

LAS INMUNIDADES DE DERECHO INTERNACIONAL PARA LOS ESTADOS NO PARTE EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Por

CLAUS KREß

Profesor de Derecho Internacional Público y de Derecho Penal. Director del Institute for International Peace and Security Law
Universidad de Colonia (Alemania)

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Penal 19 (2013)

RESUMEN: El presente trabajo aborda el tema de las inmunidades de Derecho internacional de Estados no parte en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En concreto, el autor responde a dos preguntas clave: si las inmunidades de Derecho internacional de Estados no parte en el Estatuto de la Corte Penal Internacional impiden a esta última ejercer su competencia sobre un jefe de Estado, jefe de gobierno, ministro de asuntos exteriores u otros altos cargos de dicho Estado, y si el Derecho internacional de las inmunidades impide a la Corte solicitar a un Estado parte detener y entregar a un sospechoso que caiga dentro de esas categorías mencionadas y al que se le busca en virtud de una orden de detención emitida por la Corte. Para dar respuesta a estas preguntas, el autor analiza la relación entre el art. 98.1 del Estatuto y el Derecho internacional de las inmunidades fuera del ámbito del Estatuto. Posteriormente, el autor presenta dos posibles "vías" (la "vía del Consejo de Seguridad" y la "vía del Derecho consuetudinario") para evitar la aplicación de la prohibición contenida en el art. 98.1 del Estatuto incluso en el caso de un jefe de un Estado no parte en el mismo.

PALABRAS CLAVE: Consejo de Seguridad; Corte Penal Internacional; Derecho Internacional Consuetudinario; Estatuto de Roma; Inmunidad de Derecho Internacional.

ABSTRACT: This paper tackles the topic of the immunities under international law for States not party to the International Criminal Court's Statute. More precisely, the author responds to two key questions: whether international law immunities of States not party to the Statute of the International Criminal Court prevent the latter from exercising its jurisdiction over an incumbent Head of State, Head of Government, Foreign Minister and certain other holders of high-ranking office of such a State; and whether such international law of immunities precludes the Court from requesting a State Party to arrest and surrender a suspect who falls into one the above-listed categories and who is sought by an arrest warrant issued by the Court. In order to answer these questions, the author analyses the relationship between Article 98.1 of the Statute and the international law of immunities outside the realm of the Statute. Then, the author introduces two possible avenues (the "Security Council" and the "customary law avenue" to avoid the application of the prohibition contained in Article 98.1 of the Statute even in case of an incumbent Head of a State not party to the Statute.

KEYWORDS: International Customary Law; International Criminal Court; International Law Immunity; Rome Statute; Security Council.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho internacional de las inmunidades está en boga. Así, ha sido el núcleo central de dos recientes pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)¹ y el objeto de dos recientes resoluciones adoptadas por el *Institut de Droit International* (IDI)². De igual manera, es uno de los temas hacia los cuales la Comisión de Derecho Internacional (CDI) está orientado su atención en la actualidad³. Todos estos desarrollos han desencadenado, como era de esperar, una considerable cantidad de escritos académicos.⁴

¹ Corte Internacional de Justicia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, 3 febrero 2012, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf> (último acceso 11/4/13); ICJ, caso *Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, 14 febrero 2002, CIJ Reports 2002, p. 3; el Derecho internacional de las inmunidades fue también mencionado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, 4 junio 2008, I.C. J. Reports 2008, p. 177.

² Institut de droit international, *Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes*, Napoli Session 2009, Third Commission, disponible en http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2009_naples_01_en.pdf (último acceso 17/7/12); Institut de droit international, *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international*, Vancouver Session 2001, Thirteenth Commission, disponible en http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2001_van_02_fr.PDF (último acceso 11/4/13).

³ Ver un resumen de su trabajo en International Law Commission, *Report on the Work of its Sixty-third Session, A/66/10*, párrafos 102-203 (Chapter VII - Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction); en relación con los tres primeros informes del Relator Especial, Roman Anatolevich Kolodkin, ver International Law Commission, *Third Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 24 Mayo 2011, A/CN.4/646; *Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 10 Junio 2010, A/CN.4/631; *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 29 May 2008, A/CN.4/601; un memorandum más completo preparado por la Secretaría a petición de la CDI puede verse en International Law Commission, *Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 31 marzo 2008, A/CN.4/596

⁴ La lista que sigue es una selección de las publicaciones más recientes. Para un tratamiento del objeto de estudio como un todo, ver Lady Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2009; para una monografía más completa sobre los derechos de inmunidad internacionales y sobre Derecho penal internacional, ver Helmut Kreicker, *Völkerrechtliche Exemtionen. Grundlagen und Grenzen völkerrechtlicher Immunitäten und ihre Wirkungen im Strafrecht* (2 volumes), Duncker and Humblot, Berlin, 2007; para dos monografías más recientes, ver Rosanne van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008; Ellen L. Lutz y Caitlin Reiger (eds.), *Prosecuting Heads of State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; para otro estudio detallado, ver Advisory Committee on Issues of Public International Law, *Advisory Report on the Immunity of Foreign State Officials*, Advisory Report No. 20, The Hague, 2011, disponible en <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2011/10/19/advies-inzake-de-immuniteit-van-buitenlandse-ambtsdragers.html>, (último acceso 11/4/13); para otros importantes estudios más breves, ver Chimène I. Keitner, "Foreign Official Immunity and the 'Baseline' Problem", en *Fordham Law Review*, 2011-2012, vol. 80, p. 605; Joanne Foakes, "Immunity for International Crimes? Developments in the Law on Prosecuting Heads of States in Foreign Courts", en *Chatham House briefing paper*, IL BP 2011/02; Beth Stephens, "Abusing the Authority of the State: Denying Foreign Official Immunity for Egregious Human Rights Abuses", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, vol. 44, p. 1163; Dapo Akande y Sangeeta Shah, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", en *European Journal of International Law*, 2010, vol. 21, p. 815; Mary Margaret Penrose, "The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under

Sería pretencioso enfrentarse al objeto de estudio como un todo dentro del ámbito limitado de un ensayo como éste. Por tanto, me limitaré a abordar una faceta concreta de tan amplio tema y analizaré dos cuestiones íntimamente relacionadas entre sí concernientes a la inmunidad de Derecho internacional en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional (CPI)⁵. La primera cuestión es si las inmunidades de Derecho internacional de los Estados no parte en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, el Estatuto) impiden a esta última ejercer su competencia sobre un jefe de Estado, jefe de gobierno, ministro de asuntos exteriores u otros altos cargos de dicho Estado. Sólo si esta primera pregunta se contesta de manera negativa, se podrá plantear la segunda, que es si tal Derecho internacional de las inmunidades impide a la CPI solicitar a un Estado parte detener y entregar a un sospechoso que caiga dentro de esas categorías mencionadas y al que se le busca en virtud de una orden de detención emitida por la Corte.

Ambas cuestiones han adquirido recientemente, al menos entre la doctrina, una notable relevancia práctica. El 4 de marzo de 2009, la Sala de Cuestiones Preliminares I consideró que la Corte no estaba limitada, conforme al Derecho internacional, por la inmunidad de Sudán para ejercer su competencia sobre el presidente de ese Estado no

International Law”, en *Santa Clara Journal of International Law*, 2009-2010, vol. 7, p. 85; Gionato Piero Buzzini, “Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the *Djibouti v. France* Case”, en *Leiden Journal of International Law*, 2009, vol. 22, p. 455; Mark A. Summers, “Diplomatic Immunity Ratione Personae: Did the International Court of Justice Create a New Customary Law Rule in *Congo v. Belgium*?”, en *Michigan State Journal of International Law*, 2007-2008, vol. 16, p. 459; Natalino Ronzitti, “L’immunità funzionale degli organi stranieri dalla giurisdizione penale: Il caso Calipari”, en *Rivista di diritto internazionale*, vol. XCI, 2008, p. 1033; Sarah M. H. Nouwen, “The Special Court for Sierra Leone and the Immunity of Taylor: The *Arrest Warrant* Case Continued”, en *Leiden Journal of International Law*, 2005, vol. 18, p. 645; Philippe Sands, “International Law Transformed? From Pinochet to Congo?”, en *Leiden Journal of International Law*, 2003, vol. 16, p. 37; Antonio Cassese, “When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case”, en *European Journal of International Law*, 2002, vol. 18, p. 853; Steffen Wirth, “Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgment in the *Congo v. Belgium* Case”, en *European Journal of International Law*, 2002, vol. 13, p. 877; Andrea Bianchi, “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case”, en *European Journal of International Law*, 1999, vol. 10, p. 237; Christian Dominicé, “Quelques observations sur l’immunité de jurisdiction pénale de l’ancien Chef d’Etat”, en *Révue Générale de Droit International Public*, 1999, vol. 103, p. 297

⁵ Específicamente sobre (aspectos relacionados con) esas cuestiones, ver Dapo Akande, “The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir’s Immunities”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2009, vol. 7, p. 315; Paola Gaeta, “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2009, vol. 7, p. 315; Robert Uerpmann-Witzack, “Immunität vor Internationalen Strafgerichtshöfen”, en *Archiv des Völkerrechts*, 2006, vol. 44, p. 33; Dapo Akande, “International Law Immunities and the International Criminal Court”, en *The American Journal of International Law*, 2004, vol. 98, p. 407; Vanessa Klingberg, “(Former) Heads of State Before International(ized) Criminal Courts: the Case of *Charles Taylor* Before the Special Court for Sierra Leone”, en *German Yearbook of International Law*, 2003, vol. 46, p. 537

parte, Al Bashir⁶. Más de dos años después, el 12 y el 13 de diciembre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares I, compuesta de manera diferente, especificó (o mejor, añadió) en dos decisiones, que la Corte tampoco está impedida para solicitar a los Estados Parte de Chad y Malawi la detención de Al Bashir durante su visita a tales países y la entrega del mismo a la Corte⁷. Poco después, el 9 de enero de 2012, la Comisión de la Unión Africana manifestó su “profundo pesar” al respecto y su “total desacuerdo” con las decisiones “poco meditadas” y “egoístas” de diciembre de 2011⁸.

2. LAS DECISIONES DE 4 DE MARZO DE 2009 Y DE 12 DE DICIEMBRE DE 2011 EN EL CASO CONTRA AL BASHIR Y LA OPOSICIÓN DE LA COMISIÓN DE LA UNIÓN AFRICANA

En su decisión de 4 de marzo de 2009, la Sala de Cuestiones Preliminares I determinó lo siguiente:

[...] la posición actual de Omar Al Bashir como jefe de un Estado que no es parte en el Estatuto no tiene efecto sobre la competencia de la Corte en el presente caso⁹.

La Sala alegó cuatro consideraciones para apoyar esta decisión¹⁰. En primer lugar, se refirió al objetivo de acabar con la impunidad, como aparece en el preámbulo del Estatuto. En segundo lugar, citó el art. 27 del Estatuto. En tercer lugar, pareció indicar que las fuentes del Derecho aplicable enumeradas en el art. 21.1.a) del Estatuto, si bien descansan sobre el espíritu de los arts. 31 y 32 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* y el art. 21.3 del Estatuto, no dejan ninguna laguna que deba

⁶ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (“Omar Al Bashir”), Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 marzo 2009, ICC-02/05-01/09-3, párrafos 41-45.

⁷ Cour Pénal Internationale (“CPI”), Le Procureur International Criminal Court, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Décision rendue en application de l’article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d’accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l’arrestation et la remise d’Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 13 diciembre 2011, ICC-02/05-01/09-140; International Criminal Court, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 diciembre 2011, ICC-02/05-01/09-139.

⁸ Nota de Prensa de 9 de enero de 2012 sobre las decisiones de Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional (CPI) de conformidad con el artículo 87.7 del Estatuto de Roma sobre el supuesto incumplimiento por parte de la República de Chad y la República de Malawi de las solicitudes de cooperación emitidas por la Corte en relación con la detención y entrega del presidente Omar Hassan Al Bashir de la República de Sudán; obra en el archivo del autor.

⁹ *Supra* nota 6, párrafo 41.

¹⁰ *Ibid.*, párrafos 42-45.

ser completada por la referencia a las fuentes enumeradas en el art. 21.1.b) del Estatuto¹¹. Finalmente, la Sala consideró que:

[...] en relación con la situación de Darfur ante la Corte, de acuerdo con el art. 13.b) del Estatuto, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas también ha aceptado que la investigación de dicha situación, así como cualquier persecución que pudiera derivarse de la misma, tendrá lugar de conformidad con el marco legal proporcionado por el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas como un todo.

Los días 6 de marzo y 21 de julio de 2010, respectivamente, el Registro se adhirió a la instrucción de la Sala requiriendo a todos los Estados parte detener y entregar a Al Bashir¹².

