

LAS AMENAZAS A LA COOPERACIÓN EN LA PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO AFRICANO

José Antonio PEREA UNCETA*

Sumario: 1. Introducción. II. La retirada de la Corte Penal Internacional. III. La preferencia por la conciliación. IV. La reparación colectiva como expresión de un concepto comunitario de los derechos humanos. V. Los tribunales locales tradicionales. VI. Los tribunales de los sistemas regionales y la creación de un tribunal penal africano. VII. Conclusiones

Resumen: Las amenazas de algunos Estados africanos de denunciar el Estatuto de Roma de 1998 y por tanto retirarse de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional esconde, más allá de los intentos de determinados gobernantes de eludir sus responsabilidades individuales, serias discrepancias en la manera de entender la necesaria persecución de los más graves crímenes internacionales. En el fondo estos países, sobre todo subsaharianos, plantean una desconfianza general por los medios judiciales y, en su lugar, una preferencia por la conciliación como mecanismo para resolver las controversias en materia de violación de los derechos humanos por los Estados y también en relación con la exigencia de responsabilidades individuales. Esto les mueve a defender alternativas a la sanción individual y a la reparación de las víctimas basadas en la reconciliación nacional y la reparación colectiva, priorizando en caso de ser oportuna la solución judicial la actuación de los tribunales locales tradicionales y los de los sistemas regionales y subregionales de protección de los derechos humanos. Todo ello en el contexto de una concepción comunitaria de los derechos humanos, en la que el individuo tiene unos deberes superiores con el grupo al que pertenece y en el que la supervivencia y la estabilidad de la sociedad prevalece sobre los intereses particulares. La expresión más importante de esta tendencia a encontrar soluciones africanas en el continente es, sin duda alguna, el proyecto iniciado en 2014, y pendiente de culminar, de residir la jurisdicción penal internacional en el ámbito

Fecha de recepción del original: 9 de mayo de 2017. Fecha de aceptación de la versión final: 19 de junio de 2017.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. japerea@der.ucm.es

regional en la nueva Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y de los Pueblos, en detrimento de la Corte Penal Internacional, y ampliando considerablemente el catálogo de crímenes internacional.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, sistema regional africano, derechos humanos.

***Abstract:** The threats by some African States to denounce the 1998 Rome Statute and thus withdraw from the jurisdiction of the International Criminal Court conceals, beyond the attempts of certain leaders to avoid their individual responsibilities, serious discrepancies in the way of understanding the persecution of the most serious international crimes. Really, these countries, especially from sub-saharan Africa, have a general distrust of the judiciary system and, instead, a preference for conciliation as a mechanism for resolving disputes over human rights violations by States and also in relation to with the requirement of individual responsibilities. This moves them to defend alternatives to individual punishment and reparation of victims based on national reconciliation and collective redress, prioritizing in the case of a judicial solution, the action of the traditional local courts and those of regional and subregional systems protection of human rights. All that in the context of a community conception of human rights, in which the individual has higher duties with the group to which he belongs and in which the survival and stability of society prevails over private interests. The most important expression of this trend to find African solutions on the continent is undoubtedly the project begun in 2014, and still to be completed, of international criminal jurisdiction at the regional level in the new African Court of Justice and Rights Human Rights and Peoples, to the detriment of the International Criminal Court, and considerably expanding the catalog of international crimes.*

***Keywords:** International Criminal Court, African regional system, human rights.*

I. Introducción

En la corta andadura de la Corte Penal Internacional (CPI), desde que comenzara a actuar en 2002, esta institución ha estado sometida a numerosas críticas y presiones de los diferentes gobiernos que se han opuesto desde su creación a su importante trabajo en la persecución de los más graves crímenes internacionales. La novedad introducida en los últimos años es, sin embargo, la oposición creciente entre algunos de los Estados parte en el Estatuto de Roma de

1998. Como ejemplo de ello, en 2016 un grupo de países africanos se movilizó para conseguir en el seno de la Unión Africana una retirada colectiva de esta jurisdicción penal internacional. Los motivos son de muy diferente índole, en buena parte explicables por el interés personal de algunos gobernantes por eludir eventuales imputaciones, por obstaculizar procesamientos o por hacer ineficaces órdenes de arresto ya dictadas; y en otra medida, basados en una diferente apreciación de los fundamentos, objetivos y límites de la jurisdicción penal internacional, en primera instancia, y en el fondo, de la propia concepción regional de los derechos humanos.

Aunque no hay una posición política unánime ni una doctrina consolidada en el ámbito africano sobre este cuestionamiento de la CPI, se pueden apreciar, sin embargo, determinadas actuaciones y manifestaciones de organismos, gobiernos y autores africanos, que constatan una tendencia, incipiente todavía y en cualquier caso pendiente de consolidar. Esta situación, por minoritaria que sea, supone un problema para la cooperación internacional en materia de sanción de los crímenes internacionales y revela una serie de cuestiones de fondo que se suscitan en este ámbito en los países africanos, cuestiones que deben ser analizadas al margen de intereses puntuales o planteamientos políticos coyunturales. Esta problemática se plantea en términos de preferencia por la conciliación como mecanismo para resolver no sólo las controversias en materia de violación por los Estados de los derechos humanos sino también en materia de exigencia de responsabilidades individuales por los crímenes internacionales, de alternativas a la sanción individual y a la reparación de las víctimas concretas basadas en la reconciliación nacional y la reparación colectiva, y de priorización de los tribunales locales tradicionales y los de los sistemas regionales y subregionales de protección de los derechos humanos. Todo ello en el contexto de una concepción comunitaria de los derechos humanos, en la que el individuo tiene unos deberes insoslayables con el grupo al que pertenece y en el que la supervivencia de éste prevalece sobre los intereses particulares. Y todo ello, además, con la vista puesta en el proyecto iniciado en 2014, y pendiente de culminar, de residir la jurisdicción penal internacional en las cuestiones que afecten a los países africanos en la nueva Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y de los Pueblos, en detrimento de la CPI.

II. La retirada de la Corte Penal Internacional

La primera señal de alarma, la más evidente, fue la propuesta –promovida por algunos gobiernos incursos en investigaciones o procedimientos ante la Corte en su mayoría–, de realizar una retirada masiva de la Corte Penal Internacional, formulada en la XXVI Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión

Africana celebrada los días 30 y 31 de enero de 2016 en Addis Abeba, en protesta, manifestaban, por el excesivo protagonismo de los casos africanos en sus investigaciones y procedimientos.

En relación con esta acusación, muy generalizada entre los gobiernos africanos, hay que señalar los siguientes datos:

- De los 124 Estados Parte en el Estatuto de Roma de 1998, 34 son países africanos, lo que representa el 27,4% de los Estados participantes¹.

- En esta fecha (mayo de 2017) de las 19 investigaciones principales y exámenes preliminares de la Fiscalía (10 y 9 respectivamente), 14 corresponden a África (73,7%)².

- De los 23 casos ante la Corte, todos corresponden a nacionales de Estados africanos³.

