

AL BASHIR: ¿EXCEPCIÓN A LA INMUNIDAD DEL JEFE DE ESTADO DE SUDÁN Y COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL?*

Joana ABRISKETA URIARTE

Profesora titular de Derecho internacional público y relaciones internacionales
Universidad de Deusto

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. MARCO GENERAL: LA INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE* Y LA INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE*.—3. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN ANTE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES CUESTIONADA.—4. LA EXCEPCIÓN A LA INMUNIDAD Y LA COOPERACIÓN DE LOS ESTADOS CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL CONFORME AL ESTATUTO DE ROMA DE 1998.—4.1. La lectura conjunta de los arts. 27 y 98 del Estatuto de la CPI.—4.2. Aproximaciones metodológicas a la interacción entre la inmunidad y la cooperación en el caso *Al Bashir*.—5. LAS ÓRDENES DE ARRESTO CONTRA AL BASHIR Y EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COOPERAR.—5.1. La excepción a la inmunidad sobre la base de la costumbre internacional.—5.1.1. La argumentación de la CPI.—5.1.2. La oposición de la Unión Africana.—5.1.3. Las dificultades de la vía consuetudinaria.—5.2. La excepción a la inmunidad por la vía de las resoluciones del Consejo de Seguridad.—5.2.1. ¿Puede hallarse Sudán en una situación equivalente a la de un Estado parte como consecuencia de la remisión efectuada por el Consejo de Seguridad?—5.2.2. La oportunidad de contribuir a cristalizar una costumbre internacional.—6. CONCLUSIONES.

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación del Séptimo Programa Marco de la Comisión Europea FP7/2007-2013, Grant Agreement FRAME Fostering Human Rights Among European Policies, núm. 320000 (www.fp7-frame.eu). Agradezco a la Catedrática de Derecho internacional público y relaciones internacionales de la UNED y relatora especial de la Comisión de Derecho internacional, Concepción Escobar Hernández, la oportunidad que me brindó para asistir a las sesiones de dicha Comisión durante los meses de julio y agosto de 2015, así como al Profesor de Derecho internacional público de la UNED, Fernando Val Garijo, por sus comentarios y sugerencias sobre el texto.

1. INTRODUCCIÓN

Durante la última década, varios tribunales penales internacionales han acusado, procesado e incluso condenado a antiguos jefes de Estado por la comisión de crímenes internacionales. Charles Taylor, antiguo Presidente de Liberia, fue enjuiciado por el Tribunal Especial para Sierra Leona por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos en ambos países; Jean Kambanda, antiguo primer Ministro ruandés, fue juzgado por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda por crimen de genocidio; Slobodan Milošević fue procesado y puesto en prisión por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; Jean Bemba, antiguo Vicepresidente congoleño y ex líder del Ejército de Liberación del Congo, fue detenido en Bélgica un año después de que la Corte Penal Internacional (CPI) dictara una orden de arresto contra él; y antes de su fallecimiento, la CPI dictó una orden de arresto contra Muammar Gaddafi por crímenes contra la humanidad.

Entre ellos, el caso de Omar Al Bashir reúne tres particularidades que lo hacen especialmente novedoso y complejo. En primer lugar, se trata de un jefe de Estado en ejercicio, sujeto a dos órdenes de arresto adoptadas por la CPI por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio¹. En segundo lugar, Sudán no es Estado parte en el Estatuto de Roma, por lo que la novedad también reside en que es la primera situación remitida a la CPI a través del Consejo de Seguridad, con lo que el análisis está condicionado por el juego entre las bases jurídicas del propio Estatuto de la CPI y de la Resolución 1593, de 31 de marzo de 2005, del Consejo de Seguridad². En tercer lugar, es llamativo que, desde que las órdenes fueron dictadas, en 2009 y 2010 respectivamente, Al Bashir haya viajado a Eritrea, Liberia, Egipto, Malawi, Chad, República Democrática del Congo, India y Sudáfrica, y en ninguno de los países haya sido arrestado³.

Como es sabido, existen diferencias sustanciales entre la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado *ante los tribunales extranjeros* y la inmunidad de jurisdicción penal *ante los tribunales internacionales*. Desde la perspectiva horizontal (de Estado a Estado a través de sus respectivos tribunales nacionales), la inmunidad supone un obstáculo para el inicio de un proceso penal. Por el contrario, desde la perspectiva vertical (ante los tribunales

¹ Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* («Omar Al Bashir»), *Warrant of Arrest*, ICC-02/05-01/09-1, 4 de marzo de 2009, y Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* («Omar Al Bashir»), *Second Warrant of Arrest*, ICC-02/05-01/09-95, 12 de julio de 2010. También se trata de la primera acusación por genocidio de la CPI, por lo que es de aplicación el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, pero esta cuestión queda al margen del presente artículo. Véase, al respecto, CERVELL HORTAL, M. J., *Genocidio, responsabilidad internacional e inmunidad de los Jefes de Estado*, Madrid, Iustel, 2013.

² Resolución del Consejo de Seguridad 1593 (2005), de 31 de marzo, párr. 7. Posteriormente, también el caso del coronel Gaddafi llegó a la CPI a través del Consejo de Seguridad, por vía de la Resolución 1970, de 26 de febrero de 2011.

³ En este último caso, el Tribunal Superior de Pretoria dictó una orden prohibiendo que Al Bashir saliera del país, pero finalmente pudo viajar de vuelta a Sudán porque el Gobierno de Sudáfrica defendió su inmunidad. La orden fue recurrida y está pendiente de resolución.

internacionales), los agentes del Estado responden de los actos constitutivos de crímenes internacionales, sin que puedan invocar su inmunidad frente al órgano judicial internacional⁴. De ahí que podamos afirmar que los jefes de Estado gozan de una situación menos favorable frente a los tribunales internacionales que frente a los tribunales internos. Decaux y Trigeaud sostienen, en este sentido, que constatar la existencia de la responsabilidad de los jefes de Estado por sus actos públicos —*a fortiori*, una responsabilidad de naturaleza penal— responde a una verdadera revolución jurídica. Ahora bien, también señalan que difícilmente se podría hablar aún de una práctica que haya dado lugar a una costumbre internacional en este sentido⁵.

El alcance de la excepción a la inmunidad de jurisdicción penal en el ámbito internacional no es claro, entre otras razones, porque la tensión se encuentra entre dos extremos tanto recurrentes como dominantes del Derecho internacional: por un lado, el de la protección internacional de los derechos humanos (concretada en este caso en la tipificación de los crímenes internacionales y el fin de la impunidad) y, por otro lado, el de la igualdad soberana de los Estados (aquí materializada en el respeto tradicional de la inmunidad de los jefes de Estado)⁶.

Los problemas que planean sobre esta lógica se han plasmado en el seno de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), que ha dictado dos sentencias sobre la inmunidad del Estado en diez años⁷ y en la propia Comisión de Derecho Internacional (CDI), que decidió incluir la cuestión relativa a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en su programa de trabajo en 2007⁸.

⁴ *Prosecutor v. Slobodan Milošević, Decision on Preliminary Motions*, IT-99-37-PT.T.Ch.III, 8 de noviembre de 2001, párrs. 26-36.

⁵ DECAUX, E. y TRIGEAUD, L., «Les immunités pénales des agents de l'État et des organisations internationales», en ASCENSIO, H., DECAUX, E. y PELLET, A. (dirs.), *Droit International Pénal*, 12.^a ed., París, Éditions A. Pedone, 2012, pp. 545-564. Se unen así a las consideraciones de Watts, quien afirmó que el cuerpo de normas que regula el estatus de los jefes de Estado conforme al Derecho consuetudinario no ha resuelto numerosos aspectos, y que la limitada práctica estatal apenas arroja luz sobre la materia, en WATTS, A., «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *Recueil des Cours*, III, 1994, pp. 35-81, p. 52. En la misma línea, DAQUN, L., «Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?», en BERGSMO, M. y YAN, L. (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing, Torkel Opsahl Academic Epublisher, Publication Series, 2012, núm. 15, pp. 55-74, y SUMMERS, M., «Diplomatic Immunity Ratione Personae: Did the International Court of Justice Create a New Customary Law Rule in *Congo v. Belgium*?», *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16, 2007-2008, pp. 459-473.

⁶ Acertadamente, Jacobs aduce que esta visión del ordenamiento internacional resulta simplista en la medida en que lanza, una contra otra, de manera maniquea, dos visiones del mundo, pero a la vez asume que la dicotomía resulta útil para comprender desde un punto de vista discursivo las dinámicas del orden internacional. En JACOBS, D., «The Frog that Wanted to Be an Ox. The ICC's Approach to Immunities and Cooperation», en STAHN, C., *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 281-302.

⁷ *Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, Sentencia de 14 de febrero de 2002, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, e *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; Grecia interviniente)*, Sentencia de 3 de febrero de 2012, C.I.J. Recueil 2012, p. 99.

⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/62/10)*, párr. 376.

Más allá de los dos extremos contrapuestos, Cassese explica que los funcionarios del Estado pueden valerse de su inmunidad ante los tribunales extranjeros porque esto garantiza el ejercicio de su actividad internacional sin interferencias. Si no operara la inmunidad, las autoridades nacionales del Estado extranjero podrían emplear su jurisdicción para restringir indebidamente la potestad de un Estado en el ejercicio de sus funciones exteriores. Ahora bien, el mismo autor matiza que este peligro no se presenta cuando son los tribunales internacionales los que ejercen el *ius puniendi* de la comunidad internacional⁹. Cuando el ejercicio del *ius puniendi* se confía a los órganos de la comunidad internacional, independientes de los Estados y basados en el Derecho penal internacional, las implicaciones son de otra índole¹⁰.

El presente artículo tiene por objeto analizar el tratamiento que la CPI otorga a la improcedencia del cargo oficial de los jefes de Estado a través del caso *Al Bashir*. En concreto, se estudian las decisiones dictadas por la CPI relativas al incumplimiento del deber de cooperar de los Estados, los intentos de retirar la inmunidad de Al Bashir y su alcance jurídico, empleando como hilo conductor las particularidades mencionadas, esto es, que se trata del actual jefe de Estado de Sudán, país que no es parte en el Estatuto, y que el proceso se inicia a raíz de una petición remitida por el Consejo de Seguridad a través de la Resolución 1593, de 31 de marzo de 2005.

En la primera parte del análisis, se señala brevemente el marco general de la inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae* (2) y después se recogen los hitos más relevantes por los que ha transitado la inmunidad de jurisdicción penal en su evolución histórica hasta la actualidad (3). A continuación, se examina el contenido de los arts. 27 y 98 (1) del Estatuto de la CPI aplicables directamente al objeto de estudio (4) y las decisiones dictadas por las Salas de Cuestiones Preliminares I y II de la CPI (5). Finalmente, se presentan las conclusiones del análisis en las que se ponen de manifiesto las limitaciones de la CPI para hacer frente a las dificultades del caso.

