

CORTE PENAL INTERNACIONAL Y CRIMEN DE AGRESIÓN: EL LEVANTAMIENTO DE INMUNIDADES MEDIANTE LA REMISIÓN DE ASUNTOS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD

Gloria FERNÁNDEZ ARRIBAS*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CONTROVERTIDA CUESTIÓN RESPECTO A LA EXISTENCIA DE UN DERECHO CONSUECUDINARIO RELATIVO A LA EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE LOS JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO FRENTE A LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES.—2.1. Práctica relativa al no reconocimiento de inmunidad frente a tribunales penales internacionales: diversidad de opiniones.—2.2. Alcance y valor de los tribunales penales internacionales.—2.3. ¿Existe una costumbre relativa a la excepción de inmunidad aplicable a la CPI?—3. INMUNIDADES Y ART. 27 DEL ESTATUTO DE LA CPI.—4. INMUNIDAD DE LOS ESTADOS NO PARTE Y CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL ESTATUTO DE LA CPI.—5. REMISIÓN DE ASUNTOS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD E INMUNIDADES.—5.1. Levantamiento implícito de inmunidad mediante Resolución del Consejo de Seguridad.—5.2. Competencia del Consejo de Seguridad para levantar las inmunidades.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. La cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios extranjeros es actualmente objeto de estudio por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)¹, cuestión necesaria de ser regulada debido a los conflictos que la misma ha generado entre diferentes Estados, y si bien algunos de estos asuntos han sido únicamente tratados o resueltos por las jurisdicciones nacionales², en otros casos, los mismos han llegado a la Corte Internacional de Justicia (CIJ)³.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional público en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (gfernandez@upo.es).

¹ Véase «Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial», A/CN.4/701, 14 de junio de 2016.

² Para un análisis de la numerosa jurisdicción nacional sobre la materia véase «Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», *op. cit.*, nota 1.

³ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Reports 2002, p. 3; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France),

2. En cuanto al trabajo desarrollado por la CDI, el quinto informe apunta hacia el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción penal únicamente a los jefes de Estados y de Gobierno y ministros de Asuntos Exteriores, que por otra parte han sido los casos confirmados por la CIJ⁴. A pesar de lo necesario y clarificador del informe de la CDI, el mismo se centra principalmente en las inmunidades frente a tribunales nacionales, si bien afirma que «los tribunales penales internacionales, incluida la Corte Penal Internacional, han rechazado de forma absoluta la posibilidad de que la inmunidad de los funcionarios del Estado, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, sea oponible ante dichas jurisdicciones»⁵.

3. En todo caso, tal y como señala el informe, la regla de la inoponibilidad de la inmunidad frente a tribunales internacionales no está exenta de controversia⁶, y es este tipo de inmunidad la que será objeto de estudio en este trabajo, concretamente frente a la Corte Penal Internacional (CPI), ya que esta inmunidad ha sido también origen de conflictos entre Estados, entre la CPI y Estados parte y no parte, y entre la CPI y organizaciones regionales.

4. Como es fácil deducir, los supuestos anteriores se refieren al conocido asunto Al Bashir, en el que la Sala de Cuestiones Preliminares emitió órdenes de detención⁷ y solicitudes de colaboración que no han sido cumplidas, lo cual provocó el envío de informes por parte de la CPI al Consejo de Seguridad relativos al incumplimiento de determinados Estados, y en el caso de Jordania concretamente, dio lugar al inicio de un procedimiento debido a la presentación de un recurso⁸ frente a la decisión de incumplimiento y de remisión del asunto a la Asamblea de Estados Partes y al Consejo de Seguridad⁹. Este asunto llevó a que por primera vez la CPI permitiera la presentación de *amicus curiae*¹⁰, que se centraron principalmente en analizar el

Judgment, ICJ Reports 2008, p. 177; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Judgment, ICJ Reports 2012, p. 422. *Immunities and Criminal Proceedings* (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, 6 June 2018. Sin embargo, en este último caso la Corte declara la falta de jurisdicción para pronunciarse sobre la inmunidad de Teodoro Nguema Obiang Mangue, Ministro de Agricultura de Guinea Ecuatorial en el momento en el que se producen los hechos. Véase párr. 143.

⁴ *Arrest Warrant of 11 April 2000*, *op. cit.*, nota 3. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, *op. cit.*, nota 3.

⁵ «Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», *op. cit.*, nota 1, párr. 108.

⁶ *Ibid.*, párr. 164.

⁷ ICC, Pre-Trial Chamber I, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir («Omar Al Bashir»), Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09; Second warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir ICC-02/05-01/09.

⁸ The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the «Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir», No.: ICC-02/05-01/09, 12 March 2018.

⁹ ICC, Pre-Trial Chamber II. Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir. ICC-02/05-01/09-309, 11 December 2017.

¹⁰ ICC, Pre-Trial Chamber II, Order inviting expressions of interest as *amicus curiae* in judicial proceedings (pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence), ICC-02/05-01/09 OA2, 29 March 2018.

reconocimiento o no de la inmunidad de Al Bashir; y que ha culminado con una sentencia por parte de la Sala de Apelaciones que viene a declarar que no existe ninguna norma de Derecho consuetudinario que otorgue inmunidad a Al Bashir frente a la CPI¹¹.

5. Este caso ha dado lugar al planteamiento diversas cuestiones de interés, como las relativas a cuáles serían las obligaciones de los Estados parte y no parte respecto de la decisión del Consejo de Seguridad de remisión del asunto de Sudán a la CPI¹², la diferencia entre inmunidad de jurisdicción y la obligación de cooperar con la Corte, o la naturaleza de la CPI respecto del resto de tribunales internacionales.

6. En este trabajo no nos centraremos exclusivamente en el análisis del caso Al Bashir; aunque debemos reconocer que este sí ha sido el origen del objeto principal de nuestro estudio, el cual consiste en preguntarnos acerca de la viabilidad de la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte, la entrada en vigor de las enmiendas para el ejercicio de la jurisdicción¹³, y precisamente la inclusión del art. 15 ter que permite la remisión de asuntos relativos a crímenes de agresión cometidos por nacionales o en territorio de Estados no parte, en un sistema fuertemente dominado por el reconocimiento de la inmunidad de los jefes de Estado y de Gobierno y otros altos cargos del Estado, que pueden ser los autores materiales de dicho crimen, además de preguntarnos el valor que puede tener en este caso la remisión de un asunto por el Consejo de Seguridad. En este sentido debemos señalar, aunque si bien es de sobra conocido, que la propia naturaleza del crimen de agresión conlleva que el mismo sea cometido por un funcionario del Estado de alto rango, ya que debe de estar en «condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado», por lo que serían personas que vendrían a gozar, en principio, de la mencionada inmunidad internacional.

2. LA CONTROVERTIDA CUESTIÓN RESPECTO A LA EXISTENCIA DE UN DERECHO CONSUECUDINARIO RELATIVO A LA EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE LOS JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO ANTE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

7. Como se ha señalado, el quinto informe de la CDI sobre inmunidades recoge principalmente un análisis de las inmunidades de funcionarios extranjeros respecto de la jurisdicción penal de los tribunales nacionales, si bien realizando también algunas referencias a las inmunidades frente a tribunales internacionales.

¹¹ ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal. ICC-02/05-01/09 OA2. 6 May 2019.

¹² Consejo de Seguridad, Resolución 1593 (2005), de 21 de marzo de 2005.

¹³ Resolución ICC-ASP/16/Res.5. Resolución sobre la activación de la competencia de la CPI respecto del crimen de agresión. 14 de diciembre de 2017.

8. Respecto de la inmunidad *ratione materiae*, la misma ha sido rechazada por algunos tribunales nacionales en relación con la comisión de crímenes internacionales¹⁴ convirtiéndose, según la relatora especial, en costumbre internacional¹⁵. Y esta cuestión es además determinante para el crimen de agresión, siendo este un crimen que únicamente puede cometerse en el ejercicio de cargo oficial. Por otra parte, es necesario precisar también que la relatora especial señala en su informe que no puede determinarse la existencia de una costumbre respecto del no reconocimiento de la inmunidad *ratione personae* frente a los tribunales nacionales en relación con las comisión de crímenes internacionales¹⁶, y tampoco puede hablarse de costumbre internacional respecto del no reconocimiento de inmunidad por la comisión del crimen de agresión frente a tribunales nacionales¹⁷. En todo caso, merece señalarse la reciente decisión del Tribunal de Apelaciones de Kenia que niega el reconocimiento de inmunidad a Al Bashir, considerando que «*we have no doubt that an exception to immunity exists in cases where the individual is responsible for crimes against humanity*»¹⁸.

9. Finalmente, la Sala de Apelaciones de la CPI ha venido a señalar la ausencia de una norma de Derecho consuetudinario que otorgue inmunidad a los jefes de Estado y de Gobierno y que pudiera impedir el ejercicio de jurisdicción por parte de los tribunales internacionales, concretamente de la CPI, independientemente de que el acusado fuese o no nacional de un Estado parte del Estatuto de Corte¹⁹. Esta argumentación será también objeto de análisis ya que, si bien se centra en Derecho consuetudinario tal y como ha hecho parte de la doctrina para negar la inmunidad de Al Bashir, la base del mismo parece ser distinta. En este sentido, mientras que la mayoría de la doctrina consideraba la existencia de una costumbre internacional de no reconocimiento o de excepción de inmunidades de jefes de Estado y de Gobierno ante tribunales penales internacionales, la Sala de Apelaciones concluye por el contrario, sobre la no existencia de una costumbre de reconocimiento de inmunidad ante los tribunales penales internacionales²⁰; por tanto, partiendo de esta conclusión, no sería necesario analizar la inoponibilidad o excepción de dicha inmunidad²¹.

¹⁴ Véase «Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», *op. cit.*, nota 1, párrs. 109-122.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 184.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 240.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 222.