Esta desigualdad en el trato recibido por los países africanos, que se imputa principalmente a un comportamiento interesado principalmente de la Fiscalía y en menor medida del Consejo de Seguridad, merece unas consideraciones más allá del evidente monopolio de los asuntos africanos en los procedimientos sustanciados ante la Corte, puesto que a este respecto hay que señalar, en primer lugar, que la Fiscalía la detenta desde 2012 la señora Bensouda, antigua Ministra de Justicia de Gambia (1998–2000), que desde 2004 era Fiscal Adjunta de la CPI⁴;

¹ De los 54 Estados africanos faltan 20, por lo que participan el 63%, si bien es cierto que otros 10 firmaron el Estatuto. Aunque la participación, en términos cualitativos, es superior en América, con 29 de los 35 Estados del continente (aunque faltando EE UU), supera ampliamente la de Asia, con 13 Estados participantes de 47 (entre los que no está por ejemplo China). Del mismo modo, aunque hay 42 países europeos, faltan Rusia o Bielorrusia. Han firmado, sin ratificar el Estatuto de Roma, Angola, Argelia, Camerún, Egipto, Eritrea, Guinea Bissau, Marruecos, Mozambique, Sao Tomé y Zimbabue. No lo firmaron siquiera Etiopía, Guinea Ecuatorial, Liberia, Mauritania, Ruanda, Somalia, Suazilandia, Sudán del Sur y Togo. Sudán firmó el Estatuto, pero el 26 de agosto de 2008 anunció su intención de no ser parte en el mismo.

² Hay exámenes preliminares de Burundi, Gabón, Guinea, Nigeria y Comoras/Grecia/Camboya, así como de Afganistán, Palestina, Colombia, Iraq/Reino Unido y Ucrania. Las situaciones bajo investigación son de Georgia y además de Uganda, República Democrática del Congo, Sudán (Darfur), Kenia, Libia, costa de Marfil, Mali y dos de la República Centroafricana.

³ Seis casos de la República Democrática del Congo (Ngudjolochei, Ntaganda, Bemba y otros, Bemba, Katanga y Lubanga, el primero archivado y los tres últimos con sentencias respectivamente de 21 de marzo de 2016, 27 de marzo de 2014 y 14 de marzo de 2012), cinco de Sudán (Abu Garda, Al Bashir, Harun/Alí KKushayb, Hussein y Banda, el primero archivado), cuatro de Kenia (Kenyatta, Ruto/Sang, Barasa y Gicheru/Bett, los dos primeros archivados), dos de Costa de Marfil (Gbagbo/Blé Gloudé y Simone Gbagbo), dos de Ruanda (Mbarushimana y Mudacumura, el primero archivado, ambos relacionados con hechos cometidos en RDC), dos de Uganda (Kony y otros, y Ongwen) y uno de Libia (Gaddafi) y Mali (Al Mahdi, con sentencia de 27 de septiembre de 2016).

⁴ Además, hay que tener en cuenta que 4 de los 18 jueces de la Corte son africanos, concretamente la Sra. Sanji Mmasenono Monageng (Botswana, desde 2009), con el cargo de Primera Vicepresidenta (2012), la Sra. Akua Kuenyehia (Ghana, 2003, 2006), la Sra. Joyce Aluoch (Kenia, 2009) y el Sr. Chile Eboe-Osuji (Nigeria, 2012).

que los asuntos instados por el Consejo de Seguridad de la ONU solo han sido dos: las situaciones de Darfur en Sudán (2005) y de Libia (2011)⁵; y que la Fiscalía solo ha iniciado *motu proprio* la investigación de las situaciones de Costa de Marfil y Kenia (además de Georgia, única fuera de África) y los casos de Costa de Marfil y Kenia (2), siendo los restantes solicitados por los propios Estados africanos: República Democrática del Congo (6 situaciones o casos), República Centroafricana (4), Mali (2) y Uganda (1).

Aunque parecía que sería más numerosa la reacción de los gobiernos africanos, al final los únicos que notificaron la denuncia del Estatuto fueron Gambia, Burundi y Sudáfrica. Gambia, conforme a lo previsto en el art. 127 del Estatuto⁶, notificó en fecha 11 de noviembre de 2016 su denuncia, con efectos para un año después, y sin explicaciones adicionales, no obstante, el 16 de febrero de 2017 presentó el desistimiento de su retirada. Esta iniciativa se produjo tras el relevo en la presidencia, debido a la victoria del opositor Adama Barrow en las elecciones de octubre de 2016 y la intervención militar de la CEDEAO en enero de 2017, que forzó la aceptación del resultado y el exilio del presidente saliente Yahya Jammeh, en el poder desde 1996.

Sudáfrica la presentó un poco antes, el 19 de octubre de 2016, pero también la retiró posteriormente, el 17 de marzo de 2017, en este caso no por un cambio en la postura del Gobierno, sino en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de febrero en el procedimiento planteado entre la Alianza Democrática y el Ministerio de Relaciones Internacionales y Cooperación y otros, y que declaró inconstitucional dicha denuncia⁷. Recuerda la sentencia, en primer lugar, que Sudáfrica ratificó el Estatuto de Roma el 27 de noviembre de 2000 y que por la *Implementation Act* de 16 de agosto de 2002 se crea un marco legal para la cooperación de Sudáfrica con la CPI que en la práctica asegura la eficacia de la aplicación de su Estatuto en el país (apartado 10); no obstante, nada aporta

⁵ Mediante resoluciones del Consejo de Seguridad 1593, de 31 de marzo de 2005, y 1970, de 26 de febrero de 2011, basándose en el procedimiento previsto en el Art. 13 del Estatuto de la CPI.

⁶ Art. 127.1 del Estatuto de la CPI establece que “todo Estado Parte podrá denunciar el presente Estatuto mediante notificación por escrito dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que se reciba la notificación, a menos que en ella se indique una fecha ulterior. 2. La denuncia no exonerará al Estado de las obligaciones que le incumbieran de conformidad con el presente Estatuto mientras era parte en él, en particular las obligaciones financieras que hubiera contraído. La denuncia no obstará a la cooperación con la Corte en el contexto de las investigaciones y los enjuiciamientos penales en relación con los cuales el Estado denunciante esté obligado a cooperar y que se hayan iniciado antes de la fecha en que la denuncia surta efecto; la denuncia tampoco obstará en modo alguno a que se sigan examinando las cuestiones que la Corte tuviera ante sí antes de la fecha en que la denuncia surta efecto”.

⁷ Sentencia de la División Gauteng, Pretoria, en el Caso n° 83145/2016. Consultada en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/HIGH%20COURT%20OF%20SOUTH%20AFRICA.pdf

al tema de fondo puesto que la razón para declarar la nulidad de la retirada es haberlo hecho sin la previa aprobación del Parlamento⁸.

Burundi, por su parte, notificó su denuncia el 28 de octubre de 2016 y es la única que sigue en vigor y producirá efectos en fecha 27 de octubre de 2017, conforme a la voluntad del gobierno de Pierre Nkurunziza, investigado por la represión de sus opositores.