En su decisión de 12 de diciembre de 2011, la misma Sala (pero compuesta de manera diferente) consideró que la República de Malawi no había cooperado con la Corte al no detener y entregar a Al Bashir¹³. Esta decisión se fundamenta en dos consideraciones: (1) no hay inmunidad de Derecho internacional de un Estado no parte con respecto a actuaciones iniciadas ante la CPI¹⁴, y (2) la "indisponibilidad de las inmunidades con respecto a investigaciones ante tribunales internacionales se aplica a cualquier acto de cooperación de un Estado que forma parte integral de tal investigación"¹⁵. En apoyo del primer argumento, la Sala considera que hay una excepción de Derecho internacional consuetudinario respecto (incluso) a la inmunidad de un jefe de Estado cuando tribunales internacionales buscan la detención de dicho jefe de Estado por la comisión de crímenes de Derecho internacional, y que, por tanto, el art. 98.1 del Estatuto no impide a la Corte proceder con una orden de entrega en el presente caso¹⁶. En apoyo del segundo argumento, la Sala opina que:

[...] a la hora de cooperar con esta Corte y de actuar así en su nombre, los Estados parte son instrumentos para la aplicación del *ius puniendi* de la comunidad internacional, cuyo ejercicio le ha sido conferido a esta Corte cuando

¹¹ La formulación del párrafo 44 de la decisión es, de algún modo, profético en tanto que su "interpretación" contiene un cierto grado de especulación.

¹² International Criminal Court, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* ("Omar Al Bashir"), Request to All States Parties to the Rome Statute for the Arrest and Surrender of Omar Al Bashir, 6 March 2009, ICC-02/05-01/09-7; Supplementary Request to All States Parties to the Rome Statute for the Arrest and Surrender of Omar Al Bashir, 21 julio 2010, ICC-02/05-01/09-96.

¹³ CPI, 2011, *supra* nota 7, *in fine*.

¹⁴ *Ibid.*, párrafo 18.

¹⁵ *Ibid.*, párrafo 44.

¹⁶ *Ibid.*, párrafo 43.

los Estados no han sido capaces de perseguir a los responsables de los crímenes bajo esta competencia¹⁷.

En su decisión de 13 de diciembre de 2011, relativa a la República del Chad y relativa a las mismas cuestiones jurídicas, la Sala se remitió a la decisión dictada el día anterior¹⁸, por lo que el análisis jurídico que sigue a continuación puede centrarse en esta última decisión.

Las decisiones de 12 y 13 de diciembre de 2011 provocaron una gran oposición por parte de la Comisión de la Unión Africana. La nota de prensa de 9 de enero de 2012, a través de la cual esta oposición fue comunicada al mundo, contenía los siguientes pasajes:

Siguiendo esas decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares I, la Comisión de la Unión Africana expresa su más profundo pesar puesto que las mismas tendrán los siguientes efectos:

(i) Pretender cambiar el Derecho internacional consuetudinario en relación con las inmunidad *ratione personae*;

(ii) Considerar el art. 98 del Estatuto de Roma redundante, no operativo y carente de sentido;

(iii) Ignorar el crítico tema de la retirada o no de las inmunidades según la Resolución 1593(2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que se refirió a la situación de Darfur ante la CPI. [...]

De manera general, las inmunidades que proporciona el Derecho internacional se aplican no sólo a los procedimientos ante tribunales nacionales extranjeros, sino también ante tribunales internacionales: los Estados no pueden desvincularse de sus obligaciones jurídicas internacionales con terceros Estados estableciendo un tribunal internacional. De hecho, contrariamente a la afirmación de la Sala de Cuestiones Preliminares I, el art. 98.1 se incluyó en el Estatuto de Roma reconociendo que dicho Estatuto no es competente para retirar una inmunidad que el Derecho internacional concede a los agentes del Estado que no son parte en el Estatuto de Roma. Esto se debe a que las inmunidades de los agentes del Estado son derechos del Estado en cuestión y un tratado sólo vincula a las partes del tratado. [...]

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 46.

¹⁸ Cour Pénal Internationale, Le Procureur International Criminal Court, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 13 décembre 2011, ICC-02/05-01/09-140, párrafo 13.

El Consejo de Seguridad no ha levantado la inmunidad del Presidente Bashir; tal levantamiento debería haber sido explícito; una simple referencia a la “situación” por parte del Consejo de Seguridad a la Corte o un requerimiento a un Estado para cooperar con la Corte no pueden ser interpretados como un levantamiento de las inmunidades otorgadas por el Derecho internacional. La consecuencia de tal reflexión es que el Estatuto de Roma, incluido su art. 98, es aplicable a la situación en Darfur¹⁹.

Este resumen demuestra el profundo desacuerdo entre la Sala de Cuestiones Preliminares I y la Comisión de la Unión Africana. Tal oposición no distingue claramente entre las dos preguntas que he formulado en la introducción de este trabajo y su posición jurídica deja un espacio para la interpretación. Mi lectura es que la Comisión da una respuesta negativa a mi primera cuestión, aunque con una salvedad. La Comisión parece adoptar la posición de que las inmunidades de Derecho internacional de los Estados no parte en el Estatuto impiden a la CPI ejercer su competencia sobre el actual jefe de un Estado a menos que el Consejo de Seguridad haya estipulado explícitamente lo contrario en una resolución basada en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Mientras que la Sala de Cuestiones Preliminares I ha dado, repetidamente, una respuesta positiva a mi primera pregunta, el anterior resumen pone de manifiesto un razonamiento notablemente diferente si la decisión de 4 de marzo de 2009 se compara con las de 12 y 13 de diciembre de 2011. Mientras que las últimas postulan una especial excepción de Derecho internacional consuetudinario a las inmunidades de Derecho internacional con respecto a actuaciones seguidas ante tribunales penales internacionales, en la anterior decisión está totalmente ausente cualquier referencia al Derecho internacional consuetudinario. Tal decisión, por el contrario, se apoya sobre el Estatuto en sí mismo y sobre el efecto jurídico de una decisión del Consejo de Seguridad. Las decisiones de 4 de marzo de 2009 y de 12 y 13 de diciembre de 2011 también difieren en el modo de abordar mi segunda pregunta planteada en la introducción. Mientras que esta pregunta ha recibido un tratamiento explícito que conduce a una respuesta negativa en las decisiones de 12 y 13 de diciembre de 2011, no fue abordada específicamente en la decisión de 4 de marzo de 2009. Sin embargo, ya en esta decisión, la Sala pidió al Registro “dar curso a una solicitud de entrega” dirigida a todos los Estados parte, tomando prestadas las palabras del art. 98.1 del Estatuto. En resumen, la imagen resultante de la anterior síntesis es de una complejidad considerable.

¹⁹ *Supra* nota 8.

3. ANÁLISIS JURÍDICO

En el siguiente análisis intentaré desenredar las cuestiones jurídicas en juego²⁰. Para ello, trataré de clarificar cómo se relaciona el art. 98.1 del Estatuto con el Derecho internacional de las inmunidades fuera del ámbito del Estatuto, y cómo debe ser aplicado dicho art. 98.1. Posteriormente, analizaré separadamente las “vías” del “Consejo de Seguridad” y del “Derecho consuetudinario” para evitar la aplicación de la prohibición contenida en el art. 98.1 del Estatuto incluso en el caso de un jefe de un Estado no parte en el mismo. Comenzaré, sin embargo, con un breve comentario sobre las consideraciones plasmadas en la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 4 de marzo de 2009.

3.1. La crítica inicial de la decisión de 4 de marzo de 2009

No está claro, en la literalidad de los pasajes pertinentes de esta decisión, si las cuatro consideraciones apuntadas en apoyo de su conclusión final sobre el tema de la inmunidad han de formar un argumento jurídico compuesto o si deberían proporcionar bases jurídicas diferentes para alcanzar, independientemente, la misma conclusión. Mientras que esta última interpretación es posible, no sería suficiente para alcanzar un argumento jurídico convincente puesto que ni el art. 27.2 del Estatuto ni su preámbulo pueden *per se* afectar a los derechos (inmunidades) de aquellos Estados que no son parte en el Estatuto²¹. Por esta razón es inútil decir que la Sala de la CPI no puede recurrir al Derecho internacional fuera del ámbito del Estatuto donde éste último no deja una laguna. El Estatuto, como tal, simplemente no puede dar una respuesta jurídica integral a la cuestión que implica a los derechos de los Estados no parte en él. En consecuencia, la capacidad de persuasión de la decisión de 4 de marzo de 2009 depende de la fortaleza de la referencia a la solicitud del Consejo de Seguridad. Desafortunadamente, la Sala de Cuestiones Preliminares no desarrolló esta vía que yo denomino “vía del Consejo de Seguridad”.

²⁰ Se construye sobre, y desarrolla, el trabajo de Claus Kreß y Kimberly Prost, “Article 98”, en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H.Beck/Hart/Nomos, 2nd ed., 2008, pp. 1601-1614; y sobre el trabajo de Claus Kress, “Commentary on the Decision on Immunity from Jurisdiction (Prosecutor v. Taylor)”, en André Klip y Göran Sluiter (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, Volume IX: The Special Court for Sierra Leone*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2006, p. 202.

²¹ La referencia de la Sala de Cuestiones Preliminares al Preámbulo puede haber estado influida por una referencia muy similar hecha por Dapo Akande en su importante e influyente artículo Akande, 2004, *supra* nota 5, pp. 423-424. Contrariamente a la Sala de Cuestiones Preliminares, Akande limita cuidadosamente el efecto jurídico *per se* de ambos (art. 27 y Preámbulo) a una relación jurídica entre la Corte y los Estados parte y entre los Estados parte.

3.2. La negociación del art. 98.1 del Estatuto de la CPI

Como hemos visto, la Comisión de la Unión Africana, en su protesta contra las decisiones de 12 y 13 de diciembre se apoyó, en gran medida, en el art. 98.1 del Estatuto. Este precepto es, de hecho, verdaderamente relevante a la hora de la detención de un jefe de un Estado no parte en el Estatuto con el propósito de entregarlo a la CPI. De acuerdo con la Comisión de la Unión Africana, el art. 98.1 fue incorporado al Estatuto de Roma reconociendo que dicho Estatuto no es competente para eliminar una inmunidad que el Derecho internacional garantiza a los agentes de Estados que no son parte en el Estatuto²².

Esta afirmación requiere ser matizada.

Mientras que es cierto que los redactores del art. 98.1 del Estatuto²³ estaban seguros de que éste no podía eliminar un derecho de un Estado no parte amparado por el Derecho internacional, la inclusión del art. 98.1 no expresa el reconocimiento de los redactores de un Derecho internacional consuetudinario de las inmunidades para los jefes de Estados que pudiera impedir a la Corte ejercer su competencia o, al menos, impedirle solicitar la entrega de tal persona a un Estado parte. Al contrario, el art. 98.1 fue redactado cuidadosamente para evitar cualquier interpretación sobre esta cuestión de Derecho internacional general²⁴.

Quizá sea útil recordar el proceso de redacción del art. 98.1 del Estatuto. El tema de las inmunidades en conflicto llegó tarde a las negociaciones de la Parte 9. Incluso el borrador de Estatuto de 1998 no se refería explícitamente a esta materia²⁵. Uno de los grupos de delegaciones consideró que los desarrollos en el Derecho internacional general habían reducido sustancialmente, si no eliminado, las inmunidades con respecto a los delitos de Derecho internacional en actuaciones ante la Corte. Sin embargo, dada la insistencia de otras delegaciones, se pretendió incluir un artículo sobre posibles inmunidades conflictivas. No obstante, esta incorporación no se produjo ya que no se alcanzó el consenso sobre la existencia de ciertas inmunidades bajo el Derecho internacional general. En Roma, simplemente, no hubo tiempo para tal debate. Por ello, la manera más obvia de seguir adelante fue no tomar una decisión puramente procesal

²² *Supra* nota 8.

²³ Habiendo sido uno de los miembros de la delegación alemana ante la Conferencia de Roma que estuvo a cargo de las negociaciones de la Parte 9 del Estatuto, estuve entre aquellos redactores.

²⁴ Ver Akande, 2004, *supra* nota 5, p. 656.

²⁵ El artículo 87, opción 2.e) del proyecto de Estatuto de 1998 puede leerse en el sentido de que contiene una referencia implícita a la cuestión; sobre la formulación, ver Kreß y Prost, 2008, *supra* note 20, p. 1602, nota marginal 1.

sobre la materia, y en su lugar, incluir una referencia abierta al Derecho internacional general tal como exista en el momento dado.

Quizá merezca también la pena señalar que aquellas delegaciones que se mostraron escépticas en relación con la inclusión del art. 98.1 vieron finalmente el mérito que tenía esta disposición. A su juicio, había poca evidencia en la práctica de los Estados sobre si los derechos de inmunidad relativos a edificios o propiedades diplomáticas o de un Estado habían sufrido una excepción relativa a la investigación o a otras medidas relacionadas con procedimientos por crímenes de Derecho internacional. También reconocieron que el art. 27.2 del Estatuto no cubre estos derechos. Esto explica por qué, quizá de manera sorprendente para aquéllos no presentes en Roma, las inmunidades del Estado o inmunidades diplomáticas relativas a la propiedad fueron el principal motor del art. 98. Esto explica también por qué el término “tercer Estado” que aparece en dicho artículo se refiere no sólo a Estados no parte, sino a cualquier otro aparte del requerido²⁶.

Una primera e importante conclusión puede ser extraída del proceso de redacción y negociación del art. 98.1 del Estatuto. Así, en sí misma, esta disposición no proporciona ninguna base para presuponer que exista una inmunidad de Derecho internacional. Esto es aún más cierto con respecto a la inmunidad de Derecho internacional que afecta a determinada categoría de personas. En el mismo sentido, se desprende que la presunción interpretativa de que una disposición de un tratado debe conservar un ámbito de aplicación independiente es inaplicable en el caso especial del art. 98.1 porque, al menos con respecto a la “inmunidad de un Estado o a la inmunidad diplomática de una persona”, hubo una expectativa y una esperanza generalizada entre los redactores en el sentido de que una referencia abierta al Derecho internacional en el art. 98.1 dejaría la prohibición formulada en este documento como “redundante, no operativa y carente de sentido”, empleando las palabras de la Comisión de la Unión Africana.