¹⁸ Court of Appeal, Civil Appeal 105 of 2012 & Criminal Appeal 274 of 2011. Judgment 16 February 2018.

¹⁹ ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 113.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Como muestra de ello podemos tomar la argumentación de Claus Kreß en su *amicus curiae*, el cual señala que «*there exists a customary international law exception to the customary international law immunity rights ratione personae of States for the purpose of proceeding before the Court*», ICC, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. ICC-02/05-01/09 OA2. «Written observations of Professor Claus Kreß as *amicus curiae*, with the assistance of Ms Erin Pobjie, on the merits of the legal questions

2.1. Práctica relativa al no reconocimiento de inmunidad frente a tribunales penales internacionales: diversidad de opiniones

10. Centrándonos de nuevo en el análisis de la inmunidad frente a tribunales penales internacionales, a primera vista y tras la sentencia de la Sala de Apelaciones podría resultar fácil concluir acerca del no reconocimiento de inmunidad *ratione materiae* ni *ratione personae* frente a dichos tribunales. Como prueba de ello podrían señalarse también el primer intento de enjuiciamiento de un jefe de Estado en el Tratado de Versalles, concretamente del Kaiser Guillermo II por agresión; el Tribunal de Nuremberg, cuyo Estatuto establecía que el cargo oficial no exoneraría la responsabilidad²²; el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia que inició un procedimiento contra Milošević²³ cuando era jefe de Estado de la República Federal Yugoslava; el Tribunal Especial para Sierra Leona que inició el procedimiento contra Charles Taylor siendo este todavía presidente de Liberia²⁴; el Tribunal Penal Internacional para Ruanda que condenó a Jean Kambanda por crímenes cometidos durante su etapa como primer ministro de Ruanda²⁵, y más recientemente las Cámaras Extraordinarias Africanas creadas para los crímenes cometidos en El Chad y que expresamente señalan que el hecho de que el acusado sea jefe de Estado no exonera la responsabilidad²⁶, así como las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya²⁷. En todo caso, esta tendencia al no reconocimiento de inmunidad parece detenerse con la adopción del Protocolo de Malabo que establece la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, y que reconoce en su art. 46A bis la inmunidad de los jefes de Estado y de Gobierno²⁸, pero

presented in “The Hashemite Kingdom of Jordan’s appeal against the ‘Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir’” of 12 March 2018 (ICC-02/05-01/09-326)», 18 de junio de 2018, p. 3. En sentido contrario, la Sala de Apelaciones establece que «*there is neither State practice nor opinio juris that would support the existence of Head of State immunity under customary international law vis-à-vis an international court*», ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 113.

²² Art. 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, 1945.

²³ TPIY, Prosecutor v. Slobodan Milošević (IT-02-54). Art. 7.2 del Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia, 1993. *Press Release JL/PIU/403-E*, 27 May 1999.

²⁴ Asad. G. Kiyani por otra parte considera que estos casos no formarían un precedente, ya que, por ejemplo, Charles Taylor era jefe de Estado en el momento del procesamiento, pero no estaba en el cargo cuando fue detenido. KIYANI, A. G., «Al-Bashir and the ICC: The problem of head of state and immunity», *CHIN J INT LAW*, vol. 12, 2013, pp. 487-488.

²⁵ ICTR, Prosecutor v. Jean Kambanda, Judgment and Sentence, 4 September 1998.

²⁶ Art. 10.3 Statute of the Extraordinary African Chambers within the Senegalese judicial system for the prosecution of international crimes committed on the territory of the Republic of Chad during the period from 7 June 1982 to 1 December 1990.

²⁷ Art. 29. Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006).

²⁸ Tal y como señala Sergey Sayapin, este artículo y el reconocimiento de inmunidad es aplicable también a los casos de crímenes de agresión, a pesar de estar definido el propio crimen de agresión en el art. 28 (M) (A) del Protocolo de Malabo como un crimen de liderazgo. El reconocimiento de inmunidades dejaría, por tanto, en letra muerta dicho art. 28. SAYAPIN, S., «The Crime of Aggression in the African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights», en JALLOH, C., CLARKE, M. K. y NMEHIELLE, V.

que, por otra parte, podría considerarse que constituye bien una excepción a la práctica desarrollada hasta ahora, bien el inicio de una nueva práctica que pudiera afectar a la costumbre.

11. Estos precedentes han llevado a determinada doctrina a considerar la existencia de una costumbre internacional de no reconocimiento de la inmunidad *ratione materiae* y *ratione personae* ante tribunales penales internacionales, siendo por tanto esta costumbre aplicable al enjuiciamiento de crímenes competencia de la CPI²⁹, tal y como confirmaba la Sala de Apelaciones.

12. En sentido contrario, también se ha señalado que los casos en los que se ha llevado a un jefe de Estado ante los tribunales internacionales son casi inexistentes³⁰. En relación con esta afirmación podríamos señalar que, como establecía el relator especial sobre la «Identificación del Derecho internacional consuetudinario», de entre las conductas que pueden determinar la práctica y *opinión iuris* a la hora de analizar la existencia de una costumbre, se encuentra la práctica relativa a tratados internacionales, además de los actos legislativos³¹, incluyendo también los actos de las organizaciones internacionales³². De este modo, la regulación contenida en los mencionados Estatutos de los tribunales penales internacionales, así como su aplicación, consideramos que podrían venir a confirmar la existencia de dicha práctica, a pesar del reducido número de casos.

13. Continuando con las posiciones contrarias a una práctica relativa al no reconocimiento de inmunidad frente a tribunales penales internacionales, estas también basan su argumento en el hecho de que los tribunales utilizados como precedentes para crear dicha costumbre no tienen la misma naturaleza y, por tanto, no estaríamos ante los mismos precedentes³³. En este

(eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 317.

²⁹ KREICKER, H., «Immunities», en KREB, C. y BARRIGA, S. (eds.), *The Crime of Aggression: A commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 681. Gaeta considera la existencia de dicha costumbre internacional, pero no la considera aplicable en los casos de arresto y entrega. GAETA, P., «Does President Al Bashir enjoy immunity from arrest?», *JICJ*, vol. 7, 2009, núm. 2, pp. 325-326; Claus Kreß y Kimberly Prost por otra parte consideran que dicha costumbre existe respecto de la inmunidad *ratione materiae*, y se plantea la duda de si la misma es aplicable *ratione personae* respecto del procedimiento ante la Corte o también en caso de arresto y entrega. KREB, C. y PROST, K., «Article 98 Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender», en TRIFFTERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Munich, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2008, pp. 1612-1613.

³⁰ KREB, C., «The International Criminal Court and immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute», en BERGSMON M. y YAN, L., *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, pp. 250-258; ABRISKETA URIARTE, J., «Al Bashir: ¿excepción a la inmunidad del jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?», *REDI*, vol. 68, 2016, núm. 1, p. 43.

³¹ Segundo informe sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, relator especial, A/CN.4/672, 22 de mayo de 2014, pp. 26-28 y 66-73.

³² *Ibid.*, pp. 32-35.

³³ DAQUN, L., «Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International law?», en BERGSMON M. y YAN, L., *op. cit.*, nota 30, pp. 64-65; ABRISKETA URIARTE, J., *op. cit.*, nota 30, pp. 24, 27-28.

sentido, se ha señalado que el Tribunal de Nuremberg fue creado por las potencias ocupantes que en ese momento ejercían la jurisdicción y funciones de Estado en Alemania y por tanto, tendría un carácter diferente a los creados con posterioridad³⁴. Por otra parte, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) fueron creados por Resoluciones del Consejo de Seguridad³⁵ dentro de sus funciones relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, a diferencia por ejemplo del Tribunal Especial para Sierra Leona, un tribunal mixto que contó con el apoyo de Naciones Unidas³⁶, pero que no es creación ni es órgano de Naciones Unidas. Por otro lado, se señalan las Cámaras Especiales Africanas, un tribunal regional creado también fuera del ámbito de Naciones Unidas mediante un acuerdo entre la Unión Africana y Senegal³⁷. Y por último la CPI, creada mediante un acuerdo internacional fuera también, podría decirse, del sistema de Naciones Unidas, a pesar de la estrecha relación existente entre ambos, como atestigua el papel del Consejo de Seguridad en dicho tribunal.

14. Respecto de esta posición, consideramos de modo contrario que la naturaleza de los mencionados tribunales sí vendría a ser la misma, estamos ante tribunales penales internacionales, lo que variaría sería el establecimiento de los mismos y su composición. Dicha afirmación permitiría enfocar esta cuestión desde una perspectiva distinta, partiendo del hecho de que todos los tribunales penales internacionales creados hasta la fecha, ya sea mediante acuerdo entre Estados, entre Estados y organizaciones internacionales, o mediante resoluciones de organizaciones internacionales³⁸, han recogido el no reconocimiento de inmunidad o de cargo oficial a fin de eximir la responsabilidad penal, lo que en la práctica señalada anteriormente se ha traducido en el inicio de procedimientos contra jefes o ex jefes de Estado y de Gobierno, en este último caso, por actuaciones cometidas durante el ejercicio del cargo³⁹,

³⁴ MORRIS, M., «High Crimes and Misconceptions: The ICC and non-party States», *Law and Contemporary Problems*, vol. 64, 2001, pp. 37-42. Véase AKANDE, D., «The jurisdiction of the International Criminal Court over nationals of Non-parties; legal basis and limits», *JICJ*, vol. 1, 2003, núm. 3, p. 627.

³⁵ Consejo de Seguridad, Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, y Consejo de Seguridad, Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994.

³⁶ Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, United Nations and Sierra Leone, 16 January 2002, 2178 U.N.T.S. 138 [Agreement].

³⁷ Agreement on the establishment of the Extraordinary African Chambers within the Senegalese Judicial System between the Government of the Republic of Senegal and the African Union and the Statute of the chambers, 22 August 2012.