Otros la anunciaron, pero no la hicieron efectiva, por diferentes razones, como Namibia, Botsuana, Nigeria o Kenia. De las críticas vertidas el último año contra la Corte hay que distinguir las que proceden de gobiernos con presidentes o ministros sometidos a investigación o procesamiento y las que tienen una mayor objetividad y fundamento. Entre las primeras, destacan por su virulencia los ataques del portavoz del Gobierno de Burundi, implicado en un examen preliminar⁹, que ha declarado que *la Corte se financia en un 70% de la Unión Europea y se ha convertido en un instrumento de presión política sobre los gobiernos de los países pobres o en un medio de desestabilización*¹⁰. Mucho más templado es, por el contrario, el razonamiento del Gobierno de Namibia, cuyo ministro de Justicia, Issaskar Ndjoze, apuntó hace unos meses¹¹ algunas de las razones por las que su Gobierno ha estudiado la retirada del Estatuto de Roma: 1º) porque hay que respetar el principio de complementariedad, según el cual la Corte solo debería asumir los casos cuando no hay capacidad o un genuino compromiso de llevar adelante los procedimientos judiciales en otro sitio, y en consecuencia, deben ser las instituciones judiciales nacionales y, en cierta medida regionales, las que tengan la responsabilidad fundamental de juzgar crímenes de guerra y de lesa humanidad; y 2º) porque no es aceptable que pueda iniciarse una investigación por un órgano, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el que tres de sus cinco miembros permanentes no estén sometidos a la Corte (EE UU, Rusia y China) y además puedan actuar con derecho de veto. Una de las

⁸ Considera que, aunque el Art. 231 de su Constitución no menciona expresamente entre los poderes del Parlamento, junto a competencias como la aprobación de los tratados internacionales, la denuncia de los mismos, sin duda también lo es. A este respecto rechaza el argumento del Gobierno de que tanto el Art. 5 del Convenio de Viena sobre Tratados como el Art. 127 del Estatuto de Roma estén prejuzgando los procedimientos internos de cada Estado para celebrar o denunciar los tratados internacionales cuando exigen la firma del Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Asuntos Exteriores.

⁹ Como se informa en la web de la CPI, *the preliminary examination of the situation in Burundi was announced on 25 April 2016. At the time more than 430 persons had reportedly been killed, at least 3,400 people arrested and over 230,000 Burundians forced to seek refuge in neighbouring countries. The preliminary examination focusses on acts of killing, imprisonment, torture, rape and other forms of sexual violence, as well as cases of enforced disappearances that have been allegedly committed since April 2015 in Burundi.* <https://www.icc-cpi.int/burundi>.

¹⁰ Declaraciones de Philippe Nzobonariba, reproducidas en *El Mundo*, 21/10/2016: <http://www.elmundo.es/internacional/2016/10/21/580a1d19e2704e7f098b457a.html>.

¹¹ Diario *La Vanguardia*, 18/11/2016: <http://www.lavanguardia.com/politica/20161118/411968818500/kenia-y-namibia-amagan-con-retirarse-de-la-corte-penal-internacional.html>.

propuestas de Namibia consiste precisamente en al menos suprimir el veto de los miembros permanentes en este procedimiento, que es por otra parte una de las modificaciones que ha planteado reiteradamente el Gobierno de Kenia, como recordó su embajadora en Países Bajos, Rose Makena, en una dura intervención en la 15ª reunión anual de la Asamblea de Estados Parte en el Estatuto de la CPI, en la que reiteró esta propuesta y también alertó de que la Corte *no tiene el monopolio de la promoción y la protección de los derechos humanos*¹². Hay que entender, sin embargo, que el Gobierno de Kenia –a diferencia del de Namibia o el de Sudáfrica– está implicado directamente en los trabajos de la CPI, por cuanto la Fiscalía abrió en 2010 una investigación por los violentos sucesos ocurridos tras las elecciones de diciembre de 2007, intentando procesar al Presidente Uhuru Kenyatta y a otros miembros de su Gobierno. Aunque finalmente se archivaron entre 2012 y 2016 los casos contra Kenyatta, el Vicepresidente Ruto, el Ministro Kogsey y el periodista Sang, la tensión con la Corte continúa, como demuestran las declaraciones en enero de 2017 del Presidente Kenyatta, al hablar de *procedimientos politizados e infundados de la CPI*¹³. En cualquier caso, la crítica generalizada de que los asuntos africanos monopolizan prácticamente los trabajos de la Corte, también ha sido compartida por otros gobiernos, como los de Botsuana¹⁴ o Nigeria, cuyo Ministro de Justicia, Abubakar Malami, solicitó que *todos los continentes sean tratados por igual*¹⁵.

La denuncia de Sudáfrica, de 19 de octubre de 2016, es, en todo caso, la más conocida, por las circunstancias en las que se basó, y la más relevante, porque es la única que ha ido acompañada de una fundamentación más extensa. En efecto, el Gobierno de Jacob Zuma permitió la participación el Presidente de Sudán, Omar Al Bashir, con orden de arresto de la CPI de 4 de marzo de 2009, en la XXV Cumbre de la Unión Africana celebrada en Johannesburgo en junio de 2015, provocando un polémico enfrentamiento con la Corte¹⁶. El texto presentado por Sudáfrica¹⁷ en síntesis dice lo siguiente:

Recuerda la lucha del pueblo sudafricano contra el colonialismo y el apartheid, su participación en la creación de la CPI y la inclusión en el Acta Constitutiva de

¹² Diario *El Universal*, 18/11/2016: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/mundo/2016/11/18/kenia-y-namibia-amagan-con-dejar-corte-penal-internacional>.

¹³ Diario *El Mundo*, 21/10/2016.

¹⁴ Declaraciones del Fiscal General de Botsuana, Athaliah Molokomme. <http://www.lavanguardia.com/politica/20161118/411968818500/kenia-y-namibia-amagan-con-retirarse-de-la-corte-penal-internacional.html>.

¹⁵ Diario *Eldia.es*, 18/11/2016: <http://eldia.es/agencias/8960296-CPI-FRICA-Kenia-Namibia-amagan-retirarse-Corte-Penal-Internacional>.

¹⁶ Véase, entre otros, J.D. van der Vyver, “The Al Bashir debacle”, en *African Human Rights Law Journal*, vol. 15, 2015, pp. 559–579, en <http://dx.doi.org/10.17159/1996-2096/2015/v15n2a16>.

¹⁷ Doc. UN C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10.

la Unión Africana del principio de intervención humanitaria contra los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes contra la Humanidad.

— Considera que está cuestionada la credibilidad de la CPI por cuanto que tres de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU no son parte en el Estatuto, lo que impide que haya ejercido el papel que le atribuye su Art. 16 suspendiendo las actuaciones de la Corte en caso de ser necesario en el contexto de las medidas para el mantenimiento de la paz en el continente africano¹⁸.

— La Corte ha puesto el foco en los Estados africanos a pesar de existir claras evidencias de violaciones en otras regiones, vulnerando su necesaria universalidad e igualdad.