3.3. El propósito y el funcionamiento del artículo 98.1 del Estatuto de la CPI y una crítica más a la decisión de 4 de marzo de 2009

El propósito del art. 98.1 del Estatuto es evitar que un Estado parte se enfrente a un conflicto de deberes: por un lado, cooperar con la Corte, y por otro, respetar las inmunidades de Derecho internacional de otros Estados. Sin embargo, tal y como el anterior resumen de la redacción histórica ha demostrado, en Roma hubo una incertidumbre sobre el grado en el que tal conflicto podría aparecer, y el art. 98.1 no es

²⁶ *Ibid.*, p. 1602, nota marginal 9.

más que un instrumento procesal para evitar conflictos de deberes en el caso de que los hubiera.

La manera en la que este instrumento procesal se ha interpretado es destacable pues es la Corte la que ha sido encomendada por los redactores con la competencia para determinar, en los casos que surjan, si una petición de cooperación puede colocar o no al Estado parte afectado en una situación de conflicto de deberes. Esta decisión se refleja en el texto del art. 98.1 pues la prohibición contenida ahí se dirige a la Corte. Esta última dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia sólo después de que se haya determinado que el Estado requerido no podría caer en un conflicto de deberes como consecuencia de tal solicitud. La Regla 195.1 de las Reglas de Procedimiento y Prueba confirma que éste es el modo a través del cual el art. 98.1 debe funcionar porque esta regla exige al Estado parte afectado proporcionar a la Corte toda la información que sirva a ésta para aplicar el art. 98²⁷.

Es de destacar que los redactores del art. 98.1 del Estatuto y la Regla 195.1 eran totalmente conscientes de que la Corte podría hacer una determinación de autoridad sólo *vis-à-vis* entre los Estados parte, y que los Estados no parte no se obligarían por ninguna decisión de la Corte conforme al art. 98.1 del Estatuto. Esta disposición, por tanto, pone de manifiesto la destacable decisión de los Estados parte de encomendar a la Corte el poder para tomar una decisión sobre la existencia o no existencia de “obligaciones jurídicas [de esos Estados] conforme al Derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o a la inmunidad diplomática de una persona o un bien”. El art. 98.1 ofrece así una poderosa prueba por la determinación de los Estados parte para establecer un sistema de justicia colectiva con un fuerte componente vertical. Parece que un gran número de Estados parte han trasladado con precisión el esquema procesal del art. 98.1 a sus respectivas legislaciones. El hecho de que algunos otros Estados parte puedan haber actuado de manera diferente no es razón para considerar la urgencia de una práctica posterior apartada del texto del art. 98.1 y de la Regla 195.1.²⁸

²⁷ De la misma opinión, Akande, 2004, *supra* nota 5, pp. 431-432, quien, además, menciona el art. 119.1 del Estatuto en este contexto.

²⁸ Para una colección de informes de los países sobre la implementación de los deberes de cooperación que emanan del Estatuto, ver Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, y Valeria Santori (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. Volume II: Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement*, Nomos/ilSirente, Baden-Baden/Ripa di Fagnano Alto, 2005; sobre los Estados que han legislado en la línea del art. 98.1 del Estatuto ver, a modo de ejemplo Canadá (Kimberly Prost y Darryl Robinson, *ibid.*, pp. 61-62), Alemania (Claus Kreß y Jan MacLean, *ibid.*, p. 140; Nueva Zelanda (Juliet Hay, *ibid.*, pp. 254-255); sobre Estados cuya legislación parece dejar un espacio para una decisión nacional en conflicto con ésta hecha por la Corte, ver de nuevo a modo de ejemplo, Australia (Helen Brady, *ibid.*, pp. 18-19); Suiza (Jürg Lindemann y Olivier Thormann, *ibid.*, p. 440); Reino Unido (Peter Lewis, *ibid.*, p. 463).

En su decisión de 12 de diciembre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares capta plenamente la manera en la que el art. 98.1 del Estatuto está destinado a aplicarse cuando señala que “la República de Malawi no respeta la *única* autoridad de esta Corte para decidir si las inmunidades son aplicables a este caso” [énfasis añadido].²⁹ No es posible alabar de manera similar la decisión de 4 de marzo de 2009 sobre el mismo tema pero elaborada por una Sala de composición diferente. En los cinco párrafos de esta última decisión, concernientes al tema de la inmunidad, no se menciona el art. 98.1 del Estatuto. En defensa de este silencio no puede argumentarse que aquellos párrafos tratan sólo mi primera pregunta introductoria en cuanto a si la Corte puede ejercer su competencia sobre el jefe de un Estado no parte en el Estatuto, y que aquellos párrafos no abordan la relación jurídica triangular entre la Corte, el Estado parte requerido y el Estado no parte, que constituye el objeto único del art. 98.1. Al contrario, la decisión de 4 de marzo de 2009 va mucho más allá de mi primera pregunta introductoria y aborda directamente la mencionada relación triangular solicitando al Registro preparar las solicitudes de cooperación para que los Estados parte detengan y entreguen a Al Bashir. La decisión de 4 de marzo de 2009 debería, por tanto, haber abordado mi segunda pregunta. Ni si quiera haberlo intentado constituye una omisión importante³⁰. La decisión de 12 de diciembre de 2011, de la misma Sala, debe por tanto entenderse como un intento posterior y loable de llenar el lamentable vacío de la decisión anterior.

3.4. Las inmunidades cubiertas por el art. 98.1 del Estatuto

Como se ha señalado anteriormente, el art. 98.1 del Estatuto aborda el tema del Derecho internacional de las inmunidades³¹ con respecto a personas o bienes. La preocupación por esta última categoría de inmunidades fue lo que impulsó su inclusión en el Estatuto. El ejemplo más notorio durante las negociaciones de dicho artículo fue la inviolabilidad consuetudinaria de los locales diplomáticos tal como se estipula en el art. 22 de la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*.

Por lo que respecta a las personas, el término “inmunidad de un Estado” del art. 98.1 del Estatuto requiere más explicación. En el debate académico más reciente se ha

²⁹ CPI, 2011, *supra* nota 7, párrafo 11.

³⁰ La misma crítica se puede ver en Akande 2009, *supra* nota 5, p. 337; incluso con independencia de la falta de análisis del art. 98.1 del Estatuto, los cinco párrafos de la decisión de 4 de marzo de 2009 que abordan el tema de la inmunidad son de una calidad deplorable en comparación con la importancia de la cuestión.

³¹ La referencia a “obligaciones de Derecho *internacional*” [énfasis añadido] deja claro que el art. 98.1 del Estatuto no se refiere a inmunidades jurídicas domésticas.

señalado que, de manera contraria a lo dictado por la CIJ en el caso *Djibouti v. France*³², debe hacerse una clara distinción conceptual entre la inmunidad de un Estado en procedimientos civiles y la inmunidad de agentes del Estado *ratione materiae* en procedimientos penales³³. Las complejas consideraciones que subyacen a este argumento tienen mérito y la CIJ ha dejado claro en su sentencia de 3 de febrero de 2010 relativa al caso *Jurisdictional Immunities of the State* que el Derecho internacional de las inmunidades puede reconocer esta distinción³⁴. Sin embargo, esta distinción no se puede hacer con respecto a la expresión “inmunidad de un Estado” del art. 98.1 del Estatuto de Roma porque esta disposición es parte del marco jurídico para procedimientos penales, y porque esta expresión también se refiere explícitamente a las personas. La expresión “inmunidad de un Estado” del art. 98.1 cubre, por tanto, la inmunidad *ratione materiae* de Derecho internacional de un agente del Estado.

Además, hay que preguntarse si la expresión “inmunidad de un Estado” cubre también la inmunidad *ratione personae* de Derecho internacional de jefes de Estado, jefes de gobiernos, ministros de asuntos exteriores y otros altos cargos de tal Estado. Esta fue una cuestión clave en la sentencia de la CIJ en el caso *Arrest Warrant*³⁵. Mientras que la CIJ no dio detalles en este caso sobre la distinción entre inmunidades de Derecho internacional *ratione materiae et personae* de agentes del Estado en procedimientos penales, sí enfatizó esta distinción en el caso posterior *Djibouti v. France*³⁶. La distinción entre inmunidades internacionales *ratione materiae et personae* también parece estar generalmente aceptada en la práctica de los Estados y en la doctrina jurídica internacional³⁷. Importante y generalmente reconocida como lo que es,

³² CIJ, 2008, *supra* nota 1, p. 242, párrafo 188.

³³ Gionato Piero Buzzini, “Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the *Djibouti v. France* Case”, en *Leiden Journal of International Law*, 2009, vol. 22, p. 463, haciendo uso de Natalino Ronzitti, “L’immunità funzionale degli organi stranieri dalla giurisdizione penale: Il caso Calipari”, en *Rivista di diritto internazionale*, vol. XCI, 2008, p. 1039.

³⁴ International Court of Justice, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, 3 February 2012, párrafo 91, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf> (último acceso 11/4/13); para un excelente análisis de la importancia de esta decisión para la situación jurídica internacional en procedimientos penales, ver Helmut Kreicker, “Die Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs zur Staatenimmunität - Auswirkungen auf das (Völker-)Strafrecht?”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2012, vol. 7, p. 116.

³⁵ No analizaré en este trabajo el significado dado a las palabras “otros altos cargos de tal Estado” que usó la CIJ, 2002, *supra* nota 1, pp. 20-21, párrafo 51.

³⁶ CIJ, 2008, *supra* nota 1, pp. 240-244, párrafos 181-197.

³⁷ A modo de ejemplo, ver, en relación con la práctica de los Estados Unidos de Norteamérica, Harold Hongju Koh, “Foreign Official Immunity After *Samantar*: A United States Government Perspective”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, vol. 44, pp. 1153-1154; para una útil exposición sobre la distinción que el “normalmente dibuja”, ver Roman Anatolevich Kolodkin,

la distinción entre inmunidad internacional de personas en procedimientos penales *ratione materiae et personae* no exige al intérprete del art. 98.1 del Estatuto de la CPI limitar el concepto “inmunidad de Estado de una persona” a inmunidades *ratione materiae* de Derecho internacional. Mientras que tanto el alcance como el fundamento de estos dos tipos de inmunidad son diferentes, el Relator Especial de la CDI sobre la materia “inmunidades de agentes del Estado ante la jurisdicción penal extranjera” tiene razón cuando dice que “el Estado está detrás de ambas inmunidades: inmunidad *ratione personae* de sus agentes ante una jurisdicción extranjera y su inmunidad *ratione materiae*”³⁸. Está, por tanto, garantizada la interpretación de la expresión “inmunidad de Estado de una persona” del art. 98.1 del Estatuto en el sentido de que cubre ambas inmunidades de Derecho internacional: *ratione materiae et personae*. Hacer lo contrario tendría como extraña consecuencia que la más poderosa inmunidad de Derecho internacional, y así, la mayor probabilidad de dar lugar a un conflicto de deberes que el art. 98.1 busca evitar, permaneciera sin cubrir por este artículo, excepto para la inmunidad diplomática *ratione personae*. La laguna resultante tendría entonces que ser resuelta aplicando o bien el concepto de “inmunidad de Estado de una persona”, o bien el concepto de “inmunidad diplomática de una persona” a través de la analogía con, por ejemplo, jefes de Estado³⁹. En lugar de recurrir a esta complicada y artificial solución, se propone interpretar la expresión “inmunidad de Estado de una persona” del art. 98.1 en el sentido de que cubre ambas inmunidades de Derecho internacional: *ratione materiae et personae*.

3.5. Una breve digresión: el artículo 98.1 y los derechos de inmunidad de los Estados parte

Quizá sea útil recordar que el ámbito de aplicación del art. 98.1 del Estatuto no está limitado a la relación jurídica triangular entre la Corte, el Estado parte requerido y un Estado no parte en el Estatuto⁴⁰. Más bien al contrario, la disposición también cubre la situación de la solicitud de detención y entrega relativa a un agente de un “tercer” Estado

Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, 29 Mayo 2008, A/CN.4/601, párrafos 78-83.

³⁸ Kolodkin, *Ibid.*, párrafo 94.

³⁹ Para un argumento revelador sobre la importancia de la inmunidad diplomática *ratione personae* para la inmunidad *ratione personae* de Derecho internacional en general, ver Mark A. Summers, “Diplomatic Immunity Ratione Personae: Did the International Court of Justice Create a New Customary Rule in *Congo v. Belgium*?”, en *Michigan State Journal of International Law*, 2007-2008, vol. 16, p. 459.

