

ESCUELA INTERNACIONAL DE POSGRADO
UNIVERSIDAD DE GRANADA

MÁSTER EN CULTURA DE PAZ, CONFLITOS, EDUCACIÓN Y DERECHOS
HUMANOS



TRABAJO FIN DE MÁSTER

**La incidencia del Debate Paz-Justicia en los retos que afronta
la Corte Penal Internacional: El caso Al-Bashir como
exponente**

MELANIE SOTO CREMADES

Realizado bajo la tutela de la Profesora INMACULADA MARRERO ROCHA

Convocatoria: Septiembre Curso 2017/2018

RESUMEN

La Corte Penal Internacional se encuentra en un punto de inflexión, afrontando diversos retos que ponen en tela de juicio su efectividad, legitimidad y supervivencia. La problemática derivada del caso Al-Bashir se presenta como un conflicto conceptual en esencia y jurídico-político en apariencia. Por ello, el presente trabajo aborda desde los Estudios de paz y el Derecho, el fondo teórico necesario para comprender y contextualizar los elementos que lo conforman y las críticas esgrimidas por la Unión Africana en torno a la extensión de la obligatoriedad de las disposiciones del Estatuto de Roma a Estados no partes, en particular, la excepción al principio de inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado. Del estudio de caso se infiere la incidencia de las fórmulas del debate paz-justicia en la práctica actual del sistema de justicia penal internacional, pues parecen conformar la base de la discrepancia jurídico-política entre la Unión Africana y la Corte, condicionando no solo el arresto del presidente Al-Bashir, sino la eficacia de todo el sistema de cooperación. Finalmente, las conclusiones del trabajo muestran el abanico de retos que enfrenta la Corte, añadiendo a las causas profundas del enfrentamiento entre ambas instituciones una discrepancia conceptual cuya comprensión es clave para la transformación del conflicto y la consecuente reinención y/o supervivencia de la Corte Penal Internacional.

PALABAS CLAVE: Corte Penal Internacional, África, Estatuto de Roma, Jurisdicción Penal Internacional, Derecho Internacional Penal, Debate Paz-Justicia, Inmunidad de jurisdicción, Estados no partes, Unión Africana, Retiradas, Cooperación, Complementariedad, Estudios de paz.

ABSTRACT

The International Criminal Court is at a turning point, facing various challenges which call into question its effectiveness, legitimacy and survival. The problem derived from the Al-Bashir case is presented as a conceptual disagreement in essence and juridical-political conflict in appearance. Therefore, this research, based on Peace studies and Law studies, analyses the background to understand the set of elements taking part in this conflict and the African Union criticism over the extension of the Rome Statute provisions to States not parties. In particular, the exception to the principle of immunity from criminal jurisdiction of the Heads of State. The case study inferred the incidence of the peace-justice debate formulas in the current practice of the international criminal justice system, since they seem to form the basis of the legal-political discrepancy between the African Union and the Court, conditioning not only the arrest of President Al-Bashir, but the effectiveness of the entire system of cooperation. Finally, the conclusions of the work show the range of challenges facing the Court, adding to the root causes of the confrontation between the two institutions a conceptual discrepancy whose understanding is key to the transformation of the conflict and the consequent reinvention and / or survival of the Criminal Court International.

KEY WORDS: International Criminal Court, Africa, Rome Statute, International Criminal Jurisdiction, International Criminal Law, Peace-Justice Debate, Immunity from jurisdiction, States not parties, African Union, Withdrawals, Cooperation, Complementarity, Peace Studies.

ÍNDICE

RESUMEN	I
ABSTRACT.....	II
ABREVIATURAS	V

CAPÍTULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN..... 1

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
II. JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO	3
III. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN, HIPÓTESIS Y OBJETIVOS	6
IV. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	7

CAPÍTULO SEGUNDO. MARCO TEÓRICO: EL DEBATE PAZ-JUSTICIA EN EL SENO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. 11

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	11
1. <i>Concepto y fundamento de los términos Paz y Justicia</i>	12
2. <i>El Derecho Internacional Penal</i>	16
2.1 Concepto	16
2.2 Principios Generales de Derecho Internacional Penal.....	19
2.3 Fines del Derecho Internacional Penal	22
II. EL DEBATE PAZ-JUSTICIA EN EL SENO DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL: “VERSUS VS. VÍA”	27
1. <i>“Paz vs. Justicia”</i>	27
2. <i>“Paz vía Justicia”</i>	31
III. CONCEPTUALIZACIÓN Y FORMULACIÓN DE LOS TÉRMINOS PAZ Y JUSTICIA EN EL PRESENTE TRABAJO	37

CAPÍTULO TERCERO. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL..... 39

I. ANTECEDENTES: TRIBUNALES <i>AD HOC</i>	39
II. EL ESTATUTO DE ROMA.....	42
1. <i>Naturaleza Jurídica. Consideraciones previas.</i>	42
2. <i>Tipos penales y fines de la pena</i>	44
III. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD.....	50
IV. EXCEPCIÓN A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL DE LOS JEFES DE ESTADO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	58
1. <i>Consideraciones previas</i>	58
1.1 Concepto y fundamento de la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado.....	58
1.2 Alcance	61
1.3 Excepciones	63
2. <i>Tratamiento de la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de estado en el estatuto de roma</i>	64

CAPÍTULO CUARTO. ESTUDIO DE CASO: LA INCIDENCIA PRÁCTICA DEL DEBATE JUSTICIA-PAZ. EL CASO AL-BASHIR COMO EXPONENTE.....68

I. EL CASO AL-BASHIR COMO CONTEXTO DE LA PROBLEMÁTICA.....	68
1. Remisión a la Corte Penal Internacional de la situación de Darfur por el Consejo de seguridad de Naciones Unidas.....	68
2. las órdenes de arresto contra al-bashir y sistema de cooperación.....	71
II. CONFLICTO CONCEPTUAL EN ESENCIA, JURÍDICO-POLÍTICO EN APARIENCIA.....	75
1. Críticas a la Corte Penal Internacional: Claves del debate.....	76
1.1 Debate político: síntomas del espectro neocolonial.....	76
1.2 Debate jurídico: la extensión de las disposiciones del Estatuto de Roma a Estados no Parte.....	79
1.3 El Debate Paz-Justicia: Un problema de fondo.	82
2. El incumplimiento sistemático como reacción.....	84
3. “A problemas africanos, soluciones africanas”: Propuestas regionales para la transformación del conflicto.....	87
3.1 Suspensión por la paz: el Artículo 16 del Estatuto de Roma.....	87
3.2 Protocolo para un Tribunal Penal Regional: ¿manens o ad hoc?.....	89
3.3 La figura de la retirada colectiva del Estatuto de Roma.....	91
III. LOS RETOS ACTUALES DE LA CORTE A LA LUZ DE SUS SIMPATIZANTES Y DETRACTORES	93
1. La sombra de las retiradas del estatuto de Roma.....	93
1.1 Sudáfrica.....	93
1.2 Burundi.....	94
1.3 Gambia.....	95
1.3 Filipinas.....	95
1.5 Otros Estados africanos.....	96
1.6 Rusia.....	97
2. Apoyos a la Corte Penal Internacional: Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma y Sociedad Civil.....	97

CAPÍTULO QUINTO. CONCLUSIONES99

BIBLIOGRAFÍA 104

I. BIBLIOGRAFÍA DOCTRINAL.....	104
II. BIBLIOGRAFÍA DOCUMENTAL.....	115
III. JURISPRUDENCIA.....	121

ABREVIATURAS

AEP	Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional.
AEUA	Asamblea de Estados Partes de la Unión Africana.
AFUA	Acta Fundacional de la Unión Africana.
AG	Asamblea General de Naciones Unidas.
AI	Amnesty International.
AUPD	Grupo de Alto Nivel de la Unión Africana sobre Darfur (African Union Panel on Darfur).
CAJDH	Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos.
CDI	Comisión de Derecho Internacional.
CIJ	Corte Internacional de Justicia.
CONADEP	Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas.
CPI	Corte Penal Internacional.
CPSUA	Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana.
DI	Derecho Internacional.
DIP	Derecho Internacional Penal.
EJIL	European Journal of International Law.
ICC	International Criminal Court.
IEEE	Instituto Español de Estudios Estratégicos.
LRA	Lord's Resistance Army.
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible.
OFCPI	Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional.
ONG	Organización no gubernamental.
ONU	Organización de Naciones Unidas.

PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
RDC	República Democrática del Congo.
SA	Sala de Apelaciones.
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares.
SECC	Salas Especiales de las Cortes de Camboya.
SPI	Sala de Primera Instancia.
TEI	Tribunal Especial para Iraq.
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona.
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.
TRC	Trust and Reconciliation Comission.
VRWG	Victims' Rights Working Group.

CAPÍTULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN.

El propósito del capítulo es introducir al lector en el presente trabajo comenzando por su planteamiento inicial, esto es, el problema de investigación y la justificación del objeto de estudio escogido. A continuación, se expone su diseño desde la formulación de una hipótesis que proporciona una respuesta afirmativa a la pregunta investigación hasta los objetivos que la vertebran. Finalmente, se explicarán las herramientas metodológicas empleadas y la estructura de los sucesivos capítulos.

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El Debate Paz-Justicia trata las distintas conceptualizaciones de los términos paz y justicia, así como su formulación disyuntiva, inclusiva e incluso bicondicional. A pesar de ser un debate de índole interdisciplinar, tiene especial relevancia en el Derecho penal internacional debido a su potencial incidencia en los fundamentos y fines del sistema de justicia penal internacional.

En relación a ello, el antagonismo teórico simplificado en las fórmulas “paz versus justicia” y “paz vía justicia” se refleja claramente en la problemática derivada del caso Al-Bashir entre la Unión Africana y la Corte Penal Internacional, en adelante la Corte o CPI. El conflicto entre ambos actores parte de las concepciones enfrentadas acerca del tipo de paz que se pretende conseguir, los medios que favorecen o dificultan la misma, y el rol de la justicia en tal empresa.

El elemento clave del debate en la práctica gira en torno a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado, pues Al-Bashir es el primero en ser imputado por la Corte quien, además, se encuentra en el ejercicio de sus funciones como tal a fecha de elaboración del presente trabajo. Los Estados representados por la Unión Africana están en desacuerdo con su enjuiciamiento, en consecuencia, han llevado a cabo una serie de acciones y decisiones tanto políticas como jurídicas para impedirlo. Entre otras, el incumplimiento de las órdenes de arresto y las retiradas de firmas del Estatuto de Roma

(en adelante ER o el Estatuto), las cuales bloquean la actuación de la Corte y ponen en riesgo su eficacia y legitimidad en el cumplimiento de su mandato que, en última instancia, sirve a los intereses de la paz y seguridad internacionales. Aunque tal afirmación pueda parecer categórica, lo cierto es que faltan evidencias empíricas que permitan concluir el verdadero impacto de los tribunales internacionales en este sentido, pero este no es el propósito del presente trabajo.

En virtud de la categorización que presenta la profesora RUÍZ RESA, el problema de investigación se encuadra en los llamados “problemas de encontrar”, como grupo general. Por un lado, respecto de las discrepancias jurídico-políticas y el rol de la Corte en el sistema de justicia penal internacional se trata un problema en torno a las fuentes y la diferente estructura de los componentes del derecho, característicos de la ciencia jurídica. Por otro lado, acerca del debate paz-justicia y su reflejo en el estudio de caso, éste se encuadra en un problema axiológico e incluso derivado de la indeterminación lingüística.¹

En definitiva, los capítulos a continuación tienen por objeto el estudio de la discrepancia jurídico-política derivada del caso Al-Bashir, cuya incidencia en la paz y seguridad internacionales a través del bloqueo de la actuación de Corte, médula del sistema de justicia penal internacional, se desprende de un problema de base conceptual. Éste refleja el debate teórico entre las nociones y fórmulas paz-justicia, por lo cual, cabe traerlas a colación del estudio de caso para vislumbrar todos los elementos de la cuestión, en aras de ofrecer una vía para su transformación, que responda a la complejidad evidenciada.

¹ RUÍZ RESA, J. D., *Metodología en Investigación Jurídica*. Granada: Fleming, 2017, pp. 20-28. La autora explica las distintas definiciones. Trasladándolas aquí, en primer lugar, los problemas de encontrar son complejos, resolviéndose mediante una invención o descubrimiento a partir de la reordenación de principios y modelos ya conocidos. En segundo lugar, los problemas de indeterminación lingüística son aquellos derivados del uso del lenguaje natural con escasa redefinición técnica. En tercer lugar, los problemas derivados de la diferente estructura de los componentes del derecho surgen si estamos ante reglas o estándares de conducta delimitados, o ante principios en los que no se da este estándar, y para obtenerlo necesitan desarrollos legislativos o jurisprudenciales posteriores. En cuarto lugar, los problemas axiológicos derivan de la determinación de los valores y fines de las normas, en especial cuando no son explícitos. Por último, los problemas en torno a las fuentes del derecho tratan la determinación de quiénes y cómo crean derecho y qué relaciones pueden establecerse entre fuentes jurídicas, como la jerarquía o reparto de competencias. Aquí también se incluyen problemas derivados de la influencia de la jurisprudencia y la doctrina científica en la misma conformación del derecho.

II. JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional cumple 20 años desde su adopción, por tanto, hace poco menos de dos décadas entró en funcionamiento un sistema complejo que, aunque coloca a la Corte en su epicentro con vocación de universalidad y permanencia, la responsabilidad primera la ostentan los Estados partes como actores fundamentales de tal empresa. También nos encontramos en las primeras etapas para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Éstos son un llamado universal a la adopción de medidas para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad.² Entre los 17 objetivos que integran la agenda, el número 16 declara la necesidad de promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas a través del estado de derecho y el desarrollo, pues tienen una interrelación significativa y se refuerzan mutuamente. Por ese motivo, tal objetivo se centra en la promoción de un acceso universal a la justicia y la construcción de instituciones responsables y eficaces a todos los niveles, para lo cual, es necesario acabar con la corrupción existente en el poder judicial de muchos países.³ La Corte juega aquí un papel fundamental, como se verá a través del principio de complementariedad, especialmente en su vertiente positiva.

Paralela a la elaboración de la Agenda 2030, la doctrina también señala la creciente relevancia del contenido del concepto de paz en el campo del derecho desde mediados del siglo XX, especialmente tras su inclusión en la llamada “tercera generación

² Resolución 70/1 de la Asamblea General “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, A/RES/70/1 (25 de septiembre de 2015). Los ODS se pusieron en marcha en enero de 2016. Éstos orientan las políticas y la financiación del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) durante los próximos 13 años. Los 17 Objetivos se basan en los logros de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, aunque incluyen nuevas esferas como la paz y la justicia. Los Objetivos están interrelacionados, con frecuencia la clave del éxito de uno involucrará las cuestiones más frecuentemente vinculadas con otro. Conllevan un espíritu de colaboración y pragmatismo proporcionando orientaciones y metas claras para su adopción por todos los países en conformidad con sus propias prioridades y los desafíos del mundo en general. Los ODS son, en definitiva, una agenda inclusiva.

³ *Ídem*. Sobre el objetivo 16 que informa la justificación del presente trabajo, cabe destacar las siguientes metas: (M16.3) “Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos”; (M16.6) “Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas”; (M16.8) “Ampliar y fortalecer la participación de los países en desarrollo en las instituciones de gobernanza mundial”; (M16.10) “Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales”; (M16.10.a) “Fortalecer las instituciones nacionales pertinentes, incluso mediante la cooperación internacional, para crear a todos los niveles, particularmente en los países en desarrollo, la capacidad de prevenir la violencia y combatir el terrorismo y la delincuencia”.

de Derechos Humanos”.⁴ Si bien su reconocimiento no parece trascender del mero carácter programático, lo cierto es que el debate acerca del concepto de paz y su relación con la justicia desemboca en fórmulas que, lejos de estar enclaustradas en teorías, tienen un impacto directo y real en las causas profundas de los conflictos jurídico-políticos actuales de mayor gravedad. Dicho debate se nutre de la interdisciplinariedad por ello, el presente trabajo parte de la aportación recíproca del Derecho y los Estudios de la paz.

Así pues, como ejemplo de la profunda incidencia de los debates teóricos en la práctica, el escenario acontecido en el caso Al-Bashir, esto es, las tensiones y discrepancias jurídico-políticas en torno a la extensión de la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado del Estatuto de Roma, ofrece una situación de manual que, aunque fuera predicha por el oráculo de la doctrina con suficiente antelación, no encontró consenso ni mayoría en el plano de la especulación teórica acerca de cómo debieran interpretarse las obligaciones adquiridas por los Estados, ni cuál debiera ser la transformación jurídico-política del conflicto. De tal brete se deriva la urgente necesidad de dar salida al enquistado debate para poder gestionar, desde la raíz, una situación que afecta de manera directa, no sólo los derechos fundamentales de los ciudadanos sudaneses, sino al resto de víctimas de crímenes tipificados en el Estatuto que consternan a la humanidad en su conjunto, debido al problema de base que impregna los fines del sistema de justicia penal internacional.

En síntesis, se trata de un conflicto vigente entre dos instituciones internacionales, la Unión Africana como representante regional, y la Corte Penal Internacional como postulante universal, que pone de manifiesto la necesidad de analizar los elementos teórico-prácticos potenciales que permiten transformar los conflictos internacionales actuales y consensuar, desde un prisma interdisciplinar aunando los Estudios de paz y el Derecho, cuál es el papel de la justicia en los procesos de establecimiento y mantenimiento de la paz, en aras de desarrollar una Cultura de paz integral, global e inclusiva. Su contenido y alcance deberá atender las demandas regionales respetando los estándares internacionales de protección garantizando la seguridad jurídica de los individuos, pero también la diversidad cultural y singularidad de cada caso.

⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., “Las generaciones de Derechos Humanos”. En: *Revista da AGU*, N°42, 2014, pp. 39-74, pp. 48-49.

El presente trabajo, elaborado desde los Estudios de paz y el Derecho internacional penal, se presenta como investigación final del Máster en Cultura de Paz, Conflictos, Educación y Derechos Humanos en el Curso 2017/2018, cuyo objeto de estudio puede ser encuadrado en varias de sus líneas de investigación: en primer lugar, en la línea sobre “Derecho Internacional Público”, en tanto en cuanto el Derecho internacional penal es una de sus áreas de conocimiento. En segundo lugar, “Derecho y globalización”, pues visibiliza una pugna entre instituciones acerca de la idoneidad de impartir justicia desde instituciones globales o universales, en lugar de regionales o nacionales, cuando se cometen crímenes de Derecho internacional. En tercer lugar, la línea “Seguridad y defensa, desarme y control de armamento, análisis de conflictos internacionales” en su vertiente final de análisis de conflictos internacionales, ya que tal pugna parte de un conflicto armado internacionalizado y deviene un conflicto internacional de carácter institucional o jurídico-político. Por último, también se encuadra en las líneas del Instituto de la Paz y los Conflictos de la Universidad de Granada referidas a “Cultura de Paz” y “Protección Internacional de los Derechos Humanos”, dado que la Corte se configura como una institución internacional al efecto, en cuyo mandato integra la salvaguarda y contribución al establecimiento y mantenimiento de la paz y seguridad internacionales a través de la lucha contra la impunidad, lo cual implica integrar la llamada “cultura de la responsabilidad” en la Cultura de Paz.

En síntesis, nos encontramos en un momento crítico del debate paz-justicia, pues que necesita de aportaciones interdisciplinarias y holísticas capaces de afrontar las causas profundas de los retos teórico-prácticos que se presentan en la actualidad. Dado lo cual, considero relevante estudiar la discrepancia jurídico-política derivada del caso Al-Bashir, máximo exponente actual de la incidencia del debate en el sistema de justicia penal internacional, en aras de visibilizar los elementos clave para la transformación pacífica del conflicto.

III. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN, HIPÓTESIS Y OBJETIVOS

La elaboración del presente trabajo parte de una hipótesis general afirmativa: la polarización de las fórmulas del debate doctrinal justicia-paz conforman la base de la discrepancia jurídico-política en torno a la interpretación de la extensión de la obligatoriedad de las disposiciones del Estatuto de Roma a Estados no partes. Partiendo de tal enunciado, el trabajo se desarrolla a partir de la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo afecta la polarización de las fórmulas del debate paz-justicia en el seno del Derecho internacional penal a la práctica de la Corte Penal Internacional en el caso Al-Bashir?

El análisis se desarrolla a partir de un objetivo general, visibilizar la incidencia práctica del debate paz-justicia en la problemática derivada del caso Al-Bashir en relación a la actuación de la Corte Penal Internacional. Del mismo se desprenden cuatro objetivos específicos⁵:

- Plantear y extraer las dicotomías conceptuales y fórmulas del debate paz-justicia en el seno del Derecho internacional penal, y su potencial incidencia en los fines del sistema de justicia penal internacional.
- Explicar la naturaleza jurídica y alcance del Estatuto de Roma en términos de complementariedad, así como el fundamento del tratamiento de la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado ante la Corte Penal Internacional.
- Detectar, sistematizar y analizar la presencia de las fórmulas del debate justicia-paz en los argumentos jurídico-políticos esgrimidos como críticas a la intervención de la Corte en el caso Al-Bashir por los Estados de la Unión Africana.
- Identificar, categorizar y analizar los retos que enfrenta la Corte en la actualidad en virtud de las reacciones y propuestas de los Estados de la Unión Africana.

⁵ Cabe señalar que, en términos abstractos, son objetivos habituales de las investigaciones que se realizan desde la dogmática jurídica: describir el derecho existente; sistematizar las disposiciones jurídicas; identificar y describir un problema de interpretación de normas, sentencias o doctrina científica; aportar, criticar o consolidar posibles soluciones o/y sugerencias para cambios legales, jurisprudenciales o científico-doctrinales.

IV. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Los planteamientos metodológicos de la presente investigación se nutren tanto de las Ciencias sociales como de las Ciencias jurídicas, empleando aquellos que aúnan sus particularidades desde la interdisciplinariedad entre los Estudios de paz y el Derecho. Ésta debe entenderse como una articulación sincrética de disciplinas en la que se reorganizan parcialmente sus ámbitos para conciliar los múltiples saberes y métodos reunidos. Sobre las Ciencias sociales, cabe señalar la utilización de métodos interpretativos cualitativos, dirigidos a comprender un objeto de estudio dotado de carácter contingente. Por su parte, en la llamada Ciencia jurídica del derecho, aunque suelen ser tratadas de saber dogmático, llevan a cabo un metódico cuestionamiento y análisis de éste, con el fin de dar estabilidad y universalidad al propio derecho o proponer soluciones a casos jurídicos problemáticos.⁶

En base a tales planteamientos, como estrategia para la elaboración de este trabajo, acudo a la investigación documental bibliográfica de revisión cualitativa y al estudio del caso Al-Bashir ante la Corte Penal Internacional, utilizando herramientas y procedimientos de análisis desde ambas disciplinas.⁷ Éste último se selecciona y define como máximo exponente del problema de investigación tras evaluar otras intervenciones de la Corte en el continente africano.⁸ La estructura de su análisis es lineal, iniciando la exposición con una breve delimitación el tema y revisión de sus antecedentes, pues se centra fundamentalmente en el estado actual de la cuestión tanto *ad intra* como *ad extra* del proceso, esto es, tanto acerca de su tratamiento jurídico procesal y de fondo, como de las circunstancias y el entorno socio-político en que se lleva a cabo.

Los recursos bibliográficos empleados se dividen en fuentes primarias y secundarias, para cuyo tratamiento no se ha recurrido a ningún gestor o aplicación web de análisis documental. El primer grupo abarca las fuentes del ordenamiento jurídico

⁶ RUÍZ RESA, J. D., *op. cit.*, nota al pie 1, pp. 39-49, 62. En relación a lo expuesto, la autora refiere a EISENMANN, Ch. Véase nota al pie 27 de la monografía citada.

⁷ *Ibidem.*, p. 83. Como paso previo se ha llevado a cabo un proceso de selección, evaluación, clasificación y análisis del contenido de las fuentes bibliográficas, documentales y jurisprudenciales recopiladas.

⁸ *Ídem.* El estudio de caso es una técnica propia de las ciencias sociales dirigida a evaluar y estudiar con mayor profundidad el caso concreto en el contexto global en que se producen, para comprender su particularidad; Véase también TAYLOR, S. J, BOGDAN, R., *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Barcelona: Paidós, 1987.

internacional y los documentos originales emitidos y/o aprobados por las instituciones aludidas en la investigación. Durante el desarrollo de la revisión bibliográfica y el sucesivo análisis han sido consultadas, entre otras, las resoluciones, decisiones y declaraciones de algunos de los órganos principales de Naciones Unidas: la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, la Corte Internacional de Justicia y la Comisión de Derecho Internacional, a través de sus bases de datos oficiales. Del mismo modo, se acude a los registros de los órganos emisores para consultar las sentencias, declaraciones y decisiones de la Corte Penal Internacional y la Unión Africana, y las fuentes del Derecho en aras de referir a los textos y traducciones originales de los tratados y convenios manejados. Por último, de los artículos de prensa referenciados para aludir a los eventos más recientes, se seleccionan los medios con mayor proyección internacional, pero también aquellos de carácter local o nacional para referenciar ruedas de prensa institucionales.

Categorizados como fuentes secundarias destacan el uso de bases de datos especializadas, enciclopedias, compendios, monografías y revistas científicas de ambas disciplinas: Derecho internacional penal y Estudios de paz. En este punto, es relevante aclarar que, si bien dichas publicaciones se enmarcan en un sistema de revisión editorial estricto, las publicaciones en el foro web *EJIL Talk!*, vinculado a la revista “European Journal of International Law”, recoge las opiniones de la doctrina autorizada sobre las cuestiones de rigurosa actualidad. Estos recursos electrónicos se utilizan en relación a ciertos eventos clave del estudio de caso, fundamentalmente las retiradas del Estatuto de Roma, que por su novedad no han sido todavía tratados en publicaciones formales. En defecto de éstas, refiero al foro web dada la validez y fiabilidad de su contenido, pues tales publicaciones pasan por el filtro de los administradores quienes, a su vez, son editores de la revista científica de la que trae causa.

Por otra parte, sobre el procedimiento de análisis empleado cabe destacar, en primer lugar, tal y como expone RUÍZ RESA, que a la tarea de revisión de la dogmática jurídica se suma también una tarea crítica reconfiguradora de lo revisado, dirigida a adaptarla para cuestionar y responder los problemas, inevitablemente nuevos, que trae la creación, interpretación y aplicación del Derecho, el cual tampoco permanece inamovible. Por ende, el análisis desde las Ciencias sociales y la Ciencia jurídica del derecho debe adaptarse a la contingencia del objeto de estudio. La autora también se

refiere a las palabras de BOBBIO, quien afirma que la complementariedad con las Ciencias sociales ayuda a que estas investigaciones también se ocupen de los comportamientos humanos como ocurre, por ejemplo, con la conexión entre el Derecho internacional y las Relaciones internacionales.⁹ Por ello, en la presente investigación confluyen y se incorporan distintos métodos:

- El método hermenéutico y dialéctico¹⁰, para la interpretación del lenguaje especializado de los textos jurídicos que suscitan la discrepancia jurídico-política del estudio de caso, mediante la utilización de criterios legales y jurisprudenciales.
- El método discursivo¹¹, para analizar la naturaleza teórica del debate paz- justicia y sus consecuencias prácticas a la luz del estudio de caso.
- El método sistemático o sistematización¹², que permite reorganizar tanto las disposiciones como los argumentos esgrimidos en torno al debate y las críticas, reacciones y propuestas del caso
- El método inductivo,¹³ para reconocer, a partir del caso de estudio, las claves de la incidencia práctica del debate teórico en los retos para la supervivencia de la Corte, y los elementos necesarios para la transformación pacífica del conflicto.
- Por último, la llamada “crítica reformadora”, pues se critica la ausencia de una solución u opinión mayoritaria sobre el estudio de caso y los problemas derivados que informan todo el Sistema de justicia penal internacional. Al efecto, los actores y la doctrina proponen un cambio legal, jurisprudencial y científico-doctrinal expuesto de manera sistematizada, sobre el que también se reflexiona y concluye a la luz de la elaboración del trabajo.¹⁴

⁹ RUÍZ RESA, J. D., *op. cit.*, nota al pie 1, pp. 16, 41-42, 76-78, 81. La autora señala que la dogmática jurídica es la disciplina de quienes como los juristas adoptan hacia el derecho el punto de vista de quienes se consideran sometidos al propio derecho en su tarea cognitiva. Es, en definitiva, lo que HART denominó “punto de vista interno”. Ahora bien, cabe una combinación entre la disciplina de los juristas y otras disciplinas científicas que puede obedecer a las pautas de la “multi-”, “inter-” o “trans-” disciplinariedad. Sobre los métodos de las disciplinas normativas, explica que éstas se ocupan de la interpretación y aplicación de reglas de carácter jurídico, entre otras, y cuyos métodos vienen determinados por estas reglas. Las normas son su objeto de estudio determinan su método y/o pueden ser su resultado. La observación tiene un sentido diferente al que se da en las ciencias sociales, pues las normas no son tratadas como hechos observables, sino como reglas que se observan en el sentido de que se cumplen u obedecen.