³⁸ El Proyecto de conclusiones de la CDI sobre identificación de la costumbre de 2018 señala que las resoluciones de las organizaciones internacionales «puede constituir un elemento de prueba para determinar la existencia y el contenido de una norma de Derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo» (conclusión 12, p. 160), si bien es cierto que la doctrina en este ámbito hace especial referencia a las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas. Texto del proyecto de conclusiones sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario, con comentarios, 2018. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70.º periodo de sesiones, A/73/10.

³⁹ William Shabas de otro modo señala la diferencia entre el reconocimiento de cargo oficial y la inmunidad, en referencia al caso Charles Taylor. SHABAS, W., *The International Criminal Court. A com-*

práctica que ha venido a consolidarse mediante la inclusión de la excepción de la inmunidad en el Estatuto de la CPI.

2.2. Alcance y valor de los tribunales penales internacionales

15. Respecto de los tribunales penales internacionales se ha venido a señalar también, que la cuestión determinante sería si dicho tribunal podría ser considerado un órgano de la comunidad internacional que exprese, por tanto, un interés colectivo⁴⁰, siendo aquí donde surgen las dificultades.

16. Es cierto que en este sentido no deberían existir problemas en considerar el TPIY y el TPIR como órganos que representan el interés de la comunidad internacional al ser creados por el Consejo de Seguridad, y lo mismo podría decirse de las Cámaras Extraordinarias Africanas pero a nivel regional, al ser creadas mediante acuerdo con la Unión Africana. El problema principal se encuentra por tanto en la CPI, ya que si bien su Estatuto ha sido ratificado por un gran número de Estados, los mismos han sido considerados por determinada doctrina como no representativos de la mayoría de la población internacional⁴¹. A ello debería añadirse el hecho de que han quedado fuera tres de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, lo cual podría ser determinante para la consideración del tribunal como órgano que expresa un interés colectivo de la comunidad internacional.

17. Frente a esta opinión, podría señalarse que el Estatuto ha sido ratificado por 123 Estados de los 193 Estados miembros de Naciones Unidas⁴², aproximadamente «dos tercios de los componentes de la comunidad internacional» y representantes de todos los grupos geográficos⁴³, y por otra parte, si

mentary on the Rome Statute, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 450. Por otra parte, el Tribunal de Nuremberg sí vino a establecer la relación entre la improcedencia de cargo oficial para determinar la responsabilidad penal y el no reconocimiento de inmunidad, señalando en su interpretación del art. 7 del Estatuto que «*the principle of international law, which under certain circumstances, protects representatives of a state, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law [...] who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of authority of the state if the state authorizing action moves outside its competence under international law*», International Military Tribunal (Nuremberg) Judgment and Sentences, 1 October 1946, *AJIL*, 41, 1947, pp. 172 y 221. En el mismo sentido Chanaka Wickremasinghe considera que dichas disposiciones referidas al ejercicio de cargo oficial sugieren que ni la inmunidad *ratione personae* ni la inmunidad *ratione materiae* impedirán el ejercicio de jurisdicción por parte de los tribunales penales internacionales. WICKREMASINGHE, Ch., «Immunities enjoyed by officials of states and international organizations», en EVANS, M. D. (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 406.

⁴⁰ KREB, C., *op. cit.*, nota 30, pp. 246-247.

⁴¹ DAQUN, L., *op. cit.*, nota 33, p. 65; SHABAS, W., «Obama, Medvedev and Hu Jintao may be Prosecuted by International Criminal Court, Pre-Trial Chamber Concludes», PhD students in Human Rights, <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2011/12/obama-medvedev-and-hu-jintao-may-be.html>.

⁴² Helmut Kreicker considera que «*since the Court has gained widespread acceptance and is so closely connected with the United Nations that it can be considered a court of the international community as a whole*», KREICKER, H., *op. cit.*, nota 29, p. 686.

⁴³ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La Corte Penal Internacional en construcción: Nuevos retos veinte años después de la Conferencia de Roma», *REDI*, vol. 70, 2018, núm. 2, pp. 2011-212. Véase también

bien solo dos de los cinco miembros permanentes son partes, dos miembros del Consejo de Seguridad no partes en el Estatuto sí son signatarios⁴⁴. Por tanto, atendiendo a la representación de la comunidad internacional y no a la población, podría considerarse que la CPI sí vendría a ser una expresión de dicha comunidad internacional, actuando por tanto en nombre de la comunidad internacional en su conjunto⁴⁵.

18. Por otra parte, también se ha considerado que la posibilidad de que el Consejo de Seguridad pueda remitir situaciones a la Corte, así como que haya concluido un acuerdo con la misma ratificando lo establecido en el art. 2 del Estatuto, vendría a demostrar que el mandato de la Corte deriva también de la comunidad internacional⁴⁶.

19. De este modo, determinada doctrina ha llegado a concluir acerca de la existencia de una costumbre internacional de no reconocimiento de la inmunidad respecto de aquellos tribunales que puedan considerarse como órganos representativos de la comunidad internacional⁴⁷, a nivel universal o regional, bien porque hayan sido creados por una organización internacional, o porque del tratado que los crea sean parte un número de Estados suficientemente representativo de la comunidad internacional.

20. Por último, consideramos también necesario realizar una referencia a la propia finalidad del reconocimiento de las inmunidades, ya que si bien las mismas fueron creadas en base al principio de soberanía del Estado, y con la intención de impedir que los Estados a través de sus jurisdicciones nacionales pudieran dificultar el correcto ejercicio de la actividad internacional de un Estado extranjero, dicha situación, tal y como señala Antonio Cassese, no se da respecto de los tribunales internacionales, ya que los mismos actúan de manera independiente respecto de los Estados y conforme a reglas de imparcialidad⁴⁸.

YÁÑEZ BARNUEVO, J. A., «Tribunal Penal Internacional: mesa redonda 5.^a», en *Tutela de los Derechos Humanos*, Madrid, Defensor del Pueblo, 2003, pp. 264-265.

⁴⁴ En todo caso es necesario señalar que Estados Unidos remitió un comunicado al Secretario General de Naciones Unidas informando de su intención de no ser parte en el Estatuto y señalando la inexistencia de obligaciones derivadas de la firma del mismo, https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=ind&mtdsg_no=xviii-10&chapter=18&lang=en#12.

⁴⁵ ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 115.

⁴⁶ KREB, C., *op. cit.*, nota 30, p. 247. Con el fin de recalcar la autoridad y capacidad de la CPI de actuar en nombre de la comunidad internacional, Juan Antonio Yáñez Barnuevo recoge las palabras de Otto Triffterer: «Independientemente del número de Estados parte, esta Corte es establecida bajo los auspicios de la ONU con el objeto de crear una jurisdicción de la comunidad de las naciones sobre los crímenes más graves de conformidad con el Derecho Penal Internacional», YÁÑEZ BARNUEVO, J. A., «Hacia un tribunal de la humanidad: la Corte Penal Internacional», en CARDONA LLORENS, J. (coord.), *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 2002, pp. 826-827.

⁴⁷ KREICKER, H., *op. cit.*, nota 29, p. 686. KREB, C., *op. cit.*, nota 30, p. 254.

⁴⁸ CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 312.

2.3. ¿Existe una costumbre relativa a la excepción de inmunidad aplicable a la CPI?

21. Tomando en consideración la mencionada práctica de los tribunales penales internacionales así como la propia finalidad del reconocimiento de inmunidades a los jefes de Estado y Gobierno, podría llegar a concluirse sobre la existencia de una costumbre internacional relativa a la excepción de inmunidad frente a los tribunales penales internacionales, tal y como señaló en su momento la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI respecto del incumplimiento de Malawi de la orden de detención de Al Bashir⁴⁹, y tal y como ha venido a confirmar, si bien de manera negativa en relación con la no existencia de una costumbre relativa a inmunidades, la Sala de Apelaciones⁵⁰.

22. La existencia de la mencionada costumbre podría a primera vista ser aplicable también a la CPI como tribunal internacional que representa los intereses de la comunidad internacional⁵¹, lo que permitiría el enjuiciamiento de jefes de Estado y de Gobierno de Estados no parte por la comisión de crímenes de agresión.

23. Sin embargo, consideramos que las conclusiones de la Sala de Apelaciones serán objeto de importantes debates principalmente por parte de la doctrina, ya que, tal y como se ha señalado a lo largo de los epígrafes anteriores, existen posiciones muy diversas no solo respecto del reconocimiento o no de inmunidad, sino también respecto de las bases y fundamentos.

24. Por otra parte, se plantea también la cuestión del valor de las inmunidades ante los Estados llamados a colaborar con la Corte a la hora del arresto y entrega no solo de nacionales, sino también de nacionales de terceros Estados no parte. En estos casos es donde entra en juego el conflictivo art. 98.1, que establece que la Corte no requerirá a un Estado la entrega de una persona si conlleva que dicho Estado deba actuar de forma incompatible respecto de sus obligaciones internacionales relativas a inmunidades. De este modo, el Estatuto establece que se deberá obtener en primer lugar la renuncia de dicha inmunidad por parte del tercer Estado afectado, de lo que puede inferirse que se está reconociendo, por tanto, la oponibilidad de dichas inmunidades ante los tribunales nacionales que impedirían la entrega de estas personas a la Corte afectando al ejercicio de competencia de la misma.

⁴⁹ ICC-02/05-01/09-139-Corr, Corrigendum to the 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, párr. 43. Sobre la evolución del criterio de la Corte, véase CERVELL HORTAL, M. J., «¿Qué se juega la Corte Penal Internacional en el conflicto de Darfur?», en GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J., *Darfur, el conflicto inacabable*, Navarra, Aranzadi, 2012, pp. 188-202.

⁵⁰ ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 113 y ss.