2. MARCO GENERAL: LA INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE* Y LA INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE*

Cabe empezar por subrayar que el objeto del presente estudio se enmarca tanto en los principios de la inmunidad *ratione personae* como de la inmunidad *ratione materiae*, entre otras razones porque el régimen contemplado en los arts. 27 y 98 (1) del Estatuto de la CPI —las claves de este estudio— no distingue entre ambos tipos de inmunidades, sino que se refiere a las obligaciones que impone el Derecho internacional general en materia de inmunidad¹¹.

⁹ CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, 2.ª ed., Oxford University Press, 2008, p. 312.

¹⁰ KRESS, C., «International Criminal Law», en WOLFRUN, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. V, Oxford, Oxford University Press, 2012, párrs. 10-14.

¹¹ Véase el Tercer Informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, A/CN.4/673, 2 de junio de 2014, párr. 11.

Al jefe del Estado le corresponden, en estos términos y como principio general, tanto la inmunidad *ratione personae* como la inmunidad *ratione materiae*. La primera viene inspirada fundamentalmente por la teoría basada en la necesidad funcional, dominante en la actualidad, y abarca todos los actos, públicos y privados, de los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de Asuntos Exteriores. Aunque es amplia en su aplicación sustantiva, tiene la doble limitación derivada, por un lado, de su carácter temporal, puesto que se ciñe al periodo en el que el alto cargo ejerce sus funciones y, por otro, de la categoría reducida de personas a las que se dirige¹².

En esta misma línea se sitúa la CIJ en el asunto sobre la *Orden de arresto* cuando sostiene que la inmunidad *ratione personae* se aplica no solo con relación a los actos oficiales, sino también con respecto de los actos privados, sin que se pueda hacer distinción alguna entre ambos. Pero más relevante aún es que la CIJ manifestara que el carácter absoluto de la inmunidad de jurisdicción penal a favor de un ministro de Asuntos Exteriores (se entiende que engloba también a los jefes de Estado y de Gobierno)¹³ subsiste incluso cuando se alega que ha cometido un *crimen internacional*¹⁴. De ahí que la orden adoptada por Bélgica, dada su naturaleza y su propósito, violara la inmunidad de jurisdicción penal del señor Yerodia, de la que disfrutaba como Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo (RDC)¹⁵. La CIJ justifica la inexistencia de excepción alguna a la inmunidad sobre la base del Derecho consuetudinario, y así, después de haber examinado la práctica estatal, incluida la legislación nacional y las escasas decisiones de los tribunales nacionales, literalmente señala:

«[E]lle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité»¹⁶ (redonda añadida).

Lo que interesa destacar aquí es que la CIJ se refiere a la inexistencia de excepciones *en el plano nacional u horizontal*, exclusivamente, y que por esta razón decide que Bélgica no puede investigar ni someter al ministro de Asuntos Exteriores de RDC a su jurisdicción¹⁷, planteamiento también invocado

¹² A/CN.4/631, Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, preparado por Roman Anatolevith Kolodkin, Relator Especial, 10 de junio de 2010, párrs. 17 y 25 y Opinión Separada de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en el asunto sobre la *Orden de arresto* «immunities are granted to high State officials to guarantee the proper functioning of the network of mutual inter-State relations, which is of paramount importance for a well-ordered and harmonious international system», párr. 75. TUNKS, M. A., «Diplomats of Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity», *Duke Law Journal*, 2002, núm. 52, pp. 651-656.

¹³ CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 271-273.

¹⁴ *Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, op. cit., nota 7, párr. 55.

¹⁵ *Ibid.*, párrs. 70 y 71.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 58.

¹⁷ Nueve años después de la sentencia, el Instituto de Derecho Internacional adoptó la llamada *Resolution on the Immunities from Jurisdiction of the State and of Persons who Act on Behalf of the State*

por ciertos tribunales nacionales¹⁸. No obstante, de manera incidental, la CIJ se refiere a los *tribunales penales internacionales* para destacar la diferencia con los tribunales nacionales, e incluso alude a la posibilidad de que un ministro de Asuntos Exteriores pueda ser sometido a los procesos penales iniciados por ciertos tribunales *ad hoc* y por la propia CPI:

«*Un ministre des affaires étrangères ou un ancien ministre des affaires étrangères peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, établis par des résolutions du Conseil de sécurité adoptées en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, ainsi que la future Cour pénale internationale instituée par la convention de Rome de 1998, en sont des exemples*»¹⁹ (redonda añadida).

El párrafo transcrito se dicta completamente *obiter dictum* dado que la no-inmunidad ante los tribunales internacionales es irrelevante para resolver la cuestión legal planteada a la CIJ. Esencialmente, con ello la CIJ quiere mostrarse contraria a la inmunidad absoluta de los presuntos autores de crímenes internacionales. A esto se añade una omisión llamativa: la CIJ no distingue entre las bases legales sobre las que se constituyen los tribunales internacionales citados como ejemplos cuando dicha diferencia tiene consecuencias. Esto es, el tribunal creado por una resolución del Consejo de Seguridad bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas implica que la retirada de la inmunidad prevista en su Estatuto vincula a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. Por el contrario, si el tribunal es creado por un convenio internacional (pensemos en el Estatuto de Roma), aquel solo ejercerá su jurisdicción sobre los Estados parte. Difícilmente el Estado no parte puede verse obligado por el tratado, cuestión que veremos más adelante. Finalmente, la CIJ tampoco especifica los actos constitutivos de los crímenes a los que se refiere. Con todo, se puede afirmar que la CIJ meramente señala una serie de ejemplos en los que los tribunales internacionales suspendieron la inmunidad para ejercer su jurisdicción (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y Tribunal Penal Internacional para Ruanda), sin que se pueda deducir base consuetudinaria alguna del párrafo referido²⁰.

in case of International Crimes, y en el art. II relativo a los Principios advirtió: «*States should consider waiving immunity where international crimes are allegedly committed by their agents*», en Institut de Droit International, *The Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes*, Naples session, septiembre de 2009. Véase el comentario de BELLAL, A., «*The 2009 Resolution of the Institute of International Law on Immunity and International Crimes. A Partial Codification of the Law?*», *Journal of International Criminal Justice*, 2011, núm. 9, pp. 227-241.

¹⁸ Entre ellos, Audiencia Nacional Española, *Auto del Pleno de la Sala de lo Penal*, núm. 1999/2723, 4 de marzo de 1999 (caso *Castro*); Corte de Casación francesa, *Arrêt de la Cour de Cassation*, 13 de marzo de 2001, núm. 1414 (*arrêt Gaddafi*) y Corte de Casación belga, *Arrêt de la Cour de Cassation*, 12 de febrero de 2003, núm. P.02.1139.F (*arrêt Sharon*).

¹⁹ *Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, *op. cit.*, nota 7, párr. 61.

²⁰ JACOBS, D., *op. cit.*, nota 6, p. 288.

En lo que afecta a la inmunidad *ratione materiae*, los elementos que la caracterizan conforme a la CDI son tres: es reconocida con carácter general a los funcionarios del Estado; se extiende a aquellos actos que pueden calificarse como «actos realizados a título oficial» y no está sometida a límite temporal alguno, ya que subsiste incluso después de que la persona que se beneficia de ella ha perdido la condición de funcionario²¹.

Las razones que sirven a parte de la doctrina para defender la suspensión de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los crímenes internacionales son de dos tipos²². En primer lugar, resulta inadmisibles calificar los crímenes internacionales como «actos realizados a título oficial» porque no podrían identificarse con las funciones del Estado y, por tanto, quedan fuera del régimen de la inmunidad de jurisdicción²³. Matizando esta postura, la CDI advierte lo siguiente:

«La conclusión de que un crimen internacional no puede ser considerado como un acto realizado a título oficial es la consecuencia de entender que dichos crímenes no pueden ser cometidos en ejercicio de atribuciones del poder público ni como expresión de la soberanía y las políticas estatales. Sin embargo, afirmar que la tortura, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, la limpieza étnica, el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra carecen de toda dimensión de oficialidad y funcionalidad estatal no es compatible con la realidad de los hechos»²⁴.

En efecto, difícilmente se puede negar el carácter oficial a los hechos constitutivos de crímenes internacionales por considerarlos inconcebibles desde una apreciación de lo que se debiera corresponder con la naturaleza de un acto oficial. Es más, el vínculo oficial es precisamente el medio que sirve para la comisión de este tipo de crímenes. Por ello, es preferible descartar esta primera explicación que asocia un determinado tipo de acto con los actos oficiales y excluye el carácter oficial de los actos constitutivos de los crímenes internacionales.

En segundo lugar, la no inmunidad respecto de los crímenes internacionales se justifica sobre la base de que estos crímenes implican la violación de

²¹ A/CN.4/686, Cuarto Informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, 29 de mayo de 2015, párr. 17.

²² CASSESE, A., «When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case», *European Journal of International Law*, 2002, núm. 13, pp. 853-871.

²³ BIANCHI, A., «Denying State Immunity to Violators of Human Rights», *Austrian Journal of Public International Law*, 1994, núm. 46, pp. 227-228; ORAKHELASHVILI, A., «State Immunity and International Public Order», *German Yearbook of International Law*, 2002, pp. 227-239, en especial 238-239, y TOMONORI, M., «The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct», *Denver Journal of International Law and Policy*, 2001, núm. 29, p. 261. Véase a este respecto la lectura de la CDI según la cual, «la calificación de los crímenes internacionales como "acto realizado a título oficial" no significa, sin embargo, que el funcionario haya de beneficiarse automáticamente de la inmunidad *ratione materiae* por la comisión de dichos crímenes», en A/CN.4/686, párr. 126, 29 de mayo de 2015.

²⁴ A/CN.4/686, Cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 29 de mayo de 2015, párr. 124 y nota 101.

normas de *jus cogens*, que dado su estatus superior prevalecen sobre las normas favorables a la inmunidad²⁵. Sin embargo, aun teniendo oportunidades para hacerlo, lo cierto es que ni el TEDH ni la CIJ se han mostrado favorables a esta postura en lo que se refiere a la inmunidad del Estado²⁶.

Hecha esta aproximación general, podemos inferir que tanto respecto de la inmunidad *ratione personae* como respecto de la inmunidad *ratione materiae* existen tan solo indicios de un afán por establecer salvedades en el orden internacional contemporáneo cuando se trata de crímenes internacionales, que corroboramos con la práctica descrita en la siguiente sección²⁷.

3. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN ANTE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES CUESTIONADA

El Tratado de Versalles fue el que por primera vez previó el sometimiento a juicio de un soberano en el plano internacional. La finalidad era exigir la responsabilidad personal del emperador Guillermo II como Jefe de Estado y de Gobierno y comandante en jefe de los ejércitos alemanes durante la Primera Guerra Mundial, y así se recogió en el Tratado²⁸.