¹⁰ Consiste en la confrontación de ideas a través de la exposición de tesis y el surgimiento de antítesis para el efecto de llegar a síntesis.

¹¹ Se trata de contemplar el objeto de estudio desde múltiples puntos de vista hasta fijarlo al concepto.

¹² El método sistemático supone ordenar la información agrupándola en sistemas coherentes, en este caso, para una mejor comprensión de las claves y conclusiones de la investigación llevada a cabo.

¹³ La inducción parte de un caso particular para llegar a planteamientos generales.

¹⁴ RUÍZ RESA, J. D., *op. cit.*, nota al pie 1, p. 72.

Por último, la estructura del trabajo se plantea bajo los mismos términos que el diseño de la investigación y los planteamientos metodológicos, esto es, en base a la interdisciplinariedad y articulación sincrética de ambas disciplinas. Se compone de cinco capítulos, cuya disposición interna, aunque pueda parecer categorizada por disciplinas, responde a la necesidad exponer las nociones teórico-prácticas elementales de la problemática en primera instancia, para ofrecer espacios interdisciplinarios donde realizar el análisis y desarrollo de la investigación.

Siendo el primero la presente introducción dedicada a guiar la lectura del texto, el Capítulo II formula el marco teórico de la investigación abordando los conceptos clave del debate paz-justicia y el Derecho internacional penal. A continuación, el Capítulo III explica las nociones básicas acerca de la Corte Penal Internacional y el Estatuto de Roma en aras de una mayor comprensión de las críticas jurídico-políticas esgrimidas contra la institución. En primer lugar, haciendo especial hincapié en el principio de complementariedad que determina bajo qué condiciones desarrolla su jurisdicción sobre crímenes de su competencia. En segundo lugar, explicando los fundamentos de la excepción a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado y su tratamiento ante la Corte. Una vez aportadas tales nociones, el estudio del caso Al-Bashir al que se dedica el Capítulo IV tiene, como se ha señalado antes, una estructura lineal. Tras contextualizar la problemática, se lleva a cabo una sistematización y categorización de las críticas, reacciones y propuestas esgrimidas por la Unión Africana ante el proceso contra el Jefe de Estado sudanés. Por último, dada la dinámica del conflicto expuesta, se ponen de manifiesto los retos actuales que enfrenta el Sistema de justicia penal en general y la Corte en particular, refiriendo al fenómeno de las retiradas del Estatuto de Roma en contraposición a los apoyos reiterados por los Estados partes en las últimas conferencias internacionales al efecto, y las organizaciones civiles en coalición por el proyecto de la CPI. Por último, el Capítulo V recoge las conclusiones de la investigación desarrollada a la luz de los objetivos específicos formulados.

CAPÍTULO SEGUNDO. MARCO TEÓRICO: EL DEBATE PAZ- JUSTICIA EN EL SENO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

El presente capítulo se dedica a presentar el marco teórico necesario para la adecuada comprensión de las causas profundas de la problemática derivada del caso Al-Bashir. A tal efecto se introducen, en primer lugar, las nociones de paz y justicia que conforman las fórmulas del debate acerca de su relación y, en segundo lugar, el concepto de Derecho internacional penal y sus fines. Por último, tras la exposición del Debate paz-justicia, se especifican los términos empleados en el sucesivo estudio de caso.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Es necesario realizar una serie de matizaciones conceptuales previas puesto que, como se verá reflejado en el análisis de las distintas fórmulas resultantes del ejercicio de combinar las nociones de “paz” y “justicia” preponderantes, así como del propio contenido y alcance del término “Derecho Internacional Penal”, la conclusión viene absolutamente determinada por las premisas de las cuales decidimos partir. A pesar de ser una afirmación obvia, pues está claro que debemos llevar a cabo un razonamiento lógico abandonando el marco de las “teorías personales o implícitas”,¹⁵ es fundamental remarcar las proposiciones primeras que informan el estudio de caso, ya que, a priori, el debate en torno a la detención de Al-Bashir se presenta como un conflicto axiológico en esencia y jurídico-político en apariencia.

¹⁵ RUÍZ RESA, J. D., *op. cit.*, nota al pie 1, p. 11; POZO, J. I., PÉREZ, M. del P., SANZ Á., LIMÓN, M. “Las ideas de los alumnos sobre la ciencia como teorías implícitas”, *Revista Infancia y Aprendizaje*, 1992, 57, pp. 3-22. En el presente trabajo, el término “teorías personales o implícitas” se utiliza en contraposición al término “teorías científicas”, el cual refiere a aquellas empleadas para la elaboración del marco teórico mediante un proceso de aprendizaje formal.

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS TÉRMINOS PAZ Y JUSTICIA

Dado que los conceptos aluden a los principales elementos de un objeto de conocimiento, considerando éstos como universales y expresándose por medio de definiciones, categorías y tipologías,¹⁶ es relevante comenzar la exposición del marco teórico aludiendo a las conceptualizaciones de los términos Paz y Justicia.

Destacan tres aportaciones doctrinales para conceptualizar el término “Paz”. En primer lugar, las clásicas nociones de “Paz negativa” y “Paz positiva” elaboradas por GALTUNG. La primera tiene un carácter restringido pues se define por la ausencia de violencia sistemática, organizada y directa. La paz positiva, sin embargo, se constituye como un concepto holístico caracterizado por la ausencia de violencia tanto directa como estructural, a la que se añade un estado de justicia social cuyas relaciones intergrupales se basan en el respeto a los Derechos Humanos.¹⁷

En segundo lugar, WALLENSTEEN trata de superar la dicotomía anterior elaborando el concepto “Quality Peace”. Propone la necesidad de que la paz tenga una propiedad particular más allá de la ausencia de guerra o paz negativa, pero queda por especificar cuáles son los elementos nucleares de dicha propiedad a expensas del análisis del caso concreto. El autor utiliza tal concepto, “paz de calidad”, para abordar las situaciones de posguerra, solicitando que las condiciones de ésta regulen la incompatibilidad entre los actores y cumplan con los estándares de dignidad, seguridad y previsibilidad como factores que reducen la probabilidad de que se produzca otra guerra. En síntesis, la utilización de los elementos de la calidad de la paz, en el marco de

¹⁶ RUÍZ RESA, J. D., *op. cit.*, nota al pie 1, p. 32. En el sucesivo análisis se percibe un problema ontológico de entidades abstractas (los conceptos paz y justicia), e incluso universales: (las propiedades, atributos o cualidades de estas nociones).

¹⁷ GALTUNG, J., “Violence, Peace, and Peace Research”. En: *Journal of Peace Research*, Vol. 6, N°3, 1969, pp. 167–191; GALTUNG, J., *Peace by Peaceful Means: Peace and Conflict, Development and Civilization*. Oslo: International Peace Research Institute, 1996; *The Oxford international encyclopedia of peace*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 532-536; BOBBIO, N., “Paz”. En: BOBBIO, N. y MATEUCCI, N., (eds.) *Diccionario de Política*. México: Siglo XXI. BOBBIO señala que la paz entendida como “no guerra” puede definirse como el estado en que se encuentran grupos políticos entre los cuales no existe una relación de conflicto caracterizada por el ejercicio de una violencia durable y organizada. Por otra parte, estos conceptos deben ponerse en relación con las categorías de violencia formuladas por el GALTUNG.

estrategias de posguerra, para crear las condiciones óptimas que permitan una paz sostenible en una sociedad de “post-acuerdo”.¹⁸

En tercer lugar, la llamada paz liberal es considerada por la doctrina como la forma dominante de consolidación de la paz respaldada por la comunidad internacional. El debate está vinculado a la discusión en torno a la teoría de la paz democrática. El concepto se refiere a la idea de que las sociedades liberales tienden a ser más pacíficas, tanto en el ámbito interno como internacional (así pues, creando una contraposición: los “estados no liberales”). Por lo tanto, la consolidación de la paz desde una perspectiva liberal implica no sólo gestionar la inestabilidad, sino también construirla en el seno de los Estados desde unas premisas liberal-democráticas y de economía de mercado. Sus componentes principales varían, pero generalmente incluyen la promoción de la democracia, el estado de derecho, la promoción de los Derechos Humanos, la reforma económica, la privatización y el buen gobierno. En términos similares a Wallensteen, se pretende constituir los cimientos de una sociedad estable, con menos posibilidades de enzarzarse de nuevo en un contexto violento, eligiendo el modelo liberal para tal empresa.¹⁹

Por último, cabe destacar la concepción de la Paz como Derecho Humano, mencionada a propósito de la justificación en el capítulo anterior. La Asamblea General de Naciones Unidas ha estado en la vanguardia de los esfuerzos por reconocer tal derecho, con el objetivo de superar su formulación como mero principio general. Varias de sus resoluciones afirman el “derecho a vivir en paz” o el “derecho de los pueblos a la paz”, e incluso algunas sociedades lo han adoptado en sus constituciones (por ejemplo, Bolivia, Colombia y Japón). A pesar de tales compromisos el mundo sigue estando muy lejos de desarrollar una Cultura de paz, pues no se ha logrado el reconocimiento consensuado de su contenido. Sin embargo, los Objetivos de Desarrollo Sostenible sí reconocen la paz como un objetivo (nº16) en los términos establecidos por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.²⁰

¹⁸ Véase WALLENSTEEN, P., *Quality Peace. Peacebuilding, Victory and World Order*. New York: Oxford University Press, 2015, pp. 3-11.

¹⁹ LEMAY-HERBERT, N., “Review Essay: Critical Debates on Liberal Peacebuilding”. En: *Civil Wars*, Vol 15, Nº 2, 2013, pp. 242-253, pp. 252-253. Para más información véase Mc GINTY, R., “Hybrid Peace: How Does Hybrid Peace Come About?”. En: CAMPBELL, D. y SABARATMAN, M., (eds.) *A Liberal Peace? The Problems and Practices of Peacebuilding*. Nueva York: Zed Books, 2011, pp. 209-225.

²⁰ SHABAS, W. A., (ed.) *The Cambridge Companion to International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 107.-112; Resolución 70/1 de la Asamblea General “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, A/RES/70/1 (25 de septiembre de 2015); Resolución 33/73 de la Asamblea General “Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir

Por otra parte, el término “Justicia” no es todo lo inequívoco que debiera para evitar malentendidos en el seno de la propia doctrina pues, dependiendo del área de conocimiento en que se emplee, se le dota de un contenido u otro. Por ello, dado que los próximos capítulos se elaboran desde los Estudios de paz y el Derecho internacional penal, cabe aportar algunas pinceladas acerca de los elementos que integran su contenido.

En primer lugar, como bien apunta CLARK, es sorprendente que a menudo se trate este concepto de “Justicia” como si su significado fuera de alguna manera autoexplicativo. La insistencia de AERNDT de que el único propósito de un juicio penal es hacer justicia es el epítome de esta tendencia. Sin embargo, aunque la justicia implica el enjuiciamiento, juicio justo y castigo de aquellos que violan la ley, una comprensión procesal formalizada no logra captar la inherente complejidad del término. Ello atribuye la total responsabilidad de impartir justicia a los tribunales. Si bien es un contenido válido y adecuado en el seno del Derecho Procesal (doméstico), que permite identificar el *ius puniendi* del Estado y el rol del poder judicial, no lo es en el Derecho internacional penal. En este caso, un concepto eminentemente procesal desconoce por completo el sistema de jurisdicción establecido, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la Corte Penal Internacional, la cual rige su jurisdicción y competencia en virtud del principio de complementariedad. Por lo tanto, cabe adoptar un concepto de “Justicia” multidimensional, que abarque formas judiciales y no judiciales, pues entenderlo única o principalmente como “juicios penales” impone una carga inasumible para los tribunales internacionales, los cuales se crean, además, subsidiarios o complementarios a las obligaciones adquiridas por los Estados.²¹ Art. 2 p. 523:

en paz”, A/RES/33/73 (15 de diciembre de 1978); Resolución 39/11 de la Asamblea General “Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz”, A/RES/39/11 (12 noviembre 1984). Sobre los esfuerzos para la formulación de su contenido y aprobación, véase Resolución 11/4 del Consejo para los Derechos Humanos “Promoción del Derecho de los Pueblos a la Paz”, A/HRC/11/4 (17 de junio e 2009); *Declaración de Santiago de Compostela sobre el Derecho a la Paz*, de 10 de diciembre de 2010. Dichos documentos establecen la existencia de un Derecho a la paz con dimensión individual y colectiva. A pesar de los esfuerzos del grupo de trabajo constituido desde 2013 en el seno de Naciones Unidas, no existe el consenso entre los Estados para reconocer el derecho.

²¹ CLARK, J. N. “Peace, Justice and the International Criminal Court: Limitations and Possibilities”. En: *Journal of International Criminal Justice* 9, N° 3, 2011, pp. 521-545, pp. 523-525. Algunos autores consideran que, en muchos sentidos, es una noción profundamente subjetiva, lo cual significa que la justicia puede ser una noción altamente divisiva y polarizadora. Si, por lo tanto, la justicia es la quintaesencia de un "asunto disputado", un desafío inevitable siempre será tratar de establecer un amplio consenso de que se ha hecho "justicia".

En aras de elaborar un concepto amplio de Justicia, la doctrina toma los elementos de retribución, restauración, memoria y reconciliación. Ello supone que el proceso debe orientarse a tales fines, pero sólo como parte de un sistema destinado a impartir justicia, tanto en el plano nacional como internacional. Por un lado, el concepto de retribución crea un espacio donde pueden integrarse una amplia variedad de concepciones culturales e incluso religiosas para la determinación de una “pena justa”, facilitando la adaptabilidad del sistema de justicia penal internacional a la diversidad cultural de los mismos.²² Por otro lado, durante las últimas décadas, la clásica noción de retribución ha evolucionado hacia el elemento restaurativo, definido como un proceso mediante el cual todas las partes implicadas en un delito en particular se reúnen para resolver colectivamente la manera de afrontar las consecuencias de éste y sus implicaciones para el futuro”. Su principal objetivo ya no es aplicar una pena justa y proporcionada, sino restaurar la paz, reparar el daño y prevenir la repetición de la victimización. Este término está muy relacionado con la idea de reconciliación, constituida a su vez como objetivo y proceso.²³

Por último, la llamada justicia anamnética merece una mención especial por su relativa novedad y gran aportación a los componentes del concepto. Se trata de una construcción teórica basada en la memoria como forma complementaria de justicia para las víctimas. Así pues, como ocurre en el Estatuto de Roma, el modelo de justicia basado en las víctimas se inscribe en el proceso de justicia transicional, cuyos mecanismos de construcción de memoria corresponden a la renovada significación de las víctimas como actores principales a tener en la cuenta en cualquier proceso de restauración de la sociedad en aras de lograr una paz positiva. Por ende, tal noción aporta los elementos de verdad y memoria como una relación de justicia para el objetivo final de la reconciliación social.²⁴

²² OLASOLO, H., “Los fines del derecho internacional penal”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 14, n° 29, 2016, pp. 93-146, pp. 113-116; Sobre el concepto de retribución véase también el apartado sobre los fines de las penas en el Estatuto de Roma.

²³ MASHALL, T., “The evolution of restorative justice in Britain”. En *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 4, N° 4, 1996, pp. 21-43, p. 37; ZHER, H., *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Estados Unidos: Good books, 2007, pp. 12-18. Acerca de la reconciliación véase LEDERACH, J. P., “Reconciliación: La construcción de relaciones”. En: *Construyendo Paz. Reconciliación sostenible en sociedades divididas*. Bilbao: Bakeaz/ Gernika Gogoratuz, 1998, pp. 51-63.

²⁴ Véase RETES MATE, M., *Tratado de la injusticia*. Barcelona: Anthropos, 2011; RUA DELGADO, C.F., “La justicia anamnética como construcción complementaria del paradigma de justicia transicional: Una mirada desde el caso colombiano”. En: *Ius et Praxis*, Vol.22, N°1, 2016, pp.455-492.

En base a los conceptos expuestos se desarrolla el debate paz-justicia, formulando dos proposiciones antagónicas que, como se verá en el estudio de caso, tienen una grave incidencia práctica.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

De la revisión documental se desprende cierta confusión en el empleo de los términos “Derecho Internacional Penal” y “Derecho Penal Internacional” a la hora de conceptualizar lo que la doctrina anglosajona designa de manera unitaria como “International Criminal Law”. A pesar de superar nuestra dualidad denominativa, todavía se debate acerca del alcance del concepto, adoptando una perspectiva amplia o restrictiva según convenga delimitar el objeto de estudio al que se refieran. Ello afecta no sólo al alcance, sino también a la formulación de los principios rectores y fines del mismo.

Por tanto, los apartados a continuación tienen por objeto ofrecer el marco conceptual primordial para el sucesivo análisis, adoptando el término “Derecho Internacional Penal” para denominar lo que sería una concepción nuclear del inglés “International Criminal Law”, señalando también los principios y fines que, en consecuencia, se infieren del mismo.

2.1 CONCEPTO

Como ya se ha señalado, el empleo de los términos “Derecho Penal Internacional” y “Derecho Internacional Penal” no siempre es clara. En el presente análisis haré uso del segundo, el cual puede definirse, en esencia, como aquel que abarca todas las normas que establecen, excluyen o reglamentan la responsabilidad por crímenes de Derecho Internacional.²⁵

²⁵ WERLE, G., y JESSBEGGER, F., *Principles of international criminal law*. 3ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 31; WERLE, G., y JESSBEGGER, F., CÁRDENAS ARAVENA, C., GENESUS, J., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 83-84. Considero desafortunada la contradictoria traducción al castellano que se lleva a cabo en la segunda publicación citada, la cual comparte dos de sus autores con la primera, pues se refieren al Derecho Penal Internacional en el mismo sentido que “Quintano Ripollés denominó Derecho Internacional Penal” (véase p. 184; Quintano Ripollés, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional*, Vol I y II. Consejo Superior de Investigaciones, Científicas, Instituto "Francisco de Vitoria", 1955 y 1956), pudiendo haber adoptado ésta misma desde el principio, más cuando lo dotan de un contenido con alcance nuclear; Para un mayor desarrollo de esta cuestión véase CERDA ACEVEDO, C. A., “Características del

Algunos autores utilizan estas expresiones en un sentido más amplio, incluyendo también aspectos internacionales del Derecho penal interno o doméstico, especialmente en lo relativo a las reglas de jurisdicción sobre crímenes con algún elemento extranjero.²⁶ En relación a esta ampliación aparece el término Derecho penal internacional como un intento de distinguir aquellos delitos que tienen trascendencia internacional, pero en sentido estricto encuentran su fuente en el ordenamiento jurídico interno, de aquellos que nacen y se nutren de las fuentes del Derecho internacional, en adelante DI. BROOMHALL se refiere a este fenómeno como “anillos concéntricos doctrinales” que se vuelven cada vez más estrechos, como si de una suerte de *matrioshka* se tratara. El anillo externo abarca tanto el área del Derecho penal transnacional como el interestatal comparativo; a continuación, encontramos un nivel más concreto comprendido por lo que el autor denomina como “convenciones de supresión”, esto es, el contenido de los tratados internacionales que definen los delitos y procedimientos que los Estados acuerdan adoptar y seguir respectivamente a través de sus sistemas nacionales.²⁷ Finalmente, en el núcleo del Derecho internacional penal, en adelante DIP, se encuentran las doctrinas mediante las cuales el Derecho internacional impone la responsabilidad penal directamente sobre las personas, independientemente de la legislación estatal.²⁸

Por tanto, a pesar de hacer uso de ésta última acepción cabe destacar que la CPI, a la que se referirán los sucesivos epígrafes, se encontraría a caballo entre el segundo y tercer anillo de Broomhall, pues el órgano emerge del acuerdo entre Estados, pero la responsabilidad penal individual nace del DIP, a pesar de encontrar, por su naturaleza convencional, obstáculos jurisdiccionales para su ejercicio en algunos casos.²⁹

Derecho Internacional Penal y su clasificación entre Crimen y Simple Delito”, *Working paper n°64, Programa de Derecho Internacional*. Buenos Aires: Centro Argentino de Estudios Internacionales.

²⁶ WERLE, G., y JESSBEGGER, F., *op. cit.*, nota al pie 25, p. 31. En este sentido, véase BASSIOUNI, M. C., *Introduction to International Criminal Law*, 2ª edición. Leiden: Martinus Nijhoff, 2013, pp. 1. El autor introduce la noción advirtiendo de que se trata de una disciplina jurídica compleja constituida de distintos elementos vinculados por una relación funcional en aras de unos objetivos-valor comunes. Como punto medio, la doctrina remite a la definición de CASSESE. Véase CASSESE, A., *International Criminal Law*, 2ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013.

²⁷ En este caso, la responsabilidad individual surgiría en virtud de la legislación nacional, mientras que el hecho de que un Estado no actuara generaría su propia responsabilidad internacional.

²⁸ DIXON, M., McCORQUODALE, R., y WILLIAMS, S., *Cases & materials on International law*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 537-538; BROOMHALL, B., “Scope”. En: *International justice and the International Criminal Court: Between sovereignty and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 9-19.

²⁹ Véase AKANDE, D., “Sources of International Criminal Law”. En: *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 41-53. Tal y como señala

La desviación de lo que podría llamarse “principio de legalidad interno” o, dicho de otro modo, la criminalización y aplicación de los tipos penales directamente por el Derecho internacional sin necesidad de que los Estados penalicen la conducta en virtud de obligación derivada de un tratado internacional,³⁰ se justifica en el consenso acerca de la excepcional gravedad de los llamados “crímenes principales”³¹. Sobre éstos tiene jurisdicción la CPI: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes guerra y el crimen de agresión.³² BASSIOUNI recoge hasta veinticinco categorías de crímenes internacionales, entendiendo como tales los delitos que, en primer lugar afectan importantes intereses internacionales o constituyen delitos particularmente graves que menoscaban valores compartidos por los miembros de la sociedad internacional; y en segundo lugar, implican a más de un Estado debido a la diferente nacionalidad de las víctimas o autores, o a los medios empleados, o a que sólo pueden ser adecuadamente protegidos por la legislación internacional.³³ KRESS incluye en su definición extensa hasta cuatro grupos distintos de normas internacionales, identificando el último como aquel cuyas normas conforman el DIP en sentido estricto.³⁴

La aparición de dicha categoría de normas jurídicas internacionales autónomas supone una profunda transformación del DI. Implica asumir el principio de responsabilidad penal internacional³⁵ como desarrollo del objeto clásico del DI, ya que

AKANDE, cabe destacar que el DIP, como parte del Derecho Internacional, encuentra sus fuentes en éste, pero es importante identificar el órgano que vaya a aplicar tales normas, dado que el procesamiento puede llevarse a cabo tanto por tribunales penales internacionales como nacionales o híbridos (mixtos o internacionalizados), y ello condiciona la libertad o flexibilidad a la hora de aplicar las normas y principios del DI. Desde un punto de vista nuclear del DIP, la cuestión de si el derecho interno o constitucional permite la aplicación directa de crímenes tipificados en el DI (definido por el tratado o el derecho consuetudinario) debe distinguirse cuidadosamente de la penalización directa en virtud del derecho internacional. La clasificación de un delito como crimen según el DI, no necesita de la implementación del tipo por los ordenamientos internos. Véase WERLE, G., y JESSBEGGER, F., *op. cit.*, nota al pie 25 p. 32.

³⁰ Nos encontramos pues, ante una noción nuclear del Derecho Internacional Penal.

³¹ Es discutida la posibilidad de la incursión en responsabilidad penal internacional para crímenes que no sean los principales arriba mencionados, como pueden ser el tráfico de drogas, el terrorismo o la piratería. Por ello se afirma que es un área del DIP en constante cambio. Véase WERLE, G., y JESSBEGGER, F., *op. cit.*, nota al pie 25, p. 33; JESCHECK, H., “International Crimes”. En: *Encyclopedia of Public International Law*, Vol II. Amsterdam: North-Holland, 1995, p. 1119 y ss.; Véase también GAETA, P., “International Criminalization of Prohibited Conduct”. En: *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 63-81.

³² DIXON, M., McCORQUODALE, R., y WILLIAMS, S., *op. cit.* nota al pie 28, pp. 541-542.

³³ BASSIOUNI, M. C., *op. cit.* nota al pie 26, pp. 137-284.

³⁴ OLASOLO, H., *op. cit.*, nota al pie 22, pp. 96-98; KRESS, C., “International Criminal Law”. En: WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, párrs. 1-14.

³⁵ “Contra el derecho internacional se cometen por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a las personas que cometen tales crímenes se pueden hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional”. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Documentos oficiales, Tomo I, noviembre de

éste no se ocupaba directamente del individuo, ni para protegerlo ante crímenes de carácter internacional, ni para castigar a los responsables. La tipificación está dirigida al conjunto de los seres humanos con el fin de prohibirles llevar a cabo tales conductas. El Estatuto de Roma se refiere a “los crímenes más graves que preocupan a la comunidad internacional”³⁶, pues afectan a la paz y seguridad internacionales y conmocionan los aspectos esenciales de la dignidad humana³⁷. Por lo tanto, el DIP en sentido estricto se caracteriza por constituir una respuesta de la sociedad internacional ante aquellas conductas que más gravemente menoscaban sus valores fundamentales.

2.2 PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Hasta la entrada en vigor del Estatuto de Roma,³⁸ en las primeras etapas codificadoras de un cuerpo jurídico emergente de DIP, los principios generales revisten una importancia secundaria. En la práctica, era prioritaria la definición de los crímenes y se temía que la formulación de un conjunto completo de principios generales, que en inicio no se manifestaban esenciales, pudiera obstaculizarla. Esto se debe, por un lado, a que los tribunales penales internacionales recurrían a reglas comunes a los sistemas jurídicos nacionales, y, por otro lado, los tribunales nacionales aplicaban sus principios generales domésticos cuando entraban a conocer asuntos de DIP.³⁹

El Estatuto de Roma es considerado el culmen de dicha codificación, pues su Parte III de los “Principios Generales de Derecho penal” recoge las disposiciones completas que conforman el núcleo de un conjunto autónomo de Principios generales de DIP. Se basa en el Derecho internacional consuetudinario y los Principios generales de Derecho⁴⁰,

1945- octubre 1946, pp. 234-235. Véase también Resolución 95 (I) de la Asamblea General “*Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal Militar de Nuremberg*” (11 de diciembre de 1946).

³⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, *Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional*, A/CONF.183/9, de 17 Julio 1998. Preámbulo, párr. 3.

³⁷ Entendida “dignidad humana” como los valores esenciales sobre los que se construye la sociedad internacional tras la Segunda Guerra Mundial, sin entrar en este punto a tratar el debate por el cual se cuestiona su idoneidad y representatividad respecto de la Comunidad Internacional actual en términos de diversidad y universalidad.

³⁸ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional adoptado el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1 de julio de 2002.

³⁹ WERLE, G., y JESSBEGGER, F., *op. cit.*, nota al pie 25, pp. 165-167.

⁴⁰ AKANDE, D., *op. cit.*, nota al pie 29, pp. 51- 53. La Corte Internacional de Justicia se refiere a estos en el Artículo 38 (1) como: (b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada

pero también fija principios penales propios “que permitan expresar y abordar adecuadamente la responsabilidad de los crímenes principales”⁴¹. La definición detallada de estos principios supone una ardua tarea dado que, a diferencia de las definiciones de los crímenes, su creación jurídica se produce entre una maraña de leyes nacionales paralelas.⁴² Se critica que la mayoría de dichas las disposiciones forman un “conglomerado no sistemático de una variedad de tradiciones legales”,⁴³ pero discutir estos principios requiere, en todo caso, liberarse de la hermenéutica y los conceptos doctrinales propios del ordenamiento interno.

La Corte Penal Internacional lleva a cabo un intenso análisis doctrinal de los principios generales y se desvía de la jurisprudencia establecida por los Tribunales *ad hoc* en áreas donde el Estatuto consagra principios generales de Derecho internacional penal en sentido estricto. La Corte señaló que, al recurrir a los principios de los principales sistemas jurídicos nacionales ⁴⁴, es necesario advertir que ninguno de ellos, en su formulación inicial, tenía por objeto crímenes de Derecho internacional. Por ello las disposiciones del Estatuto siempre deben ser el punto de partida.⁴⁵ Para el presente análisis, es útil repasar los principios generales más destacados recogidos en el Estatuto.

Los tres elementos fundamentales del principio de legalidad son parte del derecho internacional consuetudinario y, según algunos autores, están en proceso de consolidación como normas de *ius cogens*.⁴⁶ En primer lugar, los principios “*Nullum*

como derecho (c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Organización de Naciones Unidas, *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, 18 abril 1946.

⁴¹ Asunto *Lubanga Dyilo*, Corte Penal Internacional Sala de Primera Instancia, Sentencia de 14 de marzo de 2012, párr. 976.