— Para que se mantenga la paz es necesario primero conseguirla. Sudáfrica participa en misiones internacionales de mantenimiento de la paz y diferentes iniciativas diplomáticas con mandato de la Unión Africana (UA). En este contexto, *la paz y la justicia deben ser consideradas como complementarias y no como mutuamente excluyentes. La realidad es que en un mundo imperfecto no puede aplicarse el Derecho internacional en una perspectiva idealista que se apoye en la justicia y la responsabilidad y compita con los objetivos inmediatos de paz, seguridad y estabilidad.*

— El Gobierno de Sudáfrica estima incompatible la orden de arresto del Presidente Al Bashir con sus obligaciones internacionales, especialmente con la Convención General de Privilegios e Inmidades de la OUA de 1965 y con la costumbre internacional que reconoce la inmunidad de los Jefes de Estado, aplicable en casos como este en los que están implicados un Estado parte en el Estatuto de la CPI y otro que no lo es. Concretamente recuerda que no le ha sido

¹⁸ Art. 16. Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento: *En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.* Como señala Amvane, *however, since 2009, two problems have arisen between the Security Council and the AU. The first related to the matter of the International Criminal Court (ICC). In 2005, the Security Council authorised the ICC to investigate alleged crimes in Darfur on the basis of article 13(b) of the Rome Statute. The Council refused to comply with the request of the AU regarding delaying the prosecution of President Al Bashir. The same was the case with the prosecution of President Uhuru Kenyatta of Kenya. Since 2009, the AU has asked its member states to refrain from co-operating with the ICC, in other words, with the Security Council which mandated the ICC.* Cit. G. Amvane, “Intervention pursuant to article 4(h) of the Constitutive Act of the African Union without United Nations Security Council authorisation” en *African Human Rights Law Journal*, vol. 15, 2015, p. 284.

posible solicitar la consulta prevista en el Art. 97.c) del Estatuto que la prevé para los casos en que *el cumplimiento de la solicitud en su forma actual obligare al Estado requerido a no cumplir una obligación preexistente en virtud de un tratado con otro Estado*.

En las declaraciones efectuadas en torno a la denuncia, efectiva o no, de la vigencia de la jurisdicción de la CPI, se señalan como causas de la desafección africana con esta institución, no solo el excesivo protagonismo de los países del continente en sus investigaciones y procedimientos, sino también otras argumentaciones de naturaleza más sustancial. Los gobiernos africanos defienden, en este sentido, la compatibilidad de la exigencia judicial de responsabilidad individual con otros mecanismos alternativos, en el contexto del respeto del principio de complementariedad, tanto respecto de los tribunales nacionales como de otros regionales, y en el marco tanto de una concepción propia de los derechos humanos como de unas necesidades particulares de persecución de crímenes internacionales.

Consideran, en este sentido, que la conciliación debe ser el medio prioritario de solución de las controversias en este ámbito, recurriendo en caso de ineficacia del mismo al mecanismo de intervención humanitaria previsto en el sistema de la UA. Entienden que debe prevalecer la reparación colectiva –la paz y la estabilidad frente a la responsabilidad individual y la reparación individual de las víctimas– como expresión de un concepto comunitario de los derechos humanos. Y preconizan un mayor protagonismo de los “paratribunales” locales de carácter tradicional y de los tribunales de los sistemas regionales africanos.

III. La preferencia por la conciliación

Dejando a un lado intereses estrictamente coyunturales, como la implicación de algunos mandatarios en presuntos crímenes internacionales, los diferentes proyectos de liderazgo regional o subregional de algunos de los países implicados, e incluso las secuelas de los enemistades generadas en las “guerras mundiales africanas”, hay argumentos que arraigan en los elementos característicos (y diferenciales) de la cultura jurídica y política del continente africano y muy especialmente de los países no arabizados. Una de estas diferencias radicales es la preferencia de la conciliación como medio de solución de las controversias.

Ya en los debates en las conferencias para la creación de la Organización para la Unidad Africana (1963) se debatió, sin éxito, la conveniencia de crear un tribunal para resolver las controversias entre Estados. Por ello, en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981, en vigor desde el 21 de octubre de 1986) la institución encargada de su efectiva protección era en

exclusiva la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de naturaleza no jurisdiccional. Se reabrió la discusión recientemente en las negociaciones para su refundación en la actual Unión Africana (2000), en las que se decidió instituir con posterioridad la Corte de Justicia de la Unión Africana. Esto se hizo mediante un protocolo de 2003, que entró en vigor en 2009 pero que no supuso su establecimiento efectivo, porque entretanto se aprobó –a semejanza de los sistemas europeo y americano– el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1998, en vigor desde el 25 de enero de 2004, a la que están sometidos solo 24 de los 55 miembros. Al ponerse en funcionamiento este último tribunal, se decidió unificar en un solo órgano judicial ambas instancias, como se expondrá más adelante. En todos estos momentos uno de los argumentos insistentemente planteado por diferentes delegaciones para no establecer estos tribunales era la naturaleza foránea de la solución judicial¹⁹.

Los procedimientos ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos consisten en informes de los Estados, comunicaciones de estos y comunicaciones de los individuos. Respecto a las comunicaciones de los Estados, pueden remitir comunicaciones escritas a otros Estados –con copias al Secretario General y al Presidente de la Comisión– sobre violaciones cometidas por éstos (Art. 47 de la Carta). El Estado denunciado dispone de tres meses para ofrecer explicaciones sobre los hechos, las normas aplicadas y los procedimientos emprendidos, y obtener la satisfacción del denunciante (Art. 48). Si no se obtiene, se somete la cuestión a la Comisión. Puede ocurrir que dicha denuncia se someta directamente a la Comisión. En ambos casos, la Comisión elabora un informe, que remite a los Estados afectados y a la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno. También se prevé la posibilidad de que los particulares puedan presentar denuncias ante la Comisión no está prevista expresamente en la Carta, aunque el Art. 55 menciona otras *comunicaciones que no procedan de los Estados*, referencia que en la práctica ha permitido –con una interpretación muy amplia– que puedan interponerlas cualquier persona, grupos u organizaciones no gubernamentales, sean víctimas o no de violaciones de derechos fundamentales, sean nacionales o no de Estado denunciado y sean ONG’s reconocidas como observadoras ante la UA o no²⁰. Si de la comunicación presentada se desprende que puede existir una violación grave y masiva de los derechos humanos protegidos en la Carta, la Comisión llamará la atención de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, que podrá pedir a aquélla una investigación de los

¹⁹ Véase K. M’Baye, *Le droits de l’homme en Afrique*, Pedone, París, 1992.

²⁰ Cfr. C. Fernández de Casadevante, “El sistema africano: la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de junio de 1981”, en C. Fernández de Casadevante (ed.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 4ª ed., 2011, p. 282.

hechos y un informe que le permita adoptar las medidas oportunas (Art. 58). Las actuaciones de la Comisión son confidenciales, pero al término de las mismas se emite un informe final, que podrá —es facultativo— ser publicado si así lo propone el Presidente de la Comisión y así lo decide la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno (Art. 59). Es importante señalar que aunque pueda interpretarse que sólo actúa en caso de violaciones graves y masivas, lo cierto es que en la práctica la Comisión ha aceptado el conocimiento de violaciones singulares²¹.