⁴⁰ Para un punto de vista diferente, aunque no convincente, ver Paola Gaeta, “Official Capacity and Immunities”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 991; Gaeta, 2009, *supra* note 5, p. 328.

parte que está presente en el territorio de otro Estado parte (a quien la Corte dirige la solicitud), y la situación en la que la solicitud de cooperación, no la entrega, se dirige a una propiedad del Estado o propiedad diplomática de un “tercer” Estado parte que se localiza en el territorio de otro Estado parte (a quien la Corte ha dirigido la solicitud).⁴¹

En la primera situación, la prohibición contenida en el art. 98.1 del Estatuto es redundante, no operativa y carente de sentido pues el “tercer” Estado parte involucrado ya ha renunciado a su derecho a la inmunidad en virtud de su aceptación del art. 27.2 del Estatuto. No es convincente interpretar esta disposición de forma más restrictiva en el sentido de que se aplique sólo a la relación jurídica entre la Corte y los Estados parte⁴². Si esta interpretación se aceptara, el art. 27.2 del Estatuto permitiría a la Corte emitir una orden de detención contra un nacional de un Estado parte de otra manera protegido por una inmunidad de Derecho internacional, pero el art. 98.1 todavía exigiría a la Corte obtener una renuncia a la inmunidad de ese Estado parte antes de que pudiera dirigir la solicitud de detención o entrega a otro Estado parte en cuyo territorio la persona buscada estaría presente. En vista del hecho de que la Corte no tiene poderes de ejecución y de que el Estado parte cuyo agente está siendo buscado en virtud de una orden de detención de la Corte será reacio, normalmente, a cooperar con la Corte cuando un agente de alto rango sea requerido por ella, la necesidad de obtener una renuncia a la inmunidad de este Estado parte sería, a menudo, un obstáculo insuperable para la entrega de la persona en cuestión a la Corte. Esto significa que el efecto práctico del art. 27.2 del Estatuto se vería, en gran medida, anulado si esta disposición sólo rigiera para la relación entre la Corte y el Estado parte del que es nacional el sospechoso. Para evitar dicha anulación, a la luz del objetivo general del Estatuto de poner fin a la impunidad, la renuncia contenida en el art. 27.2 debe extenderse a la relación triangular entre la Corte, el Estado parte requerido y el “tercer” Estado parte⁴³.

Esta situación es diferente en lo que respecta a, por ejemplo, los locales diplomáticos de un “tercer” Estado parte porque tales propiedades no están cubiertas por la renuncia del art. 27.2 del Estatuto. Aquí, el art. 98.1 del Estatuto puede requerir a la Corte, en función de su evaluación del Derecho internacional general del momento, recurrir primero al “tercer” Estado para obtener “su cooperación para la renuncia a la inmunidad.

3.6. El artículo 98.1 del Estatuto y las inmunidades de Derecho internacional de personas de Estados no parte en el Estatuto

⁴¹ Akande, 2004, *supra* nota 5, p. 423; Kreß y Prost, 2008, *supra* nota 20, p. 1606, nota marginal 9.

⁴² De una opinión diferente, ver Kreicker, 2007, *supra* nota 4, p. 1391

⁴³ Este argumento ya había sido bien plasmado por Akande, 2004, *supra* nota 5, pp. 423-425.

Una vez aclarado el ámbito jurídico, dirigiré mi atención a la pregunta “caliente” planteada en el caso contra Al Bashir ante la CPI. Dicha pregunta tiene que ver con el derecho de inmunidad internacional de un Estado no parte en el Estatuto con respecto a su jefe de Estado. Tal y como la Comisión de la Unión Africana afirma, acertadamente, la inmunidad aquí en juego es la inmunidad *ratione personae*⁴⁴. En su sentencia sobre el caso *Arrest Warrant*, la CIJ reconoció que la protección de la inmunidad internacional *ratione personae* está sujeta a una excepción en el caso de crímenes de Derecho internacional que son perseguidos a través de actuaciones penales nacionales. Sobre la base de esta decisión, la no aplicación de la prohibición contenida en el art. 98.1 del Estatuto requiere una excepción a la inmunidad *ratione personae* del Estado de Sudán, pues dicho precepto está específicamente diseñado para cubrir las actuaciones ante la CPI.

Existen dos vías conceptualmente distintas para llegar a tal excepción. La primera se asienta sobre el efecto jurídico de una remisión del Consejo de Seguridad sobre la situación en Darfur (Sudán) a la Corte. Esta vía fue mencionada, aunque no explicada en detalle, por la Sala de Cuestiones Preliminares en su decisión de 4 de marzo de 2009. La segunda vía se refiere a una excepción de Derecho internacional consuetudinario con respecto a inmunidades de Derecho internacional de personas para el propósito específico de actuaciones ante un tribunal penal internacional. Esta vía fue la elegida por la Sala en sus decisiones de 12 y 13 de diciembre de 2011. La Comisión de la Unión Africana rechazó ambas vías.

En el análisis que sigue analizaré esas dos vías. Al hacerlo, tendré en mente mis dos preguntas introductorias y distinguiré, cada vez, entre la relación jurídica bipartita entre la Corte y un Estado no parte en el Estatuto, y la relación jurídica triangular entre la Corte, el Estado parte requerido y el tercer Estado no parte en el Estatuto.

3.6.1. La “vía del Consejo de Seguridad” para llegar a una excepción a la inmunidad de Derecho internacional *ratione personae*

⁴⁴ El caso se ocuparía, además, de la inmunidad *ratione materiae* del Estado de Sudán con respecto a los actos de su jefe de Estado si la conducta de Al Bashir, que constituye el objeto de estudio de las actuaciones ante la Corte, fuera calificada como oficial para los propósitos del Derecho internacional sobre las inmunidades. A pesar de su gran importancia práctica, no abordaré esta controvertida cuestión y tampoco trataré la cuestión igualmente importante de si existe en el Derecho internacional consuetudinario una excepción de Derecho penal internacional a la protección de inmunidad internacional *ratione materiae* en casos de un supuesto crimen de Derecho internacional. Tal excepción cubriría tanto procedimientos penales ante tribunales extranjeros como ante tribunales internacionales, y podría, dentro de su alcance, hacer “redundante, no operativa y carente de sentido” la prohibición del art. 98.1 del Estatuto de la CPI. Basta decir que tal excepción no resolvería el problema del caso Al Bashir, que va más allá del alcance de la excepción internacional consuetudinaria en cuestión.

La Comisión de la Unión Africana acepta, correctamente, que el Consejo de Seguridad, basado en la potestad que le confiere el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pueda decidir qué otras inmunidades de Derecho internacional que existan en el momento actual no se deben aplicar con respecto a ciertos procedimientos ante la CPI. La Comisión sostiene, sin embargo, que tal decisión debe ser tomada de forma explícita. Este punto de vista no es convincente. Nada en la Carta de las Naciones Unidas y nada en el Capítulo VII hace depender la validez de tal decisión del Consejo de Seguridad del hecho de que haya sido expresada de manera explícita. Tampoco la CPI está obligada por su Estatuto o, más precisamente, por su art. 98.1, a aceptar una decisión del Consejo de Seguridad sobre la no aplicabilidad de una inmunidad si esta decisión se ha tomado de manera explícita. Por tanto, si el Consejo de Seguridad ha decidido, o no, que otra inmunidad de Derecho internacional se aplicará con respecto a procedimientos ante la CPI es una cuestión de interpretación de la pertinente resolución del Consejo de Seguridad.

La Resolución del Consejo de Seguridad 1593 de 31 de marzo de 2005⁴⁵, a través de la cual éste remitió la situación de Darfur a la CPI, no contiene una disposición que trate explícitamente el tema de los derechos de inmunidad internacional del Estado de Sudán. El segundo párrafo operativo de dicha resolución, basado en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas reza lo siguiente:

Decide que el Gobierno de Sudán y todas las otras partes en conflicto en Darfur cooperarán plenamente con la Corte y el Fiscal, y les proporcionarán la asistencia necesaria de conformidad con esta resolución, y reconociendo que los Estados no parte en el Estatuto de Roma no tienen obligaciones según dicho Estatuto, insta a todos los Estados y organizaciones regionales internacionales pertinentes a cooperar plenamente.

Como se ha visto, la Sala de Cuestiones Preliminares, en su decisión de 4 de marzo de 2009, entendió esto en el sentido de que:

[...] el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha aceptado también que la investigación sobre la situación referida, así como cualquier persecución que se derive de la misma, tendrá lugar de acuerdo con el marco legal proporcionado por el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas como un todo.

Esto es una interferencia razonable a la luz del hecho de que el Consejo de Seguridad no sólo remitió la situación de Darfur a la Corte, sino que también requirió al

⁴⁵ S/RES/1593 (2005), 31 marzo 2005.

Estado de Sudán “cooperar plenamente” con la Corte. Al usar los términos del art. 86 del Estatuto de Roma, el Consejo de Seguridad expresa su intención de colocar al Estado de Sudán en una situación jurídica análoga a la de un Estado parte a los efectos de las actuaciones que se deriven de la remisión del Consejo de Seguridad. Sería demasiado exigir que el Consejo de Seguridad diera un paso más y especificara que la Corte procedería como si el art. 27.2 del Estatuto se aplicara al Estado de Sudán. Sin embargo, este efecto está implícito en la resolución⁴⁶. Esto es aún más cierto si consideramos que el Consejo de Seguridad no podría tener ninguna duda de que la Corte desearía enfocar su investigación sobre la mayoría de los presuntos responsables por los crímenes y que sus investigaciones probablemente se concentrarían, así, en agentes de alto rango del Estado de Sudán⁴⁷.

La pregunta sigue siendo si la decisión implícita del Consejo de Seguridad de hacer inaplicable cualquier inmunidad de Derecho internacional del Estado de Sudán por actuaciones resultantes de la remisión por el Consejo de Seguridad se extiende más allá de la relación entre la Corte y el Estado de Sudán a la relación triangular entre la Corte, el Estado parte requerido a cooperar con la Corte y el Estado de Sudán. Según lo que señala un comentarista, no es así⁴⁸. Conforme a este análisis, la Corte ha sido facultada legalmente para emitir una orden de detención contra Al Bashir, pero de acuerdo con el art. 98.1 del Estatuto se debería haber obtenido una renuncia a la inmunidad por parte del Estado de Sudán antes de solicitar a un Estado parte detener o entregar a este sospechoso. Esta posición no es convincente. La solución más preferible deriva de forma natural de la interpretación del art. 27.2 del Estatuto⁴⁹. La misma interpretación debe ser cierta cuando el Consejo de Seguridad, actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas coloca a un Estado no parte en el Estatuto en una situación jurídica análoga a la de un Estado parte⁵⁰.

⁴⁶ Este argumento ya había sido bien planteado por Akande, 2009, *supra* nota 5, pp. 340-342.

⁴⁷ Helmut Kreicker, “Der Präsident des Sudan vor dem Internationalen Strafgerichtshof - ein Verstoß gegen das Völkerrecht? Überlegungen zur völkerrechtlichen Immunität von Staatsoberhäuptern anlässlich des Haftbefehlsantrages gegen Omar al-Bashir”, en *Humanitäres Völkerrecht - Informationsschriften*, 2008, vol. 21, pp. 161-162.

⁴⁸ Gaeta, 2009, *supra* nota 5, p. 329.

⁴⁹ *Supra* sección 3.5.

⁵⁰ Para una correcta opinión, ver Akande, 2009, *supra* nota 5, pp. 340-342. Kreicker, 2008, *supra* nota 47, p. 163, quien sostiene que, sea cual sea la correcta interpretación del art. 27.2 del Estatuto de la CPI, la Resolución 1593(2005) conlleva la decisión de hacer inaplicable cualquier inmunidad de Derecho internacional del Estado de Sudán a los efectos de una detención llevada a cabo por un Estado parte requerido. Sólo por esta razón, la prohibición contenida en el art. 98.1 del Estatuto de la CPI es irrelevante en el caso de Al Bashir. Debe suponerse, según este argumento, que el Consejo de Seguridad deseó actuar coherentemente no sólo activando la competencia de la Corte, sino eliminando cualquier posible obstáculo clave para un efectivo ejercicio de su competencia sobre los principales responsables.

Para concluir, la Sala de Cuestiones Preliminares, en su decisión de 4 de marzo de 2009 hizo alusión a una posible vía para superar cualquier problema de inmunidad del Estado de Sudán tanto por la orden de detención de la Corte contra Al Bashir como por cualquier posterior solicitud de la Corte a un Estado parte para detenerlo y entregarlo. Es por ello desafortunado que la Sala presentara su argumento de una manera tan superficial e incompleta.

3.6.2. *La “vía del Derecho consuetudinario” para llegar a una excepción a la inmunidad de Derecho internacional ratione personae*

Como hemos visto, en sus decisiones de 12 y 13 de diciembre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares no resolvió los defectos de la decisión de 2 de marzo de 2009 emitida por la misma Sala (pero compuesta de manera diferente) estableciendo la vía del Consejo de Seguridad de una manera integral. En su lugar, la Sala siguió la “vía del Derecho consuetudinario” para explicar que Al Bashir no goza de inmunidad ante la Corte y que ésta última podría solicitar a Malawi y Chad detener y entregar al sospechoso sin la necesidad de obtener primero una renuncia a la inmunidad por parte de Sudán de acuerdo con el art. 98.1 del Estatuto. Hay mucho más que una diferencia técnica entre las dos explicaciones ofrecidas por la misma Sala. Mientras que la “vía del Consejo de Seguridad” está abierta sólo en el caso de la remisión por parte del Consejo de Seguridad, la “vía del Derecho consuetudinario” no exige una actuación de aquél. Así, podría ser utilizada siempre que la Corte pudiera ejercer su competencia sobre el titular de un jefe de Estado no parte en el Estatuto de acuerdo con el art. 12.1 del Estatuto. Sólo por esta razón práctica es importante prestar atención a la “vía del Derecho consuetudinario” para dejar de lado inmunidades de Derecho internacional de jefes de Estado, de gobierno, ministros de asuntos exteriores y otros altos cargos de Estados no partes en el Estatuto de Roma. Tal excepción se aplicaría a los procedimientos ante la CPI y posibilitaría a las autoridades de un Estado parte detener y entregar a un sospechoso perteneciente a una de las categorías anteriormente mencionadas cuando se trate de cumplir una petición formulada por la Corte.

