

# ASILO EN LA HAYA: ACERCA DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE REFUGIADOS EN LOS PROCESOS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Por NATALIA M. LUTERSTEIN<sup>1</sup> y EZEQUIEL RODRÍGUEZ MIGLIO<sup>2</sup>

## **Resumen:**

*El trabajo examina las dificultades relativas al derecho aplicable y a la jurisdicción sobre la detención y el proceso de asilo surgidas en el marco de las solicitudes de asilo de cuatro testigos detenidos y un acusado absuelto por la Corte Penal Internacional en los casos de Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. Asimismo, analiza los puntos de encuentro y de desencuentro entre el derecho internacional penal y el derecho internacional de los refugiados. Finalmente, explora las consecuencias que sobre dicha relación puede tener la aplicación del principio de no devolución y su alegada naturaleza de norma imperativa de derecho internacional.*

## **Palabras clave:**

*Corte Penal Internacional, Procedimiento de Asilo, Principio de no devolución, Normas imperativas.*

<sup>1</sup> Abogada (UBA). Magister en Derecho Internacional Público de The London School of Economics and Political Science. Doctoranda en Derecho (UBA). Profesora adjunta (i) de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Penal (grado y posgrado) en la Facultad de Derecho de la UBA y profesora de posgrado de la Universidad de Palermo. Asesora jurídica de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación (2006-2014). Actualmente es abogada en la Unidad de Relaciones Institucionales en el Ámbito Internacional de la Defensoría General de la Nación. E-mail: nluterstein@derecho.uba.ar.

<sup>2</sup> Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires (2003) y maestrando en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Lanús (tesis pendiente). Docente de Derecho Internacional Público en la Universidad de Palermo. Asesor jurídico de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación (2004-2017). Representante alterno del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ante la Comisión Nacional para los Refugiados - Co.Na.Re. (2009-2013) y representante del mismo Ministerio ante la Comisión de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario (CADIH) (2008-2017). Actualmente es integrante de la Comisión para la Asistencia y Protección Integral del refugiado y solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado de la Defensoría General de la Nación. E-mail: erodriguezmiglio@gmail.com.

## ASYLUM IN THE HAGUE: THE INTERNATIONAL PROTECTION OF REFUGEES IN THE PROCESS BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

### Abstract:

*This paper examines the difficulties regarding the applicable law and jurisdictional issues over the detention and the asylum process that arose in the context of the requests for asylum of four detained witnesses and an acquitted accused by the International Criminal Court in the cases of Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga and Mathieu Ngudholo Chui. Moreover, it analyses the points of agreement and disagreement between international criminal law and international law of refugees. Finally, it explores the consequences of applying the non-refoulement principle and its alleged nature as a peremptory norm of international law.*

### Keywords:

*International Criminal Court, Asylum Procedure, Principle of non-refoulement, Peremptory norms.*

### INTRODUCCIÓN

La convergencia entre las distintas ramas del derecho internacional público (en adelante, “DIP”) suele promoverse desde los ámbitos académicos como una forma de superar los obstáculos que supone entenderlas como compartimentos estancos, sin conexión entre sí, que, en ocasiones ha sido denominada como “fragmentación del derecho internacional”<sup>3</sup>. Pero esta necesidad puede resultar inadvertida al momento de la creación de las normas de DIP, en tanto se utilicen mecanismos tradicionales que refuerzan la lógica y los fundamentos de cada una de las vertientes, muchas veces fundado en un exagerado énfasis en los distintos orígenes históricos de esas ramas<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> De hecho, en 2002, la Comisión de Derecho Internacional decidió comenzar un estudio sobre la llamada “fragmentación del derecho internacional”, identificando dos aspectos: a) la fragmentación institucional, relacionada con la jurisdicción y competencia de las diversas instituciones que aplican normas jurídicas internacionales y la relación jerárquica entre ellas, y b) la fragmentación sustantiva, que implica la división del derecho internacional en marcos especializados que pretenden tener autonomía, tanto entre sí como respecto del derecho internacional general. Finalmente, la Comisión decidió dejar “deliberadamente de lado” la fragmentación de las instituciones, y se concentró en la fragmentación de las normas sustantivas. Ver ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 58º periodo de sesiones, 2006.

<sup>4</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Fabris Ed., Porto Alegre, vol. I, 1997, p. 270, citado en VIEIRA DE PAULA, Bruna, “O Princípio do non-refoulement, sua natureza *jus cogens* e a proteção internacional dos refugia-

El presente artículo intentará dar cuenta de algunas dificultades que se advierten en la práctica sobre la base de tres casos que nos servirán como ejemplo de ello, en particular, a los fines de examinar la relación entre el derecho internacional penal (en adelante, “DIPenal”), el derecho internacional de los refugiados (en adelante, “DIR”) y el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, “DIDH”). Así, se analizarán situaciones en las que personas que se encontraban bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI”), con sede en La Haya, Holanda, intentaron presentar una solicitud de asilo en ese Estado, con el argumento de que, en el caso de ser retornados a su país de origen, correrían riesgo de ser sometidos a torturas. En la discusión intervinieron tres actores: la CPI —a través de sus diversos órganos—, Holanda (país anfitrión) y la República Democrática del Congo (en adelante, “RDC”, el país de origen de los solicitantes) quienes plantearon sus argumentos respecto de las distintas cuestiones involucradas, que aquí se analizarán.

Este trabajo comenzará entonces por desarrollar los argumentos referidos a cuál era el derecho que debía aplicar la CPI en los casos. En segundo lugar, se analizarán temas relativos al ejercicio de la jurisdicción, sobre los solicitantes, tanto en relación con la pertinencia de abrir un procedimiento de asilo, como así también respecto de su detención. Por último, se examinarán las más recientes discusiones relativas al contenido y los alcances del principio de no devolución y de qué manera éste podría ser la llave que destrabe, al menos en términos del DIP, las situaciones planteadas.

### 1. DE TESTIGOS DETENIDOS Y DE ACUSADOS ABSUELTOS

El 27 de marzo de 2011, un testigo de la defensa de Thomas Lubanga Dyilo fue transferido a la sede la CPI en la ciudad de La Haya, Holanda, por las autoridades de la República Democrática del Congo (en adelante, “RDC”) junto con otros tres testigos<sup>5</sup> de la defensa en el caso “Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”<sup>6</sup>. Las autoridades congoleñas autorizaron su transferencia a pe-

---

dos”, en *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana del Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios Brasília*, vol. 16, N° 31, 2008, pp. 430- 439.

<sup>5</sup> Para que uno de los tres testigos pudiera viajar, el Comité establecido por la Resolución 1533 (2004) del Consejo de Seguridad debió levantar la prohibición de viaje que recaía sobre él, de conformidad con las Resoluciones 1596 (2005) y 1649 (2005). Cf. “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Urgent Order to provide further assurances regarding the security of DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350”, ICC-01/04-01/07-2952, 24 de mayo de 2011, párr. 9.

<sup>6</sup> El caso, que fue unido al caso contra Mathieu Ngudjolo Chui el 9 de junio de 2008 (cf. Sala de Apelaciones, “Judgment on the Appeal Against the Decision on Joinder rendered on 10 March 2008 by the Pre-Trial Chamber in the Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui Cases”, ICC-01/04-01/07-573) fue luego, nuevamente dividido en dos, concluyendo en la condena de Germain Katanga y en la absolución de Mathieu Ngudjolo Chui (cf. Sala de Primera Instancia II, “Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing

sar de que se encontraban detenidos en espera de juicio por el homicidio de miembros de la Misión de las Naciones Unidas en el Congo (MONUC). Al llegar a Holanda, los testigos fueron llevados a la Unidad de Detención de las Naciones Unidas donde permanecieron detenidos a pedido de la Corte durante el tiempo que duró su testimonio. Una vez finalizado, los testigos manifestaron ante la Sala de Primera Instancia correspondiente que temían por su seguridad personal y la de su familia en la RDC debido a que en sus declaraciones habían involucrado al presidente, Joseph Kabila, y a personas vinculadas con él en crímenes de competencia de la Corte, y que, por eso, a su vuelta serían sometidos a persecución y malos tratos<sup>7</sup>. En consecuencia, además de solicitar medidas de protección a la Corte, de conformidad con el art. 68(1) del Estatuto y la Regla 88(1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante, “RPP”) que incluía la suspensión de su regreso a la RDC, pidieron asistencia del tribunal para presentar una solicitud de asilo<sup>8</sup>. Sin embargo, sus solicitudes fueron finalmente rechazadas por Holanda y fueron regresados a la RDC<sup>9</sup>.

Por su lado, Mathieu Ngudjolo Chui, luego de ser absuelto el 18 de diciembre de 2012<sup>10</sup> y liberado el 21 de ese mes, manifestó a la Corte que temía ser perseguido en la RDC por su testimonio incriminante contra el presidente, Joseph Kabila<sup>11</sup>, y solicitó ser reconocido como refugiado por Holanda el 25 de diciembre, por lo que fue alojado en un centro de detención administrativa para los solicitantes de asilo. El primer pedido de asilo fue rechazado<sup>12</sup>, así que, lue-

---

the charges against the accused persons”, ICC-01/04-01/07-3319-tENG/FRA, 21 de noviembre de 2012).

<sup>7</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Transcripción de la audiencia del 7 de abril de 2011, ICC-01/04-01/06-T-346-ENG ET WT, y “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête tendant à obtenir présentation des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P.0228 et DRC-D02-P-0350 aux fins d’asile”, ICC-01/04-01/07-2830-Conf, 12 de abril de 2011.

<sup>8</sup> “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête tendant à l’obtention des mesures de protection spéciales au profit du témoin DRC-D01-WWWW-0019”, ICC-01/04-01/06-2745-Conf, 1 de junio de 2011.

<sup>9</sup> EASTERDAY, Jennifer, “Witnesses Returned to DRC”, en *International Justice Monitor*, 2014, disponible en <https://www.ijmonitor.org/2014/07/witnesses-returned-to-drc/> (último acceso: 20 de agosto de 2017).