⁵¹ En este sentido Helmut Kreicker señala que el art. 27.2 tendría carácter declarativo, al existir ya en Derecho consuetudinario la excepción de inmunidad frente a tribunales penales internacionales. KREICKER, H., *op. cit.*, nota 29, p. 686. Véase también KREI, C. y PROST, K., *op. cit.*, nota 29, p. 1608.

25. En conclusión, consideramos que la existencia de una costumbre internacional relativa a la excepción de inmunidad ante tribunales penales internacionales sigue siendo una cuestión controvertida que no cuenta con una posición unánime por parte de la doctrina, a lo que debe unirse el anteriormente mencionado Protocolo de Malabo, que parece establecer una excepción importante. Sin embargo, entendemos que el reconocimiento de dicha excepción de inmunidad por la vía convencional no plantearía problemas, tal y como analizaremos a continuación.

3. INMUNIDADES Y ART. 27 DEL ESTATUTO DE LA CPI

26. Tal y como se ha señalado, puede resultar actualmente controvertido concluir acerca de la existencia de un Derecho consuetudinario relativo a la excepción de inmunidad frente a tribunales penales internacionales, y concretamente frente a la CPI, de los jefes de Estado y Gobierno. En este sentido, la existencia de dicha costumbre no gozaría de una aceptación unánime por parte de la doctrina⁵², e incluso en los casos en los que la doctrina coincide con la Sala de Apelaciones, los fundamentos son distintos. Por tanto, resulta necesario centrarse en el análisis del propio Estatuto y en las remisiones por parte del Consejo de Seguridad para poder determinar la posible excepción de inmunidad de jefes de Estado y de Gobierno frente a la CPI por la comisión de un crimen de agresión, que en este caso constituye nuestro objeto de estudio.

27. En primer lugar, resulta conveniente señalar que la cuestión de las inmunidades respecto de jefes de Estado y de Gobierno se encuentra especialmente afectada por la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto de la CPI, dado que, acorde con la definición establecida en la Resolución 6 sobre el crimen de agresión y en sus enmiendas a los Elementos de los Crímenes, el mismo es un crimen de liderazgo que solo podrá ser cometido por personas en «condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado que cometió el acto de agresión»; y son estas personas, como señalábamos al inicio de nuestro trabajo, las que habitualmente gozan de inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae*.

28. Como puede deducirse, el reconocimiento de dichas inmunidades haría imposible el ejercicio de la competencia por parte de la Corte. Por ello resulta de especial valor el art. 27 del Estatuto, que regula la improcedencia de cargo oficial para el ejercicio de la competencia y que sería aplicable respecto del crimen de agresión.

29. El art. 27 del Estatuto establece que las inmunidades y normas de procedimiento especiales no impedirán el ejercicio de la competencia por parte de la Corte, por lo que no podrá alegarse la inmunidad *ratione materiae*

⁵² Véanse SHABAS, W., *op. cit.*, nota 39; KIYANI, *op. cit.*, nota 24, y ABRISKETA URIARTE, J., *op. cit.*, nota 30.

y *ratione personae* a fin de evitar el ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión. Esta excepción de inmunidad de los jefes de Estado y de Gobierno en principio no plantearía problema respecto de los Estados parte en el Estatuto, ya que los mismos mediante su ratificación habrían aceptado expresamente la eliminación de las inmunidades.

30. Tampoco debería plantear problema entre Estados parte el art. 98.1, que recoge los límites que supondría la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática a la hora de cumplir con una solicitud de entrega o asistencia a la Corte, ya que una lectura conjunta de los art. 27 y 98, tal y como señala la Sala de Apelaciones⁵³, permitiría concluir una renuncia de la inmunidad por los Estados parte a fin de que la Corte pueda ejercer efectivamente su competencia⁵⁴, para lo cual es necesario la entrega de la persona. Además, debe señalarse que la interpretación del contenido del art. 98 ha llevado a considerar la no aplicación del mismo a los Estados parte⁵⁵.

31. En todo caso, ha venido a plantearse la cuestión de si la renuncia a la inmunidad por parte del Estado que se deriva del art. 27 tiene efectos únicamente frente a la CPI, el llamado efecto vertical, o si por el contrario dicha renuncia a la inmunidad también sería efectiva frente a los tribunales nacionales: efecto horizontal. Esta cuestión resulta de especial importancia debido a que afectaría al ejercicio efectivo del art. 98, que requiere de la colaboración de los tribunales nacionales a fin de proceder a la detención y entrega de una persona a la Corte. Así, en el caso en el que únicamente se reconociese el efecto vertical del art. 27, un jefe de Estado o Gobierno de un Estado parte acusado de la comisión de crimen de agresión, a la hora de ser detenido por otro Estado parte y proceder a su entrega a la Corte podría solicitar ante los tribunales nacionales el reconocimiento de su inmunidad, lo que afectaría negativamente a la posibilidad del ejercicio de competencia por parte de la Corte.

32. La cuestión del efecto vertical y horizontal ha sido tratada especialmente en los mencionados *amicus curiae*, y si bien la mayoría de la doctrina junto con la Fiscalía y la Sala de Apelaciones se ha mostrado favorable al

⁵³ ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párrs. 122 y s.

⁵⁴ Según Claus Kress y Kimberly Prost el valor del art. 27 «would risk to be significantly reduced if not more or less nullified if the general waiver of immunity rights contained therein would not be construed so as to include the State acts of arrest and surrender based on request by the international criminal court», KREß, C. y PROST, K., *op. cit.*, nota 29, p. 1607.

⁵⁵ Sobre la interpretación de estos artículos respecto de su aplicación a Estados parte, véase AKANDE, D., «International Law Immunities and the International Criminal Court», *AJIL*, vol. 98, 2004, núm. 3, pp. 422-426; AKANDE, D., «The legal nature of Security Council Referrals to the ICC and its impact on Al Bashir's immunities», *JICJ*, vol. 7, 2009, pp. 337-339; AKANDE, D., *op. cit.*, nota 34, pp. 640-641; GAETA, P., *op. cit.*, nota 29, pp. 327-329; WIRTH, S., «Immunities, related problems, and article 98 of the Rome Statute», *Crim. L. Forum*, vol. 12, 2001, pp. 452-454; KREß, C., *op. cit.*, nota 30, pp. 236-3-237; «Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», *op. cit.*, nota 1, párr. 164.

reconocimiento de efecto vertical y horizontal del art. 27⁵⁶, las razones expuestas varían.

33. De este modo, se ha considerado que el reconocimiento únicamente del efecto vertical dejaría sin efectos el art. 27, ya que sería poco probable que un Estado, aunque fuese Estado parte, levantase la inmunidad de su propio jefe de Estado o Gobierno o de un jefe de Estado y Gobierno de otro Estado parte⁵⁷.

34. También se ha venido a considerar que la inclusión en el art. 27.2 de la excepción de inmunidad con arreglo a «Derecho interno» sería superflua si el propio art. 27 se estuviese refiriendo solo a los procedimientos ante la Corte, ya que el Derecho nacional no supone una barrera para el ejercicio de la competencia de la CPI⁵⁸. En este sentido, la inmunidad nacional que en un Estado pudiera tener un cargo público, distinto de aquellos a los que conforme a Derecho consuetudinario se ha venido a reconocer inmunidad en el ámbito internacional, no tendría valor ante la CPI, incluso sin necesidad de que se incluyera esta excepción en el art. 27, por lo que dicha inclusión parece apuntar a la eliminación de la inmunidad internacional también ante los tribunales nacionales, que es ante los cuales el reconocimiento de inmunidad conforme a Derecho interno pudiera tener algún valor.

⁵⁶ En sentido opuesto se ha manifestado Roger O'Keefe que se muestra contrario a establecer una diferencia entre la exclusión de la inmunidad a fin de ejercicio de la competencia por parte de la Corte y la inmunidad que se alega ante tribunales nacionales frente a una decisión por parte de un Estado en relación con el arresto y entrega de una persona a la Corte. ICC, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*. ICC-02/05-01/09 OA2. «*Observations by Professor Roger O'Keefe, pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, on the merits of the legal questions presented in "The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the 'Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir" of 12 March 2018 (ICC-02/05-01/09-326)*», 18 de junio de 2018, p. 6.

⁵⁷ ICC, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*. ICC-02/05-01/09 OA2. «*Prosecution Response to the Observations of Eleven Amici Curiae, 16 julio 2018, p. 7; ICC, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*. ICC-02/05-01/09 OA2. *Amicus curiae observations submitted by Prof. Flavia Lattanzi pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence on the merits of the legal questions presented in "The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the 'Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir" of 12 March 2018*», 18 de junio de 2018, p. 8; ICC, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*. ICC-02/05-01/09 OA2. Yolanda Gamarra, «*Amicus Curiae Observations Pursuant To Rule 103 Of The Rules Of Procedure And Evidence On The Merits Of The Legal Questions Presented In The Hashemite Kingdom Of Jordan's Appeal Against The Decision Under Article 87(7) Of The Rome Statute On The Non-Compliance By Jordan With The Request By The Court For The Arrest And Surrender Of Omar Al-Bashir Of 12 March 2018*», 18 de junio de 2018, párr. 16.

⁵⁸ Concepción Escobar Hernández señala claramente que el régimen de inmunidad e inviolabilidad es tanto nacional como internacional, ya que además permite el enjuiciamiento de personas «respecto de las cuales los tribunales nacionales se verían impedidos de actuar», ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Responsabilidad e inmunidad», en GARCÍA ARÁN, M. y GARRIDO LÓPEZ, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 251. Otto Triffterer también considera que el art. 27.2 hace referencia tanto a normas internacionales como nacionales, incluso en el caso de que estas últimas tengan carácter constitucional. TRIFFTERER, O., «Article 27: Irrelevance of Official Capacity», en TRIFFTERER, O., *op. cit.*, nota 29, p. 791. Véase Corte Penal Internacional, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*. ICC-02/05-01/09 OA2, «*Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, Cryer, de Guzman, Lafontaine, Oosterveld, and Stahn*», 17 de junio de 2018, p. 8.

