticos y Derecho internacional*, Dykinson, 1999, 180 p.; *Protección internacional de*