<sup>10</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-02/12-4, 18 de diciembre de 2012.

<sup>11</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête urgente de la Défense en vue de solliciter la relocalisation internationale de Mathieu Ngudjolo Chui hors du continent africain et sa présentation devant les autorités d’un des Etats parties au Statut de la Cour pénale internationale aux fins de diligenter sa procédure d’asile”, ICC-01/04-02/12-15, 21 de diciembre de 2012.

<sup>12</sup> THEEUWEN, Wieteke, “Asylum Proceedings in the Ngudjolo Case: What happened in the Dutch Courts?”, *International Justice Monitor*, 2015, disponible en <https://www.ijmonitor.org/2015/03/asylum-proceedings-in-the-ngudjolo-case-what-happened-in-the-dutch-courts/> (último acceso: 21 de agosto de 2017).

go de que su absolución fuera confirmada por la Sala de Apelaciones, presentó una segunda solicitud, que corrió la misma suerte<sup>13</sup>.

## 2. ENCUENTROS Y DESENCUENTROS ENTRE LAS RAMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Los casos brevemente descriptos dan cuenta del grado de complejidad de las cuestiones involucradas en la relación entre el DIPenal y el DIR que, si bien incluyen discusiones acerca de la llamada “cláusula de exclusión”<sup>14</sup>, van más allá y entrañan la participación de actores diferentes a los Estados y sus tribunales domésticos, como, por ejemplo, tribunales internacionales y su propia normativa.

En efecto, en virtud de las dificultades que la CPI debió enfrentar para encontrar una solución adecuada —lo que no siempre logró— parecería que la cuestión de las solicitudes de asilo de testigos y de acusados absueltos no fue tenida en cuenta por los Estados que negociaron el Estatuto en Roma<sup>15</sup>, ya que ninguna de sus disposiciones (ni tampoco de las RPP) prevén dicho supuesto<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> IRVING, Emma, “The end of the road for Ngudjolo and the stacked odds against ICC acquitted”, en *Opinio Juris*, 2015, disponible en <http://opiniojuris.org/2015/05/15/guest-post-the-end-of-the-road-for-ngudjolo-and-the-stacked-odds-against-icc-acquitted/> (último acceso: 22 de Agosto de 2017).

<sup>14</sup> De hecho, tanto en el caso de Ngudjolo Chui como en el de los tres testigos del caso “Katanga y Ngudjolo”, las solicitudes de asilo fueron rechazadas porque los tribunales holandeses aplicaron el art. 1(F) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Si bien excede el ámbito de este trabajo, el caso de Ngudjolo Chui resulta particularmente interesante porque se trata de una persona que fue absuelta de la acusación de haber cometido crímenes internacionales y, sin embargo, esa acusación fue utilizada para sostener su exclusión del estatus de refugiado, lo que abre ciertos interrogantes respecto del estándar de prueba empleado en uno y otro caso. En este sentido, el juez Cotte, presidente de la Sala de Primera Instancia que absolvió a Ngudjolo Chui, afirmó que declarar que una persona no es culpable no equivale a decir que la Sala esté convencida de su inocencia, sino que no está convencida de su culpabilidad por los cargos presentados. En efecto, en su decisión, la Sala de Primera Instancia afirmó que la Fiscalía no pudo probar la responsabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, en particular, debido a la debilidad del caso presentado, que se apoyaba, básicamente, en el testimonio de tres testigos, citado en HOLVOET, Mathias y YABASU, Dersim, “Former ICC Defendant —Ngudjolo— applies for Asylum in the Netherlands”, en *Opinio Juris*, 2013, disponible en <https://www.ejiltalk.org/former-icc-defendant-ngudjolo-applies-for-asylum-in-the-netherlands> (último acceso: 22 de agosto de 2017). Al respecto, ver también Mathias Holvoet, “Harmonizing Exclusion under the Refugee Convention by Reference to the Evidentiary Standards of International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2014, pp. 1039-1056.

<sup>15</sup> VAN WIJK, Joris - CUPIDO, Marjolein, “Testifying behind Bars - Detained ICC Witnesses and Human Rights Protection”, en STAHN, Carsten (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 1094.

<sup>16</sup> Sin embargo, cabe señalar que Goran Sluiter (abogado de algunos de los testigos solicitantes de asilo) ha puesto en duda que dicha cuestión no haya sido prevista, ya que dentro de la delegación holandesa que asistió a la Conferencia de Roma se habían planteado ciertas preocupaciones al respecto, haciendo referencia a cierta correspondencia del Parlamento holandés. Cf. SLUITER, Goran (2012), citado en VAN WIJK, Joris - CUPIDO, Marjolein, *ob. cit.*, nota al pie N° 13.

En consecuencia, las diversas Salas de la CPI han debido interpretar la normativa disponible a los fines de resolver los pedidos, tanto de los cuatro testigos como del Sr. Ngudjolo Chui, una vez absuelto.

A diferencia de otros tribunales penales internacionales, el Estatuto de la CPI contiene una disposición que establece cuál es el derecho aplicable por el tribunal, estableciendo una prelación entre sus fuentes. Así, en primer lugar, el párrafo 1º, inciso a), determina que la Corte deberá aplicar su Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las RPP, todos ellos adoptados por los Estados (el primero durante la Conferencia de Roma y los dos últimos por la Asamblea de Estados Partes)<sup>17</sup>. Si bien pareciera que los tres instrumentos se encuentran en pie de igualdad, de una interpretación armónica del Estatuto surge que, por un lado, el art. 9º dispone que los Elementos de los Crímenes deben ser compatibles con el Estatuto y “ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los arts. 6º, 7º, 8º y 8º bis”, y que, por el otro, el art. 51(5) establece que “en caso de conflicto entre las disposiciones del Estatuto y las de las Reglas de Procedimiento y Prueba, prevalecerá el Estatuto”. En segundo lugar, el artículo hace referencia a las fuentes principales del derecho internacional. El párrafo 1(b) del art. 21 menciona “los tratados y los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”. De esta forma, el Estatuto hace referencia a “las fuentes formales en sentido estricto convencional y consuetudinario”<sup>18</sup>, aun cuando se utilice una terminología distinta de la del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A través de este inciso es posible pensar en la aplicación de normas relativas a DIR, como, por ejemplo, la Convención de 1951 y el principio de no devolución. Asimismo, el inciso c) del mismo párrafo menciona “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen”. Por su lado, el art. 21(2) le permite a la Corte —sin que ello resulte una obligación— “aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. Finalmente, el tercer párrafo de esta norma dispone que “[l]a aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”, es decir, no se trata del derecho aplicable —como en los párrafos anteriores— sino de una pauta de interpretación, lo que ha sido considerado en los casos en estudio.

En efecto, el art. 21(3) ha sido clave en la interpretación de la normativa de la CPI para hacer frente a las situaciones planteadas, tanto por los cuatro tes-

<sup>17</sup> *Los Elementos de los Crímenes* (ICC-ASP/1/3 [part II-B]) y las *Reglas de Procedimiento y Prueba* (ICC-ASP/1/3 [part.II-A]) fueron adoptados el 9 de septiembre de 2002.

<sup>18</sup> GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia, *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires, Editorial de los Cuatro Vientos, 2006, p. 41.



tigos como por Mathieu Ngudjolo Chui. A través de esta disposición es posible incorporar elementos del DIDH, incluyendo reglas relativas a la protección internacional y el instituto del asilo. Así, por ejemplo, el art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona de buscar asilo en cualquier país en caso de persecución. De forma similar, el art. 22(7) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone el derecho de toda persona de “buscar y recibir asilo en territorio extranjero”. Asimismo, dentro de esta rama del derecho internacional puede incluirse el principio de no devolución, también conocido como principio de *non refoulement*, que, si bien tiene su origen en el DIR, su naturaleza lo acerca al DIDH<sup>19</sup>. Un claro ejemplo de ello, resulta de la íntima relación existente entre la prohibición de la tortura, el derecho a buscar y recibir asilo y el principio de no devolución. Ello se desprende de la recepción de este último en la Convención de 1951 (art. 33), en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 3º), en la Convención contra la Tortura (art. 3º) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7º). De hecho, en el régimen del DIDH el principio de *non refoulement* ha adquirido mayor envergadura toda vez que, a diferencia del aquel establecido en la Convención de 1951, éste no admite excepciones<sup>20</sup>.

En la primera decisión sobre la solicitud de asilo de un testigo de la defensa de Thomas Lubanga Dyilo, la Sala de Primera Instancia I sostuvo que el párrafo tercero del art. 21 requería que la Corte le facilitara al testigo el acceso a un abogado para que tuviera una oportunidad real —y no solo teórica— de presentar su solicitud<sup>21</sup>. En consecuencia, y como se desarrollará en el presente trabajo, el análisis realizado por las distintas Salas de la CPI está atravesado por consideraciones de DIDH, lo que surge de forma manifiesta respecto del principio de no devolución, que será examinado en la sección 4.

Con relación a la normativa específica del Estatuto, es necesario trazar una distinción entre el caso de los testigos de las Defensas de Thomas Lubanga Dyilo y de Germain Katanga y de Mathieu Ngudjolo Chui, que se encontraba detenidos en la RDC al momento de su citación<sup>22</sup>, y el caso de la absolución del Sr. Ngudjolo Chui.

<sup>19</sup> IRVING, Emma, “Protecting Witnesses at the International Criminal Court from *Refoulement*”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2014, p. 1143.

<sup>20</sup> DUFFY, Aoife, “Expulsion to face torture? *Non-refoulement* in international law”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 20, N° 3, 2008, pp. 373-390.

<sup>21</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia, “Decision on the request by DRC-DOI-WWW-0019 for special protective measures relating to his asylum application”, ICC-01/04-01/06-2766-Conf. 4 de julio de 2011. Una versión pública editada fue publicada el 5 de agosto de 2011, ICC-01/04-01/06-2766-Red, párr. 86.