35. Por último, la Sala de Apelaciones partiendo de la afirmación: «*The law does not readily condone to be done through the back door something its forbids to be done through the front door*», establece que no existe razón alguna que impida reconocer el efecto horizontal del art. 27, y señala que la detención de la persona no se llevaría a cabo para ser juzgada ante tribunales nacionales, sino ante la CPI⁵⁹.

36. En todo caso, los mayores conflictos respecto de esta materia se han planteado en relación con los Estados no parte en el Estatuto, ya que los mismos al no haber ratificado dicho documento no han expresado su renuncia a la inmunidad⁶⁰, siendo de aplicación también el art. 98.1. Claro ejemplo de ello es por tanto, el asunto *Al Bashir* y el incumplimiento de Jordania, Estado parte que ha venido a reconocer la inmunidad de Al Bashir en base a que Sudán no es Estado parte.

4. INMUNIDAD DE LOS ESTADOS NO PARTE Y CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL ESTATUTO DE LA CPI

37. Tomando en consideración lo expuesto anteriormente y centrándonos en el crimen de agresión debemos señalar que, como es de sobra conocido, el art. 12 permite el ejercicio de la competencia de la Corte respecto de los crímenes cometidos en territorio de un Estado parte por nacionales o no de Estados parte, y respecto de los crímenes cometidos por nacionales de un Estado parte en territorio o no de un Estado parte. Sin embargo, este ejercicio de la competencia se ve reducido en el caso del crimen de agresión, ya que el art. 15 bis 5 excluye de la competencia de la Corte los crímenes de agresión cometidos por nacionales o en el territorio de Estados no parte. Este límite, en todo caso, no se establece respecto de las remisiones de asuntos por el Consejo de Seguridad ya que, como respecto del resto de crímenes y conforme al art. 15 ter, podrá remitir asuntos relativos a crímenes de agresión cometidos en territorio de Estados no parte y por nacionales de Estados no parte⁶¹.

38. Refiriéndonos de nuevo a la cuestión del ejercicio de la competencia por parte de la Corte respecto del presidente de Sudán, tal y como se ha señalado, la doctrina ha mantenido posiciones diversas, desde el reconocimiento de la inmunidad *ratione personae* independientemente de que el asunto haya sido remitido por el Consejo de Seguridad; al no reconocimiento de inmunidad, bien en base a la remisión del asunto por el Consejo de Seguridad y la obligación de colaboración que establecía, bien por la existencia de una costumbre internacional que no reconoce inmunidad frente a tribunales penales internacionales.

⁵⁹ ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 127.

⁶⁰ Véase ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, nota 58, pp. 253-254.

⁶¹ PIERNAS LÓPEZ, J. J., «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma», *AEDI*, vol. 26, 2010, p. 294.

39. En todo caso, respecto del crimen de agresión consideramos que, de entre las distintas opciones planteadas por la doctrina, la remisión de un asunto por el Consejo de Seguridad debe ser valorado en profundidad y puesta en conexión con la regulación del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte.

40. En este sentido, como mencionábamos anteriormente, el art. 15 bis del Estatuto restringe el ejercicio de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión, ya que no se podrá remitir un asunto por un Estado miembro o *motu proprio* contra un nacional de un Estado no parte o por un crimen cometido en el territorio de un Estado no parte. Tampoco, en caso de remisión por Estado parte o *motu proprio*, podrá ejercer la competencia respecto de crímenes cometidos por nacionales de un Estado parte que haya declarado expresamente que no acepta la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión (art. 15 bis 4). Y por último, tampoco podrá remitirse en los supuestos en los que el Estado parte no haya ratificado las enmiendas establecidas en Kampala⁶².

41. Pero esta regulación no deja completamente fuera de la competencia de la Corte los crímenes cometidos por nacionales o en territorio de Estados no parte, y los cometidos por Estados parte que no hayan aceptado la competencia de la Corte o que no hayan ratificado las enmiendas. En este sentido, el art. 15 ter no excluye dicha posibilidad en caso de remisión de un asunto por el Consejo de Seguridad, y de manera expresa, respecto de los Estados parte que no han aceptado la competencia de la Corte, tal y como se recoge en los Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto.

42. Por tanto, se plantean dos situaciones: en primer lugar, la de los Estados parte en el Estatuto que no han ratificado las enmiendas, o que conforme al art. 15 bis 4 declararon que no aceptaban la competencia de la Corte en relación con el crimen de agresión. Respecto de estos Estados y en los casos de remisión de un asunto por el Consejo de Seguridad, los Entendimientos dejan claro que la Corte podrá ejercer la competencia, limitando en este sentido la reserva realizada por los Estados parte. En este supuesto la cuestión de la inmunidad no debería plantear problemas, ya que la reserva del Estado es en relación al ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión, no respecto del art. 27 del Estatuto, por lo que en el momento en el que la Corte estuviese autorizada para ejercer su competencia respecto de este crimen entraría en juego el art. 27 del Estatuto.

43. El problema en todo caso se plantearía en los casos de remisión por el Consejo de Seguridad de asuntos relativos a Estados no parte o nacionales de Estados no parte. Como se ha señalado previamente, mientras que el art. 15 bis prohíbe expresamente la remisión de estos asuntos por Estados

⁶² Respecto de la interpretación negativa del art. 121.5, véase FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., «Entrada en vigor y ejercicio por la Corte Penal Internacional de la jurisdicción sobre el crimen de agresión», *REEI*, vol. 25, 2013, pp. 22-23.

parte o *motu proprio*, el art. 15 ter no hace mención alguna a dicha prohibición, lo que nos llevaría a entender que se mantiene la regla general que permite la remisión de un asunto por el Consejo Seguridad respecto de Estados no parte o nacionales de Estados no parte.

44. En relación con esta conclusión deberíamos señalar que en los Entendimientos solo se hace referencia expresa y se autoriza la remisión por el Consejo de Seguridad de asuntos referidos a Estados parte que han realizado la reserva conforme al art. 15 bis 4, no existiendo referencia alguna como decimos a las remisiones por parte del Consejo de Seguridad respecto Estados no parte, lo que podría llevar a la conclusión de que quedarían fuera de la competencia de la Corte en casos de crimen de agresión. En este sentido, esta referencia expresa a Estados parte que han realizado la reserva se hace necesaria debido al carácter excepcional de dicha situación, que no se da respecto del resto de crímenes, por lo que resulta imprescindible señalar que, en todo caso y a pesar de la reserva, el Consejo de Seguridad podrá remitir dichos asuntos. Esta precisión no sería necesaria por otra parte respecto de los Estados no parte, ya que quedarían dentro de la regla general de remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad.

45. Una vez aclarada la posibilidad de remisión de un asunto relativo al crimen de agresión por el Consejo de Seguridad, es necesario determinar el valor que tienen las inmunidades en este caso, ya que como venimos señalando se trata de un crimen de liderazgo cometido por cargos del Estado que gozan de inmunidad *ratione personae* durante el ejercicio de su cargo, y de un crimen que solo puede ser cometido en el ejercicio de funciones oficiales, por lo que podrían gozar de inmunidad *ratione materiae*.

46. De este modo, a pesar de que la Sala de Apelaciones ha venido a establecer la no existencia de una costumbre internacional de reconocimiento de inmunidad ante los tribunales internacionales, dicha posición no es ampliamente compartida por la doctrina, lo que unido al hecho de que las inmunidades frente a los tribunales nacionales conforme al art. 98.1 podrían ser oponibles en casos de detención y entrega a la CPI de nacionales de Estados no parte, el enjuiciamiento de este crimen en los casos de remisión por el Consejo de Seguridad de actos de agresión cometidos en territorio de Estados no parte o por nacionales de Estados no parte vendría a ser imposible, salvo que el propio Estado del que es o ha sido jefe de Estado o de Gobierno el acusado levantara la inmunidad.

47. Esta última posibilidad resultaría altamente improbable si el acusado estuviese en el ejercicio del cargo, e incluso en el caso en que hubiese cesado, ya que en primer lugar, en caso de que el Estado hubiese considerado probable la comisión de dicho crimen podría haber incoado un procedimiento nacional contra el acusado⁶³ y, en segundo lugar, se trata de un crimen

⁶³ En caso de que dicho crimen fuese objeto de regulación penal en el ámbito interno, véase KREß, C. y BARRIGA, S., *op. cit.*, nota 29.

con un importante carácter político que conllevaría poner en tela de juicio la propia política del Estado⁶⁴.

48. Por tanto, cabe plantearse qué sentido tendría permitir al Consejo de Seguridad la remisión de un asunto relativo a crimen de agresión respecto de Estados no parte y nacionales de Estados no parte, cuando las posibilidades de ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte son prácticamente nulas. Dada esta situación, consideramos que resulta necesario analizar el papel que pueden jugar las resoluciones de remisión de asuntos por parte del Consejo de Seguridad en el levantamiento de inmunidades de los jefes de Estado y de Gobierno.

5. REMISIÓN DE ASUNTOS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD E INMUNIDADES

49. Respecto de la remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad y el respeto a las inmunidades, la doctrina también ha tomado posiciones diversas, señalando algunos que la remisión por el Consejo de Seguridad conlleva el levantamiento de inmunidad y pone al Estado en la misma posición que los Estados parte⁶⁵; o por el contrario, que la remisión por parte del Consejo de Seguridad únicamente tiene el valor de activar el ejercicio de la competencia de la Corte, por lo que el resto de obligaciones establecidas en el Estatuto para los Estados parte no serían de aplicación a los Estados no parte, aplicándose el régimen general de inmunidades existente en Derecho internacional y el art. 98 del Estatuto⁶⁶.