A. La relación entre la Corte Penal Internacional y el Estado de Sudán

Es importante destacar que la Sala de Cuestiones Preliminares, cuando expuso su “vía del Derecho consuetudinario” en su decisión de 12 de diciembre de 2011 no cuestionó la decisión de la CIJ en el caso *Arrest Warrant* que consideró que jefes de Estado, de gobierno, ministros de asuntos exteriores y otros agentes del Estado de alto rango gozaban de inmunidad *ratione personae* en actuaciones penales en un Estado

extranjero en casos de un supuesto crimen de Derecho intencional. En su lugar, la Sala de Cuestiones Preliminares presentó una excepción de Derecho consuetudinario a la inmunidad *ratione personae* para el propósito específico y limitado de llevar a cabo actuaciones ante un tribunal penal internacional. La Sala podría sentirse alentada por la decisión de la CIJ en el caso *Arrest Warrant* para establecer tal distinción entre procedimientos penales nacionales e internacionales por crímenes de Derecho internacional. En este caso, la CIJ sostuvo que:

[...] un Ministro de Asuntos Exteriores actual o anterior puede ser sometido a actuaciones penales ante ciertos tribunales penales internacionales donde éstos tengan competencia. Como ejemplos se pueden citar el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, establecidos de conformidad con las resoluciones del Consejo de Seguridad según lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, así como la futura Corte Penal Internacional, creada por la Convención de Roma de 1998. Esta última señala expresamente, en su artículo 27 párrafo 2, que las inmunidades y normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella⁵¹.

Es bien sabido que este párrafo es un *obiter dictum* y que la Corte lo incluyó en su sentencia sin aportar la práctica de los Estados basada en la *opinio iuris* en apoyo de la misma, y sin explicar o justificar de otro modo su contenido. Estos hechos, sin embargo, no explican la siguiente consideración:

[L]a declaración de la CIJ de que las inmunidades internacionales no pueden ser invocadas ante ciertos tribunales internacionales debe ser interpretada como (1) que los instrumentos de creación de esos tribunales eliminaron expresa o implícitamente la inmunidad correspondiente; y (2) que el Estado del agente público en cuestión está obligado por el instrumento que eliminó la inmunidad.⁵²

Sea o no correcta la descripción del Derecho actual, esto no es lo que la CIJ sostuvo. Al contrario, el *dictum* de la CIJ apoya la distinción hecha por la Sala de Cuestiones Preliminares y sólo si se lee el *dictum* de la CIJ “tribunales penales internacionales” tal como está escrito, se deduce que éste añade al *dictum* de la misma Corte relativo a la

⁵¹ CIJ, 2002, *supra* nota 1, pp. 25-26 (N.º 61).

⁵² Akande, 2004, *supra* nota 5, p. 418.

“renuncia” que la inmunidad *ratione personae* no se aplica al caso de tal renuncia a la inmunidad.⁵³

El *dictum* de la CIJ “tribunales penales internacionales”, en su forma literal, ya había sido utilizado y desarrollado por el Tribunal Especial para Sierra Leona en 2004 en su decisión sobre el caso *Charles Taylor*. En ella, este Tribunal sostuvo que:

[E]l principio parece ahora establecer que la igualdad soberana de los Estados no impide que un jefe de un Estado sea juzgado ante un tribunal o corte penal internacional.⁵⁴

Curiosamente, incluso el Relator Especial de la CDI sobre el tema “inmunidad de agentes del Estado ante la jurisdicción penal extranjera”, quien por otra parte ha formulado opiniones prudentes (por decirlo amablemente), sostiene que:

La inmunidad ante una jurisdicción penal internacional parece ser fundamentalmente diferente de la inmunidad ante la jurisdicción penal nacional.⁵⁵

China hizo una declaración similar en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2008. La frase en cuestión señala lo siguiente:

La inmunidad ante una jurisdicción penal de un Estado extranjero no era la misma que la inmunidad ante una jurisdicción penal internacional, como por ejemplo, ante la Corte Penal Internacional, y una y otra no deberían estar conectadas.⁵⁶

i. Principios

Lo dicho anteriormente nos lleva, obviamente, a la pregunta de por qué los procedimientos penales internacionales deben verse como “fundamentalmente diferentes” de los nacionales. De hecho, no habría diferencia real si los procedimientos internacionales fueran, simplemente, el ejercicio colectivo del derecho del Estado a llevar a cabo procedimientos nacionales⁵⁷. Este modelo de delegación, sin embargo, no constituye la manera más convincente de conceptualizar la justicia penal internacional

⁵³ “Ellos [los agentes de alto rango del Estado que se benefician de inmunidad *ratione personae*] dejarán de gozar de inmunidad ante una jurisdicción extranjera si el Estado al que representan o han representado decide retirarles esa inmunidad”, CIJ, 2002, *supra* nota 1, p. 25.

⁵⁴ Tribunal Especial para Sierra Leona, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Decision on Immunity from Jurisdiction, 31 May 2004, SCSL-2003-01-I, párrafo 52.

⁵⁵ Kolodkin, 2008, *supra* nota 37, párrafo 103.

⁵⁶ A/C.6/63/SR.23, 21.11.1008, párrafo 35.

⁵⁷ De esta opinión, ver Akande, 2004, *supra* nota 5, p. 417.

stricto sensu. En lugar de ello, el Derecho penal internacional en el verdadero (y limitado) sentido de la palabra, está basado, en última instancia, en la idea de un *ius puniendi* de la comunidad internacional en su conjunto y, como cuestión de principio, el ejercicio de este *ius puniendi* ha sido confiando, en principio, no a los Estados, sino a órganos de la comunidad internacional⁵⁸. Estos órganos constituyen la encarnación directa de la “voluntad colectiva” y ofrecen la mejor garantía de que la aplicación de los valores de la comunidad internacional no conduzca a abusos hegemónicos. Esto no excluye la facultad de los Estados para ejercer el *ius puniendi* de la comunidad internacional en el caso de crímenes de Derecho internacional, pero explica la posibilidad de que un tribunal penal internacional, que actúa como un órgano de la comunidad internacional, procediendo por crímenes de Derecho internacional, tenga facultades más amplias que un tribunal penal nacional, que actúa como mero fiduciario del bien común.

Sin embargo, no todo tribunal penal internacional es un órgano de la comunidad internacional. Así, está claro, por ejemplo, que Francia y Alemania no pueden crear un órgano de la comunidad internacional estableciendo un tribunal penal conjunto sobre la base de un tratado bilateral.⁵⁹ Es probable que la CIJ se refiriera a este hecho al limitar su *dictum* “tribunales penales internacionales” a “*ciertos tribunales penales internacionales*” [énfasis añadido] y es un error de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de 12 de diciembre de 2011 no haber limitado como corresponde su “vía del Derecho consuetudinario”. Esto nos lleva a la pregunta de qué tribunales penales internacionales pueden ser calificados como órganos de la comunidad internacional.⁶⁰

En un nivel abstracto, se puede decir que sólo lo serán aquellos tribunales que puedan encarnar de manera directa y convincente la “voluntad colectiva”. Este sería el caso de tribunales penales internacionales creados por el Consejo de Seguridad, y lo mismo puede decirse de esos tribunales penales internacionales que, como en el caso del Tribunal Especial para Sierra Leona, actúan con el beneplácito de dicho Consejo. El caso de la CPI es más difícil pues el ejercicio de la competencia de esta Corte no ha sido activado por una decisión del Consejo de Seguridad. El argumento obvio para no tratar a la CPI como un órgano de la comunidad internacional es la falta de una adhesión (cuasi-)

⁵⁸ El Derecho penal internacional *stricto sensu* debe basarse, en última instancia, en el Derecho internacional consuetudinario de naturaleza general. Para una exposición completa sobre opinión, ver Claus Kreß, “International Criminal Law”, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. V, Oxford University Press, Oxford, 2012, paras. 10-14.

⁵⁹ En este punto comparto la opinión de Nouwen, 2005, *supra* nota 4, p. 656.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 657, no cree posible la distinción entre tribunales penales internacionales de acuerdo al criterio de “participación de la comunidad internacional”. Es fácilmente admisible que los elementos que figuran en el siguiente texto no lleguen a un concepto indiscutible. Sin embargo, producirán resultados razonables en la práctica y, además, puede ser afinados en el futuro.

universal a su Estatuto. Por otro lado, es imposible negar que el Estatuto de la CPI constituye un intento legítimo de establecer un órgano que ejerza directamente el *ius puniendi* de la comunidad internacional; el tratado fue negociado a nivel universal, contiene una invitación permanente para la adhesión universal y no muestra elementos que en sí mismos se presten a la manipulación (hegemónica) de la voluntad colectiva. El hecho de que el Estatuto de la CPI haya recibido un número significativo de ratificaciones, que el Consejo de Seguridad haya remitido a la Corte dos situaciones de amenaza para la paz y la seguridad internacionales, y que las Naciones Unidas hayan respaldado la visión del art. 2 del Estatuto a través de las conclusiones del *Acuerdo de Relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas* añade más peso a la opinión de que la CPI, en esencia, y a pesar de su creación formal a través de un tratado, deriva del mandato de la comunidad internacional.

Como cuestión de principio, es posible establecer una distinción entre procedimientos penales nacionales y procedimientos ante la CPI con respecto al Derecho internacional de las inmunidades.⁶¹ Es preciso señalar que los principios esbozados hasta ahora no son meras especulaciones doctrinales sobre un Derecho internacional "natural". Al contrario, la "comunidad internacional" es un punto de referencia no sólo en el cuarto párrafo del Preámbulo del Estatuto, sino también en el art. 53 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, en el famoso *dictum* de la CIJ sobre las obligaciones internacionales *erga omnes* en el asunto *Barcelona Traction*⁶², y en el art. 48.1.b) de los *Artículos sobre Responsabilidad del Estado* de la CDI⁶³. Además, no parece que haya una discrepancia con el concepto de que el Derecho penal internacional *stricto sensu* protege intereses que pertenecen a la comunidad internacional en su conjunto.

Hasta el momento, sólo he demostrado la posibilidad de que la CPI posea mayores facultades que un tribunal penal internacional. Ahora es necesario centrar la atención en el tema de las inmunidades de Derecho internacional, y de nuevo aquí debo hacerlo en el nivel de los principios. Casi por definición, el Derecho penal internacional *stricto sensu* supone un desafío fundamental para las tradicionales inmunidades de Derecho internacional. Tipificar lo que habitualmente es una conducta relacionada con un Estado tiende a ir en contra de la vieja idea de proteger los actos de los Estados frente al escrutinio judicial extranjero por medio de una preclusión procesal. La dificultad de conciliar las inmunidades tradicionales de Derecho internacional con la idea de un

⁶¹ En sentido contrario, ver Akande, 2004, *supra* nota 5, p. 417; Nouwen, 2005, *supra* nota 4, p. 657.

⁶² CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, 5 February 1970, CIJ Reports 1970, p. 32, párrafos 32-33.

⁶³ James Crawford (ed.), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 276.

Derecho penal internacional *stricto sensu* se hace aún más evidente una vez que se reconoce que el uso de los instrumentos de Derecho penal internacional es más importante en los casos de aquellas personas que tienen la mayor responsabilidad por hechos de “macro-criminalidad”. En efecto, esas personas serán habitualmente aquéllas respecto de las cuales la protección de las inmunidades tradicionales es más fuerte. Por eso no sorprende en absoluto que el Tribunal Militar Internacional de Núremberg se enfrentara a este problema y articulara claramente la idea de que la aceptación de un Derecho penal internacional *stricto sensu* conlleva una retractación de las tradicionales inmunidades de Derecho internacional:

El principio de Derecho internacional que bajo ciertas circunstancias protege a los representantes de un Estado no puede aplicarse a actos calificados de criminales por el Derecho internacional. Los autores de estos actos no pueden escudarse en sus cargos oficiales para quedar libres de castigo en el procedimiento correspondiente. El artículo 7 del Acuerdo de Londres declara expresamente:

“El cargo oficial de los acusados, ya sean Jefes de Estado o funcionarios a cargo de Departamentos del Gobierno, no les exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena.”

Por otro lado, la esencia misma del Acuerdo es que los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por cada Estado. Quien viola las leyes de la guerra no puede obtener impunidad por actuar en el ejercicio de la autoridad del Estado si el Estado que autoriza la acción actúa fuera de su competencia según el Derecho internacional.⁶⁴

El precedente de Núremberg, por tanto, envió el claro mensaje de que el Derecho penal internacional *stricto sensu* comporta una importante restricción al tradicional concepto de soberanía de un Estado. Si bien ha sido, y continúa siendo, la función clave de este concepto para conceder un espacio al desacuerdo moral dentro del orden jurídico internacional plural, y mientras que el concepto de Derecho internacional de soberanía de un Estado incluye la protección de los Estados frente a intromisiones en su territorio incluso en casos de violaciones del Derecho internacional⁶⁵, las normas del Derecho penal internacional en sentido estricto dibujan una línea roja más allá de la cual

⁶⁴ International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences, 1 October 1946, in *The American Journal of International Law*, 1947, vol. 41, pp. 172 y 221.