<sup>22</sup> Si bien excede el presente trabajo, cabe mencionar que también dos testigos que no se encontraban detenidos antes de ser transferidos a la sede de la CPI para brindar testimonio, solicitaron asilo en 2011. En este supuesto, no entra en discusión el alcance del art. 93(7) del Estatuto. Para más información, ver IRVING, Emma, 2014, *ob. cit.*, pp. 1152-1153.

En la primera situación, concurren dos obligaciones que parecen estar en conflicto. Por un lado, la obligación de la Corte de devolver sin dilación a los testigos una vez cumplido su testimonio —(*cf.* art. 93[7][b])—, que habían sido transferidos al tribunal sobre la base del art. 93(7)(a) que, entre diversas formas de cooperación entre los Estados y la Corte, prevé el supuesto en el que los primeros deban trasladar provisionalmente una persona que se encuentre detenida en un Estado para brindar testimonio. Por otro lado, debe tomarse en cuenta la obligación de la CPI de proteger la seguridad y bienestar físico y psicológico de los testigos que comparecen ante la Corte, dispuesta en el art. 68(1) del Estatuto. En efecto, en el caso de los testigos detenidos, luego de finalizados sus testimonios, los cuatro solicitaron a la Corte medidas de protección especiales, conforme la Regla 88(1) de las RPP que incluían la suspensión de su regreso a la RDC y la asistencia de la Corte con respecto a las solicitudes de asilo. Tanto en el caso de Lubanga Dyilo como en el caso de Katanga y Njugjolo Chui, las Salas se apoyaron en los informes de la Unidad de Víctimas y Testigos<sup>23</sup> (en adelante “UVT”) para considerar satisfecha su obligación de protección, señalando que era resorte exclusivo de Holanda la determinación acerca de si el examen de riesgos realizado por la UVT de la Corte cubría todas las cuestiones a analizar en el marco de un proceso de solicitud de asilo<sup>24</sup>. La UVT sostuvo en ambos casos de manera similar que el riesgo respecto de la seguridad física de los testigos no había aumentado en función de sus testimonios ante la Corte y que, en todo caso, se seguiría monitoreando su situación una vez de vuelta en la RDC<sup>25</sup>.

Asimismo, y dado que la interpretación del art. 93(7)(b) debía hacerse de conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, las Salas identificaron como problemática la demora del procedimiento de solicitud

<sup>23</sup> La UVT forma parte de la Secretaría de la CPI de conformidad con el art. 43(6) del Estatuto de la Corte que dispone que “en consulta con la Fiscalía, adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte, y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado”. Una de sus funciones es administrar el Programa de Protección de la CPI (Norma 96 del Reglamento de la Secretaría). Para un análisis sobre el funcionamiento del Programa, ver, entre otros, IRVING, Emma, 2014, *ob. cit.*, pp. 1141-1160, quien compara el alcance de este Programa con la protección brindada por el instituto del asilo.

<sup>24</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, ICC-01/04-01/06-2766-Red, *ob. cit.*, párr. 69 y “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Njugjolo Chui”, “Decision on an Amicus Curiae application and on the “Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d’asile” (articles 68 and 93[7] of the Statute)”, ICC-01/04-01/07-3003-ENG, 9 de junio de 2011, párrs. 62-63.

<sup>25</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, ICC-01/04-01/06-2766-Red, *ob. cit.*, párrs. 63-64 y “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Njugjolo Chui”, ICC-01/04-01/07-2952, *ob. cit.*, párrs. 32-33. Al respecto, cabe señalar el riesgo que entrañaría que un Estado hiciera propio el análisis de riesgo que efectuará la UVT (u otro organismo internacional) y lo utilizara como base de determinación de la existencia del temor fundado en los procedimientos de asilo, ya que ello configuraría una delegación indebida de responsabilidad del país anfitrión a la CPI. Asimismo, se ha sostenido que los riesgos protegidos por dichos regímenes son diferentes. Para mayor desarrollo, ver IRVING, Emma, 2014, *ob. cit.*, pp. 1157-1159.



de asilo, ya que durante dicho procedimiento, los testigos continuaban detenidos en el Centro de Detención de la CPI<sup>26</sup>. En tal sentido, la Sala de Apelaciones señaló que la falta de implementación del art. 93(7)(b) y la detención de los testigos no era una solución apropiada<sup>27</sup> debido a que, de conformidad con el art. 21(3), la CPI debía garantizar el derecho a solicitar asilo junto con el principio de no devolución y el derecho a un remedio efectivo<sup>28</sup>. Asimismo, afirmó que la Corte no podía actuar como una unidad de detención administrativa de solicitantes de asilo y que el párrafo 3 del art. 21 no le permitía prolongar la detención de los testigos más allá de lo previsto en el Estatuto<sup>29</sup>. En consecuencia, una vez garantizada su seguridad personal de conformidad con el informe de la UVT, ordenó su liberación y transferencia a la RDC. Sin embargo, cuatro meses después, la Sala de Apelaciones expresó su preocupación debido a que los testigos aún continuaban detenidos en el Centro de la CPI<sup>30</sup>.

El caso de Mathieu Ngudjolo Chui es diferente, ya que se trata de una persona que fue absuelta por la CPI, por lo que no se encontraría en juego el art. 93(7) ni tampoco se trataría de una persona privada de libertad, aunque, como se verá, el Sr. Ngudjolo Chui continuó detenido hasta la confirmación de su absolución por parte de la Sala de Apelaciones. El art. 81(3)(c) del Estatuto de la CPI prevé que cuando una persona es absuelta, será puesta en libertad de inmediato, salvo que, en “circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta entre otras cosas, el riesgo concreto de fuga, la gravedad del delito y las probabilidades de que se dé lugar a la apelación, la Sala de Primera Instancia, a solicitud del Fiscal”, decrete que continúe privada de la libertad mientras dure la apelación. Asimismo, la Regla 185 de las RPP dispone que cuando una persona es puesta en libertad luego de su absolución, la Corte deberá adoptar a la brevedad posible “las disposiciones que considere apropiadas para su traslado, teniendo en cuenta sus observaciones, a un Estado que esté obligado a recibirla, a otro Estado que consienta en recibirla o a un Estado que haya solicitado su extradición, previo el consentimiento del Estado que haya hecho inicialmente la entrega. En este caso, el Estado anfitrión facilitará el traslado”.

Como ha sido mencionado *supra*, si bien el Sr. Ngudjolo Chui fue liberado luego de su absolución, debido a su temor de ser perseguido a su vuelta

<sup>26</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Order on the implementation of the cooperation agreement between the Court and the Democratic Republic of the Congo concluded pursuant article 93(7) of the Statute”, ICC-01/04-02/12-158, 20 de enero de 2014, párr. 23.

<sup>27</sup> *Id.*, párr. 25.

<sup>28</sup> *Id.*, párr. 24.

<sup>29</sup> *Id.*, párr. 27.

<sup>30</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Decision on the ‘Registry’s urgent request for guidance’ and further order in relation to the Appeal’s Chamber’s ‘Order on the implementation of the cooperation agreement between the Court and the Democratic Republic of the Congo concluded pursuant article 93(7) of the Statute’”, ICC-01/04-02/12-179, 21 de mayo de 2014.

a la RDC, presentó dos solicitudes de asilo que suspendieron su regreso. La interpretación de la Regla 185 a la luz de los derechos humanos internacionalmente reconocidos implica que la persona absuelta no podría ser trasladada a un Estado en el que su integridad física o psicológica se encontrara en riesgo. Esta obligación recae sobre la CPI, que debe celebrar los acuerdos necesarios con los Estados que expresen su consentimiento en recibir a estas personas. En particular, en virtud del art. 21(3) debería tomarse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”) sobre el art. 3º, que prohíbe las transferencias de personas hacia países en donde exista riesgo de que sean sometidos a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>31</sup>.

La problemática de aquellas personas absueltas por un tribunal penal internacional que han expresado temor de ser perseguidas si retornasen a su país de origen no es exclusiva de la CPI. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, “TPIR”) debió hacer frente a situaciones similares diez años antes pero tampoco encontró una solución definitiva adecuada, más allá de trasladar a dichas personas a una llamada casa segura (*safe house*) en Arusha, Tanzania, donde estaba ubicada la sede del TPIR<sup>32</sup>. Si bien no puede afirmarse que esta situación sea una característica común de todos los tribunales penales internacionales<sup>33</sup> es, sin lugar a dudas, una cuestión que necesita ser reglamentada y resuelta de forma sistemática para evitar respuestas *ad hoc*, que no siempre satisfacen completamente las exigencias de los actores involucrados y que, como en el caso de Matheu Ngudjolo Chui, se encuentran en un limbo legal. En efecto, a pesar de la pertinencia de la aplicación de normas de tres ramas del DIP, estas no son suficientes para ofrecer una solución adecuada y definitiva.

### 3. LA DISCUSIÓN DE LA JURISDICCIÓN

Una de las cuestiones más complejas que presentan los casos descriptos es quién tiene jurisdicción sobre los testigos y sobre las personas absueltas que

<sup>31</sup> VAN WIJK, Joris, “When International Criminal Justice collides with Principles of International Protection: Assessing the consequences of ICC Witnesses seeking Asylum, Defendants being Acquitted, and Convicted being Released”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, pp. 177-178.

<sup>32</sup> IRVING, Emma, 2015, *ob. cit.* Hacia fines de 2014, esta casa albergaba 11 personas que habían sido juzgadas por el TPIR (9 de ellas habían sido absueltas y 2 habían completado su condena). La Secretaría del TPIR logró relocalizar a, por lo menos, cinco personas absueltas en países de Europa Occidental junto con sus familias. Cf. VAN WIJK, Joris, 2013, *ob. cit.*, p. 185. Ver también, HELLER, Kevin Jon, “What happens to the Acquitted?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, pp. 663-680.

<sup>33</sup> Las personas que fueron absueltas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia no han tenido problemas para regresar a sus países. Cf. BUISMAN, Caroline - GIBSON, Kate, “Acquitted by Law, prosecuted by propaganda”, en *Justice in Conflict*, 2014, disponible en <https://justiceinconflict.org/2014/03/31/acquitted-by-law-prosecuted-by-propaganda> (último acceso: 22 de agosto de 2017) y VAN WIJK, Joris, 2013, *ob. cit.*, pp. 183-184.

solicitan asilo, tanto con relación a su detención como con el procedimiento de asilo y la obligación de protección internacional.