⁶⁴ Esta cuestión queda claramente reflejada en palabras de Antonio Remiro Brotons: «La diseminación fatal de la culpa del agresor al Estado, a sus instituciones, a sus ciudadanos, que probablemente consintieron, autorizaron o jalearon sus actos frente a enemigos tradicionales, tiene un efecto disuasorio, no solo sobre la administración de justicia, sino sobre la misma previsión legal», REMIRO BROTONS, A., «Crimen de agresión, crimen sin castigo», *Política Exterior*, 2005, núm. 108, p. 154.

⁶⁵ AKANDE, D., *op. cit.*, nota 55, p. 342; KREB, C., *op. cit.*, nota 30, p. 242; ICC, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. ICC-02/05-01/09 OA2. «*Amicus Curiae observations pursuant to rule 103 of the rules of procedure and evidence on the merits of the legal questions presented in the Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir of 12 march 2018*» (Professor Nicholas Tsagourias), 9 de junio de 2018, p. 6; ICC, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. ICC-02/05-01/09 OA2. «*Amicus curiae observations of Prof. Annalisa Ciampi pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence*», 18 de junio de 2018, p. 7. Este argumento también fue defendido por la Sala de Cuestiones Preliminares en su decisión respecto del incumplimiento de Jordania. Pre-Trial Chamber II. Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan, *op. cit.*, nota 9, párrs. 38-40. Por otra parte, la Sala de Apelaciones precisa esta afirmación estableciendo que: «*The Appeals Chamber underlines that this does not make Sudan a State Party to the Rome Statute [...] It simply means that the applicable cooperation regime is that for States Parties*». ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 142.

⁶⁶ DAQUN, L., *op. cit.*, nota 33, p. 72; The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. ICC-02/05-01/09 OA2. «*Observations by Professor Paola Gaeta as amicus curiae on the merits of the legal questions presented in the Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the "Decision under Article 87 (7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir" of 12 March 2018*», 18 de junio de 2018, p. 6.

50. En lo referido a la aplicación del art. 98 y su relación con el art. 27, consideramos necesario realizar algunas precisiones. Si bien el art. 27 conlleva el no reconocimiento de inmunidades de nacionales de Estados parte frente a la CPI y frente a tribunales nacionales, el art. 98 viene a exigir que la Corte no dé curso a una solicitud de entrega si el Estado que debe realizarla se viese obligado a incumplir con sus obligaciones relativas al reconocimiento de inmunidades. Este art. 98 exige por tanto, que previamente se haya obtenido un levantamiento o renuncia a la inmunidad.

51. En relación con los Estados parte del Estatuto, como ya se ha señalado, esta renuncia a la inmunidad se ha llevado a cabo mediante la ratificación del Estatuto y la aceptación del art. 27; por tanto, el art. 98 solo será aplicable respecto de Estados no parte. De este modo, tal y como se ha manifestado, la inmunidad de los jefes de Estado y Gobierno de Estados no parte podría ser en principio oponible ante los tribunales nacionales, dificultando de este modo la detención y entrega de personas a la Corte y en consecuencia dificultando o impidiendo el ejercicio de la competencia por parte de la misma.

52. En todo caso, la obligación que recoge esta disposición es para la Corte, al establecer que será esta la que no dará curso a la solicitud, por lo que se plantea la cuestión de cuál sería la obligación del Estado en el caso en que la Corte diera curso a dicha solicitud. En este sentido, del art. 98 no puede inferirse un Derecho de un Estado parte a negarse a dar cumplimiento a dicha solicitud por considerar que podría incumplir con sus obligaciones internacionales; de hecho, el art. 86 del Estatuto obliga a los Estados parte a cooperar plenamente con la Corte. De este modo el Estado parte debería, bien decidir entre el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de carácter consuetudinario relativas a la inmunidad, o el incumplimiento de sus obligaciones respecto del Estatuto de la Corte⁶⁷. Y es aquí donde adquieren especial relevancia las resoluciones del Consejo de Seguridad y la posibilidad de que las mismas levanten la inmunidad de los jefes de Estado o de Gobierno, lo que podría permitir al Estado cumplir con sus obligaciones para con la Corte sin violar sus obligaciones consuetudinarias relativas a la inmunidad.

53. La solución dada por la Sala de Apelaciones ha sido en todo caso diferente y sin apenas referencia a la posibilidad de que las resoluciones del Consejo de Seguridad pudieran levantar las inmunidades. La Sala de Apelaciones basa su argumentación en la obligación de Sudán de «cooperar plenamente» con la Corte establecida en la Resolución del Consejo de Seguridad 1593 (2005). Dicha obligación de «cooperar plenamente» conlleva la

⁶⁷ Si bien es cierto que, como señala Concepción Escobar Hernández, el art. 98 es «una cláusula de salvaguardia que permitirá a los Estados parte afectados por la misma liberarse de alguna de las obligaciones derivadas del Estatuto de Roma, siempre en el marco de los principios de justicia definidos en el Estatuto y de conformidad con las reglas de Derecho internacional general aplicables». ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz», *Revista Internacional de Filosofía Política*, vol. 21, 2003, p. 21.

aplicación del régimen de cooperación que tienen los Estados parte, ya que el art. 86 aplicable a los mismos, establece del mismo modo la obligación de «cooperar plenamente». Así, y atendiendo a que los arts. 86 y siguientes deben interpretarse a la luz del art. 27, según la Sala de Apelaciones no existirían razones que impidieran considerar la aplicación del art. 27.2 a Sudán, entendiendo por tanto, que las inmunidades que Sudán pudiera tener conforme a Derecho internacional frente a otro Estado no impedirían el ejercicio de la competencia por parte de la Corte⁶⁸.

5.1. Levantamiento implícito de inmunidad mediante Resolución del Consejo de Seguridad

54. Una vez señalada brevemente la relación existente entre ambos artículos y su posible interpretación, así como la solución ofrecida por la Sala de Apelaciones, consideramos que la vía de levantamiento de inmunidades mediante remisiones del Consejo de Seguridad resulta la más adecuada debido a lo forzado, entendemos, de la argumentación de la Corte para aplicar el art. 27.2 a Sudán, haciendo depender la competencia de la Corte de la inclusión de la fórmula «cooperar plenamente».

55. Para analizar la relación entre las remisiones de asuntos por el Consejo de Seguridad y el levantamiento de inmunidad, resulta de nuevo necesario referirnos al asunto Al Bashir, que en todo caso ha planteado la cuestión no solo respecto del no reconocimiento de inmunidades recogido en el art. 27, sino también respecto del reconocimiento de inmunidades recogido en el art. 98.

56. En primer lugar, y en cuanto a la obligación de cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Seguridad, en el asunto Al Bashir queda claro que la misma fue adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta; por tanto, la controversia que pudiera surgir respecto de la obligatoriedad de la misma, así como la necesidad de que las remisiones se hagan en base a dicho capítulo⁶⁹, deberían en principio quedar descartadas.

57. En todo caso, tal y como indicó la CIJ en el asunto Namibia:

«(i) in view of the powers under Article 25, the question whether they have been in fact exercised is to be determined in each case, having regards to the terms of the resolution to be interpreted, the discussion leading to it, the Charter provisions invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution of the Security Council».

Por tanto, la cuestión a analizar en el asunto que nos ocupa será la relativa al contenido de dicha resolución y los poderes del Consejo de Seguridad.

⁶⁸ ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párrs. 135-143.

⁶⁹ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La Corte Penal Internacional (CPI) y el Consejo de Seguridad», *AEDI*, vol. 18, 2002, p. 29.

58. Respecto del contenido de la resolución, si bien es cierto que la misma no hace mención expresa la eliminación de las inmunidades, ello no permite descartar que la inmunidad se pueda considerar eliminada atendiendo a la finalidad de dicha resolución. De hecho, es necesario mencionar que la resolución tiene su origen en el informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre las transgresiones del Derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos en Darfur⁷⁰, en el cual se señala como responsable de los crímenes al gobierno de Sudán y a altos cargos del gobierno⁷¹, además de señalar que la remisión del caso a la CPI sería el procedimiento más adecuado debido a que los responsables de los crímenes eran personas que disfrutaban de «*authority and prestige in the country and wielding control over the State apparatus*», y que «*only the authority of the ICC, backed up by that of the United Nations Security Council, might compel both leading personalities in the Sudanese Government*»⁷². Resulta por tanto fácil de prever, que uno de estos altos cargos pudiera ser el propio presidente de Sudán.

59. En este sentido, si mediante la remisión del asunto a la Corte, el Consejo de Seguridad pretendía poner fin a la impunidad por dichos crímenes, el enjuiciamiento tanto del jefe de Estado así como de otros altos cargos del gobierno sudanés susceptibles de ser beneficiarios de inmunidad internacional sería una actuación necesaria, infiriendo de este modo que el Consejo de Seguridad estaba retirando la inmunidad del presidente a fin de que la Corte pudiera ejercer su competencia respecto de la comisión de crímenes internacionales en Darfur. Así, en aplicación del principio general del efecto útil⁷³, no tendría sentido remitir un asunto a la Corte que pudiera conllevar el enjuiciamiento de un jefe de Estado u otros altos funcionarios, y que a la vez se les reconociera la inmunidad dejando sin efectos prácticos la remisión del asunto, hecho que podría darse perfectamente en los casos en los que el Consejo de Seguridad remitiera asuntos relativos la comisión de crímenes de agresión, dejando por tanto sin valor dichas remisiones.

60. Si bien somos partidarios de la interpretación anterior, señalaremos que a favor de esta opción de eliminación de la inmunidad de forma implícita⁷⁴ se ha venido a tomar también como base la obligación de Sudán de «coo-

⁷⁰ Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General. Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004. Geneva, 25 January 2005.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 4-5.

⁷² *Ibid.*, p. 145.

⁷³ Amicus curiae Prof. Annalisa Ciampi, *op. cit.*, nota 65, pp. 9-10.