Un planteamiento similar al de Versalles quedó plasmado después de la Segunda Guerra Mundial en el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945,

²⁵ BIANCHI, A., «Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case», *European Journal of International Law*, 1999, núm. 10, pp. 237 y 265; ORAKHELASHVILI, A., «State Immunity in National and International Law: Three Recent Cases before the European Court of Human Rights», *Leiden Journal of International Law*, 2002, núm. 15, pp. 703, 712-713.

²⁶ La Sentencia *Al-Adsani c. Reino Unido*, núm. 35763/97, de 21 de noviembre de 2001, adoptada por nueve votos frente a ocho, subraya lo siguiente: «Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged», párr. 61. En el caso *Jones c. Reino Unido*, núms. 34356/06 y 40528/06, de 14 de enero de 2014, el TEDH confirma que los oficiales de los Estados son inmunes en procesos civiles y ahonda en si tal inmunidad violaría el derecho a un recurso efectivo del demandante reconocido en el art. 6 del CEDH. Las manifestaciones sobre la inexistencia de excepciones con relación al *jus cogens* y con relación a la inmunidad del Estado en el Derecho internacional consuetudinario se encuentran también en *Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, *op. cit.*, nota 7, párr. 58, e *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia, Grecia interviniente)*, *op. cit.*, nota 7, párrs. 89 y 93-95.

²⁷ AKANDE, D., «International Law Immunities and the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, núm. 3, pp. 407-433.

²⁸ El art. 227 del Tratado de Versalles disponía: «Las Potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, por ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los Tratados. Se constituirá un tribunal especial para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa. Se compondrá de cinco jueces, nombrados por cada una de las cinco potencias siguientes: Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón. El tribunal juzgará inspirándose en los principios más elevados de la política entre las naciones, con objeto de garantizar el respeto a las obligaciones solemnes y a los compromisos internacionales, así como a la moral internacional. Le corresponderá fijar la pena que a su juicio deba aplicarse. Las potencias aliadas y asociadas dirigirán al Gobierno de los Países Bajos un requerimiento en solicitud de que les entregue al ex emperador para que sea juzgado». No obstante, el precepto no surtió efecto, entre otros motivos porque Holanda no concedió la extradición del emperador.

que previó la persecución de los «grandes criminales de guerra» ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, cuyo Estatuto indicaba que «la situación oficial de los acusados, bien como jefes de Estado, bien como altos funcionarios, no será considerada ni como una excusa absolutoria ni como un motivo de disminución de la pena» (art. 7). Así las cosas, Karl Dönitz, quien devino Jefe del Estado tras el suicidio de Hitler al final de la Segunda Guerra Mundial, fue condenado sobre la base, explícitamente señalada por el Tribunal, de dicho art. 7. Del mismo modo, la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokyo) recogió el principio en su art. 6. Posteriormente, los juicios de Nuremberg y de Tokyo constituyeron la base para la adopción de los principios contenidos en la Resolución 95 (1) de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946.

Sin embargo, los precedentes de 1919 y 1945 fueron considerados tan excepcionales y específicos que no pusieron en cuestión el principio consuetudinario de la inmunidad del jefe de Estado. Se trataba, como mucho, de excepciones que confirmaban la regla general²⁹. Salvo el específico art. 4 del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, en el que se reconoce la improcedencia del cargo oficial, el debate jurídico empezó a tomar cuerpo décadas después, con la constitución de los Tribunales *ad hoc* para Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998) y el arresto del Senador chileno Augusto Pinochet en octubre del mismo año³⁰.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que constituyeron los Tribunales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda previeron, en idénticos términos, que «el cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del Gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena» (arts. 7.2 y 6.2, respectivamente)³¹. Se recoge una disposición equivalente en el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, establecido por el acuerdo de 16 de

²⁹ DECAUX, E. y TRIGEAUD, L., *op. cit.*, nota 5, p. 547.

³⁰ El impulso de una serie de declaraciones de principios sobre la lucha contra la impunidad adoptadas en el seno de las Naciones Unidas también está en el trasfondo de esta evolución. Los principios de Nuremberg adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 eran particularmente claros en este aspecto: «El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de Derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado no le exime de responsabilidad conforme al Derecho internacional». En igual sentido, el principio 18 de los «Principios de Naciones Unidas sobre la prevención efectiva y la represión de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias» (Resolución 1989/65, de 24 de mayo, del ECOSOC y Resolución 44/159, de 15 de diciembre de 1989, de la Asamblea General) y el art. 14 de la Declaración de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzosas (Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, de la Asamblea General). También las declaraciones del secretario general de Naciones Unidas con motivo de la constitución del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia se inscriben en esta línea: «*The Statue should, therefore, contain provisions which specify that a plea of head of State immunity or that an act was committed in the official capacity of the accused will not constitute a defense, nor will it mitigate punishment*», S/25704, Report of the Secretary General pursuant to Paragraph 2 of SC Resolution 808 (1993), 3 de mayo de 1993, párr. 55.

³¹ Resolución del Consejo de Seguridad 827 (1993), de 25 de mayo, y Resolución del Consejo de Seguridad 955 (1994), de 8 de noviembre.

enero de 2002 entre el Gobierno de dicho Estado y Naciones Unidas (art. 6.2 del Estatuto)³². En los dos primeros casos, la fuerza de la excepción a la inmunidad proviene del hecho de que dichos Tribunales fueron establecidos por el Consejo de Seguridad, cuyas resoluciones comprometen a todos los Estados miembros de la ONU en virtud del art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas. Pero no cabe hacer exactamente la misma consideración respecto del Tribunal Especial para Sierra Leona puesto que, aunque el Consejo de Seguridad instó a su creación mediante la Resolución 1315, de 14 de agosto de 2000, *stricto sensu* fue establecido mediante un acuerdo entre las Naciones Unidas y dicho Estado³³.

De modo que el instrumento por el que se constituye el Tribunal Penal Internacional determina el alcance mayor o menor de la excepción a la inmunidad. Pero, en todo caso, del examen del conjunto de los tribunales mencionados y de su evolución, se pueden entrever una serie de incursiones cuya finalidad es introducir el principio relativo a la improcedencia del cargo oficial en el orden internacional.

4. LA EXCEPCIÓN A LA INMUNIDAD Y LA COOPERACIÓN DE LOS ESTADOS CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL CONFORME AL ESTATUTO DE ROMA DE 1998

4.1. La lectura conjunta de los arts. 27 y 98 del Estatuto de la CPI

Los arts. 27 y 98 (1) del Estatuto de la CPI son los que nos servirán de base para el objeto de este estudio. El primero porque establece la norma relativa a la improcedencia del cargo oficial y el segundo porque prevé un mecanismo de cooperación con la Corte en materia de detención y arresto dirigido a los Estados.

Para empezar, el art. 27 (1) del Estatuto podría considerarse como el precepto paradigmático de la decisión de la comunidad internacional de poner fin a la impunidad de los autores de los más graves crímenes. En concreto, dicha disposición prevé que el Estatuto será aplicable «por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial» y define así, en palabras de Concepción Escobar, el principio de responsabilidad de vocación universal³⁴. A

³² BLANC ALTEMIR, A., «El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho internacional humanitario», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2003, p. 109.

³³ ROMANO, C. y NOLLKAEMPER, A., «The Arrest Warrant against the Liberian President, Charles Taylor», *American Society of International Law Insights*, vol. 8, 2003, núm. 16, pp. 1-4.

³⁴ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz», *Revista Internacional de Filosofía Política*, 2003, núm. 21, pp. 5-35. La autora añade que el principio de responsabilidad penal no significa que el desempeño de un cargo oficial sea, en todo caso, completamente irrelevante para determinar dicha responsabilidad. De hecho, el Estatuto prevé que el desempeño de un cargo oficial puede ser precisamente el elemento generador de la consecuencia penal. Se trata, en concreto, del precepto titulado «Responsabilidad de los jefes y otros superiores» (art. 28).

continuación, el mismo párrafo enumera determinados cargos oficiales que en ningún caso eximirán de responsabilidad penal ni constituirán motivo para reducir la pena.

Por tanto, el Estatuto de Roma admite que pueda atribuirse la responsabilidad penal a quien actúa en el ejercicio de un cargo oficial. Aún más: en palabras de Otto Triffterer, esta norma se reconoce como un principio general cuya base no es el Estatuto de Roma ya que el art. 27 meramente lo define, sino que subyace del Derecho penal internacional. Por este carácter de principio podría apelarse a la validez y aplicabilidad del art. 27 no solo ante la Corte, sino también ante otros tribunales penales internacionales³⁵.

Incluso, por su carácter no exclusivamente convencional, podría plantearse la observancia del principio relativo a la improcedencia del cargo oficial en el plano nacional cuando, sobre la base del principio de complementariedad, los Estados ejercen el *ius puniendi*. De alguna manera, el *ius puniendi* del Estado se ve complementado por el *ius puniendi* internacional y por el conjunto de las normas del Derecho penal internacional, entre ellas, el principio de improcedencia del cargo oficial³⁶.

Una vez asentado el principio relativo a la improcedencia del cargo oficial, el art. 27 (2) del Estatuto de Roma prevé expresamente que «las inmunidades y las 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 ella». El precepto admite que las inmunidades del cargo oficial podrían constituir un obstáculo, pero al mismo tiempo subraya que esto no impedirá que la Corte ejerza sus competencias, por lo que esta deberá encargarse de superar los impedimentos que se le presenten para hacer cumplir el principio referido. Lo previsto en el art. 27 (1) del Estatuto —la improcedencia del cargo oficial y la responsabilidad sustantiva de quienes lo ostentan— es un prerrequisito para que la Corte pueda ejercer su competencia como dispone el art. 27 (2), pero no significa que esto segundo suceda automáticamente³⁷.

La facultad de la Corte para conseguir la retirada de la inmunidad de un cargo oficial conforme al art. 27 del Estatuto puede verse socavada por el hecho de que el oficial del Estado implicado se valga de su inmunidad general, acordada por el Derecho internacional, e impida que *otro Estado* lo arreste. Ello es debido a que el art. 98 (1) del mismo prevé que «la Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar de forma incompatible con las obligaciones que le imponga el Derecho internacional con respecto a la inmunidad de *un Estado o la inmunidad diplomática de una persona* [...], salvo que la Corte obtenga anteriormente la

³⁵ TRIFFTERER, O., «Article 27 Irrelevance of official capacity», en TRIFFTERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2.ª ed., Oxford, Beck, Hart, Nomos, 2008, p. 286.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ JACOBS, D., *op. cit.*, nota 6, p. 283, y FOX, H. y WEBB, Ph., *The Law of State Immunity*, Oxford, 3.ª ed., Oxford University Press, 2013, pp. 429-230.

cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad». Hasta qué punto esto constituye una barrera significativa para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte depende de la interpretación que se haga del art. 98 (1) del Estatuto³⁸.

En efecto, la lectura del art. 27 del Estatuto ha de complementarse con la de su art. 98 dado que es este último el que permite que se abra la vía para que se haga efectivo el primero. Por un lado, la Corte ha de apoyarse en los Estados para arrestar y someter a los presuntos autores al proceso judicial, pero, por otro lado, el art. 98 del Estatuto puede servir de «argumento» a los Estados que no cooperan con la Corte y utilizar el pretexto de que, si lo hicieran, violarían una obligación internacional³⁹.