En ambos procedimientos, la Comisión actúa como mediador entre las partes enfrentadas y promueve la obtención de una solución negociada. Este papel de la Comisión responde a la intención expresada en la elaboración de la Carta tanto por representantes de los gobiernos como por autores africanos de que lo idiosincrático del ámbito africano es el arbitrio de medios no jurisdiccionales basados en la conciliación y la mediación²², propios de su cultura y radicados en su historia, notoriamente de manera más fuerte en el ámbito local que en el internacional. Lo cual también ahonda en las singularidades africanas por cuanto el referente identitario son las comunidades locales o tribales y no las fronteras internacionales, que son consideradas realmente como convenciones, absolutamente necesarias pero en modo alguno reflejo de la implantación territorial de los pueblos africanos ni delimitadoras de una muy difícil cohesión nacional. La forma tradicional de resolver los problemas ha sido la conciliación²³, con intervención de personas de gran autoridad moral en ese ámbito social que convencen a las partes enfrentadas y que obtienen soluciones transaccionadas, fundamentadas en la equidad y el precedente.

No obstante, la Unión Africana es consciente de que la conciliación y la mediación no siempre han conseguido resolver las controversias internacionales en el continente, evitando conflictos posteriores. Por esta razón, su sistema reconoce expresamente el denominado “principio de intervención humanitaria” de la organización²⁴. En el Art. 4 de Acta Constitutiva de 2000, se incluye no solo

²¹ *Ibid.*, p. 285.

²² Véase K. M'Baye (ed.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Legal Analysis*, 1985. Keba M'Baye (1924–2007) fue el primer Presidente del Tribunal Supremo de Senegal, Juez de la Corte Internacional de Justicia entre 1982 y 1991, Miembro de la Comisión de Derechos Humanos y presidente del comité de expertos que a partir de 1979 elaboró y propuso la Carta Africana de Derechos Humanos.

²³ Cf. J. Harrington, “The African Court on Human and Peoples' Rights”, en M.D. Evans y R. Murray (eds.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights: the system and practice, 1986–2000*, Cambridge University Press, 2002, p. 306; y F. Viljoen, “Africa's contribution to the development of international human rights and humanitarian law”, en *African Human Rights Law Journal*, vol. 1, núm. 1, 2001, p. 22.

²⁴ Véanse A.A. Yusuf, “The right of intervention by the African Union: A new paradigm in regional enforcement action”, en *African Yearbook of International Law*, vol. 11, 2003, pp. 3–21; B. Kioko, “The right of intervention under the African Union's Constitutive Act: From non-interference to non-

el respeto a los principios democráticos, los derechos humanos, el estado de derecho y el buen gobierno y el respeto por la santidad de la vida humana, la condena y el rechazo de la impunidad y los asesinatos políticos, actos de terrorismo y actividades subversivas, sino también –muy significativamente, especialmente porque no figura una manifestación como esta en otros órdenes regionales– el derecho de la Unión a intervenir en un Estado miembro en virtud de una decisión de la Asamblea en relación con circunstancias graves, a saber: crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad. Esta solución africana, no recogida en ningún otro sistema regional, y expresamente derogatoria del principio de no intervención en asuntos internos consagrado en la Carta de la antigua OUA²⁵, es una reacción a los fracasos que suponen las crisis humanitarias de los años noventa y muy especialmente de Somalia, Eritrea, Uganda, República Centroafricana y Ruanda²⁶, y que ha servido de fundamento, por ejemplo para la intervención militar –con tropas de Libia, Sudán y Tanzania– para poner fin a un intento de secesión de la isla de Anjouan, en Comoras, en 2008²⁷.

IV. La reparación colectiva como expresión de un concepto comunitario de los derechos humanos

En el mismo contexto, y como se ha señalado, entre los argumentos expuestos por los gobiernos que anunciaron su retirada de la CPI, se incluye el perjuicio a las negociaciones de paz en los diferentes conflictos armados en los que se busca una solución por parte de la Unión Africana.

El debate sobre si los procesos de paz deben incluir negociaciones con acusados de crímenes internacionales y si deben recoger diferentes opciones que garanticen la impunidad de los responsables de estas conductas²⁸ también se plantea en el ámbito africano. Sin embargo, en esta región no solo se sitúa en el ámbito de la oportunidad política frente al imperativo moral y de justicia, en los términos en los que se expresaba el escrito de denuncia del Gobierno de Sudáfrica, esto es, priorizando la paz, la seguridad y la estabilidad frente a la justicia y la exigencia

intervention”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 85, 2003, pp. 807–826; y D–Kuwali, “Art 4(h) + R2P: Towards a doctrine of persuasive preventive to end mass atrocity crimes”, en *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, vol. 3, 2008, pp. 55–85.

²⁵ Art. 3 de la Carta de Addis Abeba de 1963.

²⁶ Cfr. G. Amvane, *op. cit.*, p. 295.

²⁷ También para las misiones de paz desplegadas en Somalia (AMISOM, desde 2006) y con la ONU en Sudán (UNAMID, 2014).

²⁸ Véase, entre otros, J. Chinchón Álvarez, *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ediciones Parthenon, Madrid, 2007, y “El derecho penal internacional en contextos transicionales”, en A. Gil Gil y E. Maculan (eds.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 465–483.

de responsabilidades; en el contexto africano el papel del individuo en la sociedad es ciertamente secundario, de tal modo que es más importante la preservación del grupo que la exigencia de responsabilidad individual e incluso la reparación de las víctimas.

Esta circunstancia se refleja con claridad en los instrumentos regionales en materia de derechos humanos, tanto en términos de derechos subjetivos como en relación con la proclamación de los deberes del individuo con la sociedad, constituyendo una de las especificidades más notorias del sistema africano²⁹. En este sentido, se reconoce que en la sociedad tradicional africana el individuo tiene su razón de ser en su condición de miembro de la comunidad³⁰, por lo que en la jerarquía del sistema africano se sitúan en primer lugar los derechos colectivos (liberación de la dominación colonial, disposición de los recursos naturales, desarrollo socioeconómico, medio ambiente, paz y seguridad..., Arts. 19 a 24 de la Carta), después los derechos económicos, sociales y culturales de los individuos (Arts. 14 a 18) y por último los de naturaleza civil y política (Arts. 2 a 13)³¹. Sin olvidar que el Art. 27.2 dispone que *los derechos y libertades de cada individuo se ejercerán con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común*, por lo que los deberes con la comunidad³² prevalecen sobre los derechos y libertades individuales³³.

²⁹ Cfr. E. Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, Kluwer, La Haya, 2001, especialmente pp. 92, 95, 109–112 y 162.