⁷⁴ Contrario a la derogación implícita se encuentra Roger O'Keefe, que hace referencia a asuntos ante el TEDH en el que se ha requerido derogación explícita de derechos, si bien los mismos se encontraban dentro del ámbito de los derechos humanos. Amicus Curiae Professor Roger O'Keefe, *op. cit.*, nota 56, p. 13. En todo caso, tal y como señala Talita de Souza Dias, la inmunidad no se encuentra dentro del ámbito de los derechos humanos, de hecho podría afirmarse que se encuentra más relacionada con la protección del Estado que con la protección de la persona. DE SOUZA DIAS, T., «The "Security Council Route" to the Derogation from Personal Head of State Immunity in the Al-Bashir Case: How Explicit must Security Council Resolution be?», *EJIL TALK*, 19 de septiembre de 2018, <https://www.ejiltalk.org/>

perar plenamente con la Corte», establecida en la Resolución 1593 (2005), y que la Sala de Apelaciones utilizaba para determinar la no existencia de inmunidades y, por tanto, lo innecesario de proceder al levantamiento de la inmunidad⁷⁵. A pesar de que hemos señalado la necesidad de no hacer depender el no reconocimiento de inmunidades de la inclusión de dicha fórmula en la resolución, consideramos interesante el análisis de cómo la obligación de cooperar plenamente puede fundamentar también el levantamiento de inmunidades.

61. En este sentido se ha señalado que la práctica del Consejo de Seguridad ha sido la de realizar reconocimientos expuestos en los casos en los que se manifestaba a favor de mantener la inmunidad, además de ser práctica también del Consejo de Seguridad el pronunciarse de manera sucinta en los casos en los que emitían órdenes especialmente «sensibles», no siendo necesario en este caso remarcar el cumplimiento del art. 27 del Estatuto⁷⁶. Por otra parte, cuando el Consejo de Seguridad obligó a los Estados a colaborar con los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, utilizó la misma expresión: «Cooperar plenamente», lo que conllevaba también el no reconocimiento de inmunidades⁷⁷.

62. Pero el análisis e interpretación del valor de las resoluciones del Consejo de Seguridad en casos de remisión de asuntos a la Corte ha ido más allá de la consideración de levantamiento implícito de la inmunidad, ya que se ha venido a señalar también que mediante la mencionada resolución el Consejo de Seguridad situaría a Sudán en la misma posición que un Estado parte del Estatuto respecto de las obligaciones recogidas en el mismo⁷⁸.

63. Esta cuestión es también de especial interés en los casos de remisión por el Consejo de Seguridad relativas a la comisión de crímenes de agresión cuando son cometidos en territorios de Estados no parte o por nacionales de Estados no parte. En este sentido debemos entender que, si bien la Resolución del Consejo de Seguridad no convierte al tercer Estado en Estado parte, principalmente la autorización para el ejercicio de la competencia, y en caso de que la resolución lo incluya, la obligación de «cooperar plenamente» conllevarían la aplicación del Estatuto de manera indirecta. De este modo, en base a la Resolución del Consejo de Seguridad, la Corte aplicaría las disposiciones del Estatuto respecto del tercer Estado en cuestión a fin de poder llevar a cabo la investigación y posible enjuiciamiento de los crímenes⁷⁹, de otro modo no sería posible el ejercicio de la competencia por parte

ejiltalk.org/the-discussion-of-the-security-council-roots-to-the-derogation-from-personal-immunities-in-the-al-bashir-case-how-explicit-must-security-council-resolutions-be/.

⁷⁵ ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 146.

⁷⁶ Amicus Curiae Professors Robinson, Cryer, de Guzman, Lafontaine, Oosterveld, and Stahn, *op. cit.*, nota 58, pp. 5-6.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Amicus Curiae Professor Nicholas Tsagurias, *op. cit.*, nota 65, p. 6.

⁷⁹ AKANDE, D., *op. cit.*, nota 55, pp. 340-341.

de la Corte, dejando sin efecto las remisiones por el Consejo de Seguridad conforme al art. 15 ter.

5.2. Competencia del Consejo de Seguridad para levantar las inmunidades

64. Respecto de la cuestión relativa a la competencia del Consejo de Seguridad para levantar la inmunidad de un jefe de Estado o de Gobierno, cuestión que consideramos de nuevo esencial para dar efectividad a las remisiones del Consejo de Seguridad relativas a la comisión de crímenes de agresión, se ha señalado que el Consejo de Seguridad no tiene competencia para alterar los procedimientos recogidos en el instrumento constitutivo de otra organización⁸⁰.

65. Si bien hay precedentes en los que el Consejo de Seguridad ha adoptado medidas que requerían por parte de los Estados dejar sin aplicación obligaciones establecidas en tratados internacionales⁸¹, y ello en base al art. 103 de la Carta⁸², consideramos que en este caso la cuestión no se centra en dejar sin efectos o alterar las disposiciones del Estatuto de la Corte, concretamente el art. 98, sino en si el Consejo de Seguridad mediante la remisión del asunto estaría levantando la inmunidad y pidiendo a los Estados cumplir con su resolución y, por tanto, con las obligaciones contraídas como miembros de Naciones Unidas; todo ello, frente a una norma de Derecho consuetudinario relativa a la inmunidad de jefes de Estado y de Gobierno que pudiera ser contraria a las anteriormente mencionadas obligaciones⁸³.

⁸⁰ GAETA, P., *op. cit.*, nota 29, p. 331; ABRISKETA URIARTE, J., *op. cit.*, nota 30, pp. 42-43. En todo caso como señaló el TPIY: «*The Security Council has broad discretion in exercising its authority under Chapter VII*», y haciendo referencia a los trabajos preparatorios de la Carta recogía la Declaración del Relator del Comité III/3 en la que se establecía la libertad del Consejo de Seguridad para determinar los medios que deben ser aplicados, con el único límite de que fuesen acorde con los objetivos y principios de Naciones Unidas. *Prosecutor v. Dusko Tadic A/K/A «Dule»*, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 de agosto de 1995, TPIY 1995, párr. 7.

⁸¹ Cuando se toman en consideración los límites del Consejo de Seguridad para adoptar medidas y permitir u obligar al incumplimiento de normas internacionales, se entiende que las mismas no podrán conllevar violaciones de derechos humanos, derecho humanitario o elementos esenciales de la soberanía del Estado como el derecho a existir. ÁLVAREZ, J., «Judging the Security Council», *AJIL*, vol. 90, 1996, p. 17. Véase también *Nada v. Switzerland*, núm. 10593/08, Concurring Opinion of Judge Malinverni, par. 15, TEDH 2008; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Provisional Measures*, Order of 13 September 1993, ICJ Reports 1993, Separate opinion of Judge *ad hoc* Lauterpacht, pp. 440-441.

⁸² WHITE, N. D. y ABASS, A., «Countermeasures and sanctions», en EVANS, M. D., *op. cit.*, nota 39, p. 556; CONFORTI, B., *Le Nazioni Unite*, Milan, CEDAM, 2000, p. 284. Véase *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ Reports 1992, párr. 37.

⁸³ En este sentido, Bernd Martenczuk afirma que: «*To the extent that this is necessary to remove a threat to international peace, the Council may therefore set aside the rights under general international law of any state*», MARTENCZUK, B., «The Security Council, the International Court and judicial review: what lessons from Lockerbie?», *EJIL*, vol. 10, 1999, p. 545.

66. En este sentido, y considerando que el Consejo de Seguridad estaría eliminando la inmunidad mediante su resolución de remisión, el art. 98 no sería de aplicación puesto que la persona reclamada por la Corte no gozaría de inmunidad, de modo que no sería necesario que la Corte debiera obtener la cooperación del tercer Estado del cual es nacional el sujeto reclamado renunciando a la inmunidad del mismo, tal y como establece el art. 98.1⁸⁴.

67. Continuando con la mencionada capacidad del Consejo de Seguridad para levantar las inmunidades de jefes de Estado y de Gobierno para que un tribunal pueda ejercer su jurisdicción, consideramos que ya existen también claros precedentes en lo relativo al levantamiento de inmunidades ante tribunales internacionales, como el TPIY o el TPIR. Estos tribunales fueron creados mediante resoluciones del Consejo de Seguridad en las que se aprobaba el Estatuto de los mismos, los cuales contienen la improcedencia de cargo público como eximente de responsabilidad penal. Por tanto, los Estatutos no recogían un levantamiento expreso de inmunidades, simplemente confirmaban la responsabilidad penal de los autores de los crímenes independientemente de su cargo. Esta cuestión se ha traducido en la práctica, tal y como señalábamos, en el no reconocimiento de inmunidad a los jefes de Estado y de Gobierno tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, como demostraban los ya mencionados casos Milošević y Kambanda.

68. Pero el levantamiento de inmunidades ante tribunales nacionales también ha tenido reflejo en los Estatutos del TPIY y TPIR, que establecían la obligación de los Estados de cooperar con la Corte en la detención y entrega de personas, lo cual venía a traducirse de nuevo en la práctica en el no reconocimiento de inmunidades ante tribunales nacionales; de hecho, ni Milošević ni la República Federal Yugoslava impugnaron la legalidad de la orden de arresto emitida por el TPIY en base a la inmunidad⁸⁵.

69. Por otra parte, consideramos también necesario preguntarnos si en relación con los tribunales penales internacionales sería aplicable la afirmación de la CIJ que establece que, mientras que la inmunidad de jurisdicción penal es una cuestión de carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de Derecho sustantivo y por tanto, el reconocimiento de responsabilidad penal no implicaría el levantamiento de inmunidad⁸⁶. De ser así, y dado que en los Estatutos de los tribunales penales internacionales, exceptuando el de la CPI como señalaremos, no se establecen levantamientos expresos de inmunidad, sino reconocimiento de responsabilidad penal

⁸⁴ Véase AKANDE, *op. cit.*, nota 55, p. 342. En todo caso, Cesáreo Gutiérrez Espada señala que la Corte podría verse investida de poderes adicionales mediante resoluciones del Consejo de Seguridad, alguna de las cuales podrían venir por la «vía de imponer obligaciones de cooperación añadidas a las que se establecen en el Estatuto». GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Luces y sombras del Tribunal Penal Internacional», *Carthaginensia: Revista de estudios e investigación*, vol. 29, 2000, p. 95.