De modo que mientras el art. 27 del Estatuto establece que la inmunidad internacional del alto cargo no impedirá a la Corte ejercer sus competencias, su art. 98 (1) exige a la misma no adoptar medidas que podrían resultar en una violación por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales en materia de inmunidad⁴⁰.

Las consideraciones que se pueden hacer sobre el art. 98 (1) del Estatuto son tanto de índole sustantivo como procesal. Así, desde el punto de vista sustantivo, mientras que el Juez Daqun Liu entiende que el art. 98 (1) del Estatuto es la «aceptación tácita de los redactores de que la no-inmunidad de los jefes de Estado no es una norma de Derecho consuetudinario»⁴¹, Claus Kress, por el contrario, explica que dicho artículo fue redactado con la máxima cautela, con la finalidad de evitar toda postura frente al Derecho internacional general⁴².

En este orden de cosas, Concepción Escobar, quien ya anticipó los problemas prácticos que traería la aplicación de este precepto, sostiene que, en la medida en que se trata de una cláusula de salvaguardia (y como todas ellas, «altera en parte el régimen del tratado en el que se inserta y en especial incide sobre el deber general de cooperar con la Corte»), necesariamente ha de interpretarse de manera restrictiva y sin que modifique el objeto y fin del Estatuto⁴³.

³⁸ AKANDE, D., *op. cit.*, nota 27, p. 421.

³⁹ TRIFFERER, O., *op. cit.*, nota 35, p. 787.

⁴⁰ BROOMHAL, B., *International Justice and The International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 141. Akande sostiene que solo los Estados no parte pueden beneficiarse del art. 98 del Estatuto, porque esta lectura es la que daría sentido al art. 27 y a los fines y objeto del mismo, AKANDE, D., *op. cit.*, nota 27, pp. 407-421.

⁴¹ LIU, D., «Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?», en BERGSMO, M. y YAN, L. (eds.), *op. cit.*, nota 5, p. 66.

⁴² KRESS, C., «The International Criminal Court and ties under International Law for States Not party to the Court's Statute», en BERGSMO, M. y YAN, L. (eds.), *op. cit.*, nota 5, p. 232.

⁴³ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva de la Corte Penal Internacional: la Resolución 1422 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los acuerdos bilaterales celebrados por Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, 2002, núm. 2, pp. 999-1003.

A la lectura del fondo hay que añadir, por otro lado, la interpretación de los aspectos procesales de dicho art. 98 (1). ¿Cabe entender que dicha previsión del Estatuto concede a la Corte el poder de determinar cuándo se dan las condiciones de la inmunidad? ¿O, por el contrario, corresponde al Estado afectado determinar la aplicabilidad de sus obligaciones internacionales en materia de inmunidad frente a otros Estados?⁴⁴ ¿Puede la Corte imponer al Estado la obligación de cooperar? ¿O puede el Estado afectado decidir entre emplear el pretexto del art. 98 o cumplir con la obligación de cooperar con la Corte aun en contra de otras obligaciones internacionales que lo comprometen?

El tenor literal del art. 98 parece conceder el protagonismo a la propia Corte, que puede proceder a dictar una orden de arresto si considera que el Estado requerido no entraría en un conflicto con una norma internacional como resultado del requerimiento⁴⁵. La Regla 195 (1) de las Normas de Procedimiento y Prueba ahonda en la función asignada a la Corte en la medida en que requiere al Estado afectado que *provea a la Corte* de «cualquier información relevante para asistirle en la aplicación del art. 98»⁴⁶. Así, pone el énfasis en la autoridad de la Corte para abordar el problema. Con el fin de evitar el conflicto con las obligaciones internacionales, la Corte se ve forzada a obtener la cooperación del tercer Estado antes de dar curso a la orden de arresto.

En defensa de esta lectura, Claus Kress sostiene que los redactores del art. 98 (1) del Estatuto y de la Regla 195 (1) de las Normas de Procedimiento y Prueba eran plenamente conscientes de que la Corte sería capaz de actuar de manera determinante y con autoridad solo frente a los Estados parte, y de que los Estados no parte no quedarían obligados por ninguna decisión de la Corte adoptada conforme al art. 98 (1) del Estatuto. Este precepto, por tanto, implica la decisión, ya señalada, de los Estados parte de dotar a la Corte del poder de decidir sobre la existencia o inexistencia de las obligaciones impuestas por el Derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona. De ahí que se pueda destacar también que el esquema procesal establecido en el Estatuto tiene un fuerte componente vertical y supranacional —desde la Corte hacia los Estados—, en detrimento del esquema horizontal —entre los Estados—⁴⁷.

⁴⁴ GEVERS, C., «Immunity and Implementation Legislation in South Africa, Kenya and Uganda», en AMBOS, K. y MAUNGANIDZE, O. A. (eds.), *Power and Prosecution: Challenges and Opportunities for International Criminal Justice in Sub-Saharan Africa. Pouvoir et poursuite: défis et opportunités pour la justice pénale internationale en Afrique Sub-Saharienne*, Gotinga, Göttingen Studies in Criminal Law and Justice, vol. 24, 2012, p. 85.

⁴⁵ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, nota 43, p. 1003. Véase también, SLUITER, G., «Opinion on Darfur Debate», en <http://iccforum.com/darfur>, 6 de mayo de 2011, y QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 428-430.

⁴⁶ Sobre lo poco controvertido del proceso de redacción de esta regla, HARHOFF, F. y MOCHOKO, P., «International Cooperation and Judicial Assistance», en LEE, R. S. (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley, Nueva York, Transnational Publishers, 2001, p. 666.

⁴⁷ KRESS, C., *op. cit.*, nota 42, p. 234.

Ahora bien, todavía existen dos problemas añadidos. El primero radica en que el art. 98 del Estatuto no establece un procedimiento que asegure que la decisión de la Corte sea vinculante para el Estado⁴⁸; el segundo consiste en que el art. 98 del Estatuto no identifica las obligaciones internacionales sobre la inmunidad que podrían constituir un obstáculo frente a una petición de cooperación⁴⁹. La determinación sobre si realmente existe un conflicto deberá abordarse caso por caso. Además, las obligaciones internacionales a las que se refiere el art. 98 (1) se encuentran fuera del propio Estatuto, en tratados específicos entre el Estado obligado a arrestar y el Estado de la nacionalidad del acusado, o en la costumbre internacional.

De esta lectura se puede inferir que el art. 98 (1) del Estatuto por sí solo no ofrece base suficiente ni contenido preciso para presumir que existe una norma de Derecho internacional consuetudinario sobre la obligación de cooperar con la Corte⁵⁰.

4.2. Aproximaciones metodológicas a la interacción entre la inmunidad y la cooperación en el caso *Al Bashir*

Es necesario ahora considerar que las cuestiones de inmunidad y cooperación planteadas en el caso *Al Bashir* afectan a un nacional de un Estado no parte en el Estatuto, cuya situación fue enviada a la CPI sobre la base del art. 13.b) del mismo. Los análisis legales efectuados teniendo en cuenta esta circunstancia emplean tres enfoques diferentes⁵¹.

La primera aproximación se basa en la aplicación del principio conforme al cual solo los Estados parte en un tratado se hallan obligados por él (art. 34 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados), de modo que el fundamento de la renuncia a la inmunidad en el ámbito penal internacional se halla en la base o naturaleza convencional del Estatuto de la CPI. Se trataría, en palabras de Cesáreo Gutiérrez Espada, de una renuncia «anticipada e implícita» que rige solo para los Estados parte conforme al art. 12.1 del Estatuto (aceptación por los Estados parte de la competencia de la Corte respecto de los crímenes a los que se refiere el art. 5)⁵². El Estatuto de Roma no puede obligar a retirar la inmunidad a los altos cargos de un *tercer Estado*⁵³. En

⁴⁸ CROSS, M. E. y WILLIAMS, S., «Recent Development at the ICC», *Human Rights Law Review*, 2009, núm. 9, p. 280. Gaeta, en el mismo sentido, subraya que la adopción de una orden de arresto y su envío por sí mismo no imponen una obligación de Derecho internacional a los Estados en materia de detención y entrega salvo si lo han acordado así previamente, en GAETA, P., «Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?», *Journal of International Criminal Justice*, 2009, núm. 7, pp. 315-332, p. 318.

⁴⁹ JACOBS, D., *op. cit.*, nota 6, p. 283.

⁵⁰ KRESS, C., *op. cit.*, nota 42, p. 233.

⁵¹ JACOBS, D., *op. cit.*, nota 6, pp. 284-286.

⁵² GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el TPI (Roma 1998)», *Hacia una Justicia Internacional*, Madrid, Abogacía General del Estado, XXI Jornadas de Estudio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, 2000, p. 592.

⁵³ AKANDE, D., *op. cit.*, nota 27, p. 417.

consecuencia, el régimen de las inmunidades permanece inalterable para los Estados no parte en el Estatuto de la CPI ya que no pueden ser despojados de las mismas por un convenio que no han firmado⁵⁴.

Ahora bien, esto hay que ponerlo en relación con una serie de disposiciones del Estatuto que abren vías para poder enjuiciar a los nacionales de los Estados no parte. El art. 12.2.a) del mismo establece que la competencia personal de la CPI alcanza a cualquier persona que, sin ser nacional de un Estado parte, sea acusada de haber incurrido en alguna de las conductas contenidas en el art. 5 —genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión— ya sea en el territorio de un Estado parte o de un Estado que haya aceptado su competencia mediante una declaración depositada en poder de su secretario. Por tanto, la Corte podría procesar a un nacional de un Estado no parte sin que operen los arts. 12.1 del Estatuto relativo a la renuncia general a la inmunidad y 12.3 relativo a la renuncia unilateral a la misma respecto de un crimen concreto⁵⁵. Estos últimos supuestos, sin embargo, no son aplicables a la situación de Al Bashir ya que se trata del enjuiciamiento de los crímenes cometidos en el territorio de un Estado no parte por un nacional de un Estado no parte.

La segunda aproximación aborda el problema de la aplicabilidad de la norma relativa a la irrelevancia del cargo oficial desde la perspectiva de su regulación consuetudinaria. La obligación de cooperar con la Corte está supeditada al régimen de las inmunidades del *orden internacional general, fundamentalmente consuetudinario*. Sin embargo, aún hoy no se dan las circunstancias para identificar normas consuetudinarias respecto de la obligación de cooperar. De hecho, la Corte apela al Derecho consuetudinario en las Decisiones adoptadas en 2011⁵⁶ y se desmarca de él en la Decisión de 2014, en la que emplea como fundamento la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad⁵⁷.