³⁰ Como señala Viljoen, *Western-dominated discourse privileges the individual. Human rights instruments postulate an autonomous, independent individual (complainant), who is prepared, ultimately, to dissociate from others and enter into legal battle with the collectivity (the state). The African Charter treats the human being both as an individual and as a member of the collective (the "people"). Generally, every individual, is a bearer of rights under the African Charter. The communal aspect is emphasised in therights guaranteed to "peoples" and in the recognition of the family as the "natural unit and basis of society"*. Cit. F. Viljoen, "Africa's contribution to the development of international human rights and humanitarian law", en *African Human Rights Law Journal*, vol. 1, núm. 1, 2001, p. 20.

³¹ Cfr R.J. Vicent, *Human Rights and International Relations*, Cambridge University Press, 1995, pp. 39–40.

³² El Art. 27.1 de la Carta Africana establece que todo individuo tendrá deberes para con su familia y sociedad, para con el Estado y otras comunidades legalmente reconocidas, así como para con la comunidad internacional. En el Art. 29 se prescribe que el individuo tendrá el deber de: *1. Preservar el desarrollo armonioso de la familia y de fomentar el respeto y la cohesión de ésta; de respetar a sus padres en todo momento y de mantenerlos en caso de necesidad, y, junto a otras obligaciones con la comunidad y el Estado, contribuir a la consecución de la unidad africana.*

³³ Véase, entre otros, M. Kabunda Badi, *Derechos humanos en África*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000, pp. 290 ss; V. Eteka Yemet, *La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Etude comparative*, L'Harmattan, París, 1996, p. 196; y E.R. Mbaya, "The Compatibility of Regional Human Rights Systems with International Standards", en A. Eide y B. Hagtvet (eds.), *Human Rights in Perspective*, Blackwell, Oxford, 2ª ed., 1993, pp. 67–68.

Esta concepción comunitarista de los derechos humanos³⁴ proviene de una consideración social tradicional que también se encuentra en los textos constitucionales de estos países. Así, por ejemplo, en la transición sudafricana – después del régimen segregacionista– líderes nacionales como Nelson Mandela o Desmond Tutu defendieron una forma propia de entender la reconciliación nacional, recurriendo al tradicional “ubuntu”. Esta expresión surge del dicho popular “*umuntu, nigumuntu, nagamuntu*”, que en zulú significa “una persona es una persona a causa de los demás”. El respeto al “ubuntu” fue la base de la organización social africana tradicional, constituyendo un espíritu de obligación mutua entre los integrantes de la comunidad y respecto de ésta, haciendo prevalecer los intereses comunitarios sobre los individuales. Reinterpretado por estos líderes significa que lo más importante es ayudar a los demás como grupo, por lo que se debe renunciar a la reparación y al castigo individual para conseguir una reconciliación sin rencor que permita el desarrollo de toda la comunidad. Su relación con el respeto a los derechos humanos en la jurisprudencia sobre la interpretación del “*bill of rights*” recogido en el capítulo primero de la Constitución de 1996 (enmendada en 2012)³⁵ es objeto de una fuerte controversia doctrinal³⁶.

V. Los tribunales locales tradicionales

En este contexto también hay quienes abogan por soluciones tradicionales de carácter local, utilizando como ejemplo los tribunales “*gacaca*” empleados en Ruanda. Ante la imposibilidad material de juzgar tanto en el Tribunal Internacional para Ruanda, creado por el Consejo de Seguridad de la ONU, como los tribunales nacionales ruandeses, los más de un millón de casos relacionados con el genocidio de 1994, decidió el Gobierno de Ruanda rescatar la institución

³⁴ Veáanse T. Huaraka, “Les fondements des droits de l’homme en Afrique”, en la obra colectiva *Les dimensions universelles des droits de l’homme*, Tomo 1, Bruylant, Bruselas, 1990, pp. 237–254; A. Caab Sow, *Participation et droits de l’homme dans les traditions africaines*, en *Association des Jeunes Juristes Africains, Les droits de l’homme dans les traditions africaines*, 1982, pp. 20–29; A.M. Cobbah, “African Values and the Human Rights Debate: An African Perspective”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 9, 1987, pp. 309 y ss; H. Gros Espiell, “La evolución del concepto de los derechos humanos: criterios occidentales, socialistas y del Tercer Mundo”, en *Anuario del IHLADI*, vol. 5, 1979, pp. 73–102; y C.M. Cerna, “Universality of Human Rights and Cultural diversity: Implementation of Human Rights in Different Socio–Cultural Contexts”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 16, n° 4, 1994, pp. 740–752.

³⁵ Consultada en http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=315889.

³⁶ Como ejemplo de este debate sobre la concepción africana de los derechos humanos, su fundamento y su carácter comunitarista, el mantenido por Thaddeus Metz, defensor de la misma, y Anthony Oyowe, que considera contradice los valores universales de los derechos humanos. Véase, A. Oyowe, “Strange bedfellows: Rethinking *ubuntu* and human rights in South Africa” en *African Human Rights Law Journal*, vol. 13, 2013, pp. 103 y ss., y T. Metz, “African values and human rights as two sides of the same coin: A reply to Oyowe”, en *African Human Rights Law Journal*, vol. 14, 2014, pp. 306–321.

de los tribunales comunitarios. De esta forma, se crearon por una Ley de 2001 unos doce mil tribunales, integrados por no profesionales, que frente a los apenas 2.000 procesados hasta 1998 consiguieron juzgar a casi un millón de acusados desde 2005 hasta su disolución en 2011. Su labor ha sido alabada por la ONU en términos de participación de la sociedad civil en el conocimiento del genocidio, de consideración de los crímenes cometidos desde una perspectiva más amplia, para conseguir no solo el castigo sino la reparación de las víctimas, y de reconciliación entre las etnias enfrentadas (hutus y tutsis). En las Naciones Unidas se describe de la siguiente forma³⁷:

En el sistema gacaca, las comunidades a nivel nacional eligen jueces que se encargan de los procesos contra sospechosos de cometer genocidio acusados de todos los crímenes, excepto la planificación del genocidio. Estos tribunales imponen penas menos severas si la persona se ha arrepentido y trata de reconciliarse con la comunidad. A menudo, los prisioneros que confiesan regresan a sus hogares sin otra penalidad o reciben órdenes de prestar servicios a la comunidad. Desde 2005, más de 12.000 tribunales comunitarios han enjuiciado a más de 1,2 millones de casos en todo el país.

Los tribunales gacaca sirven también para promover la reconciliación proporcionando a las víctimas un mecanismo para conocer la verdad acerca de la muerte de sus familiares y parientes. También ofrecen a los perpetradores la oportunidad de confesar sus crímenes, demostrar su arrepentimiento y pedir perdón frente a sus conciudadanos. Los tribunales gacaca cerraron oficialmente el 4 de mayo de 2012.

No obstante, esta experiencia ha sido criticada por algunos analistas, principalmente porque, aunque no se propició la impunidad ni la amnistía en los tribunales comunitarios, sí hubo una exclusión forzada por el propio Gobierno al impedir el enjuiciamiento de acusados pertenecientes a su partido, el Frente Patriótico Ruandés (FPR), y porque el desconocimiento en muchos casos de las reglas procesales más estandarizadas los situó por debajo del umbral mínimo de un juicio justo, como se denuncia en el Informe de 31 de mayo de 2011 de *Human Rights Watch* titulado *The Legacy of Rwanda's Community-Based Gacac Courts*³⁸.