⁴² De la revisión bibliográfica se desprende que una de las consecuencias de la codificación de los principios generales del DIP es la “limitada madurez doctrinal” de algunos de ellos. Por ello sigue siendo uno de los mayores desafíos tanto en la práctica como en la doctrina. WERLE, G., y JESSBEGGER, F., *op. cit.*, nota al pie 25, p. 165. Aun así, cabe señalar que el Estatuto de Roma separa por primera vez las definiciones de los crímenes de la formulación de los principios generales de Derecho penal internacional.

⁴³ ESER, A., “Verteidigung”. En: *Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen* SCHMOLLER, K. (ed.). Viena: Springer, 1996, pp. 755-775.

⁴⁴ Se distinguen dos grandes tradiciones: el sistema de derecho civil (sistemas legales germánicos) y el sistema de derecho común (sistema legal anglo-americano).

⁴⁵ Asunto *Lubanga Dyilo*, Sala de Cuestiones Preliminares, Decisión relativa a la confirmación de los cargos, ICC-01/04-01/06-797, de 29 de enero de 2007, párr. 317; Asunto *Lubanga Dyilo*, Sala de Primera Instancia, *Fallo condenatorio de conformidad con el artículo 76 del Estatuto*, ICC-01/04-01/06, de 14 de marzo de 2012, párr. 917; Asunto *Al Bashir*, Corte Penal Internacional Sala de Cuestiones Preliminares, Decisión de 4 de marzo de 2009, párr. 117 y ss.

⁴⁶ LAMB, S., “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”. En: CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J. R. W. D.(coords.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 733-752, p. 735; Véase “Principio de legalidad, norma 101”. En: ICRC,

crimen sine lege” y “*Nulla poena sine lege*” prohíben la responsabilidad penal por conductas que, en el momento de la comisión del acto, no fueran constitutivas de delito y/o no tuvieran fundamentada la punibilidad de su conducta y su consecuencia jurídica según el DIP aplicable. El tercer elemento lo constituyen el principio de responsabilidad individual y la irretroactividad *ratione personae*. Ésta última se infiere de manera lógica de los anteriores, pues establece que nadie será responsable por una conducta anterior al momento en que fuera constitutiva de delito. Por ello resulta especialmente relevante la fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma.⁴⁷ Los elementos del principio de legalidad son, en definitiva, presupuestos básicos de punibilidad.

Cabe destacar la imprescriptibilidad de los crímenes competencia de la Corte, pues ello supone que la responsabilidad penal internacional⁴⁸ puede ser exigida en todo momento: serán responsables y podrán ser penadas aquellas personas físicas que cometan un crimen de su competencia. La perpetración de tales transgresiones requiere, por lo general, de la cooperación de un gran número de individuos organizados estructuralmente, lo cual suele venir acompañado de la participación de los órganos del Estado. Aun así, la naturaleza colectiva de tales crímenes no exime de la necesidad de determinar el grado de responsabilidad individual de cada una. A tal fin responde el elemento de la intencionalidad del infractor, el cual se presenta determinante para establecer dicha responsabilidad, particularmente en lo que respecta a crímenes de lesa

Customary IHL Database; BROOMHALL, B., “From national to international Responsibility”. En: *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 25-51, pp. 41-48.

⁴⁷ OLASOLO, H., “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho internacional contemporáneo”. En: *Introducción al derecho internacional penal*. Rosario: Editorial Universidad del Rosario, 2015, pp. 59- 83, p. 59-67; WERLE, G., y JESSBEGGER, F., CÁRDENAS ARAVENA, et al., *op. cit.*, nota al pie 25, pp. 97-99; Véase Estatuto de Roma 1998, *doc. cit.*, nota al pie 36, Artículos 22 y ss. Cabe advertir también la prohibición que explicita el Estatuto en el artículo 22 (2) sobre la interpretación extensiva por analogía de la definición del crimen. “En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”.

⁴⁸ Debe distinguirse la responsabilidad internacional individual de la estatal, pues responden a regímenes distintos y presentan características diferentes. Por ejemplo, la atribución de responsabilidad penal individual a un agente del estado no implica automáticamente responsabilidad del estado sobre su conducta, pero el propio Estatuto señala en su artículo 25 (4) que “nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”; DIXON, M., McCORQUODALE, R., y WILLIAMS, S., *op. cit.*, nota al pie 28, p. 542. Véase *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2007*, p. 43, Párr. 172-173. La Corte Internacional de Justicia observa que esa dualidad de responsabilidad continúa siendo una característica constante del DI, y alude a los comentarios de la Comisión de Derecho internacional, en adelante CDI, acerca de la comisión de estos crímenes por funcionarios del Estado y su responsabilidad individual.

humanidad y genocidio. Así pues, cuando la culpabilidad es probada “más allá de toda duda razonable”, la responsabilidad individual internacional tiene carácter punitivo.⁴⁹

A colación de lo anterior, es oportuno introducir aquí el principio de “responsabilidad del superior”⁵⁰, creación original del DIP, del cual no existen paradigmas en el plano nacional. En virtud de ésta, los militares o civiles al mando pueden ser considerados penalmente responsables por crímenes de Derecho internacional cometidos por sus subordinados. Cabe destacar que tal figura reviste especial importancia en relación a las estrategias y criterios que sigue de la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, en adelante OFCPI, a la hora de desarrollar sus funciones. Si aquellos superiores al mando son responsables, ello significa también que la Corte aplica el Estatuto sin distinción alguna basada en el cargo oficial. La improcedencia del cargo oficial recogida en el artículo 27 del Estatuto es fundamental en el sucesivo estudio de caso, pues supone uno de los ejes en torno al cual gira el debate y la negativa de arrestar al presidente del Gobierno de Sudan, Omar Hasán Ahmad Al-Bashir.

2.3 FINES DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Para abordar los fines del DIP cabe aludir primero a los bienes jurídicos protegidos por éste, pues uno de sus elementos distintivos es su doble naturaleza, individual y colectiva. En primer lugar, el DIP protege bienes jurídicos individuales afectados por los crímenes de DIP como son, entre otros, la vida, la integridad física o la libertad de las personas. En segundo lugar, debido a la magnitud, sistematicidad y grado de violencia que implican tales crímenes, se tutelan también los llamados bienes jurídicos colectivos.

⁴⁹ Los estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia (artículo 7) y Ruanda (artículo 6) respectivamente, en adelante TPIY y TPIR, fueron el punto de partida en la elaboración de una doctrina más sofisticada. Distinguían entre planear, ordenar, instigar, ayudar y ser cómplice. Véase Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 827 (1993), Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, (enmendado el 17 mayo de 2002), S/RES/827, de 25 mayo de 1993; Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 955 (1994), Estatuto del Tribunal Penal Internacional Ruanda, (enmendado el 13 octubre de 2006), S/RES/955, de 8 noviembre de 1994; WERLE, G., y JESSBEGGER, F., *op. cit.*, nota al pie 25, p.58; AG, *Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional, doc. cit.*, nota al pie 36, Artículos 24- 25 y 29.

⁵⁰ AG, *Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional, doc. cit.*, nota al pie 36, Artículo 28. Por otro lado, el Estatuto también recoge en su artículo 33 (1) matizaciones acerca de las órdenes superiores y disposiciones legales: *Quién hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, (...) será eximido de responsabilidad penal si estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por tales; no supiera que la orden era ilícita, o que la orden no fuera manifiestamente ilícita.*

Algunos autores consideran los bienes jurídicos colectivos como fruto de la necesidad de proteger la dignidad humana, pilar esencial de la sociedad internacional, en el sentido que establece el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas. Otros afirman que deriva del deber de preservar la paz y seguridad internacionales, tal y como señala expresamente el párrafo 3^a del Preámbulo del Estatuto de Roma: los crímenes de DIP “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”.⁵¹ MAY integra ambas posiciones al referirse a los “principios de seguridad y daño internacional”. En virtud de éstos, si el Estado no cumple su función primordial, asegurar los bienes jurídicos individuales de sus ciudadanos anteriormente aludidos, pierde los privilegios derivados de su soberanía, y, en consecuencia, la sociedad internacional adquiere potestad y deber para intervenir en nombre de la población cuyos derechos han sido transgredidos. Ahora bien, para que pueda ejercitar ese derecho/deber es necesario que tenga un interés legítimo en su investigación y enjuiciamiento, esto es, que se haya producido daño o afectación a la paz y seguridad internacionales como consecuencia de tales delitos.⁵²

Los fines del DIP son una cuestión elemental ampliamente debatida por la doctrina, pero debe señalarse la estrecha relación existente, por un lado, entre los bienes jurídicos individuales protegidos y los fines de la pena, y, por otro lado, entre los bienes jurídicos colectivos con aquellos que podrían denominarse “fines generales del DIP”. El presente epígrafe se refiere a estos últimos, pues los fines de la pena serán tratados en el siguiente capítulo a colación de los tipos penales recogidos en el Estatuto de Roma.

CASSESE es categórico cuando se refiere a la función del DIP, pues de antemano afirma que tanto el olvido como la venganza son inmorales, contraproducentes y sin

⁵¹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law, Foundations and General Part, Volume I*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 55-58; OLASOLO ALONSO, H., *op. cit.*, nota al pie 22, pp. 100-101.

⁵² Para las primeras dos posturas véase: VENEGAS-MOYANO, M., “De los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho internacional humanitario”. En: *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen I*, Bogotá: Editorial Temis, 2011, pp. 60-102; Organización de Naciones Unidas, Carta de las Naciones Unidas, 1/UNTS/XV, 24 de octubre de 1945; y WERLE, G., y JESSBEGGER, *op. cit.*, nota al pie 25, pp. 82-85; MAY, L., *Crimes against Humanity: A Normative Account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 71-82. Por ejemplo, MAY afirma que los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de genocidio cumplen automáticamente con el principio de daño internacional, pues al tratarse de delitos colectivos perpetrados o asistidos por instituciones u organizaciones contra amplios grupos de víctimas, afectan necesariamente los valores esenciales de la sociedad internacional, fundamentalmente la paz y la seguridad. En sentido contrario, sobre la autonomía de ambos principios, véase VAN DER WILT, H., “Crimes Against Humanity: A Category hors concours in International Criminal Law”. En: *Humanity Across International Law and Biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 25-42.

sentido práctico. En su oposición al olvido y la amnistía, establece una síntesis de cuatro méritos del sistema de justicia internacional. En primer lugar, considera oportuno el establecimiento de la responsabilidad individual, pues la responsabilidad colectiva de la culpa, normalmente revestida de fachada orgánica, difumina a los perpetradores, anula los efectos preventivos de la pena y perpetúa la “cultura de la impunidad”. En segundo lugar, la justicia disipa la *necesidad* de venganza, pues cuando un tribunal condena, la víctima ve satisfecha su pretensión de retribución.⁵³ En tercer lugar, a colación de lo anterior, las víctimas están preparadas para la reconciliación una vez que los responsables están cumpliendo pena impuesta por sus crímenes. Por último, señala que lo acontecido en sede judicial constituye un registro fiable de las atrocidades de las cuales trae causa, contribuyendo así a que las presentes y futuras generaciones sean plenamente conscientes y comprendan la historia que no debe ser de nuevo reproducida.⁵⁴

Sobre esta última, el autor estima que, si el mantenimiento de la paz y seguridad internacional es el bien jurídico colectivo protegido por los crímenes internacionales, uno de los fines del DIP debe ser necesariamente su preservación mediante la creación de un registro permanente de tales hechos que resista la corrupción del tiempo. Considera los procesos penales una herramienta útil y fiable, pues las pruebas presentadas son sometidas al escrutinio de los órganos jurisdiccionales y los hechos son aceptados “más allá de toda duda razonable”.⁵⁵ Otros autores, en cambio, rechazan esta posición pues, en su opinión, los procesos penales no son el mejor mecanismo para establecer una narrativa histórica de lo acontecido, dado que los ámbitos temporal, material y territorial en los que ejercen jurisdicción los tribunales condicionan que el relato histórico que presenten sus sentencias nunca podrá ser completo.⁵⁶

⁵³ Tal simplificación puede llevar a confusión acerca de los conceptos retribución y restauración a las víctimas, pero debe entenderse a tenor de lo expuesto en el epígrafe anterior.

⁵⁴ CASSESE, A., “Reflections on International Criminal Justice”. *The Modern Law Review*, Vol. 61, 1998, pp. 1-10. pp.6-7; En sentido contrario, DIXON, M., McCORQUODALE, R., y WILLIAMS, S., *op. cit.*, nota al pie 28, p. 540, Consideran alternativas al proceso penal internacional, entre otras, las amnistías y las comisiones de la verdad en aras de la reconciliación y las reparaciones.

⁵⁵ DRUMBL, M. A., *Atrocity, Punishment and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 170-176. Drumbl pone como ejemplos de esta función del DIP la sentencia de primera instancia del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (TIPY/ICTY) en el asunto *Krstić*, pues en su opinión se dirige a crear un registro para contrarrestar los intentos de negar la masacre de Srebrenica; CASSESE, A., *op. cit.*, nota al pie 54, p. 7.

⁵⁶ OLASOLO, H., *op. cit.*, nota al pie 22, pp. 105-106 señala como tales a MINOW, M., y ÁLVAREZ, J. E (Véanse notas al pie 41 y 42 del citado artículo).

Parece existir cierta unanimidad en la doctrina acerca de la necesaria legitimidad de los nuevos sistemas democráticos que adolecen de herencias difíciles⁵⁷, mediante el esclarecimiento de lo acaecido. Parte de la doctrina argumenta que sólo puede ser adquirida mediante una verdad judicial, un proceso contradictorio y transparente con todas las garantías en los términos ya expuestos.⁵⁸ Si bien resulta contraproducente antagonizar el debate acerca de si los procesos penales pueden o no contribuir a establecer narrativas de memoria histórica acerca de los crímenes de DIP, también lo es cuestionar la validez de las diferentes narrativas históricas presentadas en el mismo. Por lo tanto, en mi humilde opinión, el estándar probatorio del proceso penal internacional brinda una certeza “más allá de toda duda razonable” acerca de los hechos, los patrones de violencia o situación de conflicto en que se produjeron los delitos, sucesiva valoración legal de sus consecuencias, pero ello sólo complementa otro tipo de narrativas que permiten entender la complejidad y extensión de la historia, más allá de los concretos supuestos que la conforman.

Según afirma BURKE-WHITE, teniendo en cuenta que el mantenimiento de la paz y seguridad internacional constituye el bien jurídico colectivo protegido, la promoción de la reconciliación en el posconflicto tras crímenes de DIP es otro de sus fines generales.⁵⁹ Para algunos autores, de lo expuesto se infiere que la provisión de un cierto sentido de justicia por medio del proceso puede facilitar la reconciliación social y propiciar las condiciones adecuadas para una paz duradera. Hay una creencia consolidada de que la impunidad tiende a inspirar la comisión de crímenes internacionales a medio y largo plazo,⁶⁰ sin embargo, HAYNER nos recuerda que no hay ninguna prueba empírica que demuestre plenamente tal afirmación.⁶¹ También sostiene que ciertas sociedades

⁵⁷ Concepto tomado del Simposio organizado por la Dr. Elly Harrowell, titulado “Using difficult heritage to build peaceful futures: Evidence from Coventry and Nanjing” celebrado el 20 de junio de 2018 en Coventry University.

⁵⁸ Véase HAFNER, G., BOON, K., RÜBESAME, A., y HUSTON, J., “A Response to the American View as Presented by Ruth Wedgwood”. *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, pp. 108-123.

⁵⁹ BURKE-WHITE, B., “Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo”. *Leiden Journal of International Law*, Vol.18, 2005, pp. 557-590, pp. 586-589; En el mismo sentido CASSESE, A., *op. cit.*, nota al pie 54, p. 6.

⁶⁰ OLASOLO cita a HARMON, M. B., y OHLIN J. D., así como a la antigua Comisión De Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la convicción de que la impunidad es una de las razones principales de las violaciones continuadas de derechos humanos en todo el mundo. OLASOLO, H., *op. cit.*, nota al pie 22, pp. 108-109, notas al pie 55 y 62.

⁶¹ Véase HAYNER, P. B., “Leaving the past alone”. En: *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*. Londres: Routledge, 2001, pp.183-205; en sentido contrario WILSON, R. A., *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State*. Cambridge: Cambridge

nacionales, como España o Irlanda del Norte, han superado tal herencia sin procesos penales, aunque otros señalan la carencia de una auténtica reconciliación.⁶² Esto es especialmente interesante si se analiza desde las distintas perspectivas del debate paz-justicia que se trata a continuación, pues se demuestra que los primeros responden a una concepción negativa de la paz y un puritanismo procesal del término justicia, mientras que los segundos conciben la reconciliación como un fenómeno integrado en la noción de paz positiva y justicia restaurativa.

University Press, 2001. Supone un interesantísimo campo de estudio para un análisis interdisciplinar de la cuestión que muchos autores demandan para poder afirmar sus hipótesis.

⁶² No pocos han expresado sus dudas sobre la idoneidad de la aplicación del DIP para promover la paz y la reconciliación, llegando a sugerir que los procesos penales no hacen sino promover que las partes continúen en conflicto hasta la victoria de una. En este sentido véase WARD, I., *Justice, Humanity and the New World Order*. Aldershot: Ashgate Publishing Company, 2004.

II. EL DEBATE PAZ-JUSTICIA EN EL SENO DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL: “VERSUS VS. VÍA”

De las cuatro concepciones principales de paz y justicia aludidas anteriormente nacen las distintas fórmulas que condicionan el desarrollo del debate académico sobre la relación entre ambos, su compatibilidad y prelación. Esto se debe a que la doctrina reconoce que los crímenes de Derecho internacional deben estudiarse desde la óptica de la consolidación de la paz. Por tanto, no es de extrañar que la cuestión acerca de si el Derecho internacional penal puede contribuir a la justicia y/o a la paz, así como esclarecer en qué consistiría tal aportación, es un tema ampliamente tratado en el núcleo del debate.⁶³ Si se lleva a cabo un razonamiento lógico, tales concepciones supeditan necesariamente las conclusiones y posturas al efecto, pero el presente epígrafe no tiene por objeto afirmar de manera categórica aquellas nociones que debieran actuar como axiomas, sino presentar las posturas teóricas concurrentes, a fin de comprender su incidencia práctica en el sucesivo estudio de caso.

1. “PAZ VS. JUSTICIA”

Algunos autores afirman que los conceptos de paz y justicia permanecen en tensión, por lo cual, a la hora de tratar conflictos en los que acaezcan crímenes de Derecho internacional, debemos elegir entre uno u otro como objetivo primario. Históricamente la fórmula “paz versus justicia” ha prevalecido, aunque no de manera tan absoluta, sino más bien como una cuestión de prelación a favor de la “paz”, pues los tribunales *ad hoc* que precedieron a la Corte procesaban tales transgresiones *a posteriori*.⁶⁴

Países como Chile, Argentina y España, bajo cuyos regímenes dictatoriales se cometieron similares crímenes de lesa humanidad en el siglo XX, promulgaron leyes de amnistía en lugar de enjuiciar a los oficiales militares responsables. Consideraban que tales pactos serían más adecuados para lograr paz y estabilidad a largo plazo que someter

⁶³ SRIRAM, C. L., “Justice as Peace? Liberal Peacebuilding and Strategies of Transitional Justice”. En: *Global Society*, Vol.21, N°4, 2007, pp. 579– 91; Véase también SRIRAM, C. L., GARCÍA-GODOS, J., HERMAN, J., MARTIN-ORTEGA, O., (eds.), *Transitional Justice as Peacebuilding?*. London: Routledge, 2013; RAMSBOTHAM, O., WOODHOUSE, T., MIAL, H., *Contemporary Conflict Resolution*, 3ª edición. Cambridge: Polity Press, 2011.

⁶⁴ CLARK, J. N. *op. cit.*, nota al pie 21, pp. 521-545.

la cuestión ante órganos jurisdiccionales, pues sospechaban que los tribunales podrían crear nuevas tensiones y fricciones capaces de reanudar la violencia. Podría afirmarse que, o bien los procesos jurisdiccionales no se identificaban como elemento necesario del término justicia o se consideraban su único contenido. Así pues, se antepuso la consecución de la paz a la justicia, por estimar la segunda como una traba o creer que no era posible tener ambas al mismo tiempo.⁶⁵ En la actualidad, Chile y Argentina, aunque especialmente ésta última, han comenzado procesos de justicia restaurativa, retributiva y anamnética, haciéndose eco de las demandas sociales.⁶⁶ España, sin embargo, a pesar de la existencia de un importante movimiento social, todavía está lejos de comenzar un proceso similar, aunque existen algunas causas que resquebrajan la inamovible y sistemática omisión institucional a brindar reparación a las víctimas del franquismo.⁶⁷ En este punto cabe preguntarse qué paz se ansía, y qué justicia se posterga empleando esta fórmula como base en la transformación de conflictos.

Uno de los detonantes principales del debate justicia-paz fue la creación de la Corte Penal Internacional y su capacidad de procesar a individuos por crímenes cometidos en conflictos todavía en desarrollo. Es un arquetipo de tribunal *ex ante*, una institución establecida antes de que se haya resuelto, o incluso manifestado en toda su extensión, un conflicto de seguridad internacional derivado de la comisión de tales crímenes.⁶⁸ A este respecto, autores como GODA afirman que los juicios internacionales generan escepticismo, ya que pueden socavar las negociaciones de paz e instigar y prolongar la

⁶⁵ CLARK, J. N., *op. cit.*, nota al pie 21, p. 539.

⁶⁶ Cabe destacar aquí el Movimiento de Madres de Plaza de Mayo y el informe de la CONADEP. Argentina también optó inicialmente por una de las llamadas Comisiones de la Verdad (CONADEP), al igual que Sudáfrica (TRC), la cual amnistiaba a quienes confesaban plenamente sus crímenes. Pero quizá no sean casos ponderables por cuanto Sudáfrica no ha acudido a la vía judicial como un mecanismo de justicia. La dispar naturaleza de los crímenes cometidos en uno y otro sitio demuestran que la transformación del conflicto requiere de medidas sensibles al contexto y las transgresiones, no fórmulas generales. Recientemente, la justicia chilena ha condenado a nueve militares retirados por el asesinato del cantautor Víctor Jara, paralelo también al proceso por justicia universal iniciado en Florida, EEUU. “Justicia condena a nueve militares por asesinato de Víctor Jara”. En: *CNN Chile*. Disponible online: https://www.cnnchile.com/pais/justicia-condena-a-nueve-militares-r-por-asesinato-de-victor-jara_20180703/

⁶⁷ Asociación para la recuperación de la memoria histórica y Plataforma contra la impunidad del Franquismo, entre otras. Entre los procesos mencionados existen algunas tentativas en sede judicial para exhumar, identificar y entregar los restos de víctimas del franquismo a sus familiares. Entre las acciones no jurisdiccionales encontramos, por ejemplo, renombrar las calles que rendían homenaje a los perpetradores. Todo ello sin perjuicio de la ebullición social enfrentada que demuestra a cada vez la falta de reconciliación social. Véase “Histórico de noticias”, *Asociación para la recuperación de la memoria histórica*. Disponible en: <http://memoriahistorica.org.es/historico-de-noticias/>

⁶⁸ KERSTEN, M., *Justice in Conflict: The Effects of the International Criminal Court's Interventions on Ending Wars and Building Peace*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 4-5. El autor remite a MAHNOUSH, H., et al., y SRIRAM, C. L., *op. cit.*, nota al pie 63, p. 579.

violencia. Por lo tanto, bajo el lema “primero paz, luego justicia” se infiere que no puede haber “justicia sin paz”.⁶⁹

Desde la sociología aplicada al estudio del conflicto político violento, algunos autores aseveran que el sentimiento de vergüenza puede llevar a una violencia continuada y al afianzamiento del poder.⁷⁰ Por tanto concluyen que, para establecer y mantener la paz, el respeto es un elemento esencial y necesario en cualquier intento legítimo y exitoso de pacificación. En segundo lugar, parte de la doctrina indica que, cada vez más, los conflictos políticos violentos, especialmente las guerras civiles, terminan a través de un acuerdo negociado. Por ello, tratar de enjuiciar a los actores clave involucrados en una mesa de negociaciones es perjudicial para el proceso y hace que sea menos probable alcanzar un acuerdo.⁷¹ Otros sostienen que proporcionar un lugar para la justicia penal en los acuerdos de poder compartido supone todo un desafío pero que, por otro lado, la justicia retrasada no es justicia negada, sino justicia hecha posible. También argumentan la utilidad de las amnistías a los responsables de tales crímenes como herramientas esenciales para llevar a las partes en conflicto a la negociación, proporcionando un incentivo para lograr e implementar el acuerdo de paz.⁷² Como ejemplo de lo expuesto, pueden señalarse las críticas contra las órdenes de arresto emitidas por Moreno-Ocampo contra comandantes del LRA en 2005, de las cuales se decía, contravenían lo pactado en

⁶⁹ GODA, N. J. W., *Tales from Spandau- Nazi Criminal and the Cold War*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp.7-9; CHESTERMAN, S., “No Justice without Peace? International Criminal Law and the Decision to Prosecute”. En: CHESTERMAN, S., (ed.), *Civilians in War*. Boulder: Lynne Rienner, 2001, pp.145– 63.

⁷⁰ KERSTEN, M., *op. cit.*, nota al pie 68, pp. 27- 28. El autor comenta que tales afirmaciones se basan en la influencia de la vergüenza sobre las causas de la violencia, exploradas por sociólogos como GILLIGAN, J. y aplicadas al conflicto político violento por académicos como KEEN, D.

⁷¹ *Ibidem*, p. 3; Véase WALLENSTEEN, P., *Understanding Conflict Resolution. War, Peace and the Global System*. London: SAGE Publications, 2007; GOLDSMITH, J., KRASNER, S. D., “*The Limits of Idealism*”. En: *Daedalus*, Vol.132, N°1, 2003, pp.47– 63, p. 51-52. KERSTEN expone que los conflictos que no se agotan con la victoria completa de un lado y la desaparición completa del otro, sino que requieren acuerdos negociados.

⁷² La afirmación “la justicia retrasada no es justicia negada” no es del todo correcta cuando, tomando solo la parte del proceso judicial, a mayor dilación, mayor dificultad para conseguir y salvaguardar los medios probatorios. VANDEGNSTE, S., SRIRAM, C. L., “Paper: Power- sharing and Transitional Justice: A Clash of Paradigms?”. En: *Annual meeting of the International Studies Association Annual Conference “Global Governance: Political Authority in Transition”*. Montreal: International Studies Association, 2011, p. 9; CHESTERMAN, S., *op. cit.*, nota al pie 69, p. 8; Véase DUGARD, J., “Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?”. En: *Leiden Journal of International Law*, Vol.12, 1999, pp.1001– 1015.

la Ley de Amnistía de Uganda aprobada en 2000 y, por ende, la demanda popular de amnistía general.⁷³

Bajo este punto de vista parece afirmarse que suscribir un acuerdo es garantía real de paz. Sin embargo, la realidad es mucho más compleja, pues gran parte de la violencia que se pretende superar es de naturaleza estructural y, a menudo inmune a las disposiciones de un acuerdo de paz. Por ello, es relevante atender a la distinción entre paz positiva y paz negativa al analizar si la intervención de la Corte es o no una amenaza para tales procesos.⁷⁴ Tomando el ejemplo de Uganda, afirmar que las órdenes de arresto emitidas por la CPI representan una amenaza para la paz en el norte del país, conceptualiza ésta de una manera claramente negativa que privilegia una visión de paz a muy corto plazo. Asumir un concepto positivo implica una perspectiva a largo plazo que, sin embargo, puede aportar una nueva dimensión al debate. No necesariamente debe seguirse una trayectoria lineal de “paz-luego-justicia”, dado que las complejidades y particularidades de las sociedades individuales en conflicto exigen respuestas contextualmente sensibles y adaptadas al caso concreto en lugar de fórmulas generales.⁷⁵ Por otra parte, es crucial para explorar y comprender la relación entre paz y justicia, conceptualizar la justicia en un sentido mucho más completo y profundo que los simples procesos penales en sede judicial.

Así pues, si adoptamos una posición por la cual paz y justicia son objetivos fundamentalmente incompatibles en una misma dinámica, la Corte representará inevitablemente un potencial impedimento para la paz. Si, además, la fórmula incluye una concepción negativa de ésta, entendamos justicia en un sentido exclusivamente procesal o no, es evidente que la intervención del órgano será concebida como una amenaza y un óbice en cualquier negociación. CLARK, sin embargo, al igual que parte de la doctrina como se verá a continuación, considera tal pensamiento dicotómico inútil,

⁷³ La Ley de Amnistía de Uganda fue aprobada en 2000 para permitir que aquellos que renunciaron a la violencia volvieran a sus comunidades sin temor a un posible enjuiciamiento. SCHARF, M. P., “The Amnesty Exception to the jurisdiction of the International Criminal Court”. En: *Cornell International Law Journal*, N° 32, 1999, pp. 507-527, p. 508. El autor no considera realista esperar que los líderes involucrados en un conflicto acuerden una paz si enfrentan el riesgo de arresto y encarcelamiento.

⁷⁴ CLARK, J. N., *op. cit.*, nota al pie 21, p. 542. La autora remite a SIMPSON, G. Véase nota al pie 98.