⁶⁵ Para una explicación razonada sobre esta función clave, ver Brad R. Roth, *Sovereign Equality and Moral Disagreement: Premises of a Pluralist International Legal Order*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 3-130.

la soberanía de un Estado ya no proporciona un escudo impenetrable para aquéllos que actúan en nombre del Estado.

La principal idea de la justicia penal internacional *stricto sensu*, que no es una mera especulación doctrinal sobre el Derecho internacional “natural”, sino que fue aceptada por los Estados en Núremberg, y que ha sido revitalizada por los Estados desde los años noventa, supone, por tanto, un formidable reto a las tradicionales inmunidades de Derecho internacional. Sin embargo, la CIJ determinó con autoridad en el caso *Arrest Warrant* que la inmunidad *ratione personae* de Derecho internacional permanece firme en procedimientos penales nacionales por crímenes de Derecho internacional. Es simplista explicar la matización en el caso *Arrest Warrant* rechazando las inmunidades del Tribunal de Núremberg diciendo que en procedimientos penales en un Estado extranjero, el derecho del Estado del autor a una igualdad soberana triunfa frente al *ius puniendi* de la comunidad internacional.

Una explicación más convincente se referiría al derecho soberano de los Estados de protegerse contra el uso abusivo (hegemónico) de un instrumento de Derecho penal por otro Estado en nombre de la comunidad internacional en esos casos en los que tal abuso tendría un efecto desestabilizador grave sobre las relaciones internacionales. El mensaje que subyace en la *ratio decidendi* de la sentencia en el caso *Arrest Warrant* parece ser, cuando se trata de personas que gozan de inmunidades de Derecho internacional *ratione personae*, que la soberanía de un Estado digna de ser protegida contra un uso abusivo de un instrumento de Derecho internacional por un Estado extranjero pesa más que los intereses de la comunidad internacional en el ejercicio fiduciario del *ius puniendi* de la comunidad por un Estado. En este punto, el equilibrio puede ser golpeado de manera diferente en procedimientos penales ante un órgano judicial de la comunidad internacional. Tal órgano puede, por supuesto, fracasar en su intento de servir a los intereses de la justicia pero las garantías institucionales contra un abuso de un instrumento de Derecho penal son tales que el interés de la comunidad internacional pesará más. En vista de estas observaciones, la verdad parece estar entre los dos extremos al decir que el principio de igualdad soberana “no tiene relevancia para los procedimientos penales internacionales que no son órganos de un Estados pero que derivan del mandato de la comunidad internacional”⁶⁶, y que “no hay mucha diferencia entre si los Estados extranjeros buscan esta jurisdicción unilateralmente o a través de un órgano colectivo al que el Estado en cuestión no ha dado su consentimiento.”⁶⁷

⁶⁶ *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, 2004, *supra* nota 54, párrafo 51.

⁶⁷ Akande, 2004, *supra* nota 5, p. 417.

La verdad es que no hay una diferencia “fundamental” entre procedimientos por crímenes de Derecho internacional conducidos por un Estado como fiduciario del *ius puniendi* internacional y por un tribunal penal internacional calificado como órgano de la comunidad internacional. Hay sin embargo una diferencia notable en el marco institucional por tales procedimientos que justifica el tratamiento de la cuestión de las inmunidades de Derecho internacional de manera diferente en cada foro.

ii. La práctica y la *opinio iuris* de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares

Las consideraciones hechas hasta aquí se situaban en el nivel de los principios generales. Aunque esos principios no son el resultado de especulaciones doctrinales, sino que derivan de la práctica internacional, no son suficientes *per se* para demostrar que la “vía del Derecho consuetudinario” está abierta bajo la *lex lata*. Se necesita más práctica específica basada en la *opinio iuris*. Esto no significa, sin embargo, que los principios antes subrayados sean irrelevantes ante la cuestión de si ha nacido un nuevo Derecho internacional consuetudinario. El desarrollo del Derecho penal internacional desde los años noventa proporciona una clara muestra de la existencia de lo que se ha dado en llamar “costumbre moderna”⁶⁸, cuya comprobación requiere, por lo general, un grado de deducción a partir de principios más amplios, como los establecidos anteriormente^{69, 70}. Cuando estos principios apunten claramente en la dirección de un nuevo Derecho consuetudinario, éste podría cristalizar sin la necesidad de identificar una gran cantidad de práctica concreta de los Estados y de práctica verbal de los Estados (siendo esta última casi imposible de distinguir de la *opinio iuris*) y podría, en gran medida, reemplazar la práctica de los Estados en sentido tradicional. La costumbre moderna puede así originarse a una velocidad relativamente alta y sin una gran cantidad de práctica que confirme la regla en cuestión. Es importante destacar, sin embargo, que

⁶⁸ La literatura sobre este tema es amplia y no deseo reproducir aquí una lista completa de toda ella. Para un estudio al respecto con amplias referencias útiles, ver Anthea Elizabeth Roberts, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, en *The American Journal of International Law*, 2001, vol. 95, p. 757; ver también Anja Seibert-Fohr, “Unity and Diversity in the Formation and Relevance of Customary International Law: Modern Concepts of Customary International Law as a Manifestation of a Value-Based International Order”, en Andreas Zimmermann y Rainer Hofmann (eds.), *Unity and Diversity in International Law*, Duncker and Humblot, Berlin, 2006, p. 257, 264-270.

⁶⁹ Para unas reflexiones interesantes sobre la materia, ver Matthias Herdegen, “Das ‘konstruktive Völkerrecht’ und seine Grenzen: die Dynamik des Völkerrechts als Methodenfrage”, en Pierre-Marie Dupuy, Bardo Fassbender, Malcolm N. Shaw y Karl-Peter Sommermann (eds.), *Völkerrecht als Wertordnung (Common Values in International Law); Festschrift für (Essays in Honour of Christian Tomuschat)*, N.P. Engel Verlag, Kehl, 2006, p. 899.

⁷⁰ Sobre la cristalización de los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales, ver Claus Kress, “War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice”, en *Israel Yearbook on Human Rights*, 2001, vol. 30, pp. 104-109.

esa costumbre será relativamente vulnerable al cambio si acontece una práctica contraria.⁷¹

En su análisis de la práctica de los Estados, la Sala de Cuestiones Preliminares, como antes el Tribunal Especial para Sierra Leona⁷², se remite al art. 7 del Acuerdo del Tribunal de Núremberg, al art. 6 del Acuerdo del Tribunal de Tokio, al Principio III de los Principios de Núremberg de 1950, al art. 7.2 del Estatuto del TPIY, al art. 6.2 del Estatuto del TPIR y al art. 7 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 de la CDI.⁷³ Cabe preguntarse si la Sala estaba facultada para invocar esos documentos a pesar del hecho de que se enmarcan en términos de Derecho sustantivo y no abordan directamente el problema de la inmunidad como lo hace el art. 27.2 del Estatuto de la CPI. Si bien es cierto que la “inmunidad ante la jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos diferentes”⁷⁴ - siendo que la distinción que hacen los dos párrafos del art. 27 del Estatuto marca un progreso en la claridad de la redacción -, también es cierto que esos dos conceptos no han sido cuidadosamente distinguidos en la práctica anterior del Derecho penal internacional.⁷⁵

Comenzando por la sentencia de Núremberg, como puede verse en la anterior cita⁷⁶, el tema de la inmunidad fue abordado con relación a la disposición legal que confirma la aplicabilidad del Derecho sustantivo. Está, por tanto, en consonancia con el desarrollo histórico que la CDI plasma en su comentario al art. 7 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad:

[...] la ausencia de cualquier inmunidad procesal con respecto a la persecución o castigo en las actuaciones judiciales apropiadas es un corolario esencial de la ausencia de cualquier inmunidad sustantiva o defensa.⁷⁷

⁷¹ Sobre la “resistencia relativa al cambio”, y el Derecho internacional consuetudinario, ver Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 157-160.

⁷² *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, 2004, *supra* nota 54, párrafos 45-47.

⁷³ CPI, 2011, *supra* nota 7, párrafos 24-32.

⁷⁴ Kolodkin, 2008, *supra* nota 37, párrafo 66.

⁷⁵ Este punto no ha recibido suficiente atención en Nouwen, 2005, *supra* nota 4, pp. 660-668.

⁷⁶ Cfr. la cita de la nota 64.

⁷⁷ Párrafo 6 del comentario al artículo 7, en Gabrielle Kirk McDonald y Olivia Swaak-Goldman (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, vol. II, part 1, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000, p. 354; en la nota a pie 3, la CDI señala que:

Las actuaciones judiciales ante un tribunal penal internacional serían el ejemplo por excelencia de actuaciones judiciales apropiadas en los que un individuo no podría invocar ninguna inmunidad sustantiva o procesal basada en el cago oficial para evitar una persecución y un castigo.

También es cierto que el lenguaje de los textos citados por la Sala de Cuestiones Preliminares parece extenderse a los jefes de Estado y demás personas sin establecer una distinción en cuanto a si el Estado en cuestión ha tenido que renunciar a sus inmunidades en procedimientos ante la jurisdicción correspondiente. A la vista de esto, la Sala justifica la referencia a esos documentos por constituir una importante práctica verbal de los Estados.

A la vez, debe reconocerse que, hasta la sentencia en el caso *Charles Taylor*, esta práctica verbal de los Estados no produjo ninguna práctica en lo referente a la inmunidad internacional *ratione personae*, con la sola excepción de la orden de detención del TPIY contra el entonces jefe de Estado Slobodan Milosevic, y la decisión de la Sala de Primera Instancia del TPIY confirmando la competencia de dicho tribunal.⁷⁸ El valor de precedente de esta última decisión es, sin embargo, relativamente débil dado el hecho de que la decisión *Milosevic* no se enfrenta a la cuestión jurídica de la inmunidad *ratione personae* de la República Federal de Yugoslavia⁷⁹ como un problema jurídico diferente. Al contrario, la Sala de Primera Instancia colocó los párrafos pertinentes de su decisión bajo el título “Falta de competencia por razón de su estatus como *anterior* presidente” [énfasis añadido]. Como resultado, la decisión no reconoce claramente que el precedente *Milosevic* sobrepase la negación de inmunidad *ratione materiae* relativa a la conducta de un antiguo jefe de Estado ante un órgano judicial de la comunidad internacional.

La única decisión judicial antes de la decisión de 12 de diciembre de 2011 de la Sala de Cuestiones Preliminares que admite expresamente tal precedente es la decisión del Tribunal Especial de Sierra Leona sobre “*Immunity from Jurisdiction*” en el caso *Charles Taylor*.⁸⁰ Es importante destacar que este precedente no ha provocado una protesta de los Estados miembros de la Unión Africana ni de ningún otro Estado.

Es posible, obviamente, tener diferentes opiniones sobre esta materia dependiendo de la aproximación a la determinación del Derecho internacional consuetudinario que uno considere preferible.⁸¹ De acuerdo con el moderno enfoque positivista, que ha sido

⁷⁸ TPIY, *Prosecutor v. Milosevic*, Decision on Preliminary Motion, 8 November 2001, IT-99-37-PT, párrafos 26-34.

⁷⁹ Es importante destacar que la República Federal de Yugoslavia no era un Estado miembro de las Naciones Unidas en el momento de la acusación de Milosevic. El caso, por tanto, no puede explicarse sobre la base de una retirada (indirecta) de la inmunidad del Estado en cuestión

⁸⁰ *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, 2004, *supra* nota 54.

⁸¹ Para un enfoque diferente sobre esta cuestión, ver Penrose, 2009-2010, *supra* nota 4, pp. 85-144, quien hace la crítica general de que los “tribunales modernos enfatizan demasiado, dogmáticamente, palabras huecas en relación con la inmunidad de un jefe de un Estado e ignoran las acciones vacías y la práctica real”. No hay explicación sobre una diferencia metodológica entre (por ejemplo) el enfoque de Penrose y el preferido en este artículo. Sin embargo, pueden hacerse

empleado en este trabajo por razones de transparencia metodológica, un caso importante puede contribuir a la realización de una excepción a la cristalización del Derecho penal internacional consuetudinario en relación con la inmunidad *ratione personae* de Derecho internacional en actuaciones ante un órgano judicial de la comunidad internacional. Este caso se basa, como he desarrollado en el curso de las observaciones precedentes, en el efecto combinado de un conjunto de principios guía relativos a los conceptos de “comunidad internacional” y “Derecho penal internacional” *stricto sensu* aceptado por los Estados en las últimas décadas, en una línea coherente de práctica verbal estatal que comienza con el Acuerdo para la creación del Tribunal de Núremberg, en el precedente *Milosevic* ante el TPIY (aunque con efecto en cierto modo limitado), en la formulación literal del *dictum* “tribunales penales internacionales” de la CIJ en el caso *Arrest Warrant* y en la culminación de todo ello en la decisión del caso *Charles Taylor* del Tribunal Especial para Sierra Leona, con la ausencia de una protesta significativa de los Estados contra esta decisión. Sin embargo, debe añadirse, de acuerdo con mi enfoque sobre la determinación del Derecho internacional consuetudinario, que esta nueva norma consuetudinaria ha nacido con una vulnerabilidad al cambio relativamente alta dado que la práctica que contribuye a su cristalización es bastante escasa.