Lo que el Presidente Paul Kagame describió como *una solución africana para problemas africanos*³⁹ se convirtió en una experiencia con luces y sombras. Los enjuiciamientos los realizaron unos cien mil particulares sin preparación jurídica, todos ellos de la etnia masacrada, esto es los tutsis, juzgando exclusivamente a hutus. De los cien mil detenidos tras el genocidio de 1994 se pasó a juzgar a más de un millón de personas implicadas, aunque fuera de forma indirecta en el mismo,

³⁷ Consultado en <http://www.un.org/es/preventgenocide/rwanda/about/bgjustice.shtml>.

³⁸ Consultado en <https://www.hrw.org/report/2011/05/31/justice-compromised/legacy-rwandas-community-based-gacaca-courts>.

³⁹ *Ibid.*

la mayor parte en actos contra la propiedad, por lo que se convirtió en un proceso general a la mayoría hutu. El hecho de que los jueces locales no tuvieran preparación jurídica alguna tuvo como consecuencia un déficit de garantías procesales, que se vio agravado por el hecho de que había un tenor general de los testigos a convertirse en acusados por el simple hecho de no coadyuvar a los acusadores, cuestionando seriamente la veracidad de los testimonios. Tampoco las medidas de compensación social (reconocimiento público de la responsabilidad, trabajos sociales, etc) que se proponían en lugar de penas generalizadas de prisión sirvieron al fin propuesto inicialmente de favorecer la reconciliación, por cuanto los procesos se fueron convirtiendo en un sistema para erradicar a los hutus de sus lugares de residencia y para apartarlos de la función pública, al condenarlos al extrañamiento o realizar trabajos sociales fuera de su municipio, cuando no para simplemente resolver disputas vecinales que poco tenían que ver con el genocidio y más con décadas de pésima convivencia entre ambas etnias. En su informe de 19 de junio de 2002, justo al inicio de esta experiencia, *Amnistía Internacional* alababa la intención del gobierno ruandés entendiéndolo que *el sistema de tribunales de la comunidad conocido como gacaca podría ofrecer a los sobrevivientes del genocidio, los acusados y los testigos una oportunidad de presentar sus argumentos en un entorno abierto y participativo*, pero advertía que su carácter extrajudicial, la falta de preparación de los jueces comunitarios y la ausencia de garantías de imparcialidad, hacía que este sistema pudiera *convertirse en un vehículo para la justicia sumaria y arbitraria*⁴⁰.

VI. Los tribunales de los sistemas regionales y la creación de un tribunal penal africano

Esta concepción particular de los derechos humanos ha hecho que algunos gobiernos africanos propugnen que se resida la exigencia de la responsabilidad internacional de los individuos por la comisión de crímenes internacionales —es decir por la vulneración grave y sistemática de derechos humanos— donde también se conocen en el ámbito regional africano los incumplimientos cometidos por los Estados.

A este respecto hay que señalar que en el continente africano esta labor se realiza no solo en la Comisión y la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, instituciones de la Unión Africana, sino también en otros órganos de organizaciones subregionales. Es el caso de la Comunidad para el Desarrollo del África Austral (SADC, Gaborone, Botsuana), integrada por los 15 Estados más

⁴⁰ Amnistía Internacional, Informe AFR 47/003/2002/s. file:///C:/Users/Administrador/Downloads/afr470032002es.pdf.

meridionales también realiza funciones en materia de protección de los derechos humanos. Creada inicialmente en 1980 (SADCC) y refundada en 1992 (Tratado SADC de Windhoek, 17 de agosto de 1992), cuenta con el Tribunal de Windhoek, en funcionamiento desde 2005. Sin embargo, como se dice en su página oficial⁴¹, *después de varias sentencias condenatorias contra el Gobierno de Zimbabwe, el Tribunal fue “de facto” suspendido en la Cumbre de la SADC de 2010. En 17 de agosto de 2012 en Maputo, Mozambique, la Cumbre de la SADC abordó la cuestión de la suspensión del Tribunal SADC. La Cumbre de la SADC resolvió que se debe negociar un nuevo Tribunal y que su mandato debe limitarse a la interpretación del Tratado SADC y sus protocolos relativos a los conflictos entre los Estados miembros.* Los asuntos a que hace referencia⁴² son ocho sentencias contra Zimbabwe entre 2007 y 2010 (además de un caso de la República Democrática del Congo y otro que afectaba a Tanzania). También de la Comunidad Africana Oriental (EAC, Arusha, Tanzania), creada en 2001 (con un antecedente de 1977) e integrada por seis Estados (Kenia, Uganda, Tanzania, Burundi, Ruanda y Sudán del Sur), cuenta un Tribunal, con sede en Arusha, operativo desde 2001, que ha resuelto numerosos asuntos, generalmente sobre cuestiones económicas⁴³, pero también en ocasiones relativos a derechos humanos⁴⁴ pues está dentro de sus competencias⁴⁵. Lo mismo sucede con la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (ECOWAS, Abuya, Nigeria), creada en 1975 e integrada por 15 Estados del noroeste del continente al sur del Magreb⁴⁶, que tiene un Tribunal, en funcionamiento desde 1996, que ha conocido numerosos asuntos en materia de derechos humanos⁴⁷.

Otra de las cuestiones de fondo que planean en el recelo africano a la CPI es su reticencia a compartir la opinión de que el fundamento de la jurisdicción universal está en el derecho internacional consuetudinario, que las conductas enjuiciables en este contexto son exclusivamente las definidas en el Estatuto, que el mejor medio de sanción es el judicial internacional o extranjero y que el fin principal sea el castigo a sus responsables. Así se ha expresado con toda claridad respecto de la primera cuestión el Grupo de Estados Africanos en la décima sesión de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas al manifestar que los

⁴¹ Véase <http://www.sadc.int/about-sadc/sadc-institutions/tribun/>.

⁴² Pueden verse todos los conocidos por el Tribunal en <http://caselaw.ihrda.org/body/sadct/>.

⁴³ Véase http://eacj.org/?page_id=2414.

⁴⁴ Véase <http://caselaw.ihrda.org/body/eacj/>.

⁴⁵ Véase A. Possi, “Striking a balance between community norms and human rights: The continuing struggle of the East African Court of Justice”, en (2015) 15 *African Human Rights Law Journal*, vol. 15, 2015, pp. 192–213.

⁴⁶ Mauritania dejó de ser miembro en 2000.

⁴⁷ Véanse <http://caselaw.ihrda.org/body/ecowas/> y http://www.courtecowas.org/site2012/index.php?option=com_content&view=article&id=317:ecowas-court-dismisses-cases-for-human-rights-violations-against-member-states&catid=14:pressrelease&Itemid=36.