⁷⁵ Ídem. “En palabras de Méndez, esta expulsión (de personas como Kony) por estar bajo acusación, puede percibirse inicialmente como un obstáculo para la paz, pero más adelante puede ser exactamente lo que se necesita para obtener una estabilidad paz en el norte de Uganda”.

pues solo consolidará las dualidades que se pretenden superar.⁷⁶ Aun así, tales argumentos no pueden ser simplemente descartados, sino cuestionados.

2. “PAZ VÍA JUSTICIA”

Aunque históricamente prevaleció la fórmula anterior, desde el establecimiento de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, se ha ido consolidando la idea de que es necesario alcanzar la justicia para lograr la paz. Dicha premisa tiene por contenido una noción amplia del término justicia pues, el enjuiciamiento penal internacional de personas responsables por crímenes de derecho internacional, es considerado uno de los elementos necesarios para la reconciliación y la justicia social como antesala de una paz positiva.⁷⁷

Los argumentos clave que aportan doctrina y jurisprudencia a favor de esta fórmula se encuentran estrechamente relacionados con los fines de la pena, los cuáles serán desarrollados en el capítulo a continuación. Éstos podrían sintetizarse en tres objetivos complementarios: la lucha contra la impunidad, la consecuente cultura de la responsabilidad individual, y la prevención y disuasión de tales crímenes.⁷⁸ Autores como ELLIS declaran que no existe paz duradera que carezca de justicia en su constitución, ni justicia falta de responsabilidad.⁷⁹ Los tribunales juegan entonces un papel instrumental en un sistema más complejo, calificado incluso como “la mayor innovación política de finales del siglo XX destinada a disminuir las violaciones de los derechos humanos”.⁸⁰ Por tanto, la justicia no es simplemente una condición suficiente para la paz, sino necesaria.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 543.

⁷⁷ CLARK, J. N., *op. cit.*, nota al pie 21, p. 539. Graham Blewitt, ex Fiscal Adjunto del TPIY afirma, tomando la nueva premisa “no puede haber paz sin justicia”, que dicho tribunal es un instrumento de paz, cuyas actuaciones fueron clave en el proceso de pacificación de la antigua Yugoslavia. Véase BLEWITT, G. T., “The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Rwanda”. En: LATTIMER, M., SANDS, P. (eds), *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 145-160, pp. 146-147.

⁷⁸ LEEBAW, B. A., “The Irreconcilable Goals of Transitional Justice”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, N°1, 2008, pp.95-118.

⁷⁹ ELLIS, M., “Combating Impunity and Enforcing Accountability as a Way to Promote Peace and Stability. The Role of International War Crimes Tribunals”. En: *Journal of National Security Law and Policy*, Vol.2, 2006, pp.111-64, p. 113.

⁸⁰ KERSTEN, M., *op. cit.*, nota al pie 68, p. 20. El texto reproduce la cita traducida al castellano que el autor atribuye a HUNJOON, K., SIKKINK, K., “Explaining the Deterrence Effect of Human Rights Prosecutions for Transitional Justice”. En: *Paper Hauser Globalization Colloquium Fall 2009: Interdisciplinary Approaches to International Law*, 2009.

Bajo esta fórmula, la lucha contra la impunidad es el objetivo principal del sistema de justicia penal internacional y, por consiguiente, la piedra angular en el establecimiento y mantenimiento de la paz. Parte de la convicción de que, cuando un pasado común traumático se soslaya, tarde o temprano vuelven a surgir conflictos de idénticas causas, generando un ciclo de abusos que responde a la llamada “cultura de la impunidad”.⁸¹ En otras palabras, la impunidad, más que la responsabilidad, constituye una amenaza para la paz y la estabilidad. También se argumenta que, al reconocer tales transgresiones a través de juicios penales internacionales, es posible identificar la naturaleza sistémica e institucionalizada de las violaciones de derechos humanos, contribuyendo así a erradicar y reformar los sistemas y estructuras que perpetúan la violencia masiva.⁸²

Si bien pocos argumentan contra la necesidad de poner fin a la impunidad, el debate paz-justicia gira fundamentalmente en torno a las cuestiones de cómo, cuándo y a qué costo hacerlo. El desarrollo de la fórmula anterior sugiere que actuar en favor de la justicia sin las condiciones propicias puede obstaculizar los esfuerzos para establecer y mantener la paz. En cambio, parte de la doctrina considera este objetivo clave en sí mismo para producir “paz” en el sentido positivo del término. Por lo expuesto, la lucha contra la impunidad como mandato de la CPI no es negociable en sus actuaciones y así lo ha reiterado la OFCPI en varias ocasiones.⁸³ Así pues, bajo este prisma, se rechaza de plano el uso de las amnistías como herramienta en las negociaciones de los acuerdos de paz.

De lo expuesto nace la noción de “cultura de la responsabilidad”. La retribución como fin de la pena en DIP plantea la necesidad de corregir el desequilibrio generado en la sociedad por el daño a la paz y seguridad internacionales tras la vulneración de los valores centrales de la dignidad humana. La estigmatización e incapacitación del

⁸¹ AGUILAR, P., “*Transitional Justice in the Spanish, Argentinian and Chilean Case*”, En: *Paper for the International Conference “Building a Future n Pace and Justice*”, Nuremberg, 2007; KRITZ, N., “Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights”. En: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, N°4, 1997, pp.127-52, pp. 127-129.

⁸² LUTZ, E., “Transitional Justice: Lessons Learned and the Road Ahead”. En: Naomi ROHT-ARRIAZA, N., MARIEZCURRENA J. (eds.), *Transitional Justice in the Twenty- First Century: Beyond Truth versus Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp.325-41, pp. 327-328; GOLDSTONE, R., “Justice as a Tool for Peace- Making: Truth Commissions and International Criminal Tribunals”. En: *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol.28, 1996, pp.485-503, p. 490.

⁸³ La Fiscal Jefe de la Corte, Bensouda, F., declaró ante el Consejo de Seguridad de la ONU con respecto a las personas acusadas por su papel en la violencia en Darfur que “mientras gocen de impunidad por los crímenes que cometen, seguirán representando una amenaza a la paz y la seguridad internacionales”. Véase BENSOU DA, F., “International Justice and Diplomacy”. En: *New York Times*, 19 de marzo de 2013.

individuo por tales crímenes responden respectivamente: al efecto de la responsabilidad individual frente a la borrosa culpa colectiva, y a la pérdida de legitimidad tras su comisión. Las críticas a este objetivo recaen fundamentalmente sobre la participación e incidencia en los procesos de negociación; la marginalización que acontece cuando tales responsables son líderes o Jefes de Estado o Gobierno, pues se teme que pueda volverse indistinguible de una agenda de cambio de régimen, y la efectiva viabilidad de tal incapacitación en el sentido expuesto a propósito de la postura “Paz vs. Justicia”.⁸⁴

A propósito de la disuasión y la prevención, como parte también de los fines de la pena, OLASOLO trasciende tales términos y se refiere a la creación de una “conciencia jurídica universal” mediante la reafirmación de las normas y valores esenciales protegidos por el DIP. La capacidad de disuasión es, para muchos autores, uno de los objetivos más importantes de la justicia, ampliamente considerada, en aras de establecer una paz duradera.⁸⁵ Tal efecto puede recaer específicamente sobre un individuo responsable o sobre la comunidad internacional en su conjunto, lanzando el mensaje de que la comisión de tales crímenes no será tolerada.⁸⁶ Algunos académicos han argumentado que la individualización de la culpa en este contexto no es una fortaleza, sino una debilidad de la justicia penal internacional, ya que puede provocar respuestas emocionales negativas en aquellos a los que se busca disuadir, como la humillación o la vergüenza, contraproducentes para la consecución de la paz en los términos ya expuestos en el apartado anterior. Críticas más mordaces sostienen que el foco de la culpabilidad individualizada simplemente ignora la naturaleza social de los crímenes en lugar de captar su complejidad.⁸⁷ Como tercer argumento en discordia, algunos autores señalan que el interés y la capacidad de la Corte para enjuiciar sólo a los máximos responsables se

⁸⁴ OLASOLO, H., *op. cit.*, nota al pie 22, pp. 111 y ss.; KERSTEN, M., *op. cit.*, nota al pie 68, p. 23; KERSTEN critica que la doctrina debería ser más directa a la hora de tratar la relación entre la justicia penal internacional y el objetivo del cambio de régimen, pues restan muchas preguntas por contestar, especialmente acerca de la legitimidad de tales propósitos cuando hay terceros implicados. Sobre la cuestión de la incapacitación véase la falta de cooperación con la Corte en la detención de Al-Bashir en el sucesivo estudio de cas; BARNES, G., “The International Criminal Court’s Ineffective Enforcement Mechanisms: The Indictment of President Omar Al Bashir”. En: *Fordham International Law Journal*, Vol.32, N° 6, 2011, pp.1584-1619.

⁸⁵ OLASOLO, H., *op. cit.*, nota al pie 22, pp. 112; WIPPMAN, D., “Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice”. En: *Fordham International Law Journal*, Vol.23, N°473, 1999/ 2000, pp. 473-482, pp. 474-475.

⁸⁶ Véase AKHAYAN, P., “Justice in The Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal”. En: *Human Rights Quarterly*, Vol.20, N°4, 1998, pp.737-816.

⁸⁷ KERSTEN, M., *op. cit.*, nota al pie 68, pp. 26-27; El autor refiere en este sentido a autores como FLETCHER, G., MAMDANI, M., o MINOW, M.

pueden considerar una “impunidad a medias” pues exime a muchos de rendir cuentas y se descuida la naturaleza colectiva de los crímenes.⁸⁸ Este argumento claramente desconoce el alcance de su competencia y el sistema en que se encuentra integrada en virtud del cual, la responsabilidad primera de perseguir a todos aquellos responsables por crímenes de DI corresponde a los Estados.

Del mismo modo, siguiendo el ejemplo anterior sobre la intervención de la Corte en el norte de Uganda, y contrariamente a las afirmaciones de que ésta fue opuesta a las prácticas de justicia indígenas⁸⁹, cabe reiterar que la CPI es complementaria a la justicia tradicional, no alternativa o preferente, pues ambas deben llevarse a cabo simultáneamente. Si tomamos un concepto de justicia multidimensional compuesto por elementos restaurativos, retributivos y anamnéticos, la Corte no es el único mecanismo ideado a tal fin. Convencerse de lo contrario impondría una carga utópica a los órganos judiciales que, a fin de cuentas, son sólo parte de una estrategia integral mucho más compleja y concéntrica.⁹⁰ Algunos autores afirman que la Corte puede contribuir “potencialmente” a la paz mediante su papel en dicha estrategia, salvaguardándose de ser categóricos pues, debido a la naturaleza *sui generis* de cada caso y su corta trayectoria, la relación entre los juicios penales y la paz sigue siendo sub-explorada empíricamente.⁹¹ Sin embargo, simplemente entendiendo la justicia como un término texturizado allende los juicios penales, y el contenido de la noción de paz más allá de la mera ausencia de violencia directa, el punto de partida conceptual puede superar las limitaciones

⁸⁸ COBBAN, H., “Think Again: International Courts”. En: *Foreign Policy*, Abril de 2009; AINLEY, K., “Individual Agency and Responsibility for Atrocity”. En: JEFFERY, R., (ed.), *Confronting Evil in International Relations. Ethical Responses to Problems of Moral Agency*. New York: Palgrave Macmillan, 2008, pp. 37- 60.

⁸⁹ Los Acholi tienen sus propias formas indígenas de justicia, pero están informados por los principios de justicia restaurativa, mediante procesos de mediación, confesión, pago de compensación y ceremonias de reconciliación. Véase CLARK, J. N., *op. cit.*, nota al pie 21, pp. 543-544.

⁹⁰ C. MENKEL-MEADOW, C., “Practicing “In the Interests of Justice” in the Twenty-First Century: Pursuing Peace as Justice”. En: *70 Fordham Law Review*, 2002, pp. 1761-1774, p. 1774; Véase también P. CLARK, P., “Law, Politics and Pragmatism: The ICC and Case Selection in Uganda and the Democratic Republic of Congo”. En: WADELL, N., CLARK, P., (eds). *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa*. London: Royal Africa Society, 2008, pp. 37-45. En este contexto es común cometer el error de esperar de la CPI una respuesta inmediata ante toda atrocidad acontecida en el mundo, pero eso solo es un sentimiento popular que acude a tal sede a resolver las crisis mundiales, que desconoce su funcionamiento y papel. Véase CARSTEN, S., “Damned If You Do, Damned If You Don’t”. En: *Journal of International Criminal Justice* 15, N°3, 2017, pp. 413-434.

⁹¹ CLARK, J. N., *op. cit.*, nota al pie 21, p. 543-544. La autora señala que una de las razones es que la tarea de medir el impacto presenta desafíos significativos. Paz, por ejemplo, en su sentido más positivo parece ser un concepto intangible que no se puede medir ni cuantificar. Fundamentalmente, el impacto de los procesos de justicia transicional puede ser difícil de determinar o cuantificar pues intervienen numerosas variables y actores sujetos a complejas interacciones.

“negativas” hacia una configuración más sofisticada que asuma su verdadera complejidad.

En síntesis, nos encontramos ante un debate aparentemente dicotómico, pero que comprende cuantiosas matizaciones a propósito de las cuales se crean verdaderos espacios de negociación. En este punto, las conclusiones acerca de la capacidad de la Corte Penal Internacional para contribuir al establecimiento y mantenimiento de la paz, se encuentran fundamentalmente sujetas a una futura investigación que recabe datos empíricos sobre el impacto de sus investigaciones y enjuiciamientos, a fin de superar las meras teorizaciones.

La llamada fórmula “Paz vs. Justicia” se presenta claramente disyuntiva, pudiendo ser analizada desde un prisma de necesaria prelación entre los objetivos o de absoluta tensión como problema de suma cero. La doctrina suele decantarse por el primero. Dicha tensión nace, en primer lugar, de un concepto negativo de paz como objetivo prioritario, merced del cual se diseñan estrategias a corto plazo. En segundo lugar, se suele tomar la “justicia” en un sentido eminentemente procesal por el cual, al tratar el papel e impacto de la Corte, éste será forzosamente concebido como negativo por inflexible y, a todas luces, contraproducente para el objetivo de paz. Aun así, aunque se partiera de una noción amplia de justicia, si el objetivo se mantiene como paz negativa, todas las herramientas que la integran serán relegadas a un segundo plano. Por tanto, el papel de la Corte seguiría siendo igualmente controvertido, aunque quizá más contextualizado, pues se entendería como una de las fórmulas para alcanzar justicia y no como su único contenido.

La alternativa planteada bajo la fórmula “Paz vía Justicia” asume una relación de implicación entre los términos. Parte de un objetivo a largo plazo de paz considerada en su vertiente positiva, la cual necesita de los elementos de retribución, restauración y justicia anamnética para su consecución. A diferencia de la anterior, no propone una prelación sino un esquema concéntrico complejo en el que la CPI responde a un papel concreto y complementario de otras actuaciones tendentes a impartir justicia. En síntesis, de la retribución nace el objetivo de la lucha contra la impunidad como base necesaria para la restauración de una sociedad dañada en sus valores fundamentales, y la prevención y disuasión de los crímenes que lo causaron, en aras de establecer y mantener la paz. Por lo tanto, en términos de lógica proposicional, se trata de una fórmula, si no condicional: “*Justicia entonces Paz*”, bicondicional: “*Paz si Justicia, y sólo si justicia*”, que responde

plenamente a la combinación de dos conceptos positivamente considerados, pues, por ejemplo, aunque se pretendiera alcanzar una paz positiva por medio de una justicia identificada única y exclusivamente con el proceso penal, tal empresa se vería frustrada en sus medios.

A modo de esquema, la tabla a continuación trata de sintetizar las relaciones entre los distintos términos adoptados en el debate paz-justicia y las resultantes fórmulas.

- Incidencia de los conceptos en las fórmulas del debate .-	
Conceptos	Fórmula resultante
Paz positiva – “Justicia positiva”	<i>Paz vía Justicia</i>
Paz positiva – “Justicia procesal”	<i>Paz vía Justicia</i> (frustración en los medios)
Paz negativa – “Justicia positiva”	<i>Paz vs. Justicia</i>
Paz negativa – “Justicia procesal”	<i>Paz vs. Justicia</i>

**Tabla de elaboración propia.*

***La denominación “Justicia positiva” responde a una concepción amplia de la noción Justicia en los términos expuestos en el presente capítulo de la que me hago completamente responsable. El uso de tal adjetivo a modo de paralelismo con las categorías creadas por Galtung tienen fines exclusivamente ilustrativos.*

III. CONCEPTUALIZACIÓN Y FORMULACIÓN DE LOS TÉRMINOS PAZ Y JUSTICIA EN EL PRESENTE TRABAJO

A la luz de las fórmulas conceptuales del debate, cabe plantear qué paz deseamos y cómo tales concepciones afectan a las discrepancias jurídico-políticas actuales. Por una parte, si asumimos que la “cultura de la impunidad” no fomenta una paz positiva, cabe pensar que la Corte, como instrumento que promueve la “cultura de la responsabilidad”, se constituye como un órgano constructor de paz. Pero, si bien el argumento es lógico, lo cierto es que faltan evidencias que permitan concluir la efectiva contribución de la Corte a tal empresa. También se plantea que la meta de la paz positiva, genérica y a largo plazo, constituye un logro utópico que puede ser la meta distante a la que las sociedades deben aspirar, aunque nunca puedan alcanzarla plenamente.⁹² Por otra parte, el desarrollo de la fórmula Paz versus Justicia supone considerar a la Corte desde un prisma de paz negativa, asumiendo la existencia de una clara correlación entre los patrones de violencia y la toma de decisiones de ésta. Pero para poder concluir tal cuestión debe contextualizarse adecuadamente, pues su capacidad de incidencia en los niveles de violencia de un sistema complejo se acompaña de otros muchos factores.⁹³ En definitiva, la Corte Penal Internacional puede ser evaluada como un instrumento de justicia y/o de paz, pero cabe plantearse si realmente tales aportaciones deben ser consideradas de manera independiente o como una fórmula concéntrica.

La presente investigación adopta el concepto de Paz positiva como una noción amplia para analizar el objeto de estudio desde un enfoque interdisciplinar de los Estudios de paz y el Derecho. También permite vislumbrar la necesidad de encontrar espacios de negociación que eviten las dicotomías y antagonismos que presenta el debate expuesto. Del mismo modo, se toma un concepto amplio de Justicia, que englobe los elementos

⁹² KERSTEN, M., *op. cit.*, nota al pie 68, pp. 193-201. Para tal estudio es preciso tener en cuenta que un proceso de paz consta de tres etapas clave: pre-negociación, negociación y post-negociación. Cada fase, a su vez, se compone de diferentes elementos y dinámicas. Cómo afecta la Corte estas dinámicas afectarán el potencial de un proceso de paz para avanzar hacia el objetivo final de la resolución del conflicto. No pocos autores han expresado sus dudas sobre la idoneidad de la aplicación del DIP para promover la paz y la reconciliación, llegando a sugerir que los procesos penales no hacen sino promover que las partes continúen en conflicto hasta la victoria de una. En este sentido, véase WARD, I., *Justice, Humanity and the New World Order*. Aldershot: Ashgate Publishing Company, 2004.

⁹³ CLARK, J. N., *op. cit.*, nota al pie 21, p. 539-545.

retributivos, restaurativos y anamnéticos mencionados, pues responden a los mandatos jurídicos recogidos en el Estatuto de Roma a través de la formulación del principio de complementariedad, y a la configuración real del Sistema de justicia penal internacional. Así pues, cuando refiera al término Justicia en relación a la actuación de la Corte, ésta debe entenderse como un proceso en sede judicial complementario enmarcado en un sistema que también abarca actuaciones no jurisdiccionales. En esencia, se parte de la convicción de que trabajar tanto por la paz como por la justicia requiere una visión más amplia y holística de cómo se logran estos dos objetivos y procesos, así como la importante conexión entre ellos.⁹⁴

Los crímenes competencia de la Corte constituyen una suma de atrocidades que, en opinión de algunos autores, justifica traspasar el blindaje de la soberanía estatal cuando los Estados no cumplan sus obligaciones esenciales. En base a lo cual, el análisis desde la perspectiva de una justicia ampliamente considerada, donde la Corte ocupa un rol necesario pero no único en aras del establecimiento de una paz positiva, permite visualizar una panorámica completa de las causas de la problemática derivada del estudio de caso Al-Bashir.⁹⁵

⁹⁴ KERSTEN, M., *op. cit.*, nota al pie 68, p. 106.

⁹⁵ WERLE, G., *op. cit.*, nota al pie 25, p. 90. *Tratado de derecho penal internacional*.

CAPÍTULO TERCERO. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Corte Penal Internacional puede ser considerada la *prima institutione* del Derecho Internacional Penal, por ello, en aras de una mejor comprensión de su situación actual y los retos que enfrenta a propósito del estudio de caso a continuación, es necesario entender su funcionamiento y papel en el sistema de justicia penal internacional. El presente capítulo tiene por objeto ofrecer, por una parte, las notas fundamentales acerca de sus antecedentes, estatuto, jurisdicción y competencia. Por otra parte, en relación a su mandato, poner fin a la impunidad en aras de salvaguardar la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, cabe explicar la excepción a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado ante la Corte, como marco jurídico de la controversia dada en el estudio del caso Al-Bashir.

I. ANTECEDENTES: TRIBUNALES *AD HOC*

Durante la primera mitad del siglo XX se fue consolidando la tendencia a restringir la inmunidad de los funcionarios del Estado en ciertos casos que, por su naturaleza, afectan los valores fundamentales de la dignidad humana.⁹⁶ Ésta finalmente se recogió en los Estatutos de los actuales tribunales internacionales, los cuales, dada su diversidad y proliferación, son claramente significativos en el ámbito del Derecho internacional penal.⁹⁷

Los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR) mencionados en el capítulo anterior, son tribunales *ad hoc* establecidos por resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas entre 1993 y 1994.⁹⁸ Configuran sistemas de justicia penal específicos para enjuiciar y castigar los crímenes

⁹⁶ CERVELL HORTAL, M.J., *Genocidio, responsabilidad internacional e inmunidad de los Jefes de Estado*. Madrid: Iustel, 2013. p.196. Dicha tendencia fue plasmada en documentos como: los Principios de Nuremberg (Principio III); Convención contra el Genocidio (artículo IV); Convención sobre el Apartheid (artículo III) o el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (artículo 7). Véanse las referencias formales de las referidas convenciones en la bibliografía final.

⁹⁷ GEISS, R. y N. BULINCKX, “Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados”. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 861, 2006, pp. 49-63, p. 50.

⁹⁸ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 827 (1993), *doc. cit.*, nota al pie 49, y Resolución 955 (1994), *doc. cit.*, nota al pie 49.

de derecho internacional perpetrados en la antigua Yugoslavia y Ruanda durante un período de tiempo concreto, delimitado en sus respectivos estatutos. Ambos prevén la improcedencia del cargo oficial en los siguientes términos: “el cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del Gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena”.⁹⁹ En estos casos, la obligatoriedad de la excepción a la inmunidad radica en sendas resoluciones del Consejo de Seguridad, adoptadas en el ejercicio de las competencias que le atribuye el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante la Carta), debiendo ser aceptadas y cumplidas por los Estados miembros a fin de mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales. Además, su competencia material se limita a una serie de violaciones graves del Derecho internacional humanitario en relación a las cuales existe una opinión partidaria de impedir la impunidad de los presuntos culpables.¹⁰⁰

Una década más tarde se establecieron los Tribunales Especiales para Sierra Leona (TESL) en 2002, e Iraq (TEI) en 2003.¹⁰¹ Aunque el instrumento empleado para su constitución no fue una resolución del Consejo de Seguridad, su creación sí fue a instancia de éste, por tanto, su legitimidad deriva igualmente del propósito de mantener la paz y seguridad internacionales en virtud de la Carta. Ambos tribunales excepcionan también la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado, siendo ejemplo de ello el artículo 6.2 del Estatuto del TESL.¹⁰² Como distintivos destacan, por un lado, el derecho aplicable, pues añade al Derecho internacional humanitario a su Derecho interno y, por otro lado, la composición mixta del tribunal que aúna tanto a jueces nacionales como internacionales.

Por último, cabe hacer referencia a las Salas Especiales para Camboya (SECC) y las Salas Especiales para Timor-Leste (SETL),¹⁰³ pues su constitución difiere de lo visto

⁹⁹ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 827 (1993), *doc. cit.*, nota al pie 41; Artículo 7.2; Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 955 (1994), *doc. cit.*, nota al pie 41, Artículo 6.2.

¹⁰⁰ CARNERERO CASTILLA, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*. Madrid: Iustel, 2007, pp. 217-220; KALSHOVEN, F. y ZEGVELD, L., *Restricciones en la conducción de la guerra*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001, pp. 219-221.

¹⁰¹ *Acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona*, S/2000/1234, de 16 de enero de 2002; *Estatuto del Alto Tribunal Penal Iraquí de Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 2003.

¹⁰² En el caso del TESL, Véase Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 1315, *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona*, S/RES/1315, de 14 de agosto de 2000.

¹⁰³ *Acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de Camboya*, S/2003/2329 de 6 de junio de 2003; *Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales en los tribunales de Camboya*, NS/ RKM/080/12,

hasta el momento, ya que se encuentran integradas en la estructura judicial del país. Tienen competencia exclusiva para juzgar los crímenes de su jurisdicción, aplicando tanto su Derecho interno y convenios internacionales ratificados por cada uno, como el Derecho internacional humanitario y el Derecho consuetudinario.¹⁰⁴

A pesar de lo expuesto, y aunque la Corte Penal internacional conforme el actual núcleo institucional del sistema de justicia penal internacional, no podemos descartar la posibilidad de crear nuevos tribunales *ad hoc* dado el alcance del Estatuto de Roma.¹⁰⁵ Ello también plantea una preocupación compartida por algunos académicos acerca de las consecuencias negativas de la proliferación de esta clase de tribunales.

promulgada el 10 de agosto de 2002 (enmendada el 27 de octubre de 2004). Las SECC fueron creadas en virtud de su legislación nacional y un Acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno, por tanto, se integran en la estructura judicial del país. No obstante, el acuerdo debe ser aplicado conforme al Derecho de los Tratados. Véase FRASCHINA, A.V., *Análisis comparativo de la competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados*. Palma de Mallorca: Fundació Càtedra Iberoamericana, 2008, pp. 61-62.

Las SETL fueron creadas en virtud de UNTAET, Reglamento 2000/15, UNTAET/REG/2000/15, de 6 de junio de 2002; UNTAET, Reglamento 2000/11, UNTAET/REG/2000/11, 6 de marzo de 2000; Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *Establecimiento UNTAET*, Resolución 1272 S/RES/1272, 25 de octubre de 1999. UNTAET era responsable general de administrar el país. Estaba facultada para ejercer la totalidad de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, con autorización para adoptar medidas en aras de cumplir efectivamente su mandato, entre otros, enjuiciar a los responsables de los actos de violencia.

¹⁰⁴ FRASCHINA, A.V., *op. cit.*, nota al pie 103, pp. 65- 67; GEISS, R. y N. BULINCKX, *op. cit.*, nota al pie 97, p. 55.

¹⁰⁵ Véase LUTERSTEIN, N., “El proyecto de Estatuto para el Tribunal Extraordinario de Siria para el Juzgamiento de Crímenes Atroces: ¿fragmentación institucional o un nuevo supuesto de complementariedad?”. En: BUIS, E. J., y GIOSA, L., M., (Comp.), *Las normas de la guerra. Perspectivas jurídicas sobre el fenómeno bélico*. Buenos Aires: Universidad Nacional del Centro, 2015, pp. 229-241, pp. 234-236. Sobre el proyecto de Estatuto para el Tribunal Extraordinario de Siria cuyas competencias se asemejarían a las comentadas respecto del resto de tribunales *ad hoc*, pero entraría a conocer una situación susceptible de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional desde el aspecto temporal y material.

II. EL ESTATUTO DE ROMA

En 1992 la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho internacional (CDI o la Comisión) la preparación de un proyecto *ampliamente aceptable* de estatuto de una corte penal internacional, permanente y universal, competente para juzgar a los máximos responsables de crímenes que quebrantan la paz y consternan a la humanidad en su conjunto.¹⁰⁶ Tras el establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales para Yugoslavia y Ruanda, la Comisión pudo completar el trabajo que inició durante los primeros años de Naciones Unidas, el cual había sido aplazado diversas veces, merced a un clima político favorable.¹⁰⁷ Tal proyecto fue sometido a la Asamblea General de Naciones Unidas (AG) en 1994, constituyendo un comité *ad hoc* y convocando, en su 52º período de sesiones, una conferencia de plenipotenciarios para el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Ésta tuvo lugar en Roma entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998, donde finalmente se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional por 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones, abierto inmediatamente a firma. Entró en vigor el 1 de julio de 2002 tras completar las 60 ratificaciones requeridas, de acuerdo con su artículo 126.¹⁰⁸ Actualmente son 123 los Estados que lo han ratificado, aunque algunos han manifestado recientemente su intención de retirarse.