Finalmente, el tercer criterio se asocia al modo en el que la CPI adquiere la competencia jurisdiccional. Es diferente que el Estado parte envíe la situación *motu proprio* a la Corte a que sea el Consejo de Seguridad el que, conforme al Capítulo VII de la Carta, remita la situación. La fuente de la obligación de cooperar provendrá del Estatuto de Roma en el primer caso; en el

⁵⁴ En palabras de Akande: «*It is not an adequate response to assert that those immunities are conferred by international law only with respect to interstate relations and in proceedings before national courts [...]. To suggest that immunity is nonexistent before an international tribunal that has not been consented to by the relevant state is to allow subversion of the policy underpinning international law immunities*», AKANDE, D., *op. cit.*, nota 27, p. 417.

⁵⁵ CARNERERO CASTILLA, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 222-223.

⁵⁶ Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision Pursuant to the Article 87(7) on the Failure of the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court With Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139, 12 de diciembre de 2011 («Decisión sobre Malawi»), y por la misma Sala, *Decision Pursuant to the Article 87(7) on the Failure of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court With Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-140, 13 de diciembre de 2011.

⁵⁷ Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision regarding Omar Al Bashir's visit to the Democratic Republic of Congo*, ICC-02/05-01/09-186, 26 de febrero de 2014.

segundo caso, será el propio Consejo de Seguridad el que a su vez determine el alcance y el contenido de la obligación, ya sea inspirado en la Carta de Naciones Unidas (art. 103), en la costumbre internacional o en el Convenio sobre la represión y sanción del delito de genocidio de 1948 que prevé un régimen específico.

5. LAS ÓRDENES DE ARRESTO CONTRA AL BASHIR Y EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COOPERAR

Como punto de arranque, el Jefe de Estado de Sudán, Al Bashir, disfruta de la inmunidad concedida por su Derecho interno y por el Derecho internacional ante otros Estados, incluidos los Estados parte en el Estatuto de la CPI. Partiendo de esta consideración, el debate se centra en la compatibilidad entre las órdenes de detención dictadas por la Corte y el deber de los Estados de cooperar con la misma, por un lado, y las normas del Derecho internacional sobre inmunidad, por otro lado.

Los antecedentes procesales de las Decisiones sobre el incumplimiento dictadas por la Corte pueden resumirse como sigue: el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1593 el 31 de marzo de 2005, conforme a la cual remitió la situación de Darfur, región de Sudán, a la Corte, autorizando el ejercicio de su jurisdicción conforme al art. 13.b) del Estatuto. Casi cuatro años después, la Sala de Cuestiones Preliminares, a solicitud del fiscal, adoptó la primera orden de arresto contra Al Bashir (el 4 de marzo de 2009) y un año después la segunda (el 12 de julio de 2010)⁵⁸. (El hecho de que transcurrieran cuatro años entre la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad y las primeras actuaciones de la Corte no refleja precisamente que se confiriera especial relevancia al caso.) Con todo, a su vez, la Corte hizo circular dos requerimientos de cooperación dirigidos a todos los Estados parte en el Estatuto para el arresto de Al Bashir⁵⁹. Pese a ello, el jefe del Estado sudanés no fue detenido durante sus visitas a Chad, Malawi, República Democrática del Congo (RDC) y Sudáfrica recientemente⁶⁰, y por este motivo la Sala adoptó una serie de Decisiones sobre el incumplimiento del deber de cooperar con la Corte, dirigidas a sendos Estados y también a la República de Sudán⁶¹.

⁵⁸ Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* («Omar Al Bashir»), *Warrant of Arrest*, *op. cit.*, nota 1 y Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* («Omar Al Bashir»), *Second Warrant of Arrest*, *op. cit.*, nota 1.

⁵⁹ Sala de Cuestiones Preliminares I, *Request to All States Parties to the Rome Statute for the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-7 1/6 EO PT, 6 de marzo de 2009 y dictado por la misma Sala, *Supplementary Request to All States Parties to the Rome Statute for the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-96 1/6 RH PT, 21 de julio de 2010.

⁶⁰ Todos ellos son Estados parte en el Estatuto. Malawi devino Estado parte en el Estatuto de Roma el 1 de diciembre de 2002, Chad el 1 de enero de 2007, la República Democrática del Congo el 11 de abril de 2002 y Sudáfrica el 27 de noviembre de 2000.

⁶¹ Sala de Cuestiones Preliminares I, *op. cit.*, nota 56, y Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Prosecutor's Request for a Finding of Non-Compliance against the Republic of the Sudan*, ICC-02/05-01/09-227, 9 de marzo de 2015.

Atendiendo a la evolución de los hechos y al contenido de las Decisiones adoptadas por la Sala de Cuestiones Preliminares, dividimos el estudio en función de las dos diferentes fundamentaciones sobre las que se basa la Corte para afirmar que se incumplió el deber de cooperar: la basada en la costumbre internacional y la basada en la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad de 31 de marzo de 2015.

5.1. La excepción a la inmunidad sobre la base de la costumbre internacional

Mediante las dos Decisiones sobre el incumplimiento del deber de cooperar con la Corte, adoptadas los días 12 y 13 de diciembre de 2011, la Sala I de Cuestiones Preliminares manifestó: *a)* que los Estados de Chad y de Malawi habían incumplido su deber de consultar con la Corte el problema de la inmunidad de Al Bashir para que ella determinara la solución, y *b)* que dado que incumplieron la obligación de cooperar, impidieron que la Corte ejerciera sus funciones y poderes conforme al Estatuto⁶². A continuación nos centramos en la que denominaremos la «Decisión sobre Malawi» (o la «Decisión») por ser la más extensa y detallada, y similar en el fondo a la dirigida a Chad.

5.1.1. La argumentación de la CPI

Desde un punto de vista fundamentalmente procesal, de acuerdo con la Regla 195 (1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba, Malawi tenía la opción de notificar a la Corte que la petición de cooperar y de arrestar causaba un problema de ejecución con relación al art. 98 (1) del Estatuto. Sin embargo, las autoridades de Malawi no consultaron a la Corte y tampoco arrestaron al sospechoso, lo que indica que el Estado no cumplió con su obligación, fijada también en el art. 86 del Estatuto, de cooperar con la Corte⁶³.

En la dimensión del Derecho sustantivo, la Corte rechazó el argumento de que con relación a los *Estados no parte* el Derecho internacional concede inmunidad a sus jefes de Estado en el marco de los procesos internacionales⁶⁴. Al contrario, hizo una serie de apreciaciones sobre la base consuetudinaria para explicar que Al Bashir no goza de inmunidad ante la Corte y que esta puede requerir a Malawi el arresto y la entrega sin la necesidad de obtener previamente la retirada de la inmunidad por parte de Sudán conforme al art. 98 (1). El problema es que se centró en recalcar el rasgo consuetudinario de la no-inmunidad y estimó que este mismo rasgo conllevaba automáticamente el deber de cooperar. Confundió la no-inmunidad con el deber de cooperar en los siguientes términos:

⁶² Sala de Cuestiones Preliminares I, «Decisión sobre Malawi», *op. cit.*, nota 56.

⁶³ *Ibid.*, párr. 10.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 18.

«*The Chamber finds that customary international law creates an exception to Head of State immunity when international courts seek a Head of State's arrest for the commission of international crimes. There is no conflict between Malawi's obligations towards the Court and its obligations under customary international law; therefore, article 98 (1) of the Statute does not apply*»⁶⁵ (redonda añadida).

Así las cosas, la improcedencia del cargo oficial recogida en el Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia y su calificación como norma declarativa de Derecho consuetudinario fueron una de las claves de la Decisión. La Sala I subrayó que, en numerosas ocasiones, especialmente después del traslado de Slobodan Milošević, el Tribunal para la antigua Yugoslavia había advertido que el art. 7 (2) de su Estatuto es una norma declarativa de Derecho consuetudinario:

«*Individuals are personally responsible, whatever their official position, even if they are Heads of State or government ministers: Article 7(2) of the Statute and article 6(2) of the Statute of the International Criminal Tribunal for Ruanda [...] are indisputably declaratory of customary international law*»⁶⁶ (redonda añadida).

Precisamente, una de las críticas vertidas en torno a la fundamentación de la CPI se basa en que confunde las bases jurídicas, puesto que el referido Tribunal se refiere a la inmunidad y al ejercicio de la jurisdicción, pero no al deber de cooperar. La Corte no distingue entre la inmunidad y el deber de cooperar cuando afirma que la inmunidad de los jefes de Estado ha sido rechazada en numerosas ocasiones⁶⁷, cuando sostiene que ha crecido el número de procesos contra los jefes de Estado ante los tribunales internacionales⁶⁸ y cuando afirma que, en virtud del art. 27 (2) del Estatuto, más de 120 Estados han renunciado a invocar la inmunidad de los jefes de Estado⁶⁹. Por todo ello, concluye la Corte, interpretar el art. 98 (1) del Estatuto como la justificación para no cooperar ni ejecutar las órdenes de arresto iría en contra del objeto y fin del Estatuto⁷⁰.

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 43. En la decisión con relación a Chad, la Sala exponía la misma fundamentación jurídica. Entre los argumentos aducidos para apoyar la vía consuetudinaria, indica que existe una práctica internacional en estos términos: «*Subsequent to 14 February 2002, international prosecutions against Charles Taylor, Muammar Gaddafi, Laurent Gbagbo and the present case show that initiating international prosecutions against Heads of State have gained widespread recognition as accepted practice*» (redonda añadida), *Decision Pursuant to the Article 87(7) on the Failure of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court With Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, *op. cit.*, nota 56, párr. 39.

⁶⁶ Sala de Cuestiones Preliminares I, *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*, *op. cit.*, nota 56, párr. 30 (se refería a las decisiones: ICTY, *The Prosecutor v. Anton Furundžija*, IT-95-17/1-T, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 140, e ICTY, *The Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, IT-99-37-PT, Decisión sobre Cuestiones Preliminares, 8 de noviembre de 2001, párr. 28). Este *dictum* apoyaría la tesis de que el art. 27 del Estatuto de la CPI declara una norma consuetudinaria de Derecho internacional: la improcedencia del cargo oficial, en palabras de ZAHAR, A. y SLUITER, G., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 504.

⁶⁷ «Decisión sobre Malawi», *op. cit.*, nota 56, párr. 38.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 39.

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 40.

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 41.

La Corte extrajo tales conclusiones porque entendió que el alcance de la improcedencia del cargo oficial en los procesos ante los tribunales internacionales se extiende a los actos de cooperación por los Estados, dado que ambas figuras forman parte integrante de un todo. Sin embargo, el art. 98 (1) del Estatuto requiere ser interpretado por la Corte desde una aproximación más elevada, con un significado propio en torno a la cooperación, y en tanto que artículo autónomo. Dire Tladi observa que la desatención al art. 98 (1) por la Corte «es peligrosa en la medida en que puede alentar una aproximación al Derecho cargada de “valores” y que serviría de fachada de la política o de instrumento de los poderosos»⁷¹.