Estados no africanos que lo defienden deben recordar que según la jurisprudencia de la CIJ quien alega la existencia de una supuesta costumbre internacional debe demostrarlo si quiere que sea vinculante para otro Estado⁴⁸. Frente al grupo de países occidentales que afirman la existencia de una norma consuetudinaria al respecto (Alemania, Canadá, Australia, Argentina, Noruega...), los africanos son en general contrarios a este reconocimiento, aceptando en todo caso su vigencia para la piratería –una práctica que afecta muy especialmente a África– y solo en algunos casos para otros supuestos⁴⁹.

Como se expresa en la Declaración de El Cairo–Arusha en relación con el principio de jurisdicción universal, de julio de 2001 y octubre de 2002⁵⁰, la mayor parte de los países africanos reconocen la jurisdicción universal tal y como se define en los tratados internacionales al respecto, esto es, los Convenios de Ginebra de 1949, el Convenio contra el apartheid de 1973 y el Convenio contra la tortura de 1984, afirmando que en el contexto particular del continente africano, sin embargo, hay consideraciones adicionales, incluyendo las económicas, sociales y culturales, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de asegurar el ejercicio eficaz de la jurisdicción universal. Se refiere, en primer lugar, a la necesidad de incluir otros tipos delictivos adicionales a los crímenes recogidos en el Estatuto de Roma de la CPI, como la piratería, los actos de pillaje y malversación grave de recursos públicos, el tráfico de personas, los daños graves al medio ambiente y la violencia sexual. Y, en segundo lugar, a cuestiones apuntadas anteriormente, como que los tribunales penales internacionales no deben ser un instrumento para la persecución de grupos o líderes políticos, que debe respetarse el carácter complementario respecto del enjuiciamiento en el ámbito interno o en los tribunales regionales y que no solo debe buscarse el castigo del responsable sino también reconciliar, rehabilitar y reconstruir la sociedad donde la ofensa fue cometida.

Por lo tanto, no solo hay una diferente apreciación del fundamento de la jurisdicción universal y de su ámbito material, sino también de los límites en su aplicación⁵¹. Esto explica que desde que se creó la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos en 1998 se haya intentado residenciar la persecución

⁴⁸ Intervención del Sr. Katemula, de Malawi, de 13 de octubre de 2010, en el Tema 86 sobre el alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal (A/C.6.65/Sr.10), citado por C. Vallejo Peña, *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho internacional y en el Derecho interno español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 223–224.

⁴⁹ Es el caso de Senegal, Egipto, Guinea Ecuatorial, Burkina Faso y la República Democrática del Congo, que lo extienden a los crímenes de lesa humanidad y alguno de ellos también a los crímenes de guerra y el genocidio. *Ibid.* pp. 224–225.

⁵⁰ http://www.africalegalaid.com/download/policy_document/Policy_Document.pdf.

⁵¹ Véase E.A. Ankumah, “The Cairo–Arusha Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses: An African Perspective”, en *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 98, 2004, pp. 238–240.

de los crímenes internacionales en un tribunal africano, que persiga también otras conductas además de las previstas en el Estatuto de la CPI y que actúe atendiendo a las particularidades de los países de la región. En 2014 la Asamblea de la Unión Africana⁵² aprobó –movida por su enfrentamiento creciente con la CPI, especialmente tras los procesos abiertos contra los presidentes de Sudán y de Kenya– el Protocolo del Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y de los Pueblos⁵³ y lo sometió a la ratificación de los Estados. Pendiente de su entrada en vigor⁵⁴, supone la unión de los dos tribunales existentes, el general de la Unión Africana para controversias entre los Estados y con la organización – la Corte de Justicia de la Unión Africana (creado por el Protocolo de Maputo de 11 de julio de 2003)– y el competente en materia de derechos humanos, pero ampliando sus competencias también al enjuiciamiento de la responsabilidad individual por crímenes internacionales. Las conductas perseguidas no son solo el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, de agresión y de guerra, sino también el cambio inconstitucional de gobierno, la piratería, el terrorismo, el uso de mercenarios, la corrupción, el blanqueo de dinero, la trata de personas, el tráfico de drogas, el de desechos peligrosos y la explotación ilícita de recursos naturales.

VII. Conclusiones

La temida sectorialización del Derecho internacional de los derechos humanos –temida sobre todo para quienes han protagonizado la creación de las normas internacionales desde 1945– se plantea en este ámbito como una amenaza real. Sin duda alguna, los países africanos fueron a finales de los años noventa los más fervientes defensores de la creación de una jurisdicción internacional en materia de crímenes internacionales, pero algunas servidumbres del sistema ponen en peligro esta adhesión. Circunstancias como el procedimiento esencialmente político instado por el Consejo de Seguridad o el excesivo protagonismo de las personas responsables de la Fiscalía, han conducido a una sobreexposición de los crímenes cometidos en África, en detrimento de las situaciones producidas en otras regiones. Y esto ha hecho aflorar, finalmente, diferencias sustanciales de la cultura política y jurídica africana que ahora se pretenden poner de manifiesto por algunos países para hacer valer –según sus propias manifestaciones– frente al modelo occidental de persecución de los crímenes internacionales, otro alternativo

⁵² Assembly/AU/8(XXIII)' Assembly/AU/Dec.529(XXIII).

⁵³ <http://www.peaceau.org/uploads/protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights-en.pdf>.

⁵⁴ Conforme a su Art. 9 entrará en vigor a los treinta días del depósito del instrumento de ratificación número quince de los Estados Miembros de la UA. Hasta febrero de 2014 lo habían ratificado Mali y Libia (2009), Burkina Faso (2010), Congo (2011) y Benín (2012).

basado en las tradiciones africanas y en una concepción propia, más comunitarista, de los derechos humanos.

La inclusión de la piratería o la trata de personas como crímenes internacionales de interés regional puede contribuir, entendemos, al desarrollo de un Derecho penal internacional en el que haya tipos universales y otros de carácter regional. Los ejemplos citados comparten, en nuestra consideración, los fundamentos de la persecución universal de los crímenes internacionales tipificados en el Estatuto de Roma de la CPI, puesto que tienen en común la vulneración grave, masiva y sistemática de los derechos humanos, pero otras propuestas africanas entendemos que no, como puede ser el blanqueo de capitales o la corrupción política.

La creación de un tribunal penal regional puede generar una jurisprudencia diferente de la universal en materia, también, por ejemplo, de imposición de penas, por la consideración diferente de la gravedad de las conductas en el contexto regional. Pero lo realmente preocupante es que, más allá de añadir supuestos delictivos o de modificar las penas, se opte por un diseño propio de medios para la efectiva protección de los derechos humanos y la exigencia de la responsabilidad individual por su incumplimiento grave que o bien den preferencia a la reconciliación social respecto de la sanción individual y la reparación de las víctimas, o bien se planteen unas reglas de procedimiento diferentes de las estandarizadas a nivel universal. El contrapeso a estas amenazas puede estar, sin embargo, en el recurso previsto convencionalmente y utilizado constantemente por las instituciones regionales africanas de utilizar otras jurisprudencias y especialmente las de los tribunales de la Organización de Estados Americanos y del Consejo de Europa.