1. NATURALEZA JURÍDICA. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Durante los trabajos preparatorios para el establecimiento de una corte penal internacional se barajaron diversas ideas acerca de su base jurídica. Por un lado, se consideró su constitución como uno de los órganos principales de Naciones Unidas, enmienda del texto de la Carta mediante, o como organismo subsidiario a través de una resolución de la Asamblea General en aplicación de su artículo 22. Por otro lado,

¹⁰⁶ Resolución 47/33, de la Asamblea General “*Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor de su 44º período de sesiones*”, A/RES/47/33 (25 de noviembre de 1992).

¹⁰⁷ En 1948 se consideró por primera vez la posibilidad de establecer una corte penal internacional permanente para enjuiciar: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Ese mismo año se adoptó la Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre, que dio paso a la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, cuyo artículo VI dicta que las personas acusadas de genocidio o actos relacionados, serán juzgadas por un tribunal del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o ante la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas de las partes que hayan reconocido su jurisdicción. Entre 1951 y 1953 el comité establecido por la AG preparó un proyecto de estatuto, sin embargo, la AG decidió posponer su consolidación pendiente de la adopción de una definición de agresión.

¹⁰⁸ KALSHOVEN, F. y ZEGVELD, L., *op. cit.*, nota al pie 100, pp. 221-222; SOLERA, O., “Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional”. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Nº 845, 2002.

sopesaron también recrear la fórmula empleada para los Tribunales penales internacionales para Yugoslavia y Ruanda, esto es, por resolución del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta. En último lugar, estudiaron la viabilidad de su creación en virtud de un tratado internacional multilateral, opción finalmente adoptada por la CDI en su proyecto.¹⁰⁹

Como notas principales a tener en cuenta acerca del estatuto jurídico de la Corte Penal Internacional, tal y como establece el Artículo 4 (1) de su Estatuto, tendrá personalidad y capacidad jurídica internacional para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos. Éstos se ejercen a través de cuatro órganos principales que componen su estructura interna: Presidencia, Salas, Fiscalía y Secretaría, los cuales representan la vocación de permanencia con que fue creada.¹¹⁰

El Preámbulo del Estatuto declara también su independencia y vinculación con Naciones Unidas, pues sólo con tales características la institución se asegura la continuidad de su jurisprudencia y se reviste de *auctoritas* y *dignitas* para el cumplimiento de su mandato. La independencia implica pues, que su actuación no debe estar subordinada a autoridad alguna,¹¹¹ por ello es importante atender a la regulación acerca de su relación con Naciones Unidas, recordemos, sin ser uno de sus órganos principales o subsidiarios. Por consiguiente, su vinculación se basa en la igualdad entre ambas partes y se materializa en un Acuerdo “que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el presidente de la Corte en nombre de ésta”.¹¹²

La naturaleza convencional del instrumento constitutivo de la Corte, fuente también del Derecho internacional penal,¹¹³ adquiere especial trascendencia en el ámbito de la responsabilidad individual, pues no cabe oponer el principio de inmunidad de

¹⁰⁹ GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La Corte de Roma (1998) como institución internacional”. En: *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, N° 22, 2004, pp. 59-98, pp. 60-61.

¹¹⁰ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, *doc. cit.*, nota al pie 36, Artículos 4(1) y 34 a 44.

¹¹¹ GUTIÉRREZ ESPADA, C., *op. cit.*, nota al pie 109, pp. 65-66.

¹¹² *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, *doc. cit.*, nota al pie 36, Artículo 2. Dicho acuerdo fue aprobado por consenso en la tercera sesión plenaria de la Asamblea de Estados Partes, celebrada el 7 de septiembre de 2004. Véase Asamblea de Estados Partes, *Texto negociado del proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas*, Resolución ICC-ASP/3/Res.1, de 7 de septiembre de 2004.

¹¹³ DIXON, M., McCORQUODALE, R., y WILLIAMS, S., *op. cit.*, nota al pie 28, p. 541.

jurisdicción de los Jefes de Estado por expresa disposición del Estatuto de Roma, tal y como se apunta seguidamente. Ésta es una de las notas fundamentales de la problemática jurídico-política aparente, derivada de las órdenes de arresto emitidas contra Omar Al-Bashir, pues la falta de cooperación con la Corte se basa, entre otras cuestiones conceptuales, en la dispar interpretación de un aparente conflicto de normas del Estatuto sobre la extensión de tal excepción a Estados no parte.

2. TIPOS PENALES Y FINES DE LA PENA

Recordemos también que KRESS incluye en su definición amplia de DIP aquellas normas internacionales que lo conforman en sentido estricto y se caracterizan por atribuir a ciertas conductas de la persona humana, crímenes internacionales, una serie de consecuencias jurídicas o penas, que son directamente aplicables por órganos jurisdiccionales nacionales o internacionales. Ello supuso una profunda transformación del Derecho internacional público, pues implica asumir el principio de responsabilidad internacional penal del individuo.¹¹⁴ En la misma línea, WERLE establece tres condiciones para tipificar tales crímenes: en primer lugar, debe implicar responsabilidad individual y estar sujeto a castigo. En segundo lugar, la norma debe ser parte del cuerpo del Derecho internacional. En tercer lugar, la ofensa debe ser punible sin importar si ha sido criminalizada bajo la ley doméstica. También señala que, aunque la participación de órganos estatales es un rasgo característico de los crímenes de DI, no es un requisito legal.¹¹⁵ Ahora bien, como se pondrá de manifiesto en los sucesivos apartados, la actuación de la Corte torna complementaria especialmente en los casos en que la macrocriminalidad patrocinada por el Estado conlleve que tales crímenes no sean procesados adecuadamente en los lugares donde se cometen.

Con el objetivo de entender la trascendencia de los crímenes competencia de la Corte, así como la gravedad de la imputación formal de Al-Bashir por su comisión, el apartado se dedica a definir brevemente los tipos penales y explicar los fines de las penas, como complemento de los propios fines del DIP. Como nota previa, cabe recordar que

¹¹⁴ DIXON, M., McCORQUODALE, R., y WILLIAMS, S., *op. cit.*, nota al pie 28, p. 541; KRESS, C., *op. cit.*, nota al pie 34, párrs. 1-14.

¹¹⁵ WERLE, G., y JESSBEGGER, F., *op. cit.*, nota al pie 25, pp. 59-62; CASSESE, A., *op. cit.*, nota al pie 26, p. 435.

éste tiene por objeto proteger los valores esenciales derivados de la dignidad humana y, por ello, de la comisión de tales crímenes se deriva un daño no solo a las víctimas directas (bienes jurídicos individuales) sino a la humanidad en su conjunto (bienes jurídicos colectivos). En consecuencia, los principales destinatarios son personas físicas, pero en aras de prohibir tales conductas de manera individual, los Estados deben tomar las medidas necesarias para prevenir y castigar su comisión.¹¹⁶ Por tanto, el Estatuto de Roma establece la competencia de la Corte Penal Internacional sobre los llamados “crímenes principales”, tipificados en la Parte II¹¹⁷ bajo las rúbricas:

- Crímenes de guerra. Se trata de violaciones graves del Derecho internacional humanitario, esto es, aquel integrado por los convenios, normas y usos aplicables a los conflictos armados internacionales o internos, que implican una responsabilidad penal internacional. En el seno del Estatuto, se especifican las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido del DI.¹¹⁸
- Crímenes de lesa humanidad. Se encuadran en esa categoría los diferentes tipos de actos inhumanos graves que reúnan dos requisitos: su comisión como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. Por “ataque contra una población civil” se entiende una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos especificados en el artículo 7 del Estatuto, de conformidad con la política de un Estado o de una organización para cometer ese ataque o promover dicha política.¹¹⁹

¹¹⁶ Nótese en relación a esto lo expuesto en el apartado anterior, pues el Estatuto es fruto de la actividad soberana de un gran número de Estados que se comprometen a actuar coordinadamente a la luz de su objeto.

¹¹⁷ WERLE, G., y JESSBEGGER, F., *op. cit.*, nota al pie 25, pp. 60-61. A pesar de lo expuesto en el Estatuto, más allá de sus definiciones, existen ciertas conductas que implican responsabilidad penal individual directa bajo el derecho internacional consuetudinario. Véase Artículo 22 (3) del Estatuto de Roma.

¹¹⁸ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, doc. cit.*, nota al pie 36, Artículo 8. También señala que también se aplica en caso de conflicto armado de índole no internacional por las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, pero, en todo caso, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores. Véase OIHUELA, E. *Derecho Internacional Humanitario: Tratados Internacionales y otros textos*. Madrid: McGraw Hill, 1998; GUTMAN, R., RIEFF, D., (eds.) *Crimes of War: What Public Should Know*. Nueva York: Norton and Company, 1999; *Convenios de Ginebra*, de 12 de agosto de 1949.

¹¹⁹ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, doc. cit.*, nota al pie 36, Artículo 7. Véase BASSIOUNI, Ch. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992; CASSESE, A., “Crimes Against Humanity: Comments on Some Problematical Aspects”. En: *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

- Crimen de genocidio. El Estatuto tipifica como tal una serie de actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Estos son, la matanza, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; el sometimiento intencional de éste a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; las medidas destinadas a impedir nacimientos en su seno; y el traslado forzoso de niños del grupo a otro.¹²⁰
- Crimen de agresión. El Artículo 8 *bis*, adoptado en la conferencia de revisión de Kampala, define el crimen de agresión individual como la planificación, preparación, inicio o ejecución de un acto de agresión por parte de una persona en posición de liderazgo. En gran medida, implica el requerimiento mínimo de que éste constituya una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas.¹²¹

Expuesto lo anterior, los bienes jurídicos protegidos por el Estatuto tienen doble naturaleza, individual y colectiva, siendo los segundos aquellos que recoge expresamente el preámbulo del Estatuto: “la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”. La doctrina no se muestra unánime al afirmar la base de este bien, pero gira en torno a las nociones de dignidad humana, paz y seguridad internacional y principio del daño internacional.¹²² Por ello, la intervención complementaria de la Corte cuando se perpetran crímenes de Derecho Internacional, en situaciones de profunda crisis institucional, justificaría superar la soberanía de los Estados con el fin de evitar la impunidad y atribuir un castigo proporcionado a la gravedad de la conducta a quienes se han convertido, en palabras de CASSESE, en enemigos de la humanidad (*hostis humanis*) por ser

¹²⁰ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, doc. cit.*, nota al pie 36, Artículo 6. Véase STEIN, D., "Genocide". En: Cashmore, E., (ed.), *Dictionary of Race and Ethnic Relations*, 4ª ed. Londres: Routledge, 1996; CERVELL HORTAL, M. J., *op. cit.*, nota al pie 96, pp. 30-48.

¹²¹ PIERNAS, J. J., “La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma”. En: *Anuario Español de Derecho Internacional, Vol. 26*, 2010, pp. 285-302, pp. 289-297; *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, doc. cit.*, nota al pie 36, Artículo 8 bis. Cabe destacar que en la 16ª AEP celebrada en Nueva York, se activó por consenso, bajo ciertas condiciones, la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de a partir del 17 de julio e 2018. Véase Asamblea de Estados Partes, *Activación de la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión*, Resolución ICC-ASP/16/Res.5, de 14 de diciembre de 2017; STÜRCHLER, N., “The activation of the Crime of Aggression in Perspective”. En: *EJIL: Talk!*, de 26 de enero de 2018.

¹²² *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, doc. cit.*, nota al pie 36, Preámbulo párrafo 3; OLASOLO, H., *op. cit.*, nota al pie 22, p. 103, refiere a VENGAS-MOYANO, M., WERLE, G., y MAY, L. en sus notas al pie 28-30.

responsables de los ataques más serios contra los valores esenciales de la sociedad internacional.¹²³

Este sucinto apartado permite observar la estrecha relación entre los fines del Derecho Internacional Penal, la protección de la paz y seguridad internacional como bien jurídico colectivo, y los fines de la pena. Éstos pueden ser sistematizados, siguiendo la estructura que presenta OLASOLO, en seis categorías esenciales. A continuación, se exponen brevemente:

En primer lugar se encuentra la retribución, esto es, la necesidad de castigar a quienes han infringido las normas de DIP porque moralmente lo merecen y se debe corregir el desequilibrio generado en la sociedad internacional por la amenaza o violación de los bienes jurídicos protegidos. Sobre esta cuestión, algunos autores proponen superar la “cultura de la culpa”, pero sus defensores afirman que tal crítica no aborda la cuestión de lo moralmente necesario. Para otros, la retribución es simplemente imposible dada la gravedad del crimen, pues no se puede encontrar una pena proporcionada, pero la jurisprudencia ha concedido a este fin una posición de relevancia junto a la función de prevención. Se trata entonces, de crear una frontera entre la venganza y la función retributiva como expresión de la lucha contra la impunidad y la condena de la comunidad internacional ante tales crímenes. Del mismo modo, expresa también el reconocimiento del daño y el sufrimiento causado a las víctimas directas.¹²⁴

En segundo lugar, la prevención, general y especial negativa, esto es, tratar de disuadir al propio agresor y al resto de dirigentes u organizaciones con capacidad de incurrir en responsabilidad por nuevos delitos en el futuro. Críticas a tal función son la implícita instrumentalización de los seres humanos y el consecuente menoscabo de su dignidad,¹²⁵ y su impacto menor debido a las peculiaridades de la macrocriminalidad. Por

¹²³ CASSESE, A., *op. cit.*, nota al pie 26, pp. 23.

¹²⁴ OLASOLO, H., *op. cit.*, nota al pie 22, pp. 112-115; United Nations, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY, Trial Chamber I, Section A, *Prosecutor v. Momir Nikolić*, IT-02-60/1-S, Sentencia de 2 de diciembre de 2003, párr. 86-89; LU, C., “The International Criminal Court as an Institution of Moral Regeneration: Problems and Prospects”. En: Harrington, J., (ed.), *Bringing Power to Justice?: The Prospects of the International Criminal Court*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2006, pp. 191- 209, pp. 195-202.

¹²⁵ Hablar de una estigmatización de los individuos como “individuos malos” es pueril y entraña un riesgo manifiesto, caer en la dicotomía simplista entre el bien y el mal, desconociendo la complejidad de los actos y sus consecuencias, sin mayor reflexión o consenso acerca de la base moral necesaria para concluir tales

otra parte, una crítica interesante de cara al próximo capítulo es la ineficacia de la prevención debido a la necesaria reforma institucional que debe acontecer cuando se procesan Jefes de Estado, pues este es uno de los resultados que aparentemente se pretende evitar en el caso Al-Bashir. De todos modos, habría que entender este fin en un sentido amplio que trascendiera del proceso, abarcando la totalidad del concepto de justicia. El Estatuto de Roma recoge este fin, afirmando el deber y compromiso de los Estados partes para su consecución.¹²⁶

En tercer lugar, la prevención general positiva consiste en la creación, tal y como expresa OLASOLO, de una “conciencia jurídica universal” mediante la reafirmación de las normas y valores sociales protegidos por el DIP. Tal conciencia se dirige en primera instancia a las instituciones con capacidad para cometer tales crímenes, esto es, en contraposición a la anterior “cultura de la culpa” se hablaría aquí de “cultura del respeto al estado de derecho” y “cultura de la responsabilidad”. El fin se basa en la capacidad de la pena para difundir este mensaje y su contribución a la creación y consolidación de un ordenamiento jurídico internacional que proteja valores comunes. Algunos autores se muestran recelosos debido a la dependencia de los Tribunales internacionales de los Estados y a la posible influencia o bloqueo de éstos sobre su labor. Sin embargo, la misma preocupación asola los panoramas nacionales.¹²⁷

En cuarto lugar, bandera distintiva del sistema de la Corte Penal Internacional, es el fin de hacer justicia para las víctimas. Las decisiones judiciales deben enmarcarse dentro de los límites legales, pero también reflejar las peticiones de las víctimas. Dada la limitación en materia de casos acogidos, los Estados juegan un papel crucial en su consecución. HARHOFF afirma que la medida en que los procesos ante la Corte puedan

cuestiones. Este fin reconoce el valor del individuo en la sociedad tanto en la defensa de sus bienes jurídicos protegidos, como en la responsabilidad ante su vulneración.

¹²⁶ DIXON, M., McCORQUODALE, R., y WILLIAMS, S., *op. cit.*, nota al pie 28, p. 17; OLASOLO, H., *op. cit.*, nota al pie 22, pp. 116-123; United Nations, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY, Trial Chamber, Prosecutor v. Stevan Todorović, IT-95-9/1-S, Sentencia de 31 de julio de 2001, párr. 28-30; *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, *doc. cit.*, nota al pie 36, Preámbulo párrafo 5. Véase también, en sentido contrario, ZAFFARONI, E. R., “Can Criminal Law Really contribute to the Prevention of Crimes against Humanity?”. En: *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, Vol. 10, 2009, pp. 2-25.

¹²⁷ OLASOLO, H., *op. cit.*, nota al pie 22, pp. 124-129; Véase AMBOS, K., “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”. En: *Cuadernos de Derecho Penal*, N°9, 2013, pp. 95-140.

contribuir a restaurar la dignidad de las víctimas, mediante el reconocimiento del daño y la retribución, depende de su participación en éste.¹²⁸

Por último, cabe mencionar dos fines más, cuya influencia es secundaria a los expuestos. Por una parte, la incapacitación más apoyada en la posible reincidencia que en la comisión del hecho punible. Por otra parte, la rehabilitación, fuertemente defendida por los defensores de los Derechos Humanos y recogida también en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.¹²⁹

Como conclusión, expuestos los fines, cabe señalar que, más allá del propio preámbulo de su estatuto, la Corte ha reconocido estos fines jurisprudencialmente, en su sentencia en el caso *Germain Katanga*, y defiende la importancia de la lucha contra la impunidad como herramienta para difundir la paz, incluyendo tal mandato también en las estrategias de la OFCPI.¹³⁰

¹²⁸ HARHOFF, F., “Sense and Sensibility in Sentencing. Taking Stock of International Criminal Punishment”. En: *Law at War: The Law as It Was and the Law as It Should Be*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 121-140, p. 131; OLASOLO, H., “La Función de la Corte Penal Internacional en la Prevención de Delitos Atroces mediante su Intervención Oportuna: De la Doctrina de la Intervención Humanitaria y de las Instituciones Judiciales Ex Post Facto al Concepto de Responsabilidad de Proteger y la Función Preventiva de la Corte Penal Internacional”. En: *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 31-56, pp. 39-41.

¹²⁹ OLASOLO, H., *op. cit.*, nota al pie 22, pp. 129-131; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Artículo 10 (3).

¹³⁰ *Asunto Germain Katanga*, Sala de Primera Instancia II, ICC- 01/04-01/07-3484, *Fallo condenatorio de conformidad con el artículo 76 del Estatuto*, 23 de mayo de 2014, párr. 38; MORENO.OCAMPO, L., *Address given at International Conference: “Building a Future on Peace and Justice”*, de 25 junio de 2007.

III. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

El Estatuto de Roma establece, tanto en el preámbulo como en su artículo primero, que la Corte ejerce su jurisdicción sobre las personas naturales respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, con carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales en el territorio de cualquier Estado Parte.¹³¹ Las tensiones subyacentes a los debates constituyentes del Estatuto (a saber; internacionalismo y soberanía nacional, función de la Corte en el sistema de relaciones internacionales y vínculo con el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas), explican algunas de las restricciones impuestas al sistema de competencia y régimen de cooperación con la Corte, desembocando en un mandato estrictamente acotado por tres principios fundamentales: legalidad, gravedad y complementariedad.¹³²

Aunque el principio de legalidad ya fuera tratado en el marco teórico, cabe señalar que los Estados asumieron la codificación de las normas aplicables con el objetivo declarado de satisfacerlo y evitar interpretaciones expansivas por parte de los jueces, por lo tanto, evitando la fórmula empleada por los Tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda, pues la Corte sería general y permanente.¹³³ En tal sentido, el artículo 5.1 del Estatuto establece los crímenes competencia de la Corte, y los sucesivos desarrollan su contenido o remiten a los instrumentos internacionales oportunos.¹³⁴ Aunque dichos

¹³¹ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, doc. cit.*, nota al pie 36, Artículo 4 (2). “La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado”.

¹³² FERENÁNDEZ DE GURMENDI, S. A., “La Corte Penal Internacional a diez años de su creación”. En: *Revista Jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires*, 2012, pp. 413-423, p. 414.

¹³³ *Ibidem*, p. 415. Los magistrados del TIPY y TIPR tenían la potestad para interpretar elementos de los crímenes y la elaborar las normas de procedimiento. Por otra parte, como resultado de la mencionada codificación en el seno de la creación de la Corte Penal Internacional, encontramos tres instrumentos principales: *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, doc. cit.*, nota al pie 36; Asamblea de Estados Partes, *Reglas de Procedimiento y Prueba*, y *Elementos de los crímenes ICC-ASP/1/3*, de 3-10 septiembre de 2002.

¹³⁴ Los crímenes más graves de trascendencia internacional son: el crimen de genocidio; los crímenes de lesa humanidad; los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma desarrollan las tres primeras categorías respectivamente; GUTIÉRREZ ESPADA, C., *op. cit.*, nota al pie 109, pp.66-68. La enmienda sobre los crímenes competencia de la Corte requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de Estados Partes para su adopción, y sólo vinculará a aquellos Estados que la hayan aceptado. Es importante señalar que, recientemente, la Asamblea de Estados Partes (ASP) ha activado la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión. Véase ZIMMERMANN, A., “A Victory for International Rule of Law? Or: All’s Well that Ends Well? The 2017 ASP Decision to Amend

crímenes son imprescriptibles, otra de las notas restrictivas es que la Corte sólo podrá conocer de aquellos cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto o, si un Estado lo ratifica más tarde, únicamente de aquellos acaecidos tras la entrada en vigor del mismo para dicho Estado, salvo declaración de conformidad con el artículo 12 (3).¹³⁵ El ejercicio de la jurisdicción de la Corte también está condicionado a que el Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen, o del cual el acusado sea nacional, haya aceptado dicha jurisdicción, ratificando el tratado o sometiéndose *ad hoc* a su jurisdicción con respecto a una situación o crimen en particular.¹³⁶

Reunidas estas condiciones previas, la Corte podrá actuar cuando un Estado Parte remita al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de dichos crímenes; el Fiscal hubiese iniciado una investigación de oficio o el Consejo de Seguridad, actuando en virtud de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta y el Estatuto, remita al Fiscal una situación concreta. Este último caso es peculiar pues la Corte podría entrar a conocer situaciones cometidas en territorios o por nacionales de Estados no parte del Estatuto y que tampoco han aceptado su jurisdicción *ad hoc*.¹³⁷ Pero todo lo expuesto debe interpretarse a la luz de la siguiente premisa, la finalidad de la Corte no es reemplazar o sustituir a los tribunales nacionales, sino complementarlos.

El Preámbulo del Estatuto señala el deber de todo Estado a ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, siendo la actuación de la Corte complementaria de las jurisdicciones nacionales, con el propósito conjunto de evitar la impunidad. Con idéntico objetivo, los Tribunales penales internacionales para Yugoslavia

the Kampala Amendment on the Crime of Aggression”. En: *Journal of International Criminal Justice*, Nº 16, pp. 19-29, 2018.

¹³⁵ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, doc. cit.*, nota al pie 36, Artículo 29 (Imprescriptibilidad) Artículo 11 (Competencia temporal). Estas disposiciones reflejan los principios penales: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, y el principio de irretroactividad, tratados en el marco teórico. Sobre ello, véase KALSHOVEN, F. y ZEGVELD, L., *op. cit.*, nota al pie 100, pp. 226. Señala que, además de los mencionados, al establecer las diversas formas de responsabilidad individual, responsabilidad de los mandos superiores, el elemento de intencionalidad, y los fundamentos para excluir la responsabilidad penal individual, el Estatuto se esgrime como el primer tratado que establece los principios clave del Derecho Penal Internacional, constituyendo una contribución significativa a su desarrollo, especialmente por cumplir el requisito fundamental de especificidad.

¹³⁶ PÉREZ ARIAS, J., “El proceso ante la Corte Penal Internacional. Instancia, apelación y facultad revisora”. En: *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, Nº 28, 2010, pp. 77-120, pp. 91-92. La aceptación de la competencia respecto de un crimen en particular se lleva a cabo mediante una declaración depositada en poder del Secretario de la Corte.

¹³⁷ KALSHOVEN, F. y ZEGVELD, L., *op. cit.*, nota al pie 100, pp. 225. Véase *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, doc. cit.*, nota al pie 36, Artículos 12 a 15.

y Ruanda tenían atribuida una jurisdicción concurrente con cláusula de primacía, que ocasionó no pocos problemas, pues los Estados sentían perder su soberanía. Muchos justificaban la primacía en su vínculo especial con el Consejo de Seguridad, pero la Corte Penal Internacional, órgano judicial permanente instituido por tratado, debía encontrar una fórmula para su jurisdicción que no entrara en conflicto con la noción de soberanía de los Estados Partes, sin afectar tampoco al objetivo primero de reducir la impunidad. Por lo tanto, para establecer el modelo de jurisdicción de la Corte, la Conferencia de Plenipotenciarios debía decidir hasta qué punto estaban dispuestos los Estados a preservar su soberanía, arriesgándose a permitir la impunidad por crímenes graves contra los Derechos Humanos y el Derecho internacional.¹³⁸

Inicialmente, la CDI, expuso tres propuestas ante la Asamblea General de Naciones Unidas; la jurisdicción exclusiva de la Corte; un sistema de jurisdicción concurrente con los tribunales nacionales o la competencia en segunda instancia para revisar sus decisiones relativas a crímenes internacionales. En el caso de la segunda opción, la CDI, sin hacer referencia explícita al concepto de jurisdicción complementaria, indicó que, en los casos de concurrencia, los tribunales nacionales tendrían preferencia, conociendo la Corte sólo si los Estados competentes decidieran no investigar.¹³⁹

La Asamblea General solicitó en 1992 la elaboración del proyecto de Estatuto para la CPI. El primer informe, presentado en 1993, adoptó el principio de jurisdicción complementaria con dos condiciones. La primera, que la Corte no actuaría a menos que todos los Estados que pudieran tener competencia lo consintiesen, y, en segundo lugar, si el Consejo de Seguridad remitiese una cuestión, ningún Estado parte podría reivindicar válidamente su jurisdicción sobre el mismo.¹⁴⁰ Tras las reacciones de los Estados, la

¹³⁸ BROOMHALL, B., "The International Criminal Court". En: *International justice and the International Criminal Court: Between sovereignty and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 67-83; En el mismo sentido, BEKOU, O., "Building national capacity for the ICC. Prospects and challenges". En: MARINIELLO, T. (ed.), *The International Criminal Court in Search of its Purpose and Identity*. New York: Routledge, 2015, pp. 133-146, p. 134.

¹³⁹ SOLERA, O., *op. cit.*, nota al pie 108, relata que también se llegó a proponer la fusión de la primera y la segunda opción, pero el problema era conformar la lista de crímenes sobre la que recayera una u otra jurisdicción. Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. II, Parte 2, 1990, A/CN.4/SER.A/1990/Add.1. párr. 130, 41 y 114.

¹⁴⁰ Véase Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 47/33, *doc. cit.*, nota al pie 106; Véase también *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. II, Parte 2, 1993, A/CN.4/SER.A/1993/Add.1 (Part 2); FERENÁNDEZ DE GURMENDI, S. A., *op. cit.*, nota al pie 132, p. 420. La Corte fue creada sobre la base de la acción concurrente pero concebida como una institución de último recurso, a diferencia de la primacía que tenían el TIPY y TIPR.

Comisión propuso un articulado destinado a delimitar el concepto y establecer los requisitos básicos para el ejercicio su jurisdicción.¹⁴¹ Sus últimos comentarios se convirtieron finalmente en la definición aceptada de “jurisdicción complementaria”, absolutamente angular en el funcionamiento de la Corte.¹⁴² De este modo, el principio de complementariedad propuesto por la CDI como sistema superó todas las etapas del proceso de negociación hasta que fue finalmente incorporado al Estatuto de Roma. SOLERA apunta que la novedad del concepto se dimana de la creciente relación entre Estados y organizaciones internacionales, pues la función que éstas desempeñan ha forjado una nueva percepción del sistema internacional y la distribución de derechos, tareas y responsabilidades entre actores. No se trató, por tanto, de establecer jerarquía alguna entre jurisdicciones, pues, en todo caso, el modelo pretendía la salvaguarda de la soberanía (y obligaciones) de los Estados. Eso sí, sin crear un órgano internacional cuyo ámbito de acción estuviese limitado hasta el punto de no tener oportunidad de intervención cuando fuese necesaria, pues no tendría lógica su creación misma. Por ello, no debe interpretarse lo expuesto como una atribución absoluta a las jurisdicciones nacionales, esto es, una definición negativa o subsidiaria de la jurisdicción de la Corte.¹⁴³

El artículo 17 del Estatuto recoge el sistema de complementariedad como principio rector de la competencia de la Corte, estipulando los elementos principales de la relación con las jurisdicciones nacionales en sentido negativo y una serie de criterios para su intervención que deben ser interpretados cumulativamente. En virtud de ello, la Corte conocerá cuando:

¹⁴¹ SOLERA, O., *op. cit.*, nota al pie 108. Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1993, *doc. cit.*, nota al pie 140, Anexo I, p. 37. Disposiciones mencionadas: artículos 20, 25, 27, 34 y 35 del proyecto de Estatuto para la Corte Penal Internacional. “A través de la combinación de una jurisdicción definida, requisitos claros de aceptación de esta jurisdicción y controles, basados en principios, del ejercicio de la jurisdicción, el Estatuto se propone garantizar, según se expresa en el preámbulo, que la Corte sea complementaria de los sistemas de justicia penal nacionales en los casos en que no se disponga de procedimientos de enjuiciamiento establecidos por éstos o sean ineficaces”.