### 3.1. *¿Quién detiene a los solicitantes de asilo? La jurisdicción sobre la detención*

En el caso de los cuatro testigos que fueron transferidos a la CPI a los efectos de brindar testimonio y luego ser devueltos a la RDC donde se encontraban detenidos en espera de juicio, pueden identificarse, por lo menos, tres sujetos que podrían ejercer la jurisdicción: la CPI, la RDC o el Estado anfitrión, es decir, Holanda. Esta cuestión no se encuentra regulada específicamente por ningún documento de aplicación por el tribunal internacional, ni siquiera por el Acuerdo de Sede entre Holanda y la Corte<sup>34</sup>. En su Decisión del 4 de julio de 2011 en el caso “Lubanga Dyilo”, la Sala de Primera Instancia I examinó dicho Acuerdo y observó que el art. 46(1) dispone que el Estado receptor cooperará con la Corte para facilitar la detención de personas y permitir que lleve adelante sus funciones dentro del centro de detención. Por su parte, el art. 44 del Acuerdo establece que el transporte de los individuos en custodia de la Corte desde el punto de arribo a Holanda a la sede del tribunal (y desde allí, al punto de partida) será llevado adelante por las autoridades competentes holandesas. Dicho traslado se realizará a solicitud y en consulta con la Corte, de conformidad con la Regla 192, que establece que ello será organizado por las autoridades del Estado concernido junto con la Secretaría y las autoridades del Estado receptor<sup>35</sup>. Finalmente, la Sala señaló que el art. 51 del Acuerdo de Sede limita el ejercicio de jurisdicción del Estado anfitrión y determina que éste no ejercerá su jurisdicción o procederá con una solicitud de asistencia o extradición de otro Estado referidas a una persona entregada a la Corte, personas con libertad provisional o personas que comparecen voluntariamente o como consecuencia de una citación por actos, omisiones o condenas previas a su entrega, transferencia o comparecencia ante la Corte<sup>36</sup>. La Sala afirmó, sin embargo, que el Acuerdo nada dice respecto de las obligaciones del Estado receptor en materia de derechos humanos.

Con respecto a la situación de la RDC, la Sala manifestó que, si bien las autoridades congoleesas sostenían que, en virtud del acuerdo adoptado con la Secretaría de la Corte, solamente habrían transferido la custodia del testigo, y no los poderes generales de detención. Dicho acuerdo no podría excluir las obligaciones del Estado anfitrión, y, por lo tanto, no podía ser usado para regular la situación de la jurisdicción en el contexto de una solicitud de asilo<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> UNTC 1272, vol. 2283, ICC-BD/04-01-08, adoptado el 7 de junio de 2007. Entrada en vigor: 1 de marzo de 2008.

<sup>35</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, ICC-01/04-01/06-2766-Red, *ob. cit.*, párr. 77.

<sup>36</sup> *Id.*, párr. 78.

<sup>37</sup> *Id.*, párr. 80.

En consecuencia, la Sala concluyó que el testigo de la defensa de Lubanga Dyilo se encontraba *de facto* en el territorio de Holanda con relación a su solicitud de asilo, bajo la supervisión de las autoridades holandesas hasta su regreso a la RDC pero, al mismo tiempo, bajo en control y en la sede de la Corte<sup>38</sup>. Así, el testigo continuaría alojado en el Centro de Detención de la CPI mientras Holanda resolvía su solicitud de asilo<sup>39</sup>.

De forma similar, la Sala del caso “Katanga y Ngudjolo Chui” determinó que mientras estuviera pendiente la solicitud de asilo de los tres testigos, no podía cumplir con su obligación de regresarlos a su país de origen, lo que, a su vez, no podía tener una duración indefinida a la luz del art. 21(3)<sup>40</sup>. En efecto, como los testigos se encontraban detenidos en el centro de la CPI, en virtud de su Estatuto, las Salas se mostraron preocupadas por la extensión de dicha detención, ya que existía una tensión entre su obligación de regresarlos a la RDC y sus derechos a la luz del art. 21(3).

El TEDH, quien también intervino en la discusión en virtud de una presentación realizada por el testigo de Lubanga Dyilo el 1 de junio de 2012, sostuvo, en la misma línea, que el hecho de que el solicitante se encontrara en suelo holandés no era suficiente para que cuestiones relativas a la legalidad de su detención en el Centro de la CPI estuvieran dentro de la jurisdicción de dicho Estado, de conformidad con el art. 1º del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Asimismo, afirmó que mientras el solicitante no regresara a la RDC ni fuera entregado a las autoridades holandesas por pedido de estas, las razones jurídicas de su detención se encontraban en el acuerdo entre la CPI y la RDC. En consecuencia, el TEDH sostuvo que no tenía competencia personal para resolver la petición<sup>41</sup>.

Parecía entonces configurarse una situación sin salida, en la cual, los distintos actores sostenían posiciones encontradas y ninguno de ellos podía, por sí solos, resolver la cuestión. Los testigos se encontraban en suelo holandés, en custodia de un tribunal internacional, detenidos por orden de un tribunal doméstico de la RDC. En virtud del art. 88 de la Ley holandesa de Cooperación con la CPI, la legislación de dicho Estado no es aplicable para revisar medidas de detención ejecutadas por la CPI<sup>42</sup>. Al mismo tiempo, la Sala afirmó que no era competente

<sup>38</sup> *Id.*, párr. 82.

<sup>39</sup> *Id.*, párr. 88.

<sup>40</sup> “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, ICC-01/04-01/07-3003-ENG, *ob. cit.*, párr. 85.

<sup>41</sup> TEDH, “Bède Djokaba Lambi Longa v. Países Bajos”, Application no. 33917/12, decisión del 9 de octubre. Si bien el peticionario había retirado su solicitud de asilo el día 4 de ese mes, el TEDH emitió de todas formas su decisión ya que consideraba que la petición se refería a aspectos esenciales del funcionamiento de los tribunales penales internacionales con asiento en el territorio de Estados parte del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

<sup>42</sup> HOLVOET, Mathias - YABASU, Dersim, “Seeking Asylum before the International Criminal Court. Another Challenge for a Court in need of Credibility”, en *International Criminal Justice Review*, vol. 13, 2013, p. 738.

para revisar la necesidad de la continuación de la detención, ya que ello se relacionaba con el proceso penal en la RDC, aclarando que la detención basada en el art. 93(7) no equivalía a una orden de detención judicial sino a una determinación sobre la custodia de una persona, cuya detención había sido ordenada por un Estado<sup>43</sup>. En consecuencia, aun cuando la Sala de Apelaciones consideraba que se daban las condiciones de seguridad para que los testigos regresaran a la RDC, debía esperar a que Holanda resolviera sus solicitudes de asilo. Por lo tanto, a la luz del art. 21(3) la cuestión versaba sobre si los testigos debían permanecer detenidos, y, en ese caso, bajo la custodia de quién<sup>44</sup>. Así, por ejemplo, el 28 de mayo de 2014, sus abogados informaron a la Sala de Apelaciones que dos días antes, en una audiencia ante el Consejo de Estado holandés —el órgano superior en materia de asilo— Holanda había solicitado permiso para expulsarlos inmediatamente. Asimismo, dicho Estado les había solicitado a los abogados que firmaran un documento en el que los testigos reconocían que, respecto del traslado a la sala de audiencias, se encontraban bajo jurisdicción de la CPI y no del Estado holandés y que la Secretaría de la Corte se había negado a trasladarlos oportunamente<sup>45</sup>. La Sala de Apelaciones afirmó que la evaluación de la existencia de garantías adecuadas era resorte de la Secretaría de la Corte y que ésta había ofrecido la alternativa de la participación a través de una videoconferencia<sup>46</sup>.

El caso de Mathieu Ngudjolo Chui introduce una cuestión diferente ya que se trata de una persona que fue absuelta por la CPI y que, por lo tanto, tenía derecho a ser puesta en libertad, lo que, como fuera mencionado *supra*, no ocurrió. De conformidad con la Regla 185, la CPI debía liberarlo luego de su absolución. Debido a que pesaba sobre él una prohibición de viaje basada en la Resolución 1596 (2005) de Consejo de Seguridad por haber sido comandante en jefe del Frente de Nacionalistas e Integracionistas y ex comandante en jefe de la Fuerza de Resistencia Patriótica en Ituri<sup>47</sup>, la Secretaría de la Corte había previsto alojarlo en un hotel en La Haya hasta que dicha prohibición fuese levantada<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> “Fiscal v. Germain Katanga”, Sala de Primera Instancia II, “Decision on the application for the interim release of detained Witnesses DRCD02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350”, ICC-01/04-01/07-3405-tENG, 1 de octubre de 2013, párrs. 27-28.

<sup>44</sup> “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, “Decision on the Security Situation of witnesses DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350”, ICC-01/04-01/07-3128, 24 de agosto de 2011, párrs. 15-16.

<sup>45</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Urgent Application for an Order to the Registrar to allow the Three Detained Witnesses to be present at the Hearing before Dutch Courts”, ICC-01/04-02/12-181, 28 de mayo de 2014.

<sup>46</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Decision on the ‘Application for an Order to the Registrar to allow the Three Detained Witnesses to be present at the Hearing before Dutch Courts’”, ICC-01/04-02/12-184, 4 de junio de 2014.

<sup>47</sup> THEEUWEN, Wieteke, *ob. cit.*, 2015.

<sup>48</sup> KILENDA KAKENGI BASILA, Jean-Pierre, “The case of Mathieu Ngudjolo Chui: A challenge for the International Criminal Court, the Host State and State Parties”, en Annex D, ICC-01/04-02/12-147-AnexD-tENG, 20 de diciembre de 2013.