5.1.2. *La oposición de la Unión Africana*

Las dos Decisiones adoptadas en diciembre de 2011 por la Sala I de Cuestiones Preliminares fueron ampliamente criticadas por la Comisión de la Unión Africana, que mostró su desacuerdo con la postura de la Corte sobre la base de dos grandes consideraciones⁷². En primer lugar, sostuvo que la inmunidad de los Funcionarios del Estado constituye un derecho que un tratado no firmado no puede despojar. Para ello, se apoyó en el art. 98 (1) del Estatuto y adujo que si el mismo se incluyó en el texto convencional fue porque se asumió la posibilidad de retirar la inmunidad a los oficiales de *los Estados parte*. *A sensu contrario*, el Estatuto no puede eliminar la inmunidad otorgada por el Derecho internacional a los oficiales del *Estado que no es parte*⁷³. En segundo lugar, la Unión Africana alegó que el Consejo de Seguridad no previó expresamente en la Resolución 1593 que retiraba la inmunidad del Presidente Al Bashir. La mera remisión de una «situación» por el Consejo de Seguridad a la CPI o la petición de cooperar no pueden identificarse con la suspensión de la inmunidad garantizada por el Derecho internacional⁷⁴. En cuanto a este segundo argumento, Claus Kress, quien fue miembro de la delegación alemana en la Conferencia de Roma, explica que ciertamente la redacción del art. 98 (1) del Estatuto no pretendía privar a los Estados no parte de su derecho a la inmunidad. Ahora bien, continúa el autor, el art. 98 (1) tampoco expresa el reconocimiento de una costumbre internacional a favor de la inmunidad del jefe de Estado que prohíba a la CPI el ejercicio de su jurisdicción o, al menos, que prohíba la entrega del procesado⁷⁵.

⁷¹ TLADI, D., «The ICC Decisions on Chad and Malawi. On Cooperation, Immunities, and Article 98», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 199-221, p. 207.

⁷² Comisión de la Unión Africana, *Press Release núm. 002/2012 on the Decisions of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Alleged Failure by the Republic of Chad and the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with respect to the Arrest and Surrender of President Omar Hassan Al Bashir of the Republic of the Sudan*, 9 de enero de 2012.

⁷³ *Ibid.*, p. 2.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ KRESS, C., *op. cit.*, nota 42, p. 232. Véanse también VERDEBOUT, A., «L'opposition de l'UA aux poursuites contre Omar Al Bashir: analyse des arguments juridiques avancés pour entraver le travail

En la reacción de la Unión Africana subyace un problema latente y constante desde que la CPI empezó a funcionar. El número de Estados africanos cuyos casos figuran como pendientes ante la Corte, en comparación con otros continentes, hace inevitables las críticas de politización y parcialidad de la misma, e incluso, reacciones como la descrita.

5.1.3. *Las dificultades de la vía consuetudinaria*

Resulta extraño que un texto convencional, aprobado en 1998 y vigente desde 2003, con tan profundas implicaciones, tenga un efecto consuetudinario tan instantáneo. En cualquier caso, el foco es diferente si el fin es declarar o hacer cristalizar la norma sobre la improcedencia del cargo oficial o la del deber de cooperar. Si la Corte se hubiera centrado en la búsqueda de una base consuetudinaria en donde sustentar el deber de cooperar, habría encontrado el problema de la falta de elementos —de *opinio iuris* y de práctica suficiente—. Además, reconocer la base consuetudinaria implicaría que el deber de cooperar en el arresto correspondería a todos los Estados, no solo a los Estados parte en el Estatuto. La labor de la Corte podría, tal vez, haber sido más exhaustiva en esta determinación.

A ello se añade que, al margen de la vía consuetudinaria, podría haberse apelado a razones de eficacia de la Corte y del propio Estatuto. Sencillamente, para hacer efectivo el art. 27 del Estatuto se deben adoptar las medidas de arresto. Así, la Corte habría mostrado su autoridad interpretativa con relación a las obligaciones que afectan a los Estados de conformidad con el Estatuto, consistentes con el Derecho internacional.

5.2. **La excepción a la inmunidad por la vía de las resoluciones del Consejo de Seguridad**

El 26 de febrero de 2014, la Sala II de Cuestiones Preliminares recibió la notificación del fiscal sobre el posible viaje de Omar Al Bashir a la República Democrática del Congo con motivo de la cumbre del Mercado Común para el Este y el Sur de África prevista para los días 26 y el 27 de febrero del mismo año en Kinshasa⁷⁶. A través de dicha notificación, el fiscal solicitó a la Corte que adoptara las medidas siguientes: a) que se asegurase de que las órdenes

de la CPI et leur expression sur le terrain de la coopération», *Revue Belge de Droit International*, vol. 45, 2012, núm. 1, pp. 201-236, y WELDEHAIMANOT, S., «Arresting Al-Bashir: The African Union's Opposition And The Legalities», *African Journal Of International And Comparative Law*, vol. 19, 2011, núm. 2, pp. 208-235.

⁷⁶ Sala de Cuestiones Preliminares II, *op. cit.*, nota 57. Posteriormente, la Sala dictó sendos informes sobre los potenciales viajes de Al Bashir a Arabia Saudí, Kuwait, Reino de Bahrein e Indonesia. Véase a este respecto, *Report of the Registry on the Decision regarding Omar Al Bashir's travel to the United Arab Emirates and his potential travel to the Kingdom of Saudi Arabia, the State of Kuwait and the Kingdom of Bahrain*, ICC-02/05-01/09-230, 19 de marzo de 2015, y *Report of the Registry on Omar Al Bashir's potential travel to the Republic of Indonesia*, ICC-02/05-01/09-238, 22 de mayo de 2015.

de arresto pendientes contra Al Bashir fueran ejecutadas; *b*) que recabara información sobre dicha visita a través de las autoridades de RDC, y *c*) que recordara a las autoridades de RDC «la obligación vigente de arrestar a las personas a quienes la CPI ha dictado órdenes de arresto»⁷⁷. El mismo día 26 de febrero, la Sala II adoptó la «Decisión sobre la visita de Omar Al Bashir a RDC», en la que requería al país que inmediatamente detuviera y enviara a Al Bashir a la Corte⁷⁸.

Cuando la Sala tuvo constancia de que Al Bashir había llegado a RDC el 25 de febrero y regresado de vuelta a su país el 27 del mismo mes, solicitó a las autoridades congoleñas competentes que le enviaran explicaciones por no haber ejecutado la orden de arresto contra Al Bashir y por no haber consultado con la Corte sobre los problemas que le impidieron ejecutar la petición⁷⁹. Se reprochó a la RDC su pasividad, señaladamente, que hubiera omitido información relevante para la Sala en torno a su interpretación del art. 98 (1) del Estatuto de Roma⁸⁰.

La RDC alegó problemas de tiempo e impedimentos legales para cumplir la orden de arresto. En primer lugar, la composición de las delegaciones que asistirían a la cumbre «le fue comunicada muy tarde al Servicio de Protocolo del Estado»⁸¹. Unido a esto, el hecho de que un jefe de Estado extranjero se encontrara en territorio congoleño ponía al país en «una situación complicada, ambigua y grave por el hecho de que la RDC es Estado parte en el Estatuto de la CPI e igualmente es miembro de la Unión Africana»⁸². Precisamente, la RDC alegó que Al Bashir fue invitado «por una organización regional y no por el Estado»⁸³. Por todo ello, la llegada de Al Bashir al país el 25 de febrero de 2014, la recepción de la decisión de la Sala II al día siguiente y su salida del país el día 27 hicieron «materialmente imposible» adoptar una decisión con implicaciones legales, diplomáticas y de seguridad tan relevantes. Si los acontecimientos no se hubieran producido en un periodo de tiempo tan limitado, la RDC habría contactado con la Corte y le habría notificado estas dificultades⁸⁴. Sin embargo, ante estas alegaciones, la Corte respondió que la

⁷⁷ Sala de Cuestiones Preliminares II, *op. cit.*, nota 57, párr. 8.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Sala de Cuestiones Preliminares, *Transmission to Pre-Trial Chamber II of the Observations submitted by the Democratic Republic of Congo pursuant to the «Decision request observations on Omar Al Bashir's Visit to the Democratic Republic of Congo»*, ICC-02/05-01/09-190, y Anexos I y II, 17 de marzo de 2014.

⁸⁰ *Ibid.*, Anexo II, p. 6.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.* A este respecto, la RDC advirtió que pese a que el art. 27 del Estatuto de la CPI hace «inefectivas» las inmunidades de Al Bashir en tanto que jefe de Estado, sin embargo, las mismas subsisten dado que el acusado es jefe de Estado de Sudán, que a su vez es Estado miembro de la Unión Africana, y que adoptó una decisión, de 12 de octubre de 2013, en virtud de la cual a ningún jefe de Estado o de Gobierno de la Unión Africana se le requerirá comparecer ante una corte o tribunal durante el ejercicio de su cargo oficial. A la luz de esta decisión, la orden de la Sala devenía incompatible con sus obligaciones sobre las inmunidades aparejadas a la posición del jefe de Estado.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

RDC había sido informada sobre los requerimientos cuatro años antes, por lo que no podía invocarse la excusa de que Al Bashir salió del país *solo* un día después de la notificación.

5.2.1. *¿Puede hallarse Sudán en una situación equivalente a la de un Estado parte como consecuencia de la remisión efectuada por el Consejo de Seguridad?*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 98 del Estatuto, la Corte señaló que la base jurídica de su decisión se encontraba en la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad, de 31 de marzo de 2005⁸⁵. Ahora bien, esta Resolución, a través de la cual el Consejo remite la situación de Darfur al fiscal de la Corte, no contiene una previsión específica sobre la inmunidad del jefe del Estado de Sudán, sino que exige al Gobierno de Sudán que «coopere plenamente» con la Corte (párrafo dispositivo 2.º)⁸⁶. ¿Muestra el Consejo de Seguridad su intención de poner a Sudán en una situación jurídica equivalente a la de un Estado parte? ¿No iría demasiado lejos el Consejo de Seguridad si manifestara que el art. 27 (2) del Estatuto es aplicable también a Sudán?⁸⁷.

Las dudas de interpretación se generan en torno a la tensión irresuelta entre el art. 98 (1) del Estatuto, el art. 27.2 del mismo y la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad⁸⁸. La Sala II concluye que no existe impedimento en el plano horizontal entre la RDC y Sudán respecto a la ejecución de los requerimientos de 2009 y 2010 de la CPI para detener y someter a Al Bashir. Unido a esto, añade que Sudán debería ser tratado de manera similar a un Estado parte en el Estatuto por la naturaleza obligatoria de las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas bajo el Capítulo VII⁸⁹. La Resolución del Consejo de Seguridad extiende los poderes coercitivos de la Corte más allá de las previsiones del propio Estatuto con el fin de obtener la cooperación total de Sudán. La Resolución 1593 convierte el Estatuto en aplicable para Sudán porque lo coloca «en una situación análoga a la de un Estado parte»⁹⁰.