¹⁴² SOLERA, O., *op. cit.*, nota al pie 108. La definición aceptada de “jurisdicción complementaria” fue adoptada finalmente tanto por el Comité Especial como por el Comité Preparatorio La Asamblea creó un el primero para analizar el concepto y las implicaciones de la complementariedad. Se encargó de delimitar el marco teórico necesario para que los Estados apreciaran las ventajas de este sistema. Por otra parte, el Comité Preparatorio tenía encomendada la tarea de analizar el proyecto de Estatuto preparado por la CDI y los Estados a fin de facilitar la Conferencia de Plenipotenciarios. Ambos perfeccionaron el concepto.

¹⁴³ *Ídem.*

- Ningún Estado que tenga jurisdicción esté investigando o enjuiciando a la persona responsable por los mismos actos que constituyen el crimen internacional, ya sea por decisión de no actuar o no poder llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento;
- Ningún Estado con jurisdicción haya decidido, tras haber investigado el asunto, incoar acciones penales;
- El inculpado no haya sido enjuiciado previamente por la conducta a que se refiere la denuncia, y sea el caso de suficiente gravedad como para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

Por tanto, la Corte intervendrá cuando el Estado con jurisdicción no tenga voluntad de investigar o enjuiciar, o no pueda realmente hacerlo por falta de recursos o un funcionamiento inadecuado de las administraciones judiciales nacionales.¹⁴⁴

El apartado segundo del artículo 17 recoge una serie de circunstancias que, de darse alguna, determinan dicha falta de disposición a actuar en un asunto determinado, de acuerdo a los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el Derecho internacional. Éstas son: el juicio o la decisión nacional ha sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona inculpada de su responsabilidad penal por crímenes competencia de la Corte; que se demore injustificadamente el juicio o no haya sido, o esté siendo, sustanciado de manera independiente e imparcial. En síntesis, que se lleve a cabo de forma incompatible con la intención de hacer comparecer al responsable ante la justicia.¹⁴⁵

Por último, el apartado tercero señala la eventual incapacidad para investigar o enjuiciar un determinado asunto. La Corte examinará si el Estado se encuentra en una situación de colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o carece de ella, sin poder hacer comparecer al acusado ni reunir pruebas o testimonios necesarios u otras condiciones para llevar a cabo el juicio con las garantías debidas.¹⁴⁶ A fin de

¹⁴⁴ FERENÁNDEZ DE GURMENDI, S. A., *op. cit.*, nota al pie 132, p. 420.

¹⁴⁵ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, doc. cit.*, nota al pie 36, Artículo 17; ELLIS, M., “Principle of Complementarity in Contemporary International Criminal Justice”. En: ZIDAR A., y BEKOU, O., (eds.) *Contemporary Challenges for the International Criminal Court*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2014, pp. 35-49, pp.38-39; KALSHOVEN, F. y ZEGVELD, L., *op. cit.*, nota al pie 100, pp. 225.

¹⁴⁶ SCHABAS, W. *The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute*, 2º ed. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 115-120; SOLERA, O., *op. cit.*, nota al pie 108. El autor distingue entre excepciones subjetivas, del apartado segundo del artículo 17 y objetivas, apartado tercero. Añade que dichas excepciones son acusaciones no exentas de problemas al afirmar que un Estado actúa de mala fe o carece de capacidad o voluntad para iniciar acciones penales sobre crímenes tan graves de índole internacional.

cuentas, para los Estados es un hecho que sus aparatos y legislación interna, en algunas ocasiones devienen insuficientes para juzgar crímenes de tal índole, y son conscientes de la necesidad de nuevos mecanismos de cooperación internacional para reforzar ese objetivo común, haciendo valer la justicia y evitando la impunidad de los responsables. Por lo expuesto, la jurisdicción complementaria en tales términos pareció la fórmula más adecuada.

La creación del sistema de responsabilidad penal internacional sobre el principio general “*aut dedere aut judicare*”,¹⁴⁷ posiciona a la Corte en su centro constitutivo, pero recuerda el deber primero de las jurisdicciones nacionales de asumir la mayor parte de los casos. Hoy en día, esto nos lleva a la noción de “complementariedad positiva”. Se trata de un concepto reciente acuñado por la Oficina del Fiscal de la Corte en 2006,¹⁴⁸ y definido por la Conferencia de Kampala en 2010 como “todas las actividades u acciones por las que se fortalecen las jurisdicciones nacionales y se les permite llevar a cabo auténticas investigaciones y juicios nacionales de crímenes incluidos en el Estatuto de Roma, sin involucrar a la Corte en la creación de capacidad, apoyo financiero y asistencia técnica, para ayudarse mutuamente sobre una base de voluntariedad”. Pero la realidad es que no todas las jurisdicciones nacionales pueden afrontar todavía procesos judiciales de tal envergadura técnica, experta y logística. Los crímenes internacionales a menudo ocurren en el contexto de períodos de conflicto e inseguridad. En estos casos, la complementariedad positiva debe implicar asistir al Estado en su tarea de reconstruir la infraestructura necesaria para establecer un sistema operacional de justicia criminal. En términos generales, la base sobre la cual se pueda asumir los deberes del Estatuto de Roma.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Locución latina, que significa “o extraditar o juzgar”.

¹⁴⁸ BEKOU, O., *op. cit.*, nota al pie 145, p. 139. Complementariedad positiva como estímulo activo de los Estados para llevar a cabo procedimientos nacionales y prestar la asistencia necesaria participando en un sistema de cooperación internacional. Hasta 2010 se trataba fundamentalmente de una estrategia de la fiscalía centrada en el papel que la Corte podía desempeñar en el fortalecimiento de los regímenes nacionales.

¹⁴⁹ Véase Asamblea de Estados Partes, *El crimen de agresión*, Resolución RC/Res.1, de 11 de junio de 2010; PIERNAS, *op. cit.*, nota al pie 121, p. 298. “Nótese el cambio de noción respecto a la inicial estrategia de la fiscalía con especial atención al mandato a Secretaría de la Asamblea de Estados Partes, de facilitar el intercambio de información entre la Corte y los Estados y otras entidades para fortalecer la jurisdicción doméstica”. En el mismo sentido BEKOU, *op. cit.*, nota al pie 145, p. 139-140, señala las declaraciones expresadas en Kampala: “La Corte no es una agencia de desarrollo... Las actividades destinadas a fortalecer las jurisdicciones nacionales expuestas deben ser llevadas a cabo por los propios Estados junto con las organizaciones internacionales y regionales y la sociedad civil explorando las interfaces y sinergias con el sistema del Estatuto de Roma”. Esta asistencia puede ser dividida, según FERNANDEZ DE GURMENDI en tres categorías: asistencia legislativa, judicial y técnica; fortalecimiento de capacidad y construcción de

Así pues, el artículo 17 del Estatuto viene interpretándose en términos de complementariedad positiva en el sentido expuesto. OLASOLO, por ejemplo, se declara defensor de ésta aunque sus beneficios sean más lentos, pues impulsa la justicia en el ámbito local y crea Estado de Derecho allá donde se produjeron tales crímenes.¹⁵⁰ En términos de justicia transicional, suelen darse situaciones de ausencia de confianza en las instituciones judiciales y de seguridad por parte de la sociedad civil, pues las mismas que deben exigir responsabilidad a menudo contribuyen a mantener los regímenes que promueven una violencia sistemática en algunos Estados. Sin embargo, es importante fomentar la justicia penal local pues su cercanía al área de comisión de los hechos hace más probable la reconciliación social y los esfuerzos por conseguirlo se hacen visibles para las víctimas y comunidades afectadas, a diferencia de lo que ocurre cuando es una Corte lejana la que lleva a cabo esta tarea. Los sistemas judiciales nacionales operativos, de conformidad con el Estado de Derecho, tienen mayor oportunidad de llevar a cabo investigaciones y enjuiciamientos eficaces, por ejemplo, debido al acceso directo a pruebas y testigos que, para la Corte, en cambio, supone un gran reto logístico no solo por la distancia sino también por depender de la plena cooperación de los Estados en cuestión.

Actualmente, los principales desafíos que enfrentan los tribunales nacionales para llegar a dicha operatividad real son la ausencia de legislación nacional que

infraestructura física. Por otra parte, también alude a la suerte de última ratio de la Corte en base al principio de complementariedad y el llamado *efecto catalítico* de éste, así como el deseable futuro doméstico de la justicia internacional en contraposición a la realidad, exponiendo una tabla representativa de la insuficiente capacidad nacional de Uganda, República Democrática de Congo (RDC), Kenya y Costa de Marfil para abordar este tipo de enjuiciamientos (véase p.136); Véase NOUWEN, S., “Chapter IV. Sudan: Complementarity in a state of denial”, En: *Complementarity in the line of fire: the catalysing effect of the international criminal court in Uganda and Sudan*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, sobre el efecto catalítico en relación a los siguientes epígrafes centrados en el caso Al-Bashir; FERENÁNDEZ DE GURMENDI, S. A., *op. cit.*, nota al pie 132, p. 422-423.

¹⁵⁰ FERENÁNDEZ DE GURMENDI, S. A., *op. cit.*, nota al pie 132, p. 420-421. La experiencia práctica también modificó la percepción sobre el sistema de complementariedad y abrió un nuevo debate sobre lo que pueden y deben hacer la Corte y los Estados. Cabe recordar que durante las negociaciones la primacía de la justicia internacional sobre los sistemas domésticos parecía un elemento esencial de una institución fuerte y para muchos, la adopción del sistema de complementariedad, que no la reconoce, fue una concesión necesaria pero lamentable, a la soberanía estatal; Debates AA. VV., “La Complementariedad Positiva de la Corte Penal Internacional ¿Realmente positiva o negativa?”. En: *El futuro de la Corte Penal Internacional. Hacia el X aniversario de la entrada en vigor del Estatuto de Roma*. Relatoría del Seminario, Documento 9/2012. Barcelona: Instituto Catalán Internacional para la Paz, pp. 67-70, pp. 67-68. El debate aborda la preocupación acerca del menoscabo de la competencia de la Corte, favoreciendo la impunidad, debido a la interpretación de su jurisdicción basada en la noción de complementariedad positiva. Véanse las opiniones de ODIO, E, sobre la neutralización de la Corte, y JIMÉNEZ, C., sobre la inevitable complementariedad positiva por falta de capacidad de la Corte para asumir más casos.

implemente un estándar adecuado que les permita cooperar con la Corte, y asegure el cumplimiento de las normas internacionales cuando se lleven a cabo juicios a nivel nacional.¹⁵¹

Por todo lo expuesto es importante recordar que la Corte tiene capacidad y recursos limitados. No puede hacerse cargo de todos los casos de comisión de crímenes internacionales, por lo cual, aplica criterios de gravedad y responsabilidad para decidir sus estrategias de actuación.¹⁵² Así pues, la noción de complementariedad positiva supone el desarrollo del principio para salvar el vacío de impunidad gestionando esencialmente la carga de trabajo de la Corte y los Estados. Al fin y al cabo, como ocurrió inicialmente con el debate acerca del sistema de jurisdicción de la Corte, la interpretación positiva de la complementariedad se encuentra estrechamente vinculada a la naturaleza de la Corte, su objeto y utilidad. A pesar de los considerables retos, promover en paralelo la acción nacional para compartir esfuerzos y maximizar el impacto del trabajo del sistema de justicia penal internacional, responder a las necesidades de las víctimas y cumplir los estándares de la justicia penal internacional, es el camino a seguir en aras de lograr una paz positiva.¹⁵³

¹⁵¹ BEKOU, O., *op. cit.*, nota al pie 145, pp. 135-140 y 145. Véase BABIKER, M., “The International Criminal Court and Darfur Crimes: The dilemma of peace and supra-national criminal justice”. En: *International Journal of African Renaissance Studies*, Vol. 5 (1), 2010, pp. 82-100, sobre el marco legal sudanés y su adecuación y capacidad para la persecución y enjuiciamiento de los responsables de tales crímenes, en relación a los estándares internacionales, antes y después de la intervención de la Corte.

¹⁵² Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Informe sobre la estrategia de la fiscalía*, 14 de septiembre de 2006; *Plan estratégico 2009-2012*, 1 de febrero de 2008; *Plan estratégico 2013-2015*, 11 de octubre de 2011; *Plan estratégico 2016-2018*, 16 de noviembre de 2015.

¹⁵³ *Ídem*; Debates AA. VV., *op. cit.*, nota al pie 150, p. 68, aportaciones de ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.; FERENÁNDEZ DE GURMENDI, S. A., *op. cit.*, nota al pie 132, p. 422. En todo caso, emerge un cambio de enfoque basado en el reconocimiento creciente de que Corte y Estados tienen una responsabilidad compartida de investigar y juzgar crímenes internacionales. Integran un sistema de justicia más amplio en el que deben fortalecerse mutuamente. Comienzan a acuñarse nuevos conceptos como la complementariedad positiva o la cooperación invertida para dar cuenta de éste. Aun así, comenta la autora, no está claro cuánto puede hacer la Corte para remediar la falta de capacidad o de motivación del Estado en una situación dada.

IV. EXCEPCIÓN A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL DE LOS JEFES DE ESTADO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Expuestas las notas fundamentales acerca del mandato y funcionamiento de la Corte, es necesario también introducir la noción de la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado y su tratamiento en el Estatuto de Roma. La excepción a dicha inmunidad supone un aspecto clave en el estudio de caso a continuación, pues constituye el eje de la discordia jurídica, que incide directamente en la efectividad de la Corte para cumplir su mandato de luchar contra la impunidad e impartir justicia, en aras de restablecer la paz y seguridad internacionales.

Como se ha señalado en los epígrafes anteriores, la comisión de los crímenes tipificados en el Estatuto, por lo general, requiere de la participación o consentimiento de los órganos del Estado. Bajo tal premisa, se considera que cuando los altos representantes devienen responsables últimos, el Estado no es capaz de cumplir sus obligaciones de juzgarlo y entra en juego el principio *aut dedere, aut iudicare*. Por ello, dada la gravedad de los crímenes y el origen real de la inmunidad, no cabe oponerlo ante la actuación de la Corte u otro Estado en virtud del Estatuto.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1 CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL DE LOS JEFES DE ESTADO

La inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado, según CARNERERO CASTILLA, consiste en el derecho que disfrutan quienes ostentan dicho cargo a quedar exentos de la jurisdicción de las autoridades judiciales o administrativas competentes de un Estado extranjero, o a que se suspenda el ejercicio de dicha jurisdicción respecto de su persona, constituyendo así un principio de carácter procesal, que opera como excepción provocando la incompetencia de los tribunales.¹⁵⁴

¹⁵⁴ CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, nota al pie 100, pp. 31-34. El autor lleva a cabo la conceptualización con especial atención a los trabajos llevados a cabo por la CDI sobre la Inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes desde 1974 hasta 2004. Véase *Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes*, A/RES/59/38, de 2 de diciembre de 2004; Véase también ANDRÉS SÁENZ DE

Aunque originariamente existía cierta confusión dada la estrecha relación entre el Estado propiamente dicho y la persona del soberano o representante, hoy en día encontramos dos realidades perfectamente diferenciadas: por un lado, la inmunidad de los Estados como institución y por otro, la inmunidad de sus altos órganos de representación, referida la primera a la responsabilidad estatal y la segunda a la responsabilidad individual.¹⁵⁵ Por lo tanto, aunque las inmunidades diplomáticas puedan parecer *a priori* la base de la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado, la doctrina consultada es unánime al afirmar que deriva de la inmunidad del propio Estado en tanto órganos del mismo.¹⁵⁶ En otras palabras, su fundamento principal es la soberanía del Estado y el principio de igualdad soberana, basando su obligatoriedad en el principio “*par in parem non habet imperium*”. Por consiguiente, los Estados se constituyen como beneficiarios reales del principio y su observancia implica una manifestación de respeto.¹⁵⁷ Este planteamiento supera y/o engloba otras fundamentaciones doctrinales tales como: la propia condición del representante del Estado; la necesidad de proteger la independencia del Estado de injerencias y amenazas; el carácter meramente funcional de la inmunidad para el desempeño eficaz de los cometidos de los órganos estatales; e incluso la cortesía internacional entre Estados, como se apuntaba sobre las inmunidades diplomáticas.¹⁵⁸

Cabe señalar brevemente que la inmunidad de jurisdicción, aún expresada como *de los jefes de estado*, en la actualidad se predica de los órganos centrales del Estado que

SANTA MARÍA P., “El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. XI, 1994, pp. 91-223, p. 97.

¹⁵⁵ CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, nota al pie 100, pp. 44-45; SINCLAIR, I., “The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments”. En: *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye.*, Vol. 167, 1980-II, pp. 130-284, p. 198; CERVELL HORTAL, M.J., *op. cit.*, nota al pie 96, p. 136.

¹⁵⁶ Véase OLASOLO, H., MARTÍNEZ, J. R., RODRÍGUEZ, A. M., “La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los jefes de estado, los jefes de gobierno y los ministros de asuntos exteriores”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43 N°1, pp.251 -281, p. 257. Lleva a cabo una revisión documental extensa acerca de esta cuestión.

¹⁵⁷ CERVELL HORTAL, M. J., *op. cit.*, nota al pie 96, p.136; CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, nota al pie 100, p.48.; OLASOLO, H., MARTÍNEZ, JR., RODRÍGUEZ, AM., *op. cit.*, nota al pie 165, p. 257.

¹⁵⁸ *Ibidem* CARNERERO CASTILLA, pp., 46-50. El autor señala entre la doctrina a ACCIOLY, H., *Tratado de Derecho Internacional Público*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 467. y NIBOYET, J. P., *Traité de Droit International Privé Français, Vol. VI*. París: Libraire du Rucueil Sirey, 1949, p.388. Véanse también GONZÁLEZ CAMPOS, J. D, SÁNCHEZ RORÍGUEZ, L. I, ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, A., *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p 461; RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2006, pp. 326-327, véanse sus observaciones sobre la insuficiencia del criterio formal.

llevan a cabo funciones de representación exterior o tienen competencia en ella. Éstos son, en todo caso, el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores, tal y como establece la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) en el caso *Yerodia* (2002).¹⁵⁹ Por otra parte, el artículo 3 de la última versión del proyecto de articulado sobre inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobado por la CDI también se refiere a ellos como “Altos Representantes”, delimitando así el grupo de beneficiarios *ratione personae*.¹⁶⁰

Acerca de su naturaleza jurídica, cabe destacar que los Estados han abordado una práctica que incluye las mencionadas consideraciones de cortesía y reciprocidad en sus relaciones y, al haber sido generalmente aceptada, ha dado lugar a una costumbre internacional, como tal, jurídicamente obligatoria. Dicho de otro modo, es la norma internacional, y no los argumentos políticos, la que vincula la competencia de los tribunales a este efecto.¹⁶¹

La inmunidad de jurisdicción de los órganos específicos de la Administración Exterior del Estado ha tenido un desarrollo convencional,¹⁶² por ello, no es de extrañar que el principal desarrollo en esta materia se haya producido en relación al contenido y alcance de la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado *et al.*, por su presunta responsabilidad en la comisión de crímenes internacionales de *ius cogens*, tanto frente a

¹⁵⁹ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3.

¹⁶⁰ OLASOLO, H., MARTÍNEZ, J. R., RODRÍGUEZ, A. M., *op. cit.*, nota al pie 165, p. 257, en relación a *República Democrática del Congo v. Bélgica, doc. cit.*, nota al pie 159, párr. 51. Comenta el autor que la expresión “Determinados Altos funcionarios como” parecía permitir una lista abierta, pero la CIJ volvió a pronunciarse en el asunto *Djibuti v. Francia*, Corte Internacional de Justicia, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 177, subrayando los límites. El Fiscal General del Estado y el Jefe de Seguridad Nacional no forman parte de la misma. La última versión del texto sobre los proyectos de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobados hasta el momento por la CDI se encuentra en el *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 68º período de sesiones*, A / 71/10, de 2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016, Capítulo XI, pp. 379 –378. Véase también el *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, de 14 de junio de 2016.

¹⁶¹ CASSESE, A., “Limitations on State Sovereignty: Immunities and Treatment of Individuals”. En: *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 98-123, pp. 99-105; CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, nota al pie 100, p.51. Véase también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 244.

¹⁶² OLASOLO, H., MARTÍNEZ, J. R., RODRÍGUEZ, A. M., *op. cit.*, nota al pie 161, p. 258. Véase Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961); Convención sobre Relaciones Consulares (1963); la Convención sobre Misiones Especiales (1969); Convención sobre las representaciones permanentes de los Estados ante las organizaciones internacionales de carácter universal (1975). Consultar las referencias formales de los convenios en la bibliografía final.

tribunales nacionales extranjeros como frente a tribunales internacionales penales.¹⁶³ La CDI prepara desde 2007 un articulado abordando plenamente la cuestión, incluso tratando propuestas que ayudarían a solventar problemáticas tales como las acontecidas a raíz del caso Al-Bashir ante la Corte Penal Internacional.¹⁶⁴

Por último, cabe remarcar los tres factores que OLASOLO considera ejes del desarrollo del contenido y alcance de la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado, elemento abordado en el siguiente apartado. En primer lugar, sostiene, es un hecho constatado que los crímenes internacionales de *ius cogens*, por su envergadura, son normalmente cometidos con el consentimiento o apoyo de los propios Estados. En segundo lugar, la implementación del principio de jurisdicción universal a nivel nacional ha permitido la presentación, desde finales de los noventa, de decenas de querellas en tribunales extranjeros contra altos representantes estatales. En tercer lugar, éstos también han sido enjuiciados ante tribunales internacionales penales, en particular el TPIY, las SECC, la CESL y la Corte Penal Internacional.¹⁶⁵

1.2 ALCANCE

Dado que el objeto del presente trabajo aborda acciones promovidas ante la Corte Penal Internacional, y no aquellas frente a tribunales nacionales extranjeros, se llevará a cabo una aproximación sucinta del alcance general de la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado.

Existe una distinción fundamental en el Derecho internacional consuetudinario entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*. Comenzando por

¹⁶³ OLASOLO, H., MARTÍNEZ, J. R., RODRÍGUEZ, A. M., *op. cit.*, nota al pie 161, p. 258. Dicho desarrollo se lleva a cabo especialmente desde la aprobación del Convenio sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados en 2004 (aunque sin vistas a entrar en vigor),

¹⁶⁴ Véase *Quinto informe... A/CN.4/701, doc. cit.*, nota al pie 160, Anexo III p.107. Véase también el Proyecto de artículo 7 que incluye el Anexo III sobre los crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica, aunque mantiene la inmunidad *ratione personae* durante el período en que se encuentren en ejercicio.

¹⁶⁵ OLASOLO, H., MARTÍNEZ, JR., RODRÍGUEZ, AM., “La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los jefes de estado, los jefes de gobierno y los ministros de asuntos exteriores”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43 N°1, pp. 251 -281, p. 259. Véase también CERVELL HORTAL, M.J., *op. cit.*, nota al pie 96, p.137. La autora señala la aparición de “una tendencia que comulga con la idea de que los Estados y quienes los representan pueden ser juzgados cuando se trate de actividades relacionadas con la violación de normas de *ius cogens*”.

la primera, ésta otorga protección en relación a todos los actos, tanto de carácter oficial como de naturaleza privada, realizados durante el desempeño del cargo o con anterioridad al mismo. Busca proteger actos que impidan a los “Altos Representantes” el desarrollo efectivo de sus funciones.¹⁶⁶ La inmunidad personal tiene un carácter temporal pues depende del cargo y, por lo tanto, termina para quien lo ostenta cuando cesa en el mismo. Por ello se considera un obstáculo de naturaleza exclusivamente procesal al ejercicio de la jurisdicción penal. Además, sólo puede invocarse frente al Estado donde el agente estatal desarrolla sus funciones y el Estado al que pertenece o representa puede revocarlas de acuerdo con su legislación interna.¹⁶⁷

En cuanto a la inmunidad *ratione materiae* o funcional, se define por la naturaleza de los actos realizados: aquellos de carácter oficial llevados a cabo por cualquier órgano *de facto* o *de iure* del Estado. La afección al propio hecho y no a la persona supone la inexistencia de un límite temporal, permaneciendo aún después de cesar en el cargo. Su fundamento reside en que se trata de actos estatales *strictu sensu* y, por tanto, la eventual responsabilidad recae sobre el Estado como institución, no en sus representantes.¹⁶⁸

Por último, cabe mencionar la existencia de un intenso debate doctrinal acerca de la existencia o no de una excepción consuetudinaria a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado tanto material como personal, por razón de la naturaleza de *ius cogens* de los crímenes internacionales imputados.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Quinto informe... A/CN.4/701, *doc. cit.*, nota al pie 160, Anexo III Artículo 4. p.107; OLASOLO MARTÍNEZ, J. R., RODRÍGUEZ, A. M., *op. cit.*, nota al pie 165 p. 260. Véase *República Democrática del Congo v. Bélgica*, *doc. cit.*, nota al pie 159, párr. 55. OLÁSULO señala el pronunciamiento de la CIJ en el asunto *Djibouti v. Francia*, nota al pie 160, párrs. 169 y 170, cuando establece que la protección no se extiende a aquellas actuaciones de los tribunales nacionales extranjeros que no afecten al desempeño de las funciones. Argumento que choca con la doctrina consultada y el proyecto de artículos de la CDI antes aludido.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p.261; CERVELL HORTAL, M. J., *op. cit.*, nota al pie 96, p.155.

¹⁶⁸ CERVELL HORTAL, M. J., *op. cit.*, nota al pie 96, p.154; OLASOLO MARTÍNEZ, J. R., RODRÍGUEZ, A. M., *op. cit.*, nota al pie 165, pp. 262-263. El autor comenta, a propósito de la definición de la inmunidad *ratione materiae* por la naturaleza de los actos y no por la condición personal de los agentes estatales, que esta doctrina tiene su fundamento en la llamada “Doctrina del Acto de Estado”, recogida en el artículo 4 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, A/CN.4/L.602, de 10 de agosto de 2001. Dicha disposición establece que “se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”.

¹⁶⁹ OLASOLO MARTÍNEZ, JR., RODRÍGUEZ, A. M., *op. cit.*, nota al pie 165, pp. 260-268. El artículo aborda el debate exponiendo las diversas posturas doctrinales, así como los eventuales problemas jurídicos que puedan derivarse de cada una. También hace referencia a los pronunciamientos más destacados de la

1.3 EXCEPCIONES

Existen dos excepciones a la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado extranjeros a pesar de concurrir todos los aspectos materiales, personales y temporales comentados anteriormente.

La primera consiste en la renuncia voluntaria a la inmunidad. Depende del consentimiento del Estado afectado, permitiendo a los jueces y tribunales internos del Estado extranjero que persigan penalmente, conozcan del fondo y juzguen al correspondiente Alto Representante, sobre quien se efectúa la renuncia. Su operatividad requiere de una decisión expresa o implícita del Estado, esto sucede siempre que el gobierno ponga de manifiesto mediante conductas concluyentes y conscientes, de forma clara e incontrovertida, su conformidad con la sustanciación del proceso judicial. Por otro lado, la renuncia es definitiva e irreversible, consolidando la efectiva aplicación de las normas sustantivas y procesales de la legislación nacional. De otro modo, daría lugar a situaciones injustas y desequilibradas en perjuicio del resto de partes en el proceso.¹⁷⁰

La segunda excepción gira en torno a la vía institucional o convencional, obligando a los Estados a llevar ante alguno de los tribunales penales internacionales en funcionamiento a los presuntos responsables de graves crímenes de Derecho internacional, sin que puedan oponer la inmunidad de jurisdicción penal del Alto Representante, eventualmente aplicable ante los tribunales nacionales extranjeros.¹⁷¹ En este sentido también cabe recordar que el principio de inmunidad deriva de la igualdad entre los Estados, siendo esto irrelevante para los tribunales penales internacionales, pues son órganos supra-estatales y sus mandatos derivan de la comunidad internacional. CARNERERO CASTILLA, también alude a los comentarios de la CDI a propósito del

CIJ al respecto y el actual articulado del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobados hasta el momento por la CDI, aunque en su versión anterior. La versión más reciente se encuentra en *Informe de la CDI sobre su 68º período de sesiones, doc. cit.*, nota al pie 160. Véase también CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, nota al pie 100, pp. 162-178 sobre violación de normas de *ius cogens* internacional y violación grave de los derechos humanos fundamentales; GAETA, P., “Immunity of States and State Officials: A Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny?”. En: CASSESE A. (ed.) *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 227-238, pp. 229-232.