Es, por tanto, necesario preguntarse si la práctica posterior de los Estados desafió la nueva excepción de Derecho consuetudinario relativa a la inmunidad del Estado en las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares de 12 y 13 de diciembre de 2011. Claramente, Malawi y Chad, a través de su conducta y de sus observaciones jurídicas ante dicha Sala⁸², plantearon tal desafío, y lo mismo puede decirse, probablemente, respecto de Sudán, dada su rigurosa oposición a los procedimientos ante la Corte. La práctica opuesta de estos tres Estados no puede por sí misma, sin embargo, deshacer el desarrollo del Derecho internacional consuetudinario, tal como se analizó anteriormente. Sería diferente, sin embargo, si todos los Estados miembros de la Unión Africana y, en particular, éstos que no son parte en el Estatuto de la CPI, hubieran respaldado este desafío. En su Decimotercera Sesión Ordinaria (1-3 de julio de 2009), la Asamblea de la Unión Africana, en su Decisión 245(XIII), formuló una petición y emitió una decisión

dos comentarios específicos. Primero, aunque uno valore la práctica internacional en este punto, desde la emisión de la acusación en el caso *Milosevic* ya no es posible hablar de “acciones vacías”. Segundo, Penrose enfatiza, en exceso, el hecho de que el precedente de Tokio sobre la inmunidad, al contrario que Núremberg, no incluye al jefe del Estado. Mientras que esto es cierto, no hay sin embargo una práctica posterior que sugiera que se deba seguir el precedente de Tokio en lugar del de Núremberg en lo que respecta a la inmunidad de un jefe de Estado. Después de todo, la Asamblea General respaldó los principios de Núremberg poco después de la sentencia y no añadió ninguna advertencia sobre los jefes de Estado relativa a Tokio.

⁸² Sobre estas observaciones, ver CPI, 2011, *supra* nota 7, párrafo 7; CPI, 2011, *supra* nota 7, párrafo 8.

sobre la materia en cuestión. La Asamblea solicitó a la Comisión convocar una reunión preparatoria de los Estados parte africanos a nivel de expertos y ministerial pero abierta a cualquier otro Estado miembro para finales de 2009 con el objetivo de terminar de preparar la Conferencia de Revisión de Estados parte programada para mayo de 2010 en Kampala, Uganda, para abordar, entre otros, los siguientes temas, [...]

v) Análisis comparativo de las implicaciones de la aplicación práctica de los artículos 27 y 98 del Estatuto de Roma.

La Asamblea decidió:

[...] que, en vista del hecho de que no se ha dado curso a la solicitud de la Unión Africana [para retrasar las actuaciones iniciadas contra el presidente Bashir], los Estados miembros de la Unión Africana no cooperarán, con arreglo a lo dispuesto en el art. 98 del Estatuto de Roma de la CPI en relación con la inmunidad, en la detención y entrega del presidente de Sudán Omar El Bashir; [...].⁸³

Se afirma que estas formulaciones no equivalen a rechazar la “vía del Derecho consuetudinario” por todos los Estados miembros de la Unión Africana en una manera tal que habría impedido a la Sala de Cuestiones Preliminares declarar abierta esta vía en sus decisiones de 12 y 13 de diciembre de 2011. La solicitud de la Asamblea a la Comisión para preparar un análisis jurídico no expresa una posición jurídica sobre este asunto, sino simplemente, el derecho a formular tal posición en una etapa posterior. No es fácil armonizar este deseo con la decisión de que los Estados miembros de la Unión Africana no habrán de cooperar con la Corte. Analizándola más detenidamente, sin embargo, esta decisión no puede ser leída como articulación de esa posición jurídica que la solicitud a la Comisión estaba destinada a preparar. En cambio, la decisión se hace explícitamente “en vista del hecho de que no se ha dado curso a la solicitud de la Unión Africana [para retrasar las actuaciones iniciadas contra el presidente Bashir]”. Está, por ello, elaborada (curiosamente) como una reacción jurídica a una decisión (política) anterior del Consejo de Seguridad. Por tanto, no se puede leer de una manera suficientemente clara, por no hablar de la posición inequívoca de los Estados miembros de la Unión Africana en la Decisión 245(XIII). Esta valoración se confirma por el pasaje siguiente de la Segunda Reunión Ministerial sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional celebrada el 6 de noviembre de 2009, que señala que

Los artículos 27 y 98 del Estatuto de Roma deberían ser discutidos por la Asamblea de Estados parte bajo el ítem de la agenda “*stock taking*” con el fin de

⁸³ Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1, párrafos 8 y 10, 3 julio 2009.

obtener una aclaración sobre el alcance y la aplicación de esos artículos, especialmente respecto a Estados no parte. En este sentido, es necesario aclarar si las inmunidades de que gozan los agentes de Estados no parte bajo el Derecho internacional han sido retiradas por el Estatuto de Roma o no.⁸⁴

Aunque tal vez no esté elaborado con la mayor precisión jurídica, este pasaje no contiene ninguna posición jurídica sobre nuestro objeto de estudio. Al contrario, los ministros enfatizaron, una vez más, la “necesidad de aclarar” la norma. Esto refleja el hecho de que parecía haber un vivo debate entre los Estados miembros de la Unión Africana sobre el correcto curso de la actuación sobre este tema⁸⁵. En resumen, la práctica de los Estados miembros de la Unión Africana antes del 12 de diciembre de 2011 no ha sido suficientemente fuerte como para cambiar la nueva excepción de Derecho consuetudinario sobre la inmunidad *ratione materiae* de Derecho internacional, a pesar de la vulnerabilidad de esta última al cambio.

B. La relación triangular entre la CPI, el Estado requerido y el Estado no parte en el Estatuto

En este punto del análisis es necesario distinguir de nuevo entre mis dos preguntas introductorias. Así, la cuestión sigue siendo si la “vía del Derecho consuetudinario” fue abierta dentro de la relación triangular entre la CPI, los Estados requeridos de Malawi y Chad, y el Estado de Sudán con respecto a la detención y entrega de Al Bashir. La Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo que este fue el caso y argumentó que

[...] al cooperar con esta Corte y actuar así en su nombre, los Estados parte son instrumentos para la aplicación del *ius puniendi* de la comunidad internacional cuyo ejercicio ha sido conferido a esta Corte cuando los Estados no han podido perseguir a los responsables de crímenes bajo su competencia.⁸⁶

Este argumento se sitúa en el nivel de los principios, y en este nivel es convincente. Mientras que el Estado que detiene y entrega está ejerciendo formalmente su autoridad nacional, en esencia, está actuando para la Corte asistiéndola en la aplicación directa del *ius puniendi* de la comunidad internacional. Por esta razón, hay una diferencia entre el caso *Arrest Warrant*, donde un Estado lleva a cabo actuaciones penales nacionales contra una persona sospechosa de haber cometido un crimen de Derecho internacional,

⁸⁴ African Union, Min/ICC/Legal/Rpt. (II), p. 4 (R. 4), anexada a EX.CL/568 (XVI).

⁸⁵ Para una visión general, ver Elise Keppler, “Managing Setbacks for the International Criminal Court in Africa”, en *Journal of African Law*, 2012, vol. 56, pp. 4-6.

⁸⁶ CPI, 2011, *supra* nota 7, párrafo 46.

y el caso *Al Bashir*, donde un Estado parte en el Estatuto de Roma es requerido por la CPI para detener y entregar a una persona sospechosa de haber cometido un crimen de Derecho internacional para proceder con actuaciones ante la Corte. La Sala de Cuestiones Preliminares I estaba, por tanto, justificada para creer que los principios que subyacen a la excepción de Derecho consuetudinario de las inmunidades *ratione personae* de Derecho internacional abarcan la relación triangular en cuestión.

No hay en la práctica, sin embargo, precedente que abarque esta extensión de la “vía del Derecho consuetudinario”. Esto plantea la cuestión metodológica de si tal precedente se necesita para defender el enfoque elegido por la Sala de Cuestiones Preliminares. En este punto, una vez más, hay lugar para el desacuerdo entre los juristas internacionales dependiendo de cómo se dibuje la línea entre el perfeccionamiento judicial necesario de las normas de Derecho internacional consuetudinario y la “legislación judicial” inapropiada. En mi opinión, la extensión de la “vía del Derecho consuetudinario” de la relación bilateral entre Corte y Estado no parte en el Estatuto a la relación triangular no supone el reconocimiento de una regla diferente de Derecho internacional consuetudinario, sino la delimitación del ámbito de aplicación de la misma excepción de Derecho consuetudinario a la inmunidad *ratione personae* de Derecho internacional. Se afirma, por tanto, que al extender la “vía del Derecho consuetudinario” a la relación triangular en cuestión, la Sala de Cuestiones Preliminares no sobrepasó los límites de lo que constituye una actividad judicial internacional legítima.

C. La práctica de la Unión Africana posterior a las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares de 12 y 13 de diciembre de 2011

Hasta este punto del análisis jurídico he tratado de demostrar que el 12 de diciembre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares tenía una buena oportunidad, aunque no obligatoria, para abrir la “vía del Derecho consuetudinario”. A la vez, he reconocido que la excepción de Derecho consuetudinario que subyace a esta vía todavía no está firmemente arraigada en el ordenamiento jurídico internacional, sino que mantiene una vulneración al cambio relativamente alta, y ha sido cuestionada por, al menos, tres Estados. A la luz de este último hecho, debo ahora centrarme en la práctica de la Unión Africana posterior al 13 de diciembre de 2011 para ver si esta práctica ha “cerrado la vía del Derecho consuetudinario” poco después de que se hubiera declarado abierta.

El 9 de enero de 2012, la Comisión de la Unión Africana publicó una nota de prensa criticando las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 12 y 13 de diciembre de 2011, como se ha señalado repetidamente en el curso de este trabajo⁸⁷. Esta nota de

⁸⁷ *Supra* nota 18.

prensa contiene una protesta contra la “vía del Derecho consuetudinario” en tanto que la Comisión expresa su “profundo pesar porque las decisiones dictadas por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 12 y 13 de diciembre de 2011 tienen el efecto de [...] pretender cambiar el Derecho internacional *consuetudinario* en relación con la inmunidad *ratione personae* [primer énfasis añadido]. La Unión Africana ha rechazado así, a través de uno de sus órganos, la apertura de la “vía del Derecho consuetudinario”. Esta posición jurídica no puede, sin embargo, ser atribuida a los Estados miembros de la Unión Africana porque ésta posee una personalidad jurídica internacional que es distinta de la de sus Estados miembros, y porque nada en el Acta Constitutiva de la Unión Africana sugiere que la Comisión esté facultada para formular y expresar su posición jurídica sobre el Derecho internacional de las inmunidades en nombre de los Estados miembros de la Unión Africana.⁸⁸ Tampoco es posible atribuir la conducta de los miembros individuales de la Comisión a sus respectivos Estados pues la Comisión es un órgano integrado (y no intergubernamental) de la Unión Africana.

Finalmente, no hay prueba de que la Asamblea de la Unión Africana haya apoyado posteriormente la opinión jurídica de la Comisión. Más bien al contrario, hay pruebas de la práctica contraria de algún Estado africano. El 23 de enero de 2012, el Tribunal Supremo de Kenia emitió una orden de detención provisional contra Al Bashir basándose en la solicitud de detención y entrega emitida por la CPI⁸⁹. En junio de 2012, el nuevo presidente de Malawi, Joyce Banda, anunció que su Estado no alojaría a Al Bashir durante la cumbre de la Unión Africana. La República de Botswana apoyó el cambio de posición de Malawi y el 12 de junio de 2012 señaló:

El Gobierno de Botswana está profundamente preocupado por la presión ejercida por la Comisión de la Unión Africana sobre el Gobierno de Malawi con respecto a la presencia de Al Bashir en la próxima Cumbre de la Unión Africana en julio de este año. Desafortunadamente, esta presión ha derivado en que la Cumbre sea trasladada a Addis Abeba, privando así a Malawi de alojar la reunión. Por ello, Botswana condena esta acción, pues no es coherente con los principios más fundamentales de la democracia, con los derechos humanos y el buen gobierno apoyados por la Unión Africana, y que Malawi defiende. Es nuestra opinión que Malawi, como Estado soberano, tiene el derecho de tomar las decisiones que considere necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones bajo el Estatuto de Roma y la Unión Africana. En este sentido, Botswana tomará la

⁸⁸ De hecho, tal y como Keppler, 2012, *supra* nota 85, vol. 56, p. 4, ha demostrado, la posición adoptada por la Comisión de la Unión Africana no era compartida por todos los Estados miembros de la Unión.