Sin embargo, el Sr. Ngudjolo Chui fue llevado al aeropuerto de Schiphol para ser transferido a la RDC, momento en el cual presentó su solicitud de asilo, quedando detenido en un centro de detención del aeropuerto. El 3 de mayo de 2013 la Corte de Ámsterdam ordenó su liberación, afirmando que no se habían demostrado causas que justificaran la detención excepcional mientras durara el procedimiento de asilo. En consecuencia, se le entregó un documento que le permitía residir legalmente en territorio holandés<sup>49</sup>. Durante todo ese tiempo, el Sr. Ngudjolo Chui sostuvo que ni Holanda ni la Secretaría de la CPI habían cumplido con la sentencia de absolución y, en consecuencia, que su arresto por las autoridades holandesas era arbitrario e ilegal y que debía ser entregado a la CPI para alcanzar un acuerdo respecto de su localización mientras estuviera pendiente la solicitud de asilo y la apelación de su absolución. Asimismo, afirmó que su detención creaba condiciones complicadas de trabajo para su defensa, en violación de los estándares internacionales en la materia<sup>50</sup>. El 24 de abril de 2013, la Sala de Apelaciones sostuvo que el Sr. Ngudjolo Chui se encontraba bajo jurisdicción holandesa y, por lo tanto, no era competente para revisar las condiciones de detención. De todas maneras, observó que dichas condiciones, según fueran descriptas por el solicitante, no violaban las garantías de un juicio justo con relación al procedimiento ante la CPI<sup>51</sup>. La Sala también afirmó que una persona solicitante de asilo se encuentra bajo la jurisdicción del Estado anfitrión y, por lo tanto, no podía revisar la legalidad de su detención u ordenar que sea liberado<sup>52</sup>. En este caso, si bien la cuestión de la libertad aparece también como un grave problema en materia de DIDH, la discusión sobre quién ejerce la jurisdicción parece más clara ya que, dejando de lado el proceso de asilo —que se examinará a continuación— Mathieu Nugdjolo Chui no se encontraba detenido por la CPI y la decisión de privarlo de su libertad fue exclusivamente de Holanda.

<sup>49</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Registry’s update on the situation in relation to Mathieu Ngudjolo Chui”, ICC-01/04-02/12-69-Red, 3 de junio de 2013.

<sup>50</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête Urgente de la Défense de Mathieu Ngudjolo sollicitant les instructions de la Chambre d’appel sur les modalités de préparation de la procédure d’appel au regard de la situation actuelle de Mathieu Ngudjolo (Article 67 du Statut de Rome)”, ICC-01/04-02/12-40, 20 de marzo de 2013.

<sup>51</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Decision on ‘urgent application by Mathieu Ngudjolo’s Defence seeking the Appeals Chamber’s instruction on the modalities of preparation for the appeals procedure in view of Mathieu Ngudjolo’s current situation (Article 67 of the Rome Statute)”, ICC-01/04-02/12-67, 24 de abril de 2013.

<sup>52</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Decision on Mr. Nugdjolo’s request to order the Victims and Witness Unit to execute and the Host State to comply with the acquittal judgment on 18 December 2012 issued by Trial Chamber II of the International Criminal Court”, ICC-01/04-02/12-74-Red, 12 de junio de 2013, párr. 10.



### 3.2. *¿Quién tiene la obligación de otorgar protección internacional? La jurisdicción en materia de asilo*

En el marco del proceso seguido contra Lubanga Dyilo, el 3 de junio de 2011 la Sala de Primera Instancia I suspendió provisionalmente la orden de regreso del testigo y solicitó observaciones a las partes y a la Secretaría sobre la situación de riesgo que enfrentaría en el caso de retornar a su país y sobre si tenía derecho a solicitar asilo<sup>53</sup>.

El 28 de septiembre de ese año, el Servicio de Inmigración y Naturalización holandés sostuvo que como el solicitante no se encontraba bajo jurisdicción del Estado, no era posible tramitar su solicitud de asilo, sino que su pedido sería tratado como una solicitud de protección a la luz del principio de no devolución. El 15 de diciembre, la Sala afirmó que no tenía facultades para revisar la decisión de las autoridades holandesas y solicitó a la Secretaría de la Corte que preparase la vuelta del testigo una vez que éste estuviese en condiciones de viajar<sup>54</sup>.

Por su parte, con respecto a los tres testigos del caso de Germain Katanga y Ngudjolo Chui, el 12 de abril de 2011 manifestaron que las medidas de protección propuestas por la UVT de la Corte no eran suficientes y, en consecuencia, requirieron a la Sala de Primera Instancia II ser presentados ante las autoridades holandesas para solicitar asilo. Sin embargo, sus solicitudes fueron rechazadas el 6 de junio de 2011 y en su decisión en apelación del 28 de diciembre, la Corte Regional ordenó al Ministerio para la Inmigración y el Asilo que dictara una decisión dentro de un plazo de seis meses. El 11 de junio de 2012, el Ministerio informó su intención de rechazar la solicitud sobre la base del art. 1(F) de la Convención de 1951 sosteniendo que los solicitantes eran sospechosos de haber cometido crímenes contra la humanidad, por el asesinato de miembros de la Misión de Naciones Unidas. El 4 de octubre de 2013, una Corte de Distrito de Ámsterdam decidió que, a pesar de no reconocer el estatus de refugiado a los tres testigos, estos habían estado detenidos de forma ilegal en la RDC desde 2007 porque las razones de la detención nunca habían sido revisadas por un tribunal, ni habían sido nunca acusados formalmente de un delito y que, por lo tanto, había que otorgarles cierta protección. En consecuencia, consideró que si volviesen a la RDC se configuraría una violación del art. 6º del Convenio Europeo, examinando la cuestión a la luz del principio de no devolución y, por lo tanto, autorizó a los testigos a permanecer en Holanda, aunque en detención en el Centro de la CPI.

<sup>53</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia, “Order on the application from DRC-D01-WWWW-0019 of 1 June 2011”, ICC-01/04-01/06-2749-Conf, 3 de junio de 2011.

<sup>54</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia, “Decision on the observations submitted by counsel representing defense Witness 19 in the Dutch asylum proceedings”, ICC-01/04-01/06-2835, 15 de diciembre de 2011.

La solicitud de asilo de Matieu Ngujolo Chui fue rechazada el 1 de julio de 2013, su solicitud de asilo fue rechazada por el Viceministro de Seguridad y Justicia y se le ordenó abandonar el país de forma inmediata, decisión que fue apelada, pero confirmada el 15 de octubre de 2014. El 26 de febrero de 2015, sus abogados presentaron una medida cautelar ante el TEDH de conformidad con la Regla 39, que fue rechazada el día 27. Ese mismo día, la CPI confirmó su absolución<sup>55</sup> e inmediatamente después, las autoridades holandesas lo llevaron al aeropuerto para retornarlo a la RDC<sup>56</sup>. No obstante, presentó un nuevo pedido de asilo cuyo rechazo fue confirmado el 23 de abril de 2015 por la Corte Regional de La Haya. Luego, el Sr. Ngujolo Chui solicitó una visa por razones humanitarias a Suiza, que también fue rechazada<sup>57</sup>. Finalmente, el 11 de mayo de 2015, Mathieu Ngujolo Chui fue deportado de Holanda<sup>58</sup>.

En lo que aquí interesa, resulta relevante analizar la decisión de la Sala de Primera Instancia I que determinó la aplicación de la jurisdicción holandesa para los casos bajo análisis<sup>59</sup>, toda vez que se encontraba en juego el derecho a la jurisdicción en materia de asilo. Debe recordarse que de las obligaciones emanadas de la Convención de 1951 se advierte la de “dar acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiado a las personas que lo solicitan (derecho de petición), y determinar si califican o no como refugiados, de conformidad con las disposiciones de los instrumentos internacionales”<sup>60</sup>.

La posición inicial del gobierno holandés respecto de los testigos detenidos no presentaba objeciones a que la solicitud de asilo procediera como cualquiera otra, de acuerdo con las normas nacionales. Pero algunos meses más tarde la postura estatal se modificó radicalmente, al considerar que el procedimiento de asilo no resultaba aplicable y que la solicitud debía ser canalizada a través de un requerimiento de protección<sup>61</sup>. Así, se sostuvo que debido a que los testigos se encontraban bajo custodia de la CPI no resultaba aplicable el procedimiento

<sup>55</sup> “Fiscal v. Mathieu Ngujolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Trial Chamber II entitled ‘Judgment pursuant to article 74 of the Statute’”, ICC-01/04-02/12-271, 27 de febrero de 2015.

<sup>56</sup> IRVING, Emma, 2015, *ob. cit.*

<sup>57</sup> THEEUWEN, Wieteke, “Ngujolo’s Asylum Proceedings: the Saga continues”, *International Justice Monitor*, 2015, disponible en <https://www.ijmonitor.org/2015/04/ngujolos-asylum-proceedings-the-saga-continues> (último acceso: 21 de agosto de 2017).

<sup>58</sup> IRVING, Emma, 2015, *ob. cit.*

<sup>59</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, ICC-01/04-01/06-2766-Red, *ob. cit.*, párr. 82; “Fiscal v. Mathieu Ngujolo Chui”, ICC-01/04-02/12-67, *ob. cit.*, y “Fiscal v. Mathieu Ngujolo Chui”, ICC-01/04-02/12-74-Red, párr. 10.

<sup>60</sup> HANLAN, Hope, *Prefacio*, en FRANCO, Leonardo (comp.), *El asilo y la protección internacionales de los refugiados en América Latina*, 1ª ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2003, p. 10.

<sup>61</sup> “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, “*Amicus Curiae* Observation by Mr. Schuller and Mr. Sluiter, Counsel in Dutch asylum proceedings of witness 19”, ICC-01/04-01/06-2827, 23 de noviembre de 2011, párrs. 7-8, citado en IRVING, Emma, 2014, *ob. cit.*, p. 1155.

de asilo local, sino que se aplicaría un procedimiento *sui generis* de protección bajo el amparo del principio de *non refoulement*.