⁸⁵ Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*, ICC-02/05-01/09-195, 9 de abril de 2014, párr. 29.

⁸⁶ El párr. 2.º de la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad, de 31 de marzo de 2005, dispone literalmente lo siguiente: «Decide que el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte y el fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente resolución y, aunque reconoce que los Estados que no son parte en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto, exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente».

⁸⁷ KRESS, C., *op. cit.*, nota 42, p. 242, y PAPILLON, S., «Has the UN Security Council implicitly removed Al Bashir's immunity?», *International Criminal Law Review*, vol. 10, 2010, núm. 2, pp. 275-288.

⁸⁸ IVERSON, J. M., «The Continuing Functions of Article 98 of the Rome Statute», *Göttingen Journal of International Law*, vol. 4, 2012, núm. 1, pp. 131-151.

⁸⁹ Sala de Cuestiones Preliminares II, *op. cit.*, nota 85, párr. 29.

⁹⁰ BOSCHIERO, N., «The ICC Judicial Finding on Non-Cooperation Against the DRC and No Immunity for Al-Bashir Based on UNSC Resolution 1593», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13,

La Sala II considera que el núcleo del problema se halla en el alcance del art. 27, es decir, si la retirada de la inmunidad se aplica a todos los jefes de Estado, incluidos los de los Estados no parte en el Estatuto, o si debería confinarse solo a los Estados parte. La Sala reconoce que en el caso de los Estados no parte, como Sudán, pueden suscitarse dudas sobre la retirada de la inmunidad dado que el Estatuto «no impone obligaciones a terceros sin su consentimiento»⁹¹. En consecuencia, la excepción al ejercicio de la jurisdicción prevista en el art. 27 (2) del Estatuto debiera limitarse a «los Estados parte que lo han aceptado»⁹². La cuestión es si al margen del art. 27 (2), la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad lleva implícita la decisión de hacer inaplicable la inmunidad concedida por el Derecho internacional al jefe del Estado de Sudán, lo que implicaría poder iniciar directamente el proceso penal internacional.

Dicho esto, conforme a la Sala, el art. 98 (1) del Estatuto solicita a la Corte que se asegure la cooperación de los terceros Estados para eliminar la inmunidad de sus jefes de Estado con el fin de impedir que el Estado requerido actúe de manera inconsistente con sus obligaciones internacionales. Sin embargo, una vez hecha la breve alusión al art. 98 (1) del Estatuto, lo que marca el fundamento jurídico de su decisión es la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad, que sitúa a Sudán bajo la obligación de cooperar completamente con la Corte. La Sala interpreta la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad en el sentido de que «la cooperación de dicho tercer Estado (Sudán) para retirar la inmunidad [tal y como se requiere en el art. 98 (1) del Estatuto] se había asegurado en virtud del lenguaje de la Resolución 1593»⁹³. Es decir, la petición de cooperación dirigida a Sudán en virtud del art. 98 (1) del Estatuto no solo se ve avalada por la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad, sino que coloca a esta en la primera posición en la jerarquía normativa.

La línea argumental se inspira en la idea de que si lo establecido en las resoluciones del Consejo de Seguridad respecto de los tribunales para Yugoslavia y Ruanda obliga a todos los Estados parte de Naciones Unidas, lo mismo ocurre respecto de lo establecido por el Consejo de Seguridad en relación con la CPI. De este modo, la Resolución 1593 coloca a Sudán en una posición equivalente a la de los Estados parte en el Estatuto en lo que se refiere a los fines y deberes de cooperación con la Corte. Como resultado, el régimen de inmunidad no es aplicable a Al Bashir, como no lo es entre los Estados parte en el Estatuto.

2015, p. 652. La opinión de que Sudán no puede ser equiparado a un Estado miembro la defienden, entre otros: NOUWEN, S. y ALBANESE, M., «Arresting Bashir: How the ICC has Violated its Own Statute», blogpost, en <http://africanarguments.org/2009/03/10/arresting-bashir-how-the-icc-has-violated-its-own-statute/>, 10 de marzo de 2009; GAETA, P., «Opinion on Darfur Debate», en <http://iccforum.com/darfur#Gaeta>, 6 de mayo de 2011; y LIU, D., *op. cit.*, nota 41, pp. 55-73.

⁹¹ Sala de Cuestiones Preliminares II, *op. cit.*, nota 85, párr. 26.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

Ahora bien, autoras como Paola Gaeta niegan que el Consejo de Seguridad pueda modificar los poderes de la Corte, incluidas sus facultades frente a los Estados miembros en lo que afecta a la cooperación judicial. Sostiene que la Corte es una organización internacional creada por un tratado y que ejerce los poderes que este le atribuye. Las obligaciones impuestas por el Consejo de Seguridad sobre un Estado miembro a través de una resolución aprobada en el marco del Capítulo VII de la Carta no pueden afectar a los derechos de otra organización, en este caso la Corte, tal y como aparecen regulados en su propio instrumento constitutivo. La decisión del Consejo de Seguridad sobre la obligación de Sudán de cooperar no puede eximir a la Corte de la necesidad de implementar el requerimiento para el ejercicio de su cometido conforme al art. 98 (1) del Estatuto⁹⁴.

De la misma manera, la autora critica con dureza la resolución de la Sala II por no haber dedicado una sola mención a las dos decisiones de 2011 respecto de Malawi y Chad. Así, señala que la CPI «no puede tomarse el lujo de cambiar de postura en un aspecto tan sensible, sin clarificar las razones por las que lo hace»⁹⁵. En esta misma línea, Hoogh y Krottenerus ponen de relieve la continua incertidumbre sobre este aspecto, reflejado en el desacuerdo entre las diferentes Salas sobre la correcta interpretación del art. 98 (1)⁹⁶.

El Consejo de Seguridad exige a todos los Estados que cooperen con la CPI, pero esta cooperación está supeditada a la conformidad con el Estatuto y las Reglas de Procedimiento. El Consejo de Seguridad no ha dado a la Corte carta blanca en materia de cooperación; ni la ha autorizado para que envíe órdenes de arresto a los Estados no parte en el Estatuto. Si hubiera pretendido obligar a todos los Estados miembros a cooperar con la Corte mediante la ejecución de órdenes particulares, lo habría manifestado expresamente⁹⁷.

Incluso, se plantea si la Resolución va más allá de la relación entre la Corte y Sudán, y engloba una relación triangular entre la Corte, Sudán y el Estado parte al que se le requiere cooperar con la Corte. Para algunos autores, esto último es inviable puesto que, aunque la Corte está facultada jurídicamente para dictar una orden de arresto contra Al Bashir, de acuerdo con el art. 98 (1) del Estatuto debería haber obtenido la suspensión de la inmunidad por parte de Sudán antes de pedir al Estado parte arrestar al sospechoso⁹⁸. Otros discuten esta postura y apelan a la interpretación del art. 27 (2) del Estatuto, según la cual la suspensión de la inmunidad debe extenderse a la relación triangular entre la CPI, el Estado parte requerido y el «tercer» Estado en el que se halla

⁹⁴ GAETA, P., *op. cit.*, nota 90, y de la misma autora, *op. cit.*, nota 48.

⁹⁵ GAETA, P., «The ICC Changes Its Mind on Immunity from Arrest of President Al Bashir, But It Is Wrong Again», *Opinio Iuris blogpost*, 23 de abril de 2014, en <http://opiniojuris.org/2014/04/23/guest-post-icc-changes-mind-immunity-arrest-president-al-bashir-wrong>.

⁹⁶ HOOGH, A. y KNOTTENERUS, A. S., «ICC Issues New decision on Al-Bashir's Immunities. But Gets the Law Wrong... Again», *EJIL Talk!*, *blogpost*, 18 de abril de 2014, <http://www.ejiltalk.org/icc-issues-new-decision-on-al-bashirs-immunities—but-gets-the-law-wrong-again/>.

⁹⁷ GAETA, P., *op. cit.*, nota 48, p. 331.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 329.

el sospechoso⁹⁹. En este orden de cosas, el vínculo establecido entre el art. 27 y el art. 98 (1) del Estatuto tendría el mérito de inclinar el péndulo hacia un régimen de cooperación más vertical que el considerado habitualmente¹⁰⁰.

En cualquier caso, como señala Sluiter, incluso si se aceptara que la Sala de Cuestiones Preliminares que requirió a todos los Estados parte arrestar a Al Bashir actuó contraviniendo el art. 98, esto no puede justificar la negativa a cooperar con la Corte. Esto es, los Estados no están autorizados a decidir de manera unilateral que la Corte ha actuado *ultra vires* y adherirse a este argumento para alcanzar sus objetivos. Con todo, admite el autor que la Corte ha seguido un procedimiento erróneo al requerir la cooperación como lo ha hecho. Defiende que la vía se halla en el art. 87 (7) del Estatuto (la Corte constata el incumplimiento del deber de cooperar y remite la cuestión a la Asamblea de Estados parte o al Consejo de Seguridad) y en la Regla 109 de las Normas de Procedimiento y Prueba (revisión de oficio por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares de las decisiones del fiscal)¹⁰¹.

5.2.2. *La oportunidad de contribuir a cristalizar una costumbre internacional*

Entendemos que la Decisión de 2014 de la Sala de Cuestiones Preliminares II podía haber explicado al menos que se trataba de una situación puntual y que las Decisiones de 2011 precedentes, basadas en la norma consuetudinaria, no habían evolucionado hasta el punto de establecer una excepción de Derecho consuetudinario favorable a suspender la inmunidad *ratione personae* con respecto a los crímenes internacionales. Sin embargo, la Corte ni siquiera menciona la fundamentación en la costumbre internacional y recurre de modo exclusivo al texto de la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad. No es que deje en un segundo plano la interpretación consuetudinaria, sino que ni siquiera la menciona. Así, mientras que el Consejo de Seguridad se erige en el ejecutor principal de la Resolución que reenvía a la Corte, esta pierde protagonismo y autoridad.

En palabras de Claus Kress, si la Sala II hubiera rescatado su argumentación anterior, basada en la costumbre internacional, habría contribuido a la cristalización de la misma¹⁰². No obstante, el autor también admite que los casos en los que un jefe de Estado en ejercicio ha sido llevado ante un tribunal penal internacional son casi inexistentes. La única decisión anterior al caso *Al Bashir* que aborda la inmunidad *ratione personae* es la adoptada por el fiscal en el caso contra Charles Taylor en el marco del Tribunal Especial para

⁹⁹ KRESS, C., *op. cit.*, nota 42, pp. 238-239.

¹⁰⁰ BOSCHIERO, N., *op. cit.*, nota 90, pp. 625, 626 y 636.

¹⁰¹ SLUITER, G., *op. cit.*, nota 45. Destaca la alternativa que plantea Gaeta en el sentido de que el Convenio sobre la Represión y la Sanción del delito de genocidio de 1948 provee de una base alternativa sobre la que sostener la obligación de ejecutar las órdenes de arresto, en GAETA, P., *op. cit.*, nota 89.