¹⁷⁰ CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, nota al pie 100, pp. 197 -209. Véase *Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes*, A/CN.4/L.457, 19 de julio de 1991, pp. 28-29.

¹⁷¹ *Ibidem*, pp. 2010-215.

Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad pues, para el autor, sería paradójico permitir a los mayores responsables de crímenes que consternan a la humanidad en su conjunto, amenazando también la paz y seguridad internacionales, escudarse tras la inmunidad que les confiere su carácter oficial.¹⁷² Sobre esta excepción versa el estudio de caso a continuación, ya que la Corte Penal Internacional es un ejemplo paradigmático de la misma.

2. TRATAMIENTO DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL DE LOS JEFES DE ESTADO EN EL ESTATUTO DE ROMA

Expuesto lo anterior, dado que la Corte opera en el ámbito de la responsabilidad individual, cabe hacer referencia a la excepción a la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado que establece el Estatuto de manera expresa en su artículo 27. El apartado primero excluye cualquier tipo de inmunidad *ratione materiae* en los siguientes términos: “El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se*, motivo para reducir la pena”. El segundo apartado hace lo propio con las inmunidades *ratione personae*: “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”.¹⁷³

Las Partes renuncian así, de manera expresa por vía convencional, a hacer valer dicha inmunidad cuando ratifican el Estatuto de Roma. *A priori*, parece ser operativa sólo para los Estados Partes, sin embargo, cabe recordar que la competencia personal de la

¹⁷² CERVELL HORTAL, M. J., *op. cit.*, nota al pie 96, p.195, 213-214. Véase asunto *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Tribunal Especial para Sierra Leona, Fallo de 31 de mayo de 2004 (Decisión relativa a la inmunidad de jurisdicción); *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, *op. cit.*, nota al pie 96, p. 29.

¹⁷³ KALSHOVEN, F. y ZEGVELD, L., *op. cit.*, nota al pie 100, pp. 226.; CERVELL HORTAL, M. J., *op. cit.*, nota al pie 96, p. 200. Cabe mencionar que el artículo 28 completa el marco estatutario de la responsabilidad personal por razón del cargo, pues trata la compleja cuestión de la responsabilidad de los mandos. Se establece una distinción entre el jefe militar *de iure* o *de facto* y otras relaciones entre superior y subordinado.

Corte también opera respecto de cualquier persona acusada de haber cometido alguna de las conductas punibles en un Estado Parte o que haya aceptado su competencia, ampliando así, de forma indirecta, el ámbito de la excepción. En estos casos, la Corte podrá procesar sin necesidad de que el Estado en cuestión acuerde prescindir o renunciar a la inmunidad, ni que el Consejo de Seguridad la deje sin efecto mediante remisión al fiscal de la situación. Esta posibilidad se justifica en función de la prioridad que el Derecho internacional general reconoce a las normas que tipifican los crímenes competencia de la Corte, en virtud de la protección y salvaguarda de la seguridad, integridad y dignidad de las personas.¹⁷⁴ Se plantea un argumento similar en respuesta a las dudas iniciales acerca de la compatibilidad con los ordenamientos internos que reconocen en su constitución la inmunidad de los Jefes de Estado, pues las normas internacionales son jerárquicamente superiores y, en todo caso, el principio de complementariedad recogido en el Estatuto conlleva la primacía de la competencia de la Corte cuando las normas nacionales impidieran a los tribunales internos enjuiciar al acusado.¹⁷⁵

El artículo 98.1 del Estatuto introduce una precisión que, en principio, replantea la interpretación del artículo 27: “1. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en 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 o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad”. No obstante, aunque parezca invalidar el contenido del artículo 27 y cree confusión, tal contradicción no tendría sentido en el seno de la Corte, cuyo fin

¹⁷⁴ GAETA, P., *op. cit.*, nota al pie 169, pp. 233- 235; CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, nota al pie 100, pp. 222-224; Véase *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, *doc. cit.*, nota al pie 36, Artículos 1, 12 y 13. Sobre la justificación de la extensión indirecta de la excepción, el autor afirma que tal solución se encuentra en la línea de los principios que se están imponiendo en el Derecho Internacional contemporáneo. El Estatuto está sólidamente apoyado en las tendencias más recientes y consolidadas tanto en el ámbito sustantivo como procesal. En sentido contrario véase LIROLA DELGADO, I., y MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 145. El Estatuto no puede *per se* cambiar otros regímenes existentes en Derecho Internacional, entre ellos el de las inmunidades.

¹⁷⁵ CERVELL HORTAL. M. J., *op. cit.*, nota al pie 96, pp. 199-200; BROOMHALL, B., “Immunity”. En: *International justice and the International Criminal Court: Between sovereignty and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 128-150.

es evitar la impunidad.¹⁷⁶ Lo dispuesto en el artículo 98 no altera la ineficacia de las inmunidades cuando se solicita a un Estado Parte la entrega de un acusado de su nacionalidad, pues no hay conflicto de obligaciones de Derecho internacional. Pero en el resto de los casos, esto es, cuando solicita la entrega de un agente de otro Estado a quien le corresponda algún tipo de inmunidad por razón de su cargo, afecta a los deberes de cooperación y asistencia judicial a los Estados, no así a la competencia de la Corte. Por tanto, podrá cursar la solicitud de entrega, antes obstaculizada, si: el acusado pasa a estar a disposición de otro Estado no obligado por las normas internacionales a las que se refiere el artículo 98; éstas dejan de estar en vigor; el acusado se pone a su disposición voluntariamente o el Estado cuya cooperación es requerida decide entregar a la persona solicitada sin oponer la excepción prevista en el artículo 98.1. Por último, cabe destacar que, dado su carácter excepcional, tales limitaciones deben interpretarse restrictivamente conforme a criterios sistemáticos, sin que quepa atentar contra el objeto y fin del Estatuto (artículo 10) ni alterar el núcleo esencial de sus disposiciones. El asunto Al Bashir obliga a plantearse en la práctica todo lo expuesto en el marco teórico, tarea no exenta de problemas.¹⁷⁷

Así pues, el Estatuto de Roma, por antecedentes, contenido y proyección impulsa una estrategia contra la impunidad y constituye una política criminal internacional de persecución de los máximos responsables de crímenes que afectan a la humanidad en su conjunto. En aras de establecer y mantener la paz y seguridad internacionales, así como el bienestar de los Estados y la comunidad internacional, es necesario castigar a los responsables de tales crímenes que afectan en lo más profundo la dignidad humana. Sin una Corte internacional que abarcase la responsabilidad individual difícilmente hubiese

¹⁷⁶ GAETA, P., *op. cit.*, nota al pie 169, pp. 235- 238; CERVELL HORTAL, M. J., *op. cit.*, nota al pie 96, pp. 202-203 nota al pie 446, sobre las distintas interpretaciones de los artículos 27 y 98. Véase CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, nota al pie 100, pp. 225-226.

¹⁷⁷ CERVELL HORTAL, M. J., *op. cit.*, nota al pie 96, p. 202-204. Señala como ejemplo de los compromisos a que se refiere el artículo 98, a los tratados bilaterales celebrados por los Estados Unidos con una serie de Estados en los que cada parte renuncia a poner a disposición de la Corte a los nacionales de la otra parte cuando aquélla quiera procesarlos, aludiendo también a su dudosa legalidad. En el mismo sentido CARNERERO CASTILLA, R., *op. cit.*, nota al pie 100, pp. 228, 226-227. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., comenta, subsisten algunas manifestaciones de la inmunidad en dimensión internacional respecto de la cooperación y asistencia judicial de los Estados, pues el Estatuto establece un régimen especial que relativiza el deber de entrega de esas personas, supeditándolo al consentimiento del Estado. Véase ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: La Corte Penal Internacional”. En: GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D., (coord.) *Crimen internacional y jurisdicción universal (El caso Pinochet)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 251-254; Véase también: Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 1422, S/RES/1422, 12 de julio de 2002.

sido posible. La Corte Penal Internacional debe ser considerada desde una perspectiva holística, como parte de un sistema mucho más amplio cuyo éxito implica activamente a los Estados en la lucha contra la impunidad, dependiendo directamente de su determinación y compromiso.¹⁷⁸

¹⁷⁸ IBÁÑEZ GUZMÁN, A. J., “La Corte Penal Internacional, un avance contra la impunidad”. En: *Universitas. Revista de Ciencias Jurídicas UNAM.*, Vol. 53, N°107, 2004, pp. 9-70, p.18; SOLERA, O., *op. cit.*, nota al pie 108; BEKOU, O., *op. cit.*, nota al pie 145, p. 133; *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, *doc. cit.*, nota al pie 36, Artículo 10.

CAPÍTULO CUARTO. ESTUDIO DE CASO: LA INCIDENCIA PRÁCTICA DEL DEBATE JUSTICIA-PAZ. EL CASO AL-BASHIR COMO EXPONENTE

El presente capítulo tiene por objeto el estudio del caso contra Omar Al-Bashir, Jefe de Estado en ejercicio de Sudán, ante la Corte Penal Internacional. El contexto de la problemática se inicia con la remisión del Consejo de Seguridad de la situación de Darfur, permitiendo al fiscal abrir una investigación en un Estado no parte del Estatuto de Roma. El caso pone de manifiesto en la práctica una problemática ampliamente tratada por la doctrina, acerca de la extensión de las disposiciones del Estatuto a Estados no parte, incluida la excepción a la inmunidad de jurisdicción penal expuesta. De las reacciones de los Estados Africanos, representados y organizados al efecto en el seno de la Unión Africana, cabe destacar las retiradas de firmas del Estatuto de Roma como uno de los mayores retos que enfrenta la Corte. Por último, debe valorarse si dichas reacciones y las propuestas esgrimidas por algunos de ellos contribuyen a la paz y seguridad internacionales, en qué términos y bajo qué concepto se plantean como alternativa a la actuación de la Corte.

I. EL CASO AL-BASHIR COMO CONTEXTO DE LA PROBLEMÁTICA

1. REMISIÓN A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE LA SITUACIÓN DE DARFUR POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS

El Consejo de Seguridad, impulsó la justicia criminal internacional contemporánea en la década de 1990 al establecer los tribunales *ad hoc*, por ello tiene cierta lógica que mantenga lazos con la Corte, aunque ésta no sea órgano de Naciones Unidas. Se trata de una relación basada en la igualdad y plasmada en un acuerdo aprobado por la Asamblea de Estados Parte, el cual reconoce a la Corte como institución judicial permanente e independiente, y recoge el compromiso de las partes a respetar su respectiva condición y mandato.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Asamblea de Estados Partes, *Texto negociado del proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas*, Resolución, *doc. cit.*, nota al pie 112; GUTIÉRREZ ESPADA, C.,

Fundamentalmente, el Estatuto de Roma reconoce al Consejo de Seguridad derecho de iniciativa, poder de suspensión, y un papel de control sobre la cooperación con la Corte. Centrándonos por ahora en la primera facultad, el artículo 13. b) dispone que el Consejo, invocando sus poderes en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, puede remitir situaciones al Fiscal de la Corte en las que se haya cometido alguno de los crímenes de su competencia en el territorio o por nacionales de Estados no partes en el Estatuto de Roma. Por tanto, es ostensible el papel determinante de dichas remisiones en tanto deshacen la relatividad del efecto del Estatuto, y modulan las reglas generales aplicables, permitiendo el conocimiento de una situación sin consentimiento del Estado en cuestión.¹⁸⁰

Tal facultad fue objeto de no pocas críticas durante la elaboración del Estatuto, pero es necesario analizar sus límites. En primer lugar, la remisión tiene por objeto una situación, no un crimen concreto o persona en particular, pues sólo el Fiscal ejerce la acción penal al efecto. En segundo lugar, el Consejo remite una situación en el marco de amenazas o rupturas de la paz y seguridad internacionales, esto es, en virtud del Capítulo VII de la Carta. Cabe recordar que a tal efecto existe un procedimiento de votación sobre el cual los miembros permanentes pueden ejercer su derecho a veto.¹⁸¹ Asimismo, el

op. cit., nota al pie 109, pp. 76-78. El contenido abarca tanto las normas que reglamentan la relación institucional como la cooperación y asistencia judicial. Además, el Secretario General de Naciones Unidas, entre otras funciones, debe asegurar una comunicación fluida entre ambas instituciones. ALAMUDDIN, A., “The Role of the Security Council in Starting and Stopping Cases at the International Criminal Court: Problems of Principle and Practice”. En: *Contemporary Challenges for the International Criminal Court*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2014, pp. 103-132, p. 104; MARCZYNSKI, M., “The International Criminal Court: Where do we stand after 10 years? A perspective from Civil Society”. En: ZIDAR A., y BEKOU, O., (eds.) *Contemporary Challenges for the International Criminal Court*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2014, pp.227-243, p. 233. Paradójicamente el Consejo de Seguridad tienen entre sus miembros permanentes a tres Estados que no han ratificado el Estatuto; EE. UU, Federación Rusa y República Popular China. Véase ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., “Las atribuciones y las responsabilidades del Consejo de Seguridad de la ONU”. En: *El futuro de la Corte Penal Internacional. Hacia el X aniversario de la entrada en vigor del Estatuto de Roma*, Relatoría del Seminario, Documento 9/2012. Barcelona: Instituto Catalán Internacional para la Paz, pp. 32-35, p. 33.

¹⁸⁰ GENTILE, L., “Understanding the International Criminal Court”. En: DU PLESSIS, M (ed.) *African Guide to International Criminal Justice*. Sudáfrica: Institute for Security Studies, 2008, pp. 99-122, p. 101; Véase ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, nota al pie 179, p. 33; GUTIÉRREZ ESPADA, C., *op. cit.*, nota al pie 109, p. 66.

¹⁸¹ *Ibidem*. GUTIÉRREZ ESPADA, C., nota al pie 109, pp. 83-84; ALAMUDDIN, A., *op. cit.*, nota al pie 179, pp. 103-132, pp. 106-109. La autora explica el contenido del artículo 53. El párrafo primero establece los motivos por los que el Fiscal puede negarse a realizar una investigación. Éste deberá considerar: a) si existe una base razonable para creer que se ha cometido un delito dentro de la jurisdicción del Estatuto; b) si el asunto es admisible basándose en los criterios establecidos en el artículo 17; y c) si el enjuiciamiento es en interés de la justicia. Esto parecería incluir escenarios en los que el Consejo haya remitido una

artículo 13 que permite al Fiscal denegar el inicio de un proceso, incluso en el caso de una remisión, debe leerse junto con el artículo 53.

Por consiguiente, de lo establecido en el Estatuto, se desprende claramente la personalidad jurídica de la Corte, distinta de Naciones Unidas, pues ostenta la última palabra sobre su jurisdicción y competencia. El riesgo de politización en la selección de casos se minimiza, ya que el Fiscal es quien identifica a la persona presuntamente responsable de un crimen después de las correspondientes investigaciones. Por tanto, el Estatuto protege la autonomía, independencia e imparcialidad de la Corte aun brindando al Consejo una facultad de remisión que permite extender su jurisdicción en aras de la paz y seguridad internacionales cuando no pudiera intervenir de otro modo.

La Comisión Internacional de investigación de Darfur, nombrada por Naciones Unidas para investigar los crímenes cometidos en Sudán, declaró en 2005 que los tribunales sudaneses no eran capaces de perseguir y juzgar a los presuntos delincuentes y por tanto era necesario otro mecanismo, abriendo así el camino a lo que se creía una remisión clara de la cuestión por el Consejo.¹⁸² Sin embargo, la respuesta del gobierno de Sudán dejó claro que, para ellos, tal remisión supone una violación de su soberanía y por tanto nunca entregarían a un ciudadano a ningún tribunal extranjero o “corte estadounidense”.¹⁸³ A pesar de ello, el Consejo de Seguridad hizo uso de su derecho de iniciativa por primera vez remitiendo la situación de Darfur, mediante la adopción de la Resolución 1593, de 31 de marzo de 2005, aprobada con cuatro abstenciones (Argelia, Brasil, China y Estados Unidos).¹⁸⁴ Sudán no era Estado Parte, pero el reenvío del Consejo permitió al Fiscal abrir oficialmente su investigación sobre esta situación el 6 de

situación. El párrafo siguiente establece motivos similares incluyendo explícitamente tal escenario. Si el Fiscal decide no enjuiciar la situación remitida, informará al Consejo de su conclusión y razones. El párrafo tercero permite al Consejo solicitar la revisión de esta decisión por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP). Así pues, la Corte, sea a través de un órgano u otro, tiene la última palabra y no puede ser coaccionada.

¹⁸² Resolución 1564, S/RES/1564, de 18 septiembre de 2004; Comisión Internacional de investigación de Darfur, *Report to the United Nations Secretary-General*, de 25 de enero de 2005.

¹⁸³ DU PLESSIS, M., “Complementarity: a working relationship between African states and the International Criminal Court”. En: DU PLESSIS, M., (ed.) *African Guide to International Criminal Justice*. Sudáfrica: Institute for Security Studies, 2008, pp. 123- 142.

¹⁸⁴ Sobre el conflicto véase “Darfur Destroyed. Ethnic cleansing by government and militia forces in western Sudan”. En: *Human Rights Watch N° 6(A)*, Vol. 16, 2004; DIEZ ALCALDE, J. “Darfur, el conflicto olvidado de Sudán”. En: *Panorama Geopolítico de los Conflictos*. Madrid: Ministerio de Defensa, IEEA, 2012, pp. 201-228; EBERECHI, I., “Armed Conflicts in Africa and Western Complicity: A Disincentive for African Union's Cooperation with the ICC”. En: *African Journal of Legal Studies*, 2009, pp. 56-76, pp. 64-66.

junio de 2005, y presentar tres causas ante la SCP. El 14 de julio de 2008, el entonces Fiscal Jefe de la Corte, Luis Moreno-Ocampo, alegó que el Presidente Al-Bashir era responsable penal por crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de genocidio cometidos en Darfur desde 2003. Le acusó, entre otras, de haber *planificado e implementado* un plan para destruir a tres grupos étnicos que habitaban la región (Fur, Masalit y Zaghawa), mediante su asesinato, violación y deportación.¹⁸⁵

Este escenario práctico pone a prueba todo lo expuesto hasta el momento, el sistema de cooperación con la Corte y la actuación del Consejo de Seguridad en situaciones de Estados no parte. En particular, el caso contra Al-Bashir, presidente en ejercicio de Sudán, ha suscitado diversos problemas en torno al cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Partes al ratificar el Estatuto de Roma, y las reticencias que todavía presentan sobre la excepción a la inmunidad de jurisdicción de los altos representantes. Como claves jurídico-políticas cabe destacar que se trata del primer Jefe de Estado acusado por la Corte, además, de un Estado no parte del Estatuto y en el ejercicio de sus funciones. En segundo lugar, la situación aviva la retórica contra la Corte que, entre otras calificaciones, la identifican como una construcción occidental para la opresión de los líderes africanos.

2. LAS ÓRDENES DE ARRESTO CONTRA AL-BASHIR Y SISTEMA DE COOPERACIÓN

La Corte emitió dos órdenes de arresto contra Omar Hasan Al-Bashir. La primera, por la SCP II en marzo de 2009, le imputa crímenes de guerra y de lesa humanidad. El Fiscal había incluido el delito de genocidio, pero los jueces consideraron las pruebas aportadas insuficientes como *motivo razonable* para determinar la existencia de una

¹⁸⁵ GENTILE, L., *op. cit.*, nota al pie 180, p. 109; ANELLO, C. S., “¿La eficacia de la Corte Penal Internacional en riesgo? Dificultades y consecuencias derivadas de la cooperación con las jurisdicciones internacionales”. En: *Revista Jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires*, 2012. pp. 495-520, p. 512. Resolución 1593, S/RES/1593, de 31 de marzo de 2015; GIOIA, F., “Ten Years of International Criminal Court and Complementarity *In Bonam Partem*”. En: ZIDAR A., y BEKOU, O., (eds.) *Contemporary Challenges for the International Criminal Court*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2014, pp. 51-70, pp. 54-55. La autora comenta que, en este caso, la remisión no sólo tendría por objeto enjuiciar los crímenes, sino también, impedir que los procedimientos judiciales internos se convirtieran en un instrumento mediante el cual los poderes gobernantes dispusieran sumariamente de sus oponentes, teniendo en cuenta, además, que el sistema judicial sudanés no cumple con los estándares internacionales de derechos humanos ni es capaz ni está dispuesto a juzgar los crímenes objeto de la remisión. Sobre el sistema judicial sudanés, véase BABIKER, M., *op. cit.*, nota al pie 151, pp. 84-88.

intención genocida del Gobierno Sudanés. La jueza USACKA elaboró una opinión disidente cuestionando el criterio adoptado por la SCP II, pues para ella suponía una interpretación errónea por excesiva rigidez del artículo 58 del Estatuto, que sólo pide un *motivo razonable* y no un convencimiento concluyente. El Fiscal, en la misma línea argumentativa, interpuso recurso el 6 de julio de 2009, el cual fue finalmente estimado por la Sala de Apelaciones (SA) el 3 de febrero de 2010. Finalmente, la SCP II emitió una segunda orden de arresto el 12 de julio de 2010, complementaria de la primera, por el cargo de genocidio en razón de su composición étnica.¹⁸⁶

La inclusión del delito de genocidio no es cuestión baladí, pues repercute directamente en los cauces de arresto de Al-Bashir y en las eventuales obligaciones internacionales de Sudán. Esto se debe a la existencia de una Convención Internacional específica al efecto, cuyos Estados Partes, incluido Sudán, superan considerablemente en número de ratificaciones al Estatuto de Roma. Dicha convención recoge también el principio *aut dedere aut iudicare*, obligando a los Estados a juzgar o entregar al culpable a los tribunales nacionales o internacionales cuya jurisdicción hayan aceptado.¹⁸⁷ A pesar de ello, como se verá en el epígrafe a continuación, el incumplimiento de las órdenes de arresto es sistemático y declarado.

En este punto de la exposición, es obvio que los tribunales penales internacionales carecen de determinadas potestades para poder llevar a cabo sus funciones cuando el crimen tiene lugar en un Estado diferente del de su sede. Una de sus características distintivas es que requieren de la cooperación de los Estados para cumplir con sus funciones, por ello, esta cuestión generó posiciones encontradas en la Conferencia de Roma. Finalmente se adoptó un sistema a menudo descrito como aquel a medio camino

¹⁸⁶ Asunto *Al Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares, *Anexo I Orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, doc. ICC-02/05-01/09-1, de 04 de marzo de 2009; Sala de Cuestiones Preliminares, *Anexo I Orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, doc. ICC-02/05-01/09-1, de 04 de marzo de 2009, párr 17; Asunto *Al Bashir*, Sala de Apelaciones, *Sentencia relativa a la apelación del Fiscal contra la decisión relativa a la solicitud de la Fiscalía de una orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-OA, de 3 de febrero de 2010; Asunto *Al Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares, *Orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, doc. ICC-02/05-01/09, de 12 de julio de 2010, párr. 38.

¹⁸⁷ AKANDE, D., “The Genocide Convention and the Arrest Warrants Issued by the ICC”. En: *EJIL: Talk!*, 31 de Enero de 2011; *Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio*, doc. cit. nota al pie 107; Véase también *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment*, I. C. J. Reports 1996, p. 595

entre el modelo de cooperación horizontal y el vertical, que satisfacía la necesidad de salvaguarda de la soberanía de los estados.¹⁸⁸

El Estatuto reconoce el valor intrínseco del fortalecimiento de la cooperación internacional para procesar eficazmente los crímenes competencia de la Corte en el Preámbulo. Al efecto, establece su marco legal en la Parte IX, detallando las formas obligatorias y voluntarias de cooperación que la Corte puede solicitar de los Estados u organizaciones para llevar a cabo su labor. No obstante, la doctrina generalmente coincide en que, a pesar del uso de un lenguaje imperativo en algunas disposiciones, el sistema es mucho más débil, pues depende plenamente del efecto convencional del Estatuto sobre sus Estados Partes. Sin embargo, los Estados que no forman parte de éste, aunque no se encuentran obligados *per se* a cooperar con la Corte, sí lo estarán en virtud de un acuerdo *ad hoc* o cuando así lo ordene el Consejo de Seguridad en virtud de una remisión, en uso de las facultades conferidas por el Capítulo VII de la Carta, tal y como ocurre en la Resolución 1593.¹⁸⁹

Ante el incumplimiento de las solicitudes de cooperación emitidas, la Corte está facultada por el artículo 87 (7) del Estatuto para realizar una constatación formal del mismo y remitir el asunto a la Asamblea de Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste hubiese remitido el asunto en primera instancia.¹⁹⁰ Es una herramienta de *última ratio* por parte de la Corte para potenciar su débil régimen de ejecución, fundamentalmente dependiente de la voluntad de cooperación de los Estados. Si bien es

¹⁸⁸ SMITH VAN-LIN, L., “Non-Compliance and the Law and Politics of State Cooperation: Lessons from the Al Bashir and Kenyatta Cases”. En: BEKOU, O. y BIRKETT, D. J., (eds.) *Cooperation and the International Criminal Court. Perspectives from Theory and Practice*, Leiden: Brill Nijhoff, 2016, pp. 114-151, pp. 122-123. El modelo horizontal engloba sistemas de cooperación interestatal, que pone de manifiesto la soberanía de los estados, mientras que el modelo vertical aborda la cooperación entre el Estado y el Tribunal mediante la creación de un sistema *sui generis* que atribuya mayor peso a la comunidad internacional, clásicamente representado por los tribunales *ad hoc* (TPIY y TPIR: órganos subsidiarios de Naciones Unidas, con potestad para tomar decisiones con carácter vinculante para los Estados miembros en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas).

¹⁸⁹ *Ibidem*. pp. 122-124. Véase también ANELLO, C. S., *op. cit.*, nota al pie 185, p. 495-497; TURLAN, P., “The International Criminal Court Cooperation Regime. A Practical Perspective from the Office of the Prosecutor”. En: BEKOU, O. y BIRKETT, D. J., (eds.) *Cooperation and the International Criminal Court. Perspectives from Theory and Practice*. Leiden: Brill Nijhoff, 2016, pp. 58-79, pp. 61-70.

¹⁹⁰ SMITH VAN-LIN, L., *op. cit.*, nota al pie 188, p. 124. El autor añade que, según el proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados, el incumplimiento por un Estado Parte de una solicitud de la Corte, vinculante en virtud del Estatuto, constituye el incumplimiento de una obligación internacional. En el mismo sentido cita a KRESS y PROST, pues opinan que el enfoque adoptado por la SA del TPIY en la sentencia de citación de *Blaškić* debería aplicarse *mutatis mutandis* a la Corte. Por lo tanto, “tal constatación constituiría el establecimiento formal de la existencia de un hecho ilícito internacional” del Estado.

un movimiento firme para obligar a la Asamblea de Estados Partes (AEP) y al Consejo de Seguridad a tomar las medidas políticas necesarias para asegurar el cumplimiento de sus decisiones, los textos legales nada dicen sobre cuáles deben ser, aunque no debe obviarse que este último tiene a su disposición todas las competencias que el Capítulo VII le concede al efecto.¹⁹¹

Como se infiere del caso Al-Bashir, el incumplimiento sistemático de las órdenes de arresto se ha convertido en el talón de Aquiles de la Corte. Perjudica gravemente su efectividad, pues ha originado un polémico debate acerca de la correcta interpretación de las disposiciones del Estatuto, el papel del Consejo de Seguridad en el sistema de justicia penal internacional y hasta la intencionalidad de las investigaciones en el continente africano.¹⁹²

¹⁹¹ GUTIERREZ ESPADA, C., *op. cit.*, nota al pie 109, p. 93. El Autor señala que tales medidas incluyen aquellas coercitivas no armadas (art. 41 de la Carta), y aún armadas (art. 42), contra el Estado reticente a cooperar.

¹⁹² SMITH VAN-LIN, L., *op. cit.*, nota al pie 188, p. 125-126. Cada vez que Al-Bashir ha visitado el territorio de un Estado Parte, el Fiscal ha adoptado el enfoque proactivo de advertir tales planes a la SPI, la cual ha emitido decisiones solicitando que el Estado pertinente arrestara al acusado de conformidad con la orden de la Corte.

II. CONFLICTO CONCEPTUAL EN ESENCIA, JURÍDICO-POLÍTICO EN APARIENCIA

El presente epígrafe expone, en primer lugar, las críticas esgrimidas por la Unión Africana a la Corte Penal Internacional, en virtud de las cuales se aprecian dos reacciones fundamentales. Finalmente, serán tratadas las propuestas regionales para la transformación del conflicto, las cuales afectan directamente al sistema de justicia penal internacional.