La cuestión llegó a conocimiento de la Corte Distrital de Ámsterdam, quien analizó los argumentos esgrimidos por el Estado holandés respecto de la alegada falta de jurisdicción sobre los testigos. Dicha postura se basaba en que estos se encontraban bajo la custodia de la CPI con el consentimiento de las autoridades congolesas y que nunca habían estado bajo la custodia holandesa, razón por la cual Holanda no tenía jurisdicción sobre ellos. Sin embargo, la Corte distrital de Ámsterdam decidió que, a pesar de que los solicitantes se encontraban bajo la jurisdicción del tribunal internacional, resultaba plenamente aplicable el procedimiento ordinario de asilo, ya que la CPI carece de territorio propio que garantice la protección requerida<sup>62</sup>. Asimismo, concluyó que no existía ninguna base legal que sirva de fundamento para denegar la aplicación del procedimiento holandés de asilo<sup>63</sup>.

De la decisión mencionada se advierte que, en materia de jurisdicción, no resulta aceptable la existencia de un vacío legal: los solicitantes se encontraban efectivamente en territorio holandés y, si no pueden solicitar asilo allí, no podrán hacerlo en ningún otro lugar<sup>64</sup>.

De esta manera, la Corte distrital ponderó adecuadamente la tensión existente entre una situación *de facto* (los solicitantes se encontraban en territorio holandés) y una ficción jurídica (la sujeción a la jurisdicción de la CPI), al entender que Holanda debía garantizar el acceso al procedimiento de asilo a fin de no malograr el derecho a la jurisdicción.

Esta decisión, acorde con la jurisprudencia del TEDH en la materia<sup>65</sup>, ha asegurado el derecho a ser oído (parte integrante del derecho al debido proceso) y el acceso a la protección internacional de los solicitantes.

#### 4. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN Y EL *JUS COGENS*

Como ha sido afirmado *supra*, para resolver las situaciones que se les presentaron, las Salas de la CPI han interpretado el derecho aplicable a la luz de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, de conformidad con el

<sup>62</sup> En igual sentido se pronunció la CPI. Ver “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo”, ICC-01/04-01/07-3003-ENG, *ob. cit.*, párr. 64.

<sup>63</sup> Corte Distrital de La Haya, con asiento en Ámsterdam, Decisión del 28 de diciembre de 2011, LJN:BU9492, citado en VAN WIJK, Joris, 2013, *ob. cit.*, pp. 175-176; en IRVING, Emma, 2014, *ob. cit.*, pp. 1155-1156; y en HOLVOET, Mathias - DERSIM, Yabasun, “*Seeking asylum before the International Criminal Court...*”, 2013, *ob. cit.*, pp. 725-745.

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> Para un mayor desarrollo acerca de la jurisprudencia del TEDH en materia de jurisdicción, ver HOLVOET, Mathias - DERSIM, Yabasun, “*Seeking asylum before the International Criminal Court...*”, *ob. cit.*, 2013, pp. 740-741.

art. 21(3) del Estatuto<sup>66</sup>. Ello incluye, sin dudas, una referencia al principio de no devolución. En consecuencia, es necesario determinar cuál es el alcance de este principio a los fines de identificar las consecuencias de su aplicación en las solicitudes de asilo de personas relacionadas con procedimientos penales ante la CPI.

Tal y como se ha sostenido reiteradamente<sup>67</sup>, el principio de no devolución constituye la piedra angular de la protección internacional de los refugiados y representa un componente esencial e inderogable de ella<sup>68</sup>. Como tal, no existen dudas acerca de la pertenencia del principio al derecho consuetudinario: constituye una norma obligatoria para la comunidad internacional con independencia de la ratificación o adhesión de un Estado en particular a la Convención de 1951 o al Protocolo Adicional de 1967. En ese sentido existe acuerdo generalizado<sup>69</sup> respecto de que la práctica estatal evidenciada —y la falta de objeciones al respecto— ha demostrado la existencia de una costumbre internacional de carácter general<sup>70</sup> y, en consecuencia, una norma obligatoria para todos los Estados.

Pero una vez sentado ello, cabría reflexionar si resulta aventurado sostener que el principio de no devolución ha alcanzado además la consideración de los Estados en cuanto a su carácter *jus cogens*, es decir, una “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”<sup>71</sup>.

La importancia de responder este interrogante radica en la posibilidad de determinar el impacto que ello tendría en la resolución de los casos bajo análi-

<sup>66</sup> “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, ICC-01/04-01/07-3003-ENG, *ob. cit.*, párrs. 73 y ss.; “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, ICC-01/04-01/06-2766-Red, *ob. cit.*, párr. 72; y “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, ICC-01/04-02/12, *ob. cit.*, párrs. 23 y ss.

<sup>67</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Familia Pacheco Tineo v. Bolivia”, sentencia del 25 de noviembre de 2013, párr. 151, citando Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, “ACNUR”), Comité Ejecutivo, *Conclusiones Generales sobre la protección internacional de los refugiados*, UN Doc. 65 (XLII)-1991, publicadas el 11 de octubre de 1991, párr. c.; ACNUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, párr. 5, Ginebra, 26 de enero de 2007; Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984, conclusión quinta.

<sup>68</sup> ACNUR, *Opinión Consultiva, ob. cit.*, párr. 12, Ginebra, 26 de enero de 2007; Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984, conclusión quinta.

<sup>69</sup> ACNUR, *Opinión Consultiva, ob. cit.*, párr. 15, Ginebra, 26 de enero de 2007; GOODWIN-GILL, Guy S, *The Refugee in International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1998, pp. 117-118; ALLAIN, Jean, “The *jus cogens* nature of non-refoulement”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 13 N° 4, 2001, pp. 533-558; LAUTERPACHT, Elihu - BETHLEHEM, Daniel, “The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion”, en FELLER, Erika - TÜRK, Völker - NICHOLSON, Frances (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 158, entre otros.

<sup>70</sup> “Costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”, *cf.* Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38.

<sup>71</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969, UNTC 18232, art. 53.

sis. En efecto, en el supuesto de hallarnos frente a una norma *jus cogens*, el principio de no devolución deberá prevalecer por sobre toda la normativa que aquí se ha analizado<sup>72</sup> (tanto de carácter convencional como consuetudinario) y, en consecuencia, nos llevaría a repensar las obligaciones emergentes del Estatuto de Roma en materia de cooperación estatal con la Corte y las mejores maneras de continuar con dicha cooperación, respetando el derecho de buscar y solicitar asilo para todas las personas sujetas a jurisdicción de un Estado.

En primer lugar, debemos efectuar una aclaración en torno a la extensión del reconocimiento del carácter *jus cogens* de este principio. Tradicionalmente se ha entendido que solamente podría ser considerada como norma imperativa la obligación de no devolución cuando el retorno, expulsión o rechazo de una persona hacia un país cuando existiera riesgo de ser sometida a tortura<sup>73</sup>.

Desde otra perspectiva, se ha sostenido que el principio en toda su extensión se ha incorporado al elenco de normas imperativas<sup>74</sup>. Así ha sido en el ámbito interamericano, en donde la conceptualización del principio de no devolución como norma imperativa del derecho internacional general se ha visto más desarrollada. En la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, los Estados de la región han coincidido en que el “principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*”. Veinte años después, en ocasión del Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, se adoptó una Declaración que reafirma lo sostenido en Cartagena y reconoce el carácter de *jus cogens* del principio de no devolución<sup>75</sup>. Asimismo, en su voto concurrente de la Opinión Consultiva OC 18/2003, el juez Cançado Trindade recordó las distintas “manifestaciones doctrinales que sostienen el proceso de gradual formación del derecho individual

<sup>72</sup> GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, “Fuentes y normas del derecho internacional”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 1ª. ed., Buenos Aires, Errepar, 2015, p. 85 y ss.

<sup>73</sup> ACNUR, *Los derechos humanos y la protección de los refugiados, Módulo auto formativo 5, vol. I*, Ginebra, 2008, p. 12.

<sup>74</sup> Por ejemplo, ALLAIN, Jean, 2001, *ob. cit.*, pp. 533-558; FARMER, Alice, “Non-refoulement and jus cogens: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection”, en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 23, N° 1, 2008, p. 1; ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2006; VIEIRA DE PAULA, Bruna, 2008, *ob. cit.*, pp. 430-439.

<sup>75</sup> El párrafo preambular 7 dice: “Reconociendo el carácter de jus cogens del principio de la no devolución (non-refoulement), incluyendo el no rechazo en frontera, piedra angular del derecho internacional de los refugiados, recogido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, y afirmado asimismo en el art. 22 (8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 3º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y el compromiso de los países de América Latina con el mantenimiento de fronteras abiertas para garantizar la protección y seguridad de quienes tienen el derecho a la protección internacional”. Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, 2004.

de asilo, al mismo tiempo en que afirman el carácter de *jus cogens* del principio del *non-refoulement*<sup>76</sup>.

Si bien es en el ámbito interamericano en donde puede observarse de manera más clara el reconocimiento del carácter *jus cogens* de este principio, ello no debería conducirnos a la idea de que dicho principio haya alcanzado el carácter imperativo sólo regionalmente. En tal sentido, debemos recordar que las normas imperativas reconocen su existencia en la convicción de toda la comunidad internacional, por lo que no podría sostenerse la existencia bilateral o regional de este tipo de normas<sup>77</sup>. De manera que resultará importante señalar si también de manera concordante en el ámbito europeo y en el universal se han producido diversas manifestaciones que dan cuenta del carácter inderogable de dicho principio.

En materia de jurisprudencia del TEDH, se ha sostenido el carácter incondicional del art. 3º del Convenio Europeo<sup>78</sup>, en cuanto prohíbe la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes con independencia de la conducta de la víctima<sup>79</sup>. Así, ha avanzado en la protección contra la devolución respecto del art. 33 de la Convención de 1951, que establece excepciones en su aplicación consagradas en las cláusulas de exclusión<sup>80</sup>. En el caso “Soering”, el TEDH ha establecido que la deportación de una persona hacia un país en donde existía el riesgo de sufrir tratos crueles e inhumanos resultaba contrario al espíritu y la intención del art. 3º antes mencionado<sup>81</sup>. Al respecto, se ha sostenido que el TEDH ha admitido el carácter *jus cogens* del principio de *non refoulement*<sup>82</sup>.