⁸⁵ GAETA, P., *op. cit.*, nota 29.

⁸⁶ ICJ Arrest Warrant, párr. 60.

del individuo con independencia de su cargo⁸⁷, los Estados habrían tenido siempre en sus manos la posibilidad de recurrir a la mencionada premisa, dejando sin efecto la competencia de los tribunales penales internacionales en relación con personas que ocupan cargos asociados a reconocimiento de inmunidad internacional, y haciendo efectiva dicha inmunidad como cuestión de carácter procesal. Señalábamos en todo caso que en el supuesto de la CPI la cuestión podría ser diferente, dado que el art. 27 del Estatuto, además de no reconocer expresamente la inmunidad, apunta al carácter procesal del no reconocimiento al señalar que las inmunidades no podrán impedir el ejercicio de competencia de la Corte, una cuestión esta de carácter procesal. En todo caso, y como mencionábamos anteriormente, no se trataría de que el Consejo de Seguridad mediante su resolución de remisión a la CPI estuviese eliminando el eximente de responsabilidad penal a los cargos públicos, sino de manera implícita levantando la inmunidad tanto *ratione personae* como *ratione materiae* asociada al cargo público, y tanto ante la CPI como ante los tribunales nacionales.

70. Una vez señalada la capacidad del Consejo de Seguridad para levantar de manera implícita la inmunidad de los jefes de Estado y de Gobierno mediante las resoluciones que establecieron los estatutos de tribunales penales internacionales, la misma capacidad debería reconocerse respecto de la remisión de asuntos a la CPI. En este sentido, una de las finalidades de la creación de la CPI fue dejar a un lado el establecimiento de tribunales *ad hoc*, entre ellos, los creados mediante resoluciones del Consejo de Seguridad. De este modo, y a pesar de que la CPI no es un órgano de Naciones Unidas, se recogió en el Estatuto la posibilidad de que el Consejo de Seguridad remitiera asuntos incluso respecto de Estados no parte en el Estatuto, sustituyendo así la creación de estos tribunales *ad hoc* pero manteniendo el papel fundamental que el Consejo de Seguridad ha tenido en la persecución y enjuiciamiento de crímenes internacionales.

71. Por tanto, si el Consejo de Seguridad tenía capacidad y competencia para eliminar las inmunidades cuando creaba tribunales *ad hoc* mediante sus resoluciones en virtud del Capítulo VII de la Carta, y debemos señalar que no lo hacía de manera expresa, dicha capacidad y competencia debería ser la misma cuando, en sustitución a la creación de dichos tribunales, remite el asunto a la CPI a través de una resolución y actuando también en virtud del Capítulo VII de la Carta.

6. CONCLUSIONES

72. La controvertida cuestión de las inmunidades internacionales ha llegado de manera conflictiva a la CPI, afectando a la propia efectividad y ca-

⁸⁷ Art. 6 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona. Art. 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Art. 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

pacidad de la Corte para poder ejercer su competencia, la cual va unida a la necesidad de colaboración de los Estados parte y también a la confianza que la misma debe generar.

73. Las discusiones acerca de la inmunidad de jefes de Estado y de Gobierno se han centrado no solo en relación con Estados no parte, sino que en algunos casos ha llegado a alcanzar también a los propios Estados parte, una cuestión que debía considerarse superada debido a la inclusión del art. 27. A pesar de ello, una interpretación del art. 27 junto con el art. 98, a nuestro entender fuera completamente del objeto y fin del Estatuto, habría llevado a determinada doctrina a considerar incluso la necesidad de renuncia de la inmunidad de los Estados parte sobre sus nacionales para que la Corte pudiera ejercer su competencia, considerando que dicho art. 27 no tendría efecto ante tribunales nacionales.

74. En todo caso, siendo mayoritaria la doctrina que otorga valor y efecto vertical y horizontal al art. 27 respecto de los Estados parte, el problema se plantearía respecto de la inmunidad de los nacionales de Estados no parte.

75. En este trabajo hemos señalado el carácter conflictivo del no reconocimiento de inmunidades de funcionarios internacionales ante los tribunales penales internacionales en base a Derecho consuetudinario, y ello a pesar de la reciente sentencia de la Sala de Apelaciones que viene a determinar la no existencia de una costumbre internacional relativa a la inmunidad de jefes de Estado y de Gobierno ante los tribunales internacionales. En ese sentido, la resolución del tribunal no deja de ser conflictiva, no solo en cuanto a la base de su argumentación, diferente a la de la doctrina y a la de la Sala de Cuestiones Preliminares que se basaban en la existencia de una costumbre internacional de excepción de inmunidad ante los tribunales internacionales; sino también, debido a que la cuestión de la eliminación de la inmunidad conforme a Derecho consuetudinario no goza de amplia aceptación por la doctrina, y especialmente en lo relativo a la inmunidad ante los tribunales nacionales.

76. Por tanto, una de las opciones alternativas que se han planteado en relación con la inmunidad ante la CPI es aplicar el art. 27⁸⁸ a Estados no parte, lo cual resulta difícil debido al valor de la norma de Derecho consuetudinario recogida en el art. 35 de la Convención de Viena de 1969, y que establece que un tratado no genera obligaciones para terceros Estados. Esta situación se ha pretendido superar mediante la consideración de que las resoluciones del Consejo de Seguridad en realidad estarían situando a un Estado no parte en las mismas condiciones que un Estado parte y, por tanto, siéndole de aplicación el art. 27, opción que como se ha señalado en el trabajo tampoco cuenta con amplia aceptación.

⁸⁸ La Sala de Apelaciones considera que este artículo recoge Derecho consuetudinario. ICC, Appeals Chamber Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 103.

77. La última opción por tanto que se plantea, y que es aquella que mantenemos en este trabajo, consiste en considerar que el Consejo de Seguridad mediante sus resoluciones de remisión de asuntos relativos a crímenes cometidos en territorios de Estados no parte y por nacionales de Estados no parte, estaría levantando implícitamente la inmunidad ante tribunales internacionales y nacionales. Esta opción consideramos que viene a confirmarse con la inclusión del art. 15 ter, referente a la remisión por el Consejo de Seguridad de asuntos relativos a crímenes de agresión cometidos en territorio y por nacionales de Estados no parte.

78. Al tratarse el crimen de agresión de un crimen de liderazgo, y por tanto cometido por personas que gozan en principio de inmunidad internacional, si asumiésemos que el Consejo de Seguridad no pudiese mediante sus resoluciones levantar dicha inmunidad internacional no tendría sentido que se le otorgara el poder de remitir a la CPI asuntos relativos a la comisión del crimen de agresión por nacionales de Estados no parte o cometidos en territorio de Estados no parte, ya que el acusado podría siempre hacer valer su inmunidad y solicitar la aplicación del art. 98.1. Por tanto, en atención al principio de efecto útil y al objetivo y fin del art. 15 ter y del Estatuto de la CPI, consideramos que dicho artículo, que permite la remisión de asuntos relativos a crímenes de agresión por parte del Consejo de Seguridad cometidos por nacionales de Estados no parte o en territorio de Estados no parte, es una confirmación de la capacidad del Consejo de Seguridad para levantar de manera implícita las inmunidades que puedan gozar los funcionarios internacionales, y permitir a la Corte el ejercicio de su competencia.

RESUMEN

CORTE PENAL INTERNACIONAL Y CRIMEN DE AGRESIÓN: EL LEVANTAMIENTO DE INMUNIDADES MEDIANTE LA REMISIÓN DE ASUNTOS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD

La competencia del Consejo de Seguridad para remitir asuntos relativos a crímenes de agresión cometidos en territorio de Estados no parte o por nacionales de Estados no parte abre la puerta al análisis del valor de las inmunidades de los altos cargos del Estado frente a la CPI, que vendrían a ser los autores materiales de dichos crímenes, ya que el reconocimiento absoluto de dichas inmunidades dejaría prácticamente sin efectos las remisiones de los mencionados asuntos por el Consejo de Seguridad. En este trabajo se analizará el valor de dichas inmunidades, prestando en primer lugar atención a la existencia o no de una norma de Derecho consuetudinario de inoponibilidad de inmunidades ante tribunales penales internacionales, y en segundo lugar se centrará en la posibilidad de que las remisiones de estos asuntos por el Consejo de Seguridad conlleven un levantamiento implícito de la inmunidad.

Palabras clave: inmunidades, crimen de agresión, Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad, Derecho consuetudinario, Estatuto de la CPI, Al Bashir, *amicus curiae*, jefes de Estado y de Gobierno.

ABSTRACT**THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE CRIME OF AGGRESSION:
THE WAIVER OF IMMUNITIES THROUGH SECURITY COUNCIL REFERRALS**

The ability of the Security Council to make referrals under article 15 ter, which includes crimes of aggression committed in the territory of non-States parties or by nationals of non-States parties, opens the door to the analysis of the significance of foreign states officials' immunities before the ICC, since they would be the material authors of those crimes and the recognition of the immunities would render the Security Council's referrals practically ineffective. This paper will analyze the value of such immunities, focusing, in first place, on the existence of a rule of customary law of non-recognition of immunities before international criminal tribunals, and secondly, it will focus on the possibility that the Security Council's referrals entail an implicit waiver of immunities.

Keywords: immunities, crime of aggression, International Criminal Court, Security Council, customary law, ICC Statue, Al Bashir, *amicus curiae*, Heads of State and Members of Government.