⁸⁹ Una copia de la solicitud de detención obra en el archivo del autor.

oportunidad en la próxima Cumbre de la Unión Africana para expresarse sobre esta cuestión de principio.⁹⁰

En su reciente Decisión sobre la Implementación de las Decisiones de la Corte Penal Internacional, la Asamblea:

Apoya la recomendación de la Reunión de Ministros de Justicia y Fiscales Generales de dirigirse a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNCU) para solicitar una opinión consultiva sobre la cuestión de las inmunidades bajo el Derecho internacional de jefes de Estado y altos cargos de Estados no parte en el Estatuto de Roma, y en este sentido, pide a la Comisión que realice más estudios sobre la conveniencia y las implicaciones de buscar tal opinión consultiva de la CIJ, y que informe al respecto al Comité ejecutivo.⁹¹

Esta decisión no hace más que reafirmar la opinión de los Estados miembros de la Unión Africana de que el tema de la inmunidad necesita una aclaración y apuntar a una posible vía para alcanzarlo. No hay pues unanimidad dentro de la Unión Africana sobre la materia y es probable que el debate continúe en África. Miembros de la sociedad civil están tomando parte activa en este debate y queda por ver si sus argumentos pueden influir en sus gobiernos. En Malawi, representantes de organizaciones nacionales de la sociedad civil emitieron una declaración digna de mención el 9 de junio de 2012 que contiene los siguientes pasajes:

Informados de que el gobierno de Malawi decidió no alojar la cumbre de la Unión Africana este mes de julio tras la insistencia de la Unión Africana de que nuestro gobierno debía aceptar la presencia del presidente de Sudán, Omar Al Bashir, frente a la orden de detención de la Corte Penal Internacional por cargos de crímenes de guerra en Darfur donde miles de personas han sido asesinadas y desplazadas;

Tomando nota de que previamente Sudán ya había solicitado a la Unión Africana trasladar la cumbre a Etiopía después de que el presidente Joyce Banda indicara que Malawi detendría a Al Bashir si éste asistía a la cumbre. Esto ocasionó sentimientos idénticos en otros Estados africanos honrados tales como Sudáfrica, Botswana, Zambia y Tanzania contra la presencia de Omar Al Bashir en la Cumbre;

⁹⁰ Una copia de la nota de prensa del Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación Internacional de Botswana de 12 de junio de 2012 obra en el archivo del autor.

⁹¹ Assembly/AU/Dec.419(XIX), p. 1 (párrafo 3), 15/16.7.2012.

Observando que mientras que nosotros tenemos la obligación de acatar las decisiones de la Unión Africana, también estamos obligados por otros convenios internacionales, incluido el Estatuto de Roma;

Reconociendo que el gobierno tomó la decisión considerando, principalmente, lo que es mejor para los intereses de los ciudadanos de Malawi como parte de su esfuerzo por cambiar la imagen del país ante la comunidad internacional y en cumplimiento de sus obligaciones internacionales impuestas por varios instrumentos internacionales que nuestro gobierno ha aceptado o ratificado.

[...]

Si bien se puede entender que los recursos invertidos en la celebración de la Decimonovena Cumbre de la Unión Africana se han ido por el desagüe, nuestra opinión es que la decisión es oportuna y va más allá del control de nuestro gobierno. Más aún, creemos que esta difícil decisión demuestra el compromiso de nuestro gobierno con la defensa de los derechos humanos y los intereses de Malawi frente a las posibles ganancias económicas asociadas a la celebración de la Cumbre.⁹²

En resumen, las decisiones de 12 y 13 de diciembre de 2011 emitidas por la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la “vía del Derecho consuetudinario” han contado con la oposición de la Unión Africana. En vista de esta práctica, no puede decirse que las dos decisiones hayan contribuido de manera decisiva, hasta el momento, a consolidar la “vía del Derecho consuetudinario”. Más bien al contrario, la “vía del Derecho consuetudinario” ha estado sometida a bastante estrés poco después de haber sido abierta. Sin embargo, esta vía no ha sido cerrada como consecuencia de la protesta de la Unión Africana porque dicha protesta no ha sido respaldada por los Estados miembros de dicha organización. Al contrario, un buen número de aquellos Estados ha aclarado recientemente que estarían dispuestos a ejecutar la orden de detención internacional contra Al Bashir. Por el momento, la “vía del Derecho consuetudinario” permanece abierta aunque sin proporcionar un suelo en el que caminar de manera totalmente segura.

D. Otra breve digresión: algunos comentarios sobre la práctica de los Estados parte en relación con la “vía del Derecho consuetudinario”

⁹² La declaración de la sociedad civil sobre la decisión de rechazar la celebración de la decimonovena cumbre de la Unión Africana el 9 de junio de 2012 obra en el archivo del autor. La cita apuntada *supra* no corrige algunas erratas del texto.

En las secciones precedentes no se ha distinguido entre la práctica de los Estados parte en el Estatuto y el resto de Estados. Hay que añadir una importante aclaración a este análisis. Como se explicó anteriormente⁹³, el art. 98 del Estatuto opera de una manera notablemente vertical y la Sala de Cuestiones Preliminares I se refirió, con razón, a la “única autoridad [de la Corte] para decidir si las inmunidades son aplicables a un caso particular”⁹⁴. A la luz de este esquema vertical del Estatuto nos podemos preguntar si los Estados parte han convenido que la Corte actúe en su nombre cuando se trate de la formación e identificación de una excepción de Derecho consuetudinario a la inmunidad *ratione personae* de Derecho internacional con respecto a actuaciones ante la Corte. Independientemente de la respuesta a esta pregunta, el esquema vertical del Estatuto conlleva, al menos, un deber de los Estados parte de ser leales a la Corte cuando ésta haya hecho un intento de aclarar el Derecho internacional consuetudinario pertinente en modo tal que no sea manifiestamente erróneo. De hecho, sería un comportamiento auto-contradictorio de los Estados parte encomendar a la Corte, en virtud del art. 98 del Estatuto, el deber de aclarar el Derecho internacional consuetudinario pertinente y, después, decepcionar a la Corte una vez que ésta haya cumplido con este deber de una manera que no sea manifiestamente errónea. A la luz del hecho de que las decisiones de 12 y 13 de diciembre de 2011 constituyen un intento de aclarar el Derecho que no es manifiestamente erróneo, el deber de lealtad que los Estados parte deben a la Corte con respecto a la aplicación del art. 98 incluye el razonamiento que sustenta esas decisiones.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Este trabajo se ha propuesto y ha analizado dos vías para explicar por qué la inmunidad *ratione personae* de Derecho internacional de los Estados no parte en el Estatuto es inaplicable ante la CPI, y por qué esta impunidad no impide a la Corte requerir a un Estado parte detener y entregar a un sospechoso que goza de tal inmunidad. Mientras que la “vía del Consejo de Seguridad” constituye una base jurídica sólida, esto no puede decirse, por el momento, de la “vía del Derecho consuetudinario”. De acuerdo con la opinión expresada en este trabajo, esta vía está ahora abierta, pero no ofrece todavía un terreno sólido sobre el que caminar debido a la escasez relativa de una práctica suficiente que la apoye, y debido a la protesta de la Comisión de la Unión Africana contra su apertura.

⁹³ *Supra* sección 10.3.3.

⁹⁴ CPI, 2011, *supra* nota 7, párrafo. 11.

No pretendo que mi defensa de la apertura de la “vía del Derecho consuetudinario” por la Sala de Cuestiones Preliminares I sea convincente. Es más, dudo seriamente que una defensa convincente sea posible en esta etapa del desarrollo del Derecho. Al contrario, creo que el Estado actual del Derecho internacional consuetudinario deja un espacio para el desacuerdo entre los juristas internacionales. Mi pretensión en este trabajo ha sido, simplemente, demostrar que la Comisión Africana fue demasiado lejos al calificar la apertura de la “vía del Derecho consuetudinario” por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares I de “poco meditada”.

En este punto final deseo añadir que la descripción de la Comisión de la Unión Africana de las decisiones de 12 y 13 de diciembre de 2011 como “egoístas” constituye una formulación, en el mejor de los casos, desafortunada. De hecho, habría sido más fácil para la Sala de Cuestiones Preliminares I limitar su razonamiento a la “vía del Consejo de Seguridad”, con el fin de minimizar el riesgo de una controversia seria con Estados no parte en el Estatuto. Por esta razón es difícil entender por qué dicha Sala debería haber sido mal guiada por intereses institucionales cuando entró en el espinoso terreno del Derecho internacional consuetudinario. Muy al contrario, la “vía del Derecho consuetudinario” está en total armonía con los principios a los que solemnemente se han referido los Estados una y otra vez desde Núremberg, y que han ido dirigiendo el desarrollo del Derecho penal internacional desde entonces. Además, la “vía del Derecho consuetudinario” hace a la CPI menos dependiente del Consejo de Seguridad con el fin de ejercer efectivamente su competencia sobre jefes de Estados no parte en el Estatuto. Comparada con la “vía del Consejo de Seguridad”, la “vía del Derecho consuetudinario” permite a la Corte ejercer su competencia menos asimétricamente, y este avance en la aplicación equitativa del Derecho penal internacional no es “egoísta”, sino que sirve a la legitimidad del emergente sistema de justicia penal internacional. Mientras que esto puede ser, por supuesto, objeto de especulación, el mencionado avance en la aplicación equitativa del Derecho penal internacional puede haber sido la motivación más importante para que la Sala de Cuestiones Preliminares I no limitara su razonamiento a la confirmación de la “vía del Consejo de Seguridad”, sino que abriera también la “vía del Derecho consuetudinario” e, incluso, la colocara en primer plano.

Estemos o no de acuerdo con la posición adoptada por la Sala sobre la “vía del Derecho consuetudinario”, sus decisiones de 12 y 13 de diciembre de 2011 han contribuido, sin duda alguna, a la cristalización del Derecho. En este momento, la propuesta presentada por los Estados miembros de la Unión africana de solicitar a la CIJ que emita una opinión consultiva sobre la materia merece mayor atención. Esta propuesta no implica ninguna deslealtad hacia la CPI, sino que reconoce debidamente el hecho de que la “única autoridad” de la Corte según el art. 98 del Estatuto no se extiende

a los Estados no parte en el mismo. Obviamente, una opinión consultiva de la CIJ no implicaría, por definición, fuerza jurídica vinculante alguna. La autoridad de la CIJ, sin embargo, es tal que sería difícil criticar a la CPI si siguiera la opinión dictada por la CIJ cualquiera que fuera su contenido. A la vez, las actuaciones ante la CIJ proporcionarían a todos los Estados una oportunidad para exponer su *opinio iuris* sobre la materia, y la CIJ tendría también una oportunidad para aclarar su *dictum* “tribunales penales internacionales” de la sentencia en el caso *Arrest Warrant*.⁹⁵ No es éste el lugar para entrar a debatir sobre detalles técnicos ni el mejor momento para solicitar una opinión consultiva. Es suficiente concluir que los Estados miembros de la Unión Africana son dignos de elogio por haber presentado una propuesta más constructiva para aclarar la difícil cuestión jurídica bajo escrutinio en este trabajo.

En noviembre de 2008, China declaró en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas que el tema de la CDI “Inmunidad de agentes del Estado ante la jurisdicción penal extranjera” es “importante en vista de la necesidad de mantener un orden jurídico internacional y la estabilidad de las relaciones entre Estados”.⁹⁶ Creo que esta afirmación es válida también con respecto al tema objeto de estudio en este trabajo.

Para concluir, deseo añadir que la particular dificultad del tema de las inmunidades y el Derecho penal internacional radica en el hecho de que, a veces, el mantenimiento del orden jurídico internacional, de un lado, y la estabilidad de las relaciones entre Estados, de otro lado, pueden llegar a ser objetivos contradictorios. Evidentemente, las actuaciones penales internacionales contra Al Bashir afectan negativamente a la estabilidad de las relaciones de todos aquellos Estados que apoyan tales actuaciones con el Estado de Sudán mientras que Al Bashir permanezca en el poder. A la vez, sin embargo, esas actuaciones penales se dirigen al mantenimiento y el fortalecimiento del núcleo duro del orden jurídico internacional. La difícil pregunta política es, por tanto, dónde situar el equilibrio. En el caso *Arrest Warrant*, la CIJ dio preferencia a la estabilidad de las relaciones entre Estados en lo que se refiere a las actuaciones penales nacionales y a la inmunidad *ratione personae* de Derecho internacional. Acepto la sensatez de este fallo; no sólo los razonamientos jurídicos, sino también los jurídico-políticos. En sus decisiones de 12 y 13 de diciembre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI ha seguido el precedente sentado por el Tribunal Especial para Sierra Leona y ha ubicado el equilibrio de la balanza de manera diferente en lo que respecta a actuaciones penales ante la encarnación judicial directa de la comunidad internacional. Por eso, he intentado mostrar aquí que este camino de “equilibrar la

⁹⁵ Sobre este *dictum*, ver CIJ, 2002, *supra* nota 1.

⁹⁶ A/C.6/63/SR.23, 21 November 2008, párrafo 32.

balanza” es defendible desde razonamientos jurídicos. No obstante, me gustaría ahora añadir que sería conveniente equilibrar la balanza desde razonamientos jurídico-políticos. Este punto de vista jurídico-político, sin embargo, se basa en la expectativa de que el ámbito del Derecho penal internacional sustantivo *stricto sensu* permanecerá estrictamente limitado, y que la CPI se abstendrá de desarrollar “progresivamente” esta rama del Derecho sin dar la debida consideración a las consecuencias en campos adyacentes tales como el Derecho de las inmunidades. La necesidad de ser cautos es, por tanto, imprescindible, en particular, con respecto a la interpretación de los crímenes contra la humanidad.

Tomado en serio, el Derecho penal internacional *stricto sensu* tiene un precio con respecto a la estabilidad de las relaciones entre Estados. Creo que merece la pena pagar este precio, siempre que el ámbito de aplicación del Derecho penal internacional sustantivo *stricto sensu* no se diluya, sino que permanezca confinado a la conducta que constituye un ataque fundamental al núcleo duro del orden jurídico internacional.