Antes de entrar a tratar tales cuestiones, cabe mencionar que los gobiernos africanos, bloque regional más importante de los Estados Partes del Estatuto en la actualidad, tuvieron un destacado papel en la creación de la Corte Penal Internacional.¹⁹³ El signo positivo que envolvía la relación entre ambas instituciones, actores principales del conflicto, fue menguando a medida que la Corte iniciaba nuevas investigaciones, todas ellas en África, hasta llegar al que parece ser un punto de inflexión desde la emisión de la primera orden de arresto contra Al Bashir el 9 de marzo de 2009.

Las tensiones derivadas de la problemática en torno a la inmunidad de jurisdicción expuestas a continuación, permiten entrever el carácter político que embebe los debates jurídicos propuestos por la UA y, a su vez, la discrepancia conceptual que informa ambos.¹⁹⁴ Desde el máximo exponente del antagonismo que representan ciertos estados miembros de la UA, pasando por posiciones más moderadas, se ha ido cuestionado severamente la legitimidad de la Corte hasta culminar en las decisiones de la UA, relativas al incumplimiento de las obligaciones de cooperación de los Estados y la idoneidad de las remisiones del Consejo de Seguridad respecto de los Estados no parte del Estatuto.¹⁹⁵

¹⁹³ Sobre el papel que jugaron los Estados africanos y la relación positiva inicial con la Corte véase JALLOW, H., y BENSOUDE, F., “International Criminal Law in an African Context”. En: DU PLESSIS, M., (ed.) *African Guide to International Criminal Justice*. Sudáfrica: Institute for Security Studies, 2008, pp. 15-54, p. 41-43; COLE, J. V. R., “Africa's relationship with the International Criminal Court: More political than legal”. En: *Melbourne Journal of International Law*, Vol.14, 2014, pp. 670-669, pp. 673-675.

¹⁹⁴ AKANDE, D., “Is the Rift between Africa and the ICC Deepening? Heads of States Decide Not to Cooperate with ICC on the Bashir Case”. En: *EJIL: Talk!*, 4 de Julio de 2009.

¹⁹⁵ MASENONO MONAGENG, S., “Africa, the International Criminal Court: Then and Now”. En: WERLE, G.; FERNÁNDEZ, L.; VORMBAUM, M., (eds.) *Africa and The International Criminal Court*. New York: Springer, 2014, pp. 13-20, pp. 17-20; FERENÁNDEZ DE GURMENDI, S. A., *op. cit.*, nota al pie 132, pp. 416-419.

1. CRÍTICAS A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: CLAVES DEL DEBATE

El presente apartado trata de sistematizar los argumentos jurídico-políticos esgrimidos por los actores principales del conflicto estudio de caso, estos son, en términos generales, la Corte Penal Internacional y la Unión Africana. A pesar de que el debate gira en torno a intereses políticos y discrepancias en la interpretación de los tratados, todo ello se encuentra informado por un problema de base conceptual. Las posturas que pueden discernirse de la lectura de los sucesivos epígrafes se corresponden con las antagónicas “Paz vs. Justicia” y “Paz vía Justicia” pero, como ocurre con éstas, encontramos grises y matices que permiten espacios de negociación.

1.1 DEBATE POLÍTICO: SÍNTOMAS DEL ESPECTRO NEOCOLONIAL

Podemos dividir las críticas eminentemente políticas en tres bloques interrelacionados, que suponen un abanico de mayor a menor intensidad del que podría llamarse el “espectro neocolonial” de la Corte: “Teoría de la conspiración”, investigaciones selectivas y persecución hostil a los procesos de paz.

En primer lugar, se acusa a la Corte de formar parte de una conspiración contra África, en la que también participa el Consejo de Seguridad, como instrumento de colonialismo judicial al servicio de intereses occidentales. La *teoría de la conspiración*, supone que la Corte actúa como una herramienta hegemónica de las potencias occidentales, centrando *selectivamente* su espectro en el continente africano, particularmente sobre sus líderes, para socavar los procedimientos de resolución de conflictos y esfuerzos por la paz llevados a cabo en la región.¹⁹⁶ Otra versión, no necesariamente excluyente, sostiene el uso de África como laboratorio durante los primeros años de la Corte.¹⁹⁷ Tales argumentos, sin mayor evidencia, declaran una suerte de neocolonialismo judicial que es ciertamente contradictorio con los compromisos diplomáticos, políticos, de seguridad y humanitarios basados en la reciprocidad que mantienen los Estados africanos con países occidentales. Pero esta teoría apoya otras

¹⁹⁶ DU PLESSIS, M., *The International Criminal Court that Africa wants*, Pretoria: IEES, 2010, pp. 13-14; COWELL, F., “Inherent Imperialism. Understanding the Legal Roots of Anti-imperialist Criticism of the International Criminal Court”. En: *Journal of International Criminal Justice*, Nº15, 2017, pp. 667-687, 670-674.

¹⁹⁷ SCHABAS, W., “The International Criminal Court: Struggling to Find its Way”. En: *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 250-260, pp. 250-251.

muchas de las críticas esgrimidas contra la Corte para menguar su legitimidad en el continente.

En segundo lugar, se acusa a la Corte de haber centrado selectiva y exclusivamente su acción en el continente africano, impartiendo justicia con mala fe.¹⁹⁸ Opiniones más moderadas al respecto señalan que, si bien las realidades prácticas que enfrenta la Corte y los contextos difíciles y sensibles en que opera podrían limitar, hasta cierto punto, su capacidad de impartir justicia de manera imparcial, las polémicas en torno a la neutralidad están vinculadas al problema de la justicia selectiva, que realmente tiene menos que ver con la propia Corte que con las circunstancias en las que está funcionando. Dichas circunstancias son, en esencia, el hecho de que sólo puede tratar con un pequeño número de casos (se estima que dos o tres por año), debido a sus limitados recursos y condicionados poderes de ejecución. Por lo tanto, aunque el Fiscal sostiene el criterio de la gravedad como clave para seleccionar qué casos enjuiciar, a ello se contraponen consideraciones políticas y pragmáticas que, a su juicio, también pueden entrar en la ecuación.¹⁹⁹ Pero un repaso a cómo llegaron tales situaciones ante la Corte puede refutar claramente tales argumentos pues, de las once situaciones bajo investigación en 2018, sólo tres se iniciaron a instancia de la Fiscalía: Kenia²⁰⁰, Georgia y Burundi. Todas las demás se presentaron a instancia de los propios Estados (Uganda, República Centroafricana, RDC, Malí) o del Consejo de Seguridad (Sudán, Libia). Por último, una situación fue presentada ante la Corte mediante declaración en virtud del artículo 12 (3)

¹⁹⁸ BRANCH, A., “Uganda’s Civil War and the Politics of ICC Intervention”. En: *Ethics and International Affairs*, 2007, pp. 179-198, p. 182; CLARK, J. N., *op. cit.*, nota al pie 21, p. 524. Como una suerte de caza racial en que el cazador lleva toga y pasea por la Sabana en busca de líderes africanos, véase “President Uhuru hits out at the West over ICC”. En: *Daily Nation*, de 12 de octubre de 2013, discurso del presidente Uhuru Kenyatta, en la Cumbre Extraordinaria de la UA celebrada en Adís Abeba el 12 de octubre de 2013: “as our strength multiplies, and our unity gets deeper, those who want to control an exploit us become more desperate”.

¹⁹⁹ BLUMENSON, E., “The Challenge of a Global Standard of Justice: Peace, Pluralism and Punishment at the International Criminal Court”. En: *Columbia Journal of Transnational Law*, 2006, pp. 801-874, pp. 818-820, 867; CLARK, J. N., *op. cit.*, nota al pie 21, p. 525; SCHABAS, W., *op. cit.*, nota al pie 197, pp. 256-260; Una parte de la doctrina defiende que la dificultad reside en las exigencias de la Realpolitik, las cuales no son fácilmente comprensibles para las víctimas directas, lo que subraya aún más los inmensos desafíos que enfrenta la Corte al impartir justicia. Esto trae consigo, incluso, percepciones tales como la generalizada creencia entre tales víctimas de que la intención de la limitada jurisdicción temporal de la Corte es proteger a ciertos grupos y personas del enjuiciamiento. Véase VRWG, *The Impact of the ICC on Victims and Affected Communities: A Report of the Victims Rights Working Group*, 2010, pp. 11-20.

²⁰⁰ Pero incluso entonces, su gobierno tampoco mostraba ningún interés por investigar y enjuiciar los presuntos crímenes, activando así, con toda la legitimidad posible, los engranajes del principio de complementariedad que rige la jurisdicción de la Corte.

del Estatuto de Roma (Costa de Marfil).²⁰¹ Por lo tanto, puede afirmarse que la Corte no lleva a cabo una selección discriminatoria y selectiva, más ahora que, desde hace uno años se han iniciado investigaciones e investigaciones preliminares en Estados no africanos (Georgia, Colombia, Venezuela, UK/Iraq, Ucrania, Palestina y Filipinas).²⁰²

En tercer lugar, algunos críticos reiteran que el ejercicio de su jurisdicción en casos como Sudán responde a una persecución hostil de los procesos de paz. A continuación, aludiré a la premisa “a problemas africanos, soluciones africanas”, pero cabe plantearse si tal pretensión, la paz a través de soluciones africanas, debe llevarse a término a expensas de la impunidad de los responsables de crímenes internacionales de la mayor gravedad, como es el caso del presidente Al-Bashir. Nótese cómo el Debate Paz-Justicia se ve aquí claramente reflejado. Si la respuesta es afirmativa y la condición para la intervención en África consiste en respetar la inmunidad de sus Jefes de Estado a ultranza, entonces la cuestión no gira en torno a que sea la Corte la que investigue y juzgue, sino cómo lo haga y a quién, esto es, respetando las inmunidades de los Jefes de Estado. Partiendo de este razonamiento la Corte no lleva a cabo una persecución hostil, sino el cumplimiento de su mandato consagrado en el Estatuto de Roma: la lucha contra la impunidad sin inmunidades oponibles en el proceso contra Jefes de Estado responsables de crímenes de su competencia. Acerca de la incidencia de los procesos penales ante tribunales internacionales o nacionales, me remito a lo expuesto a propósito de las fórmulas del debate en el Capítulo II.

Cabe destacar que, a fin de cuentas, dichas críticas no proceden de las víctimas, sino de representantes que, por desgracia, están implicados en no pocos casos de crímenes por los cuales se exige responsabilidad. Por ello aquí se reiteran las cuestiones ¿qué conceptos de paz y justicia informan las críticas expuestas? De la revisión del marco teórico acerca de las fórmulas del debate y la base de tales argumentos cabría concluir una visión negativa de la paz, en la que, claramente, un proceso penal abanderado de

²⁰¹ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, doc. cit.*, nota al pie 36, Artículo 12 (3) dispone lo siguiente: “Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate (...)”.

²⁰² Pueden consultarse todos los casos y situaciones bajo investigación por la ICC en “Situations and cases”. En: *ICC/CPI website*. Cabe mencionar aquí, a pesar de la discrepancia de la OFCPI con el fallo, como una suerte de evidencia acerca de la independencia de la Corte a la hora de ejercer su mandato, la absolución en segunda instancia de Bemba. Véase: “República Centroafricana: La absolución de Bemba, un golpe para sus víctimas”. En: *Amnesty International*, de 8 de junio de 2018.

única justicia obstaculizaría los procesos políticos al efecto. En el mismo sentido, lastrar a la Corte de una responsabilidad global para el enjuiciamiento de todos los responsables de tales crímenes demuestra la incompreensión del sistema y el desconocimiento de las obligaciones de los Estados, o su falta de voluntad para cumplir éstas. Por ende, ¿se trata de un juicio justo a la Corte? o ¿será condenada tanto por su acción como por su omisión?²⁰³ Sobre su actuación y la no cooperación con ésta tratan los siguientes apartados en torno al debate jurídico imbuido de las críticas políticas expuestas, informados ambos por un problema de base conceptual en torno al objetivo de establecer y mantener la paz, por o a pesar de la justicia.

1.2 DEBATE JURÍDICO: LA EXTENSIÓN DE LAS DISPOSICIONES DEL ESTATUTO DE ROMA A ESTADOS NO PARTE

Tras la remisión de la situación de Darfur a la Corte y la emisión de las órdenes de arresto referidas anteriormente, los Estados de la UA alegaron la concurrencia de obligaciones internacionales contradictorias. El debate gira en torno a la interpretación y prelación entre los artículos 27 (2) y 98 (1) del Estatuto de Roma, y la extensión de sus disposiciones a Estados no parte, especialmente, la excepción convencional del principio de inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado en funciones, consagrado en el Derecho internacional consuetudinario. A ello cabrá añadir posteriormente la vinculación a las decisiones adoptadas en el seno de la UA, que prohíben la entrega de Al-Bashir a la Corte Penal Internacional.²⁰⁴

Recordemos, en primer lugar, que el artículo 27 (2) excepciona la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado, pues la responsabilidad individual será imputada sin que quepa un tratamiento especial por razón del cargo, en virtud de *ratio* alguna. Por otra parte, tal y como se señaló a propósito del tratamiento de dicho principio ante la Corte, el artículo 98 (1) parece replantear la interpretación del anterior cuando expone que la Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia, en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le

²⁰³ Véase SUNGA, L. S., “Has the ICC unfairly targeted Africa or has Africa unfairly targeted the ICC?”. En: MANELLO, T. (ed.) *The International Criminal Court in Search of its Purpose and Identity*. New York: Routledge, 2015, pp. 147-173.

²⁰⁴ ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, nota al pie 179, p. 35; KERSTEN, M., *op. cit.*, nota al pie 68, pp. 33 y ss.

imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad diplomática de una persona. En segundo lugar, la extensión de la obligación de las disposiciones del Estatuto a Estados no parte es posible mediante remisión del Consejo de Seguridad.

La primera orden de arresto (2009) emitida por la Corte, dispuso que la condición de Al-Bashir como Jefe de un Estado no Parte no repercutía en el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal en el caso. La remisión por el Consejo de Seguridad implicaba que la investigación y el enjuiciamiento de los casos derivados de la situación en Darfur se realizarían de conformidad con el marco del Estatuto de la Corte.²⁰⁵ Aunque en esta ocasión no abordó específicamente el art. 98, sí lo hizo en las resoluciones de Malawi y Chad (2011). Se pronunció sobre la tensión inherente entre los artículos objeto de debate y el papel que juega la inmunidad cuando la Corte solicita cooperación para detener a un alto representante. Determinó la improcedencia de la oposición del art. 98.1 como justificación del incumplimiento de tales solicitudes, aludiendo también a la propia Unión Africana, aunque no fuese parte del procedimiento. Sorprendentemente, la Corte declaró también que el Derecho Internacional Consuetudinario ha creado una excepción a la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado cuando son buscados por tribunales internacionales por la comisión de crímenes de su competencia, pero esto sigue siendo ampliamente discutido por la doctrina como se ha señalado en el capítulo anterior.²⁰⁶

La UA critica lo anterior declarando que dichas decisiones tenían como efecto forzar un cambio en el Derecho internacional consuetudinario sobre inmunidad de los Jefes de Estado a través de la inoperatividad del artículo 98 del Estatuto. Además, acusa a la Corte de ignorar totalmente las disposiciones del AFUA, especialmente el artículo

²⁰⁵ Asunto *Al Bashir*, Decisión de 4 de marzo de 2009, *doc. cit.*, nota al pie 186, párr. 40-45.

²⁰⁶ DU PLESSIS, M., *op. cit.*, nota al pie 196, pp. 130-132.; SMITH VAN-LIN, L., *op. cit.*, nota al pie 188, pp. 126-127; Asunto *Al Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares, ICC-02/05-01/09-139, Resolución de 12 de diciembre de 2011, párr. 13-14; Íd. ICC-02/05-01/09-140, Resolución de 13 de diciembre de 2011, párr. 13-14 (Véanse las citas formales en la bibliografía). La Corte, apoyándose en las ratificaciones del Estatuto de Roma, finalmente afirma la excepción a la inmunidad de jurisdicción en los siguientes términos: “[T]he 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”. CERVELL HORTAL, M.J., *op. cit.*, nota al pie 96, pp. 215-216. La autora comenta que frente a tales decisiones la cumbre de la AEUA, celebrada en Addis Abeba en febrero de 2012, reiteraba la petición de solicitud de una opinión consultiva a la CIJ sobre la inmunidad de los representantes estatales de acuerdo con el Derecho internacional e idéntica petición se repetía en años sucesivos. De llegar a producirse podríamos encontrarnos con un nuevo caso de confrontación de tribunales y jurisprudencia contradictoria.

23, que obliga a todos los Estados miembros a cumplir las decisiones y políticas adoptadas por la Unión.²⁰⁷

En cambio, en la resolución de incumplimiento de República Democrática del Congo (2014) la Corte argumenta que el art. 98 sencillamente no se aplica, pues la remisión del Consejo implica la renuncia implícita a la inmunidad de los Jefes de Estado en virtud del Capítulo VII de la Carta, que prevalece sobre cualquier otro acuerdo internacional.²⁰⁸ Por tanto, aunque el enfoque argumentativo de la Sala de Cuestiones Preliminares sea un tanto abrupto, los fundamentos se complementan y la conclusión de ambos pronunciamientos es clara: la inmunidad de los Jefes de Estado no es oponible y los Estados partes deben arrestar a Al-Bashir cuando tengan oportunidad, sin que puedan escudarse en el artículo 98.1 del Estatuto.²⁰⁹

Estas decisiones sobre el incumplimiento han sido ampliamente debatidas por la doctrina. En marzo de 2015, la Sala de Cuestiones Preliminares II, emitió una resolución de incumplimiento contra el Gobierno del Sudán en los mismos términos, determinando que su obligación de cooperar se derivaba ostensiblemente de los términos de la Resolución 1593 (2005). Así, el efecto jurídico de la resolución supone que la Parte IX del Estatuto de la CPI es directamente aplicable a Sudán. Sin embargo, la decisión guarda silencio sobre la cuestión de la obligación de Sudán como miembro de la UA o las inmunidades, pues al aplicar dicho razonamiento,²¹⁰ se evitaba cualquier necesidad adicional de examinar la última, ya que Sudán también estaría obligado por el art. 27 del

²⁰⁷ DU PLESSIS, M., TIYANJANA, M. y O'REILLY, A. *Africa and the International Criminal Court*. Londres: Chatham House, 2013. pp. 3-4; African Union, *Press Release n° 002/2012*; SMITH VAN-LIN, L., *op. cit.*, nota al pie 188, p. 128.

²⁰⁸ COLE, J.V.R. *op. cit.*, nota al pie 193, pp. 686-688; Asunto *Al Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares, ICC-02/05-01/09, de 9 de abril de 2014, párr. 29-31. (Véase la cita formal en la bibliografía); DE HOOG, A., KNOTTNERUS, A., "ICC Issues New Decision on Al-Bashir's Immunities – But Gets the Law Wrong ... Again". En: *EJIL: Talk!*, de 18 Abril de 2014.

²⁰⁹ Nótese la distinta composición del tribunal respecto de las decisiones sobre Chad y Malawi.

²¹⁰ OLASOLO, H., *op. cit.*, nota al pie 22, pp. 275-276. Véase la exposición llevada a cabo sobre las distintas posturas doctrinales); Puede consultarse, así mismo; SMITH VAN-LIN, L., *op. cit.*, nota al pie 188, pp. 128-129. Nótese la idéntica composición del tribunal a la decisión sobre RDC.; AKANDE, D., "ICC Issues Detailed Decision on Bashir's Immunity (. . . At long Last . . .) But Gets the Law Wrong". En: *EJIL: Talk!*, de 5 de diciembre de 2011. El autor sostiene que, si bien la Sala tenía razón al afirmar en las decisiones de Malawi y Chad que el Presidente Al-Bashir no era inmune a la acción penal, su razonamiento era defectuoso. En su opinión la SCP debió haber constatado que Sudán está obligado por los términos del Estatuto, incluido el artículo 27, en virtud de la remisión del Consejo, encontrándose igualmente vinculado que un Estado Parte. La cuestión ha sido ampliamente debatida por una serie de académicos internacionales con opiniones claramente divergentes. En sentido contrario véase la opinión de GAETA, DE HOOG, MCDERMOTT, y KNOTTNERUS.

Estatuto de la Corte. SMITH VAN-LIN muestra su preocupación ante una interpretación tan extensiva de la remisión del Consejo sin que ésta ofrezca un texto más detallado.

También deben traerse a colación algunas nociones básicas de la interpretación de los tratados para la correcta comprensión del pronunciamiento de la Corte. En primer lugar, el principio *pacta sunt servanda* y la interpretación de buena fe de los tratados. Implican que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. En este caso, por tanto, no cabe actuar contra los propósitos del mismo, estos son, la lucha contra la impunidad y la excepción de la inmunidad de jurisdicción penal de los altos cargos, en virtud de una interpretación *ad hoc* del articulado.²¹¹ En segundo lugar, respecto de la previsión de obligaciones para terceros Estados no parte, la Convención de Viena dispone que los tratados pueden prever tales obligaciones si éstos las aceptan expresamente por escrito. En el caso concreto, tal aceptación ocurre con la suscripción de Sudán de la Carta de Naciones Unidas, incluyendo las potestades conferidas al Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII y el acuerdo firmado entre ambas instituciones. En virtud del mismo instrumento, no existe conflicto de normas, pues las remisiones derivadas del ejercicio de las potestades que confiere la Carta priman sobre el resto de obligaciones internacionales adquiridas por los Estados, debido a la naturaleza especial de la misma.

1.3 EL DEBATE PAZ-JUSTICIA: UN PROBLEMA DE FONDO.

De la exposición de las discrepancias jurídico-políticas se desprende la evidente base conceptual que informa la oposición a la incursión de la Corte como actor en el establecimiento y mantenimiento de la paz. Así pues, el fondo del conflicto entre la Unión Africana y la Corte Penal Internacional gira en torno a las distintas nociones y fórmulas paz-justicia. Por una parte, la UA asume la necesidad de pacificación negativa a corto plazo, para la cual, está claro, la justicia procesal no es más que un óbice. Por otra parte,

²¹¹ *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, A/CONF.39/27, de 23 de mayo de 1969. artículos 26, 31 y 36; Véase DIXON, M., McCORQUODALE, R., y WILLIAMS, S., *op. cit.*, nota al pie 28, p. 66-67, sobre la interpretación de la CDI de principio *pacta sunt servanda* y su inclusión en el artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas.

la Corte asume su rol en un sistema más amplio de justicia, dependiendo plenamente de la cooperación de los Estados, para la contribución debida a un proceso de paz positiva a largo plazo en virtud de su mandato. Ello también se podría sintetizar como una colisión entre la “cultura de la impunidad” y la “cultura de la responsabilidad”.

Desde un análisis más pragmático de la situación, cabe señalar que la propia Corte es clara y abierta sobre lo que puede y no puede lograr. Por ello, lejos de una visión ilusoria de tribunal global diseñado para procesar todos los casos que las jurisdicciones nacionales no procesan, su percepción debe asumir las preocupaciones funcionales de una nueva institución a la que se le exigen resultados judiciales en los procesos de paz para asegurar su legitimidad. En palabras de Cassese, los tribunales internacionales se parecen mucho a un gigante sin brazos y piernas, que necesita extremidades artificiales para caminar y trabajar. Éstas no son otras que las autoridades estatales. Si la cooperación de los Estados no se produce, el tribunal no puede cumplir con su mandato, sin que quepan más medios a su alcance para obligar que el compromiso adquirido y la coacción del Consejo de Seguridad (cuando se trata de situaciones remitidas). Por consiguiente, ante la inoperatividad de ambas extremidades, debe atenderse a la responsabilidad del verdadero motor del sistema de justicia penal internacional y de los procesos de paz: los Estados.²¹²

Para obtener una imagen más veraz del conflicto es necesario huir de la simplificación dicotómica que ampara los argumentos jurídico-políticos en falacias *ad hominem* o *ad verecundiam*, más propios de un David y Goliat, que de una realidad tangible necesitada de soluciones complejas que involucran a una pluralidad de actores de diversa tipología. Por lo tanto, si el debate parte de distintas nociones y fines paz-justicia que condicionan los percibidos como principales obstáculos para la efectividad de la Corte: la *Realpolitik* y los intereses de los Estados,²¹³ debe plantearse primero tal cuestión de fondo para no caer en un bucle de constante frustración.

²¹² CASSESE, A., *op. cit.*, nota al pie 54, p. 6; CLARK, J. N., *op. cit.*, nota al pie 21, p. 523.

²¹³ BASSIOUNI, M. C., “The ICC- Quo Vadis?”. En: *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 421-427, p. 426.

2. EL INCUMPLIMIENTO SISTEMÁTICO COMO REACCIÓN

Las reacciones más relevantes de los Estados a la problemática han sido, sin lugar a dudas, el incumplimiento reiterado de la obligación de cooperar con la Corte y las retiradas de firmas del Estatuto de Roma. El presente apartado se centra en la primera, pues implica que, a día de hoy, las órdenes de arresto continúan pendientes de ejecución. Las retiradas de firmas pueden ser consideradas consecuencia directa de tal decisión, pero ello será analizado en el sucesivo epígrafe. En todo caso, cabe cuestionar si estas reacciones tienen por objeto contribuir a la paz, si son suficientes al efecto o si, por el contrario, suponen un obstáculo que necesita, en defecto de la actuación de la Corte, de una alternativa viable.

La inobservancia de las órdenes de arresto por parte de los estados africanos surge al compás del rechazo sistemático de Sudán a los requerimientos de entrega. La Unión Africana (UA) no apoyó de manera unánime la iniciativa del Consejo de Seguridad,²¹⁴ confirmando su postura a través de una decisión de la Asamblea de Estados Partes la UA (AEUA) en 2009, y reiterándola en otras posteriores. De conformidad con dicha decisión, los Estados miembros de la UA no cooperarían en acciones relativas a la detención y entrega del presidente sudanés, amparándose en el artículo 98 del Estatuto de Roma en los términos ya señalados.²¹⁵

La obligatoriedad de las decisiones de la UA, su alusión al artículo 98 y la inmunidad de jurisdicción respecto de las órdenes de arresto derivadas de la remisión del Consejo, no ha dejado a la doctrina indiferente. La mayoría entiende que, aunque no

²¹⁴ DÍEZ ALCALDE, J., *op. cit.* nota al pie 184, p. 221; COLE, J. V. R., “Africa's relationship with the International Criminal Court: More political than legal”. En: *Melbourne Journal of International Law*, Vol.14, 2014, pp. 670-669, pp. 684-690. El autor explica la postura de la UA en torno a una solución política en Sudán, que evite la injerencia de una Corte extranjera.

²¹⁵ Asamblea de Estados Partes, *Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Assembly/AU/Dec. 245 (XIII), de 3 de julio de 2009, párr. 10; Véase también, Asamblea de Estados Partes, *Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Assembly/AU/Dec. 270 (XIV), 2 de febrero de 2010; Asamblea de Estados Partes, *Decision on the progress report of the Commission on the implementation of the Decision Assembly/AU/Dec.270(XIV)*, Assembly/AU/Dec. 296 (XV), de 27 de julio de 2010, párr. 5, adoptada en Kampala tras la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma. Cabe destacar que añadieron un matiz respecto de la anterior, pues la UA solicitaba a sus Estados miembros encontrar el equilibrio, cuando resultara posible, en aras de compatibilizar sus obligaciones con las derivadas del Estatuto de Roma. Para aquellos Estados partes de la UA y el Estatuto se trata de un punto relevante sobre sus obligaciones a priori concurrentes y contradictorias.

exista una disposición explícita en el Acta Fundacional de la UA (AFUA) acerca de la obligatoriedad de las decisiones de la AEUA, sí tienen efecto vinculante,²¹⁶ aunque ello no prevalece *per se* sobre otras obligaciones de Derecho internacional de sus Estados miembros. Sudán, por ejemplo, debería cumplir con las resoluciones del Consejo de Seguridad, de conformidad con el artículo 25 de la Carta. La resolución 1593, que remitió la situación de Darfur a la Corte, exhorta a los Estados a cooperar y prestarle asistencia, pero emplea un desafortunado lenguaje, por ambiguo y poco concluyente en cuanto a su obligatoriedad. La Sala de Cuestiones Preliminares trató más directamente la cuestión en su decisión de 2014 sobre la República Democrática del Congo. Los Jueces dictaminaron que, en virtud de los artículos 25 y 103 de la Carta, en caso de conflicto las resoluciones del Consejo de Seguridad, en ejercicio de las facultades del Capítulo VII, prevalecen sobre cualquier otro acuerdo internacional.²¹⁷

Por todo lo expuesto, el Fiscal de la Corte, actor apátrida, dependiente de la voluntad y asistencia de los Estados, se encuentra en un punto muerto condicionado por la actitud desafiante de la UA, en el que parece poco probable que Al-Bashir sea aprehendido en un futuro cercano. Más aun cuando países como Chad, Yibuti, Kenia o Malawi han recibido oficialmente al presidente, permitiéndole circular libremente por su territorio.²¹⁸ A pesar del bloqueo, la Corte ha emitido varias resoluciones informando al Consejo de Seguridad y a la Asamblea de