¹⁰² KRESS, C., *op. cit.*, nota 42, p. 251.

Sierra Leona, con la diferencia de que en el momento en el que fue adoptada el procesado ya no era presidente de Liberia¹⁰³.

En lugar de desarrollar la vía consuetudinaria, aunque fuera sobre mimbres limitados, la decisión de la Sala II de Cuestiones Preliminares reconoce que el art. 98 (1) del Estatuto está destinado a disuadir a la Corte para que se asegure la cooperación de los Estados no parte mediante la retirada de la inmunidad de sus jefes de Estado. Sin embargo, conforme a la Sala, la Corte no necesitaba obtener la cooperación de Sudán para eliminar las inmunidades de Al Bashir puesto que el Consejo de Seguridad, cuando obliga a Sudán a cooperar y a proveer de la necesaria asistencia a la Corte y al fiscal, «elimina todo impedimento en el proceso ante la Corte, incluyendo la retirada de las inmunidades»¹⁰⁴. La Sala concluye que el requisito del art. 98 (1) del Estatuto ya había quedado asegurado por la Resolución del Consejo de Seguridad que implícitamente retiró las inmunidades concedidas a Omar Al Bashir¹⁰⁵.

A modo de recapitulación, mientras que la Sala I de Cuestiones Preliminares defiende la suspensión de la inmunidad sobre la base de la excepción especial del Derecho internacional consuetudinario, la Sala II decide abandonar la referencia a la costumbre internacional y apoyarse en la Resolución 1593 (2015) del Consejo de Seguridad para concluir que Al Bashir no goza de inmunidad y que la Corte puede requerir a la RDC el arresto del sospechoso sin necesidad de obtener previamente la suspensión de la inmunidad por parte de Sudán conforme al art. 98 (1).

6. CONCLUSIONES

La evolución del Derecho internacional incide de manera inevitable en el alcance de la inmunidad internacional que corresponde a los jefes de Estado. Tan es así que algunos tribunales internacionales sostienen que la inmunidad no cubre la persecución penal internacional contra los jefes de Estado cuando se trata de crímenes internacionales cometidos durante su mandato. En el mismo sentido, una mayoría de la doctrina muestra el acuerdo generalizado en la oportunidad de retirar la inmunidad cuando se trata de la comisión de crímenes internacionales.

Ahora bien, más que otra cosa, tanto las excepciones a la inmunidad en determinadas circunstancias como el deber de cooperar con la CPI constitu-

¹⁰³ *Ibid.*, p. 254. La decisión sobre la inmunidad de jurisdicción se encuentra en: Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Cuestiones Preliminares, *Prosecutor v. Taylor*, SCSL-2003-01-I, 31 de mayo de 2004.

¹⁰⁴ Sala de Cuestiones Preliminares II, *op. cit.*, nota 85, párr. 29.

¹⁰⁵ *Ibid.* En cualquier caso, si el Estado requerido se niega a dar curso a una solicitud de cooperación, la Corte puede remitir la cuestión a la Asamblea de Estados parte o al Consejo de Seguridad [art. 87 (7) del Estatuto], por lo que las controversias relativas a las funciones judiciales de la Corte son dirimidas por ella misma [art. 119 (1) del Estatuto].

yen aún una fuente de incertidumbres jurídicas que dificultan que la misma pueda ejercer plenamente sus funciones.

Corresponde a la Corte interpretar su Estatuto y hacer superar las fricciones existentes entre su art. 27 (la improcedencia del cargo oficial) y su art. 98 (1) (el deber de los Estados de cooperar con la Corte). El primero contiene la llave de entrada a la retirada de la inmunidad, mientras que el segundo representa un posible blindaje frente a la excepción a la inmunidad en función de la interpretación que se haga del precepto. En principio, la inmunidad no impide a la CPI ejercer su jurisdicción (art. 27 del Estatuto), pero la Corte ha de apoyarse en la cooperación de los Estados para arrestar y someter a los sospechosos [art. 98 (1)], por lo que la fuerza evocadora de los términos del art. 27 se comprime en el art. 98 y hace difícil ensamblar ambos preceptos. Este es el problema suscitado precisamente con las órdenes de arresto adoptadas por la CPI contra el jefe de Estado de Sudán. La CPI da inicio al proceso y procede a la fase probatoria exclusivamente sobre la base del art. 27 del Estatuto de Roma. Ahora bien, en el proceso se hace necesaria la presencia del sospechoso, que no se encuentra a su disposición, y es entonces cuando procede aplicar el art. 98.1 del Estatuto y el consiguiente deber de cooperar de los Estados. Además, en este caso concreto, la situación se torna más complicada ya que el deber de cooperar de los Estados pesa sobre un alto cargo cuyo Estado no ha firmado el Estatuto, por lo que el conflicto interestatal es inevitable.

El caso *Al Bashir* muestra cómo la Corte reconoce implícitamente que el art. 98 (1) por sí solo es insuficiente para hacer ejecutar las órdenes de arresto, y por ello recurre tanto al Derecho consuetudinario como al carácter vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad (dependiendo de la composición de la Sala de Cuestiones Preliminares que aborda el caso se recurre a una o a otra base legal). Sin embargo, ambos fundamentos presentan limitaciones y contradicciones desde el punto de vista legal. La solución de la Corte no es del todo eficaz y puede considerarse como tímida, habida cuenta de que si bien con ella consigue aplacar las resistencias de los Estados que no cooperan en el arresto, en absoluto contribuye a preservar ni la autoridad del órgano judicial ni la unidad de criterio interpretativo. A la CPI le falta la audacia suficiente para apoyarse en su Estatuto y desarrollar una interpretación uniforme y propia que dote de contenido a sus competencias.

Los altos funcionarios del Estado podrían seguir gozando de inmunidad si el Estatuto de Roma no dispusiera otra cosa. Sin embargo, todo cambió cuando dicho Estatuto previó el principio de responsabilidad penal universal. Así las cosas, la intención de avanzar hacia el fin de la impunidad de los cargos oficiales queda claramente reflejado en los arts. 27 y 98 (1) del Estatuto de Roma.

Dado que ni los crímenes cometidos ni las órdenes de arresto prescriben, la Corte haría bien en ofrecer una argumentación coherente y convincente que disipara cualquier atisbo de duda en una materia tan sensible como esta,

imposibilitando *de facto* que puedan darse situaciones de impunidad. Una argumentación sólida y concluyente por parte de la CPI serviría igualmente para empoderar a esta institución, a la vez que para dar cumplimiento al propio Preámbulo del Estatuto de Roma que no solo afirma que los crímenes más graves para la comunidad internacional no deben quedar impunes, sino que también llama a intensificar la cooperación internacional con fin de asegurar la acción de la justicia.

RESUMEN

AL BASHIR: ¿EXCEPCIÓN A LA INMUNIDAD DEL JEFE DE ESTADO DE SUDÁN Y COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL?

El artículo analiza los problemas legales con los que se enfrenta la Corte Penal Internacional (CPI) para hacer cumplir las órdenes de arresto dictadas contra el jefe de Estado sudanés Omaar Al Bashir, por la supuesta comisión de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio. El objeto es exponer las dificultades de aplicación práctica de las tres dimensiones normativas que afectan directamente al caso, esto es, la improcedencia del cargo oficial, las excepciones a la inmunidad de los jefes de Estado por la comisión de crímenes internacionales y la obligación de los Estados de cooperar con la CPI. Se analiza hasta qué punto la improcedencia del cargo oficial puede surtir todos sus efectos a la luz del Estatuto de la CPI y frente al jefe de Estado de Sudán, que no es parte en el mismo. En el caso *Al Bashir*, el incumplimiento de los Estados de la obligación de cooperar ha llevado a la Corte a plantear soluciones jurídicas dudosas, algunas en el marco del Derecho consuetudinario, y otras en el marco de la Resolución del Consejo de Seguridad que remite la situación a la Corte. Como conclusión, el artículo cuestiona la autoridad demostrada por la Corte, dada la dispersión de los criterios interpretativos empleados en su argumentación jurídica.

Palabras clave: cooperación con la Corte Penal Internacional, improcedencia del cargo oficial, inmunidad de jurisdicción del jefe de Estado, Sudán, Al Bashir.

ABSTRACT

AL BASHIR: EXCEPTION TO IMMUNITY OF THE SUDANESE HEAD OF STATE AND COOPERATION WITH THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT?

The article examines the legal problems faced by the International Criminal Court in order to make effective the arrest warrants adopted against the Sudanese Head of State Omaar Al Bashir, who allegedly committed war crimes, crimes against humanity and genocide. The aim is to analyse the difficulties in the application of the three normative dimensions directly affecting the case: the irrelevance of the official capacity, the waiver of immunity as regards international crimes, and the duty of States to cooperate with the Court. The study analyses to what extent the irrelevance of the official capacity can achieve its full effects in the light of the Rome Statute and as regards to a Head of State of Sudan, which is not party to the treaty. In *Al Bashir's* case, the non-compliance of States with their duty to cooperate has led the Court to raise doubtful solutions, some of them related to international customary law and others strictly based on the Resolution of the Security Council referral of the situation to the Court. As a conclusion, the article challenges the authority demonstrated by the Court in this field, due to the spread of interpretative criteria used in its legal argumentation.

Keywords: cooperation with the International Criminal Court, irrelevance of the official capacity, immunity of jurisdiction of the Head of State, Sudan, Al Bashir.

RÉSUMÉ

AL BASHIR: EXCEPTION À L'IMMUNITÉ DU CHEF DE L'ÉTAT SOUDANAIS ET COOPÉRATION AVEC LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE?

L'article analyse les problèmes légaux dont la Cour pénale internationale (CPI) a été saisie pour faire accomplir les ordres de détention dictées contre le chef de l'État soudanais Omar Al Bashir par la commission présumée de crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide. L'objet est exposer les difficultés d'application pratique des trois dimensions normatives affectant directement le cas, c'est-à-dire, le défaut de pertinence de la qualité officielle, la renonciation à l'immunité des chefs de l'État par la commission des crimes internationaux et l'obligation des États de coopérer avec la Cour. Il s'agit d'analyser jusqu'à quel point le défaut de pertinence de la qualité officielle peut avoir tous ses effets à la lumière du Statut de la CPI devant une personne dont l'État, Sudan, ne fait partie du même. Dans le cas *Al Bashir*, les raisons données par les États pour ne pas faire effective l'obligation de coopérer ont porté a la Cour à proposer solutions juridiques douteuses, quelques-unes dans l'encadrement du droit coutumier, et d'autres dans l'encadrement de la Résolution du Conseil de Sécurité qui renvoi la situation à la Cour. L'article conclue questionnant l'autorité démontrée par la Cour dans cette affaire, considérant la dispersion des éléments d'interprétation employés dans son argumentation juridique.

Mots-clés: Coopération avec la Cour Pénale Internationale, défaut de pertinence de la qualité officielle, renonciation à l'immunité du Chef de l'État, Soudan, Al Bashir.