<sup>76</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 18/03, *Condición jurídica de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, Voto concurrente del Juez Cançado Trindade, párr. 41.

<sup>77</sup> GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, 2015, *ob. cit.*, p. 85; ORAKHELASHVILI, Alexander, 2006, *ob. cit.*; VIEIRA DE PAULA, Bruna, 2008, *ob. cit.*, p. 59, Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, Primer Informe sobre *Jus Cogens* del Relator Especial, Dire Tladi, 8 de marzo de 2016, A/CN.4/693, párr. 68, entre otros.

<sup>78</sup> El art. 3º dice: “Prohibición de la tortura Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

<sup>79</sup> TEDH, Caso “Irlanda v. Reino Unido”, sentencia del 18 de enero de 1978, Serie A, Nº 25.

<sup>80</sup> El art. 1(F) de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951 sostiene: “Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.

<sup>81</sup> TEDH, Caso “Soering v. Reino Unido”, sentencia del 7 de julio de 1989, Serie A, Nº 161. Para un mayor desarrollo sobre la jurisprudencia del TEDH y de otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos, ver DUFFY, Aoife, 2008, *ob. cit.*, y VIEIRA DE PAULA, Bruna, 2008, *ob. cit.*

<sup>82</sup> LAMBERT, Hélène, “Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, pp. 516-518 y 544, citado en CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, “Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario”, en *ACNUR, Me-*



En el ámbito universal, por otro lado, podemos destacar que la Asamblea General de Naciones Unidas ha efectuado un llamamiento a los Estados a respetar dicho principio, sosteniendo que “no está sujeto a derogación”<sup>83</sup>.

Por su parte, el Comité Ejecutivo del ACNUR<sup>84</sup> (en adelante, “EXCOM”) ha observado el desarrollo progresivo del principio, desde una norma consuetudinaria aceptada de manera general, hasta ser considerado una norma de carácter inderogable. En efecto, en 1977, el EXCOM se limitó a manifestar que “el principio humanitario de no devolución se ha expresado en varios instrumentos internacionales aprobados a nivel universal y regional y es generalmente aceptado por los Estados”<sup>85</sup>. Luego, en la Conclusión Nro. 17 señaló “el carácter fundamental del principio de no devolución universalmente reconocido”<sup>86</sup>. Ya en el año 1982, en la Conclusión Nro. 25, sostuvo “la importancia de los principios básicos de la protección internacional y, en especial, del principio de no devolución, que estaba adquiriendo progresivamente el carácter de una norma perentoria del derecho internacional”<sup>87</sup>. Finalmente, en la Conclusión Nro. 79 del año 1996, se recalcó que “el principio de no devolución no puede ser objeto de derogación”<sup>88</sup>.

Ahora bien, cabría preguntarse si el hecho de que una norma sea considerada como “inderogable” debe conducirnos necesariamente a la conclusión de que estamos ante la presencia de una norma de carácter *jus cogens*. Se ha señalado que la inderogabilidad es a la vez un elemento de las normas imperativas y una consecuencia<sup>89</sup>. En este sentido, a la luz de los ejemplos citados, se ha sostenido que los Estados han concluido por consenso que el principio de no devolución era de hecho una norma perteneciente al *jus cogens* toda vez que ninguna derogación resultaba permitida<sup>90</sup>. En otras palabras, el hecho de que hayan sido los propios Estados parte de la Convención de 1951 y de la Asamblea General de Naciones Unidas quienes así se hubieran manifestado, da cuenta de forma

---

moria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, San José de Costa Rica, Editorama, 2005, pp. 153-154.

<sup>83</sup> A/RES/51/75 del 12 de febrero de 1997, párr. 3 y A/RES/52/132 del 12 de diciembre de 1997, párrafo. preambular 12.

<sup>84</sup> El Comité Ejecutivo del ACNUR es un órgano subsidiario de la Asamblea General, creado en 1958 por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) a solicitud de la Asamblea General. Disponible en <http://www.acnur.org/el-acnur/excom/documentos-del-excom> [último acceso 10 de agosto de 2017].

<sup>85</sup> Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión Nro. 6 (XXVIII) No devolución (1977), párr. a).

<sup>86</sup> Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión Nro. 17 (XXXI) Problemas de extradición que afectan a los refugiados (1980), párr. b).

<sup>87</sup> Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión Nro. 25 (XXXIII) Conclusiones Generales (1982), párr. b).

<sup>88</sup> Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión Nro. 79 (XLVII) Conclusiones Generales (1996), párr. i).

<sup>89</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Primer Informe sobre *Ius Cogens* del Relator Especial, *ob. cit.*, párr. 62.

<sup>90</sup> ALLAIN, Jean, 2001, *ob. cit.*, p. 539.

clara de la postura de la comunidad internacional. En la misma línea, la Sala de Primera Instancia II de la CPI entendió que el principio de no devolución constituía una norma fundamental del derecho internacional consuetudinario cuya perentoriedad encontraba un creciente reconocimiento entre los Estados y sobre la cual no se admitía derogación alguna, incluyendo una referencia explícita al término “*jus cogens*”. De allí, se advierte entonces que la Sala trazó un paralelismo entre ambos conceptos<sup>91</sup>. Por su parte, Orakhelashvili advierte que la caracterización de un derecho como no derogable, nos ofrece evidencia para clarificar si el derecho en cuestión se trata o no de una norma *jus cogens*<sup>92</sup>.

Y es justamente en este contexto en el que se advierte la aceptación del principio de no devolución como, por lo menos, una emergente norma imperativa del derecho internacional<sup>93</sup>.

### 5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Los casos aquí analizados nos ofrecen una oportunidad para reflexionar acerca de la interacción de las diferentes ramas del DIP. Al tratarse de supuestos que no están expresamente regulados por la normativa aplicable en un proceso ante la CPI, su discusión nos obliga a pensar en cómo compatibilizarla con las diversas obligaciones que surgen del DIR, del DIDH y, por supuesto, del DIP general.

En materia de jurisdicción, el análisis realizado demostró que no es posible arribar a una solución única para todos los casos, sino que es necesario examinarlos por separado. Así, en el caso de los testigos transferidos por la RDC, la jurisdicción sobre su detención en Holanda recaía en la CPI, que ejercía la custodia con el consentimiento de la RDC, que mantenía, a su vez, la jurisdicción sobre el origen y continuación de la detención. Ello, a su vez, se diferenciaba del caso de Mathieu Ngudjolo Chui, cuya detención había sido decisión exclusiva de Holanda. Las posiciones encontradas de los actores involucrados dan cuenta de la existencia de vacíos legales respecto de las modalidades, condiciones y duración de la detención que dificultaron la resolución de las situaciones de forma adecuada y que impactan en la libertad de aquellos involucrados.

Por otro lado, en materia de jurisdicción sobre el proceso de solicitud de asilo, la existencia de un vacío legal sería inaceptable. En primer lugar, si bien es cierto que un tribunal internacional se asienta en un territorio que pertenece a un Estado sobre la base de un Acuerdo de Sede, y que debe respetar el derecho internacional, incluidos los derechos en materia de asilo, en términos prácticos, le sería imposible garantizar materialmente dicha protección internacional. En segundo lugar, en virtud del DIR, un Estado no puede negar el acceso al procedimiento de

<sup>91</sup> “Fiscal v. Germain Katanga”, ICC-01/04-01/07-3405-tENG *ob. cit.*, párr. 30.

<sup>92</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander, 2006 *ob. cit.*; VIEIRA DE PAULA, Bruna, 2008, *ob. cit.*, p. 58.

<sup>93</sup> FARMER, Alice, 2008, *ob. cit.*, pp. 23 y ss.

asilo en función de las razones por las cuales la persona se encuentra efectivamente en su territorio, en el caso, por la orden de un tribunal internacional.

Finalmente, el hecho de considerar que el principio de no devolución es, al menos, una norma emergente de carácter imperativo, nos lleva a plantear ciertos interrogantes que, dependiendo de su respuesta, podrían resultar en conclusiones diversas respecto de las cuestiones aquí examinadas. Así, si entendemos que una norma imperativa prevalece por sobre cualquier otra norma dispositiva de derecho internacional, quedaría fuera de toda duda el deber de Holanda de, como mínimo, ejercer la jurisdicción abriendo un procedimiento de asilo. En el supuesto de que Holanda considerara que las solicitudes no podrían ser aceptadas por aplicación de la cláusula de exclusión<sup>94</sup>, lo que de hecho ha ocurrido en los casos en estudio, si, de todas maneras, concurrieran los requisitos para aplicar el principio de no devolución, el Estado debería haber autorizado a los testigos y al Sr. Ngudjolo Chui a permanecer en territorio holandés.

### BIBLIOGRAFÍA

#### *Doctrina*

- ALLAIN, Jean, “The jus cogens nature of non-refoulement”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, N° 4, 2001, pp. 533-558.
- BUISMAN, Caroline - GIBSON, Kate, “Acquitted by Law, prosecuted by propaganda”, en *Justice in Conflict*, 2014, disponible en <https://justiceinconflict.org/2014/03/31/acquitted-by-law-prosecuted-by-propaganda>.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Fabris Ed., vol. I, 1997.
- “Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario”, en ACNUR, *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, San José de Costa Rica, Editorama, 2005, pp. 139-191.
- DUFFY, Aoife, “Expulsion to face torture? *Non-refoulement* in international law”, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 20, N° 3, 2008, pp. 373-390.
- EASTERDAY, Jennifer, “Witnesses Returned to DRC”, en *International Justice Monitor*, 2014, disponible en <https://www.ijmonitor.org/2014/07/witnesses-returned-to-drc>.
- FARMER, Alice, “Non-refoulement and jus cogens: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection”, en *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 23, N° 1, 2008, pp. 1-38.

<sup>94</sup> Ello sin perjuicio de considerar que la prohibición de cometer los crímenes internacionales mencionados en el art. 1(F) también poseen carácter de norma imperativa.

- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, “Fuentes y normas del derecho internacional”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 1ª. ed., Buenos Aires, Errepar, 2015, pp. 75-90.
- GOODWIN-GILL, Guy S., *The Refugee in International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1998.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T., *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires, Editorial de los Cuatro Vientos, 2006.
- HANLAN, Hope, “Prefacio”, en FRANCO, Leonardo (comp.), *El asilo y la protección internacionales de los refugiados en América Latina*, 1ª. Ed., Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2003, pp. 9-11.
- HELLER, Kevin Jon, “What happens to the Acquitted?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, pp. 663-680.
- HOLVOET, Mathias, “Harmonizing Exclusion under the Refugee Convention by Reference to the Evidentiary Standards of International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2014, pp. 1039-1056.
- HOLVOET, Mathias - YABASU, Dersim, “Former ICC Defendant –Ngudjolo– applies for Asylum in the Netherlands”, en *Opinio Juris*, 2013, disponible en <https://www.ejiltalk.org/former-icc-defendant-ngudjolo-applies-for-asylum-in-the-netherlands>.
- “Seeking Asylum before the International Criminal Court. Another Challenge for a Court in need of Credibility”, en *International Criminal Justice Review*, vol. 13, 2013, pp. 725-745.
- IRVING, Emma, “Protecting Witnesses at the International Criminal Court from Refoulement”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2014, pp. 1141-1160.
- “The end of the road for Ngudjolo and the stacked odds against ICC acquitted”, en *Opinio Juris*, 2015, disponible en <http://opiniojuris.org/2015/05/15/guest-post-the-end-of-the-road-for-ngudjolo-and-the-stacked-odds-against-icc-acquitted>.
- KILENDA KAKENGI BASILA, Jean-Pierre, “The case of Mathieu Ngudjolo Chui: A challenge for the International Criminal Court, the Host State and State Parties”, Annex D, ICC-01/04-02/12-147-AnexD-tENG, 20 de diciembre de 2013.
- LAMBERT, Hélène, “Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, pp. 515-544.
- LAUTERPACHT, Elihu - BETHLEHEM, Daniel, “The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion”, en FELLER, Erika - TÜRK, Volker - NICHOLSON, Frances (eds.) *Refugee Protection in International Law: UNHCR Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 87-137.
- ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory norms in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

- THEEUWEN, Wieteke, “Asylum Proceedings in the Ngudjolo Case: What happened in the Dutch Courts?”, *International Justice Monitor*, 2015, disponible en <https://www.ijmonitor.org/2015/03/asylum-proceedings-in-the-ngudjolo-case-what-happened-in-the-dutch-courts>.
- “Ngudjolo’s Asylum Proceedings: the Saga continues”, *International Justice Monitor*, 2015, disponible en <https://www.ijmonitor.org/2015/04/ngudjolos-asylum-proceedings-the-saga-continues>.
- VAN WIJK, Joris, “When International Criminal Justice collides with Principles of International Protection: Assessing the consequences of ICC Witnesses seeking Asylum, Defendants being Acquitted, and Convicted being Released”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, pp. 173.191.
- VAN WIJK, Joris - CUPIDO, Marjolein, “Testifying behind Bars - Detained ICC Witnesses and Human Rights Protection”, en STAHN, Carsten (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1084-1103.
- VIEIRA DE PAULA, Bruna, “O Princípio do non-refoulement, sua natureza *jus cogens* e a proteção internacional dos refugiados”, en *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana del Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios Brasília*, vol. 16, Nº 31, 2008, pp. 51-67.

### *Jurisprudencia y documentos judiciales*

#### Corte Penal Internacional

- “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Transcripción de la audiencia del 7 de abril de 2011, ICC-01/04-01/06-T-346-ENG ET WT.
- “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, “Order on the application from DRC-D01-WWWW-0019 of 1 June 2011”, ICC-01/04-01/06-2749-Conf, 3 de junio de 2011.
- “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, “Decision on the request by DRC-DOI-WWW-0019 for special protective measures relating to his asylum application”, ICC-01/04-01/06-2766-Red, 4 de julio de 2011.
- “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, “*Amicus Curiae* Observation by Mr. Schuler and Mr. Sluiter, Counsel in Dutch asylum proceedings of witness 19”, ICC-01/04-01/06-2827, 23 de noviembre de 2011.
- “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, “Decision on the observations submitted by counsel representing defense Witness 19 in the Dutch asylum proceedings”, ICC-01/04-01/06-2835, 15 de diciembre de 2011.
- “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Judgment on the Appeal Against the Decision on Joinder rendered on 10 March 2008 by the Pre-Trial Chamber in the Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui Cases”, ICC-01/04-01/07-573, 9 de junio de 2008.

- “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête tendant á obtenir présentation des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350 aux fins d’asile”, ICC-01/04-01/07-2830-Conf, 12 de abril de 2011.
- “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Urgent Order to provide further assurances regarding the security of DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350”, ICC-01/04-01/07-2952, 24 de mayo de 2011.
- “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête tendant á l’obtention des mesures de protection spéciales au profit du témoin DRC-D01-WWWW-0019”, ICC-01/04-01/06-2745-Conf, 1 de junio de 2011.
- “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Decision on an Amicus Curiae application and on the ‘Requête tendant á obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d’asile’ (articles 68 and 93[7] of the Statute)”, ICC-01/04-01/07-3003-ENG, 9 de junio de 2011.
- “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Decision on the Security Situation of witnesses DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350”, ICC-01/04-01/07-3128, 24 de agosto de 2011.
- “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons”, ICC-01/04-01/07-3319-tENG/FRA, 21 de noviembre de 2012.
- Fiscal v. Germain Katanga, Sala de Primera Instancia II, “Decision on the application for the interim release of detained Witnesses DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350”, ICC-01/04-01/07-3405-tENG, 1 de octubre de 2013.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-02/12-4, 18 de diciembre de 2012.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête urgente de la Défense en vue de solliciter la relocalisation internationale de Mathieu Ngudjolo Chui hors du continent africain et sa présentation devant les autorités d’un des Etats parties au Statut de la Cour pénale internationale aux fins de diligenter sa procédure d’asile”, ICC-01/04-02/12-15, 21 de diciembre de 2012.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Requête URGENTE de la Défense de Mathieu Ngudjolo sollicitant les instructions de la Chambre d’appel sur les modalités de préparation de la procédure d’appel au regard de la situation actuelle de Mathieu Ngudjolo (Article 67 du Statut de Rome)”, ICC-01/04-02/12-40, 20 de marzo de 2013.



- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Decision on ‘URGENT application by Mathieu Ngudjolo’s Defence seeking the Appeals Chamber’s instruction on the modalities of preparation for the appeals procedure in view of Mathieu Ngudjolo’s current situation (Article 67 of the Rome Statute)”, ICC-01/04-02/12-67, 24 de abril de 2013.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Registry’s update on the situation in relation to Mathieu Ngudjolo Chui”, ICC-01/04-02/12-69-Red, 3 de junio de 2013.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “Decision on Mr. Nugdjolo’s request to order the Victims and Witness Unit to execute and the Host State to comply with the acquittal judgment on 18 Decemeber 2012 issued by Trial Chamber II of the International Criminal Court”, ICC-01/04-02/12-74-Red, 12 de junio de 2013.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Order on the implementation of the cooperation agreement between the Court and the Democratic Republic of the Congo concluded pursuant article 93(7) of the Statute”, ICC-01/04-02/12-158, 20 de enero de 2014.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Decision on the ‘Registry’s urgent request for guidance’ and further order in relation to the Appeal’s Chamber’s ‘Order on the implementation of the cooperation agreement between the Court and the Democratic Republic of the Congo concluded pursuant article 93(7) of the Statute’”, ICC-01/04-02/12-179, 21 de mayo de 2014.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, “Urgent Application for an Order to the Registrar to allow the Three Detained Witnesses to be present at the Hearing before Dutch Courts”, ICC-01/04-02/12-181, 28 de mayo de 2014.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Decision on the ‘Application for an Order to the Registrar to allow the Three Detained Witnesses to be present at the Hearing before Dutch Courts’”, ICC-01/04-02/12-184, 4 de junio de 2014.
- “Fiscal v. Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Apelaciones, “Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Trial Chamber II entitled ‘Judgment pursuant to article 74 of the Statute’”, ICC-01/04-02/12-271, 27 de febrero de 2015.

#### Corte Interamericana de Derechos Humanos

“Familia Pacheco Tineo v. Bolivia”, de excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2013, Serie C N° 272.

Opinión Consultiva OC 18/03, *Condición jurídica de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18.

### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Bède Djokaba Lambi Longa v. Países Bajos, Application no. 33917/12, decisión del 9 de octubre.

Irlanda v. Reino Unido, sentencia del 18 de enero de 1978, Serie A, Nº 25.

Soering v. Reino Unido, sentencia del 7 de julio de 1989, Serie A, Nº 161.

### *Instrumentos internacionales*

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, A/RES/51/75 del 12 de febrero de 1997.

— A/RES/52/132 del 12 de diciembre de 1997.

ACNUR, Comité Ejecutivo, Conclusión Nro. 17 (XXXI) Problemas de extradición que afectan a los refugiados (1980).

— Comité Ejecutivo, Conclusión Nro. 25 (XXXIII) Conclusiones Generales (1982).

— Comité Ejecutivo, Conclusión Nro. 6 (XXVIII) No devolución (1977).

— Comité Ejecutivo, Conclusión Nro. 79 (XLVII) Conclusiones Generales (1996).

— Comité Ejecutivo, *Conclusiones Generales sobre la protección internacional de los refugiados*, UN Doc. 65 (XLII)-1991, publicadas el 11 de octubre de 1991.

— *Los derechos humanos y la protección de los refugiados, Módulo auto formativo 5, vol. I*, Ginebra, 2008.

— *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, Ginebra, 26 de enero de 2007.

Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984.

Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, 2004.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Primer Informe sobre *Ius Cogens* del Relator Especial, Dire Tladi, 8 de marzo de 2016, A/CN.4/693.

— “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 58º período de sesiones, 2006.

Recepción: 6/9/2017

Aceptación: 15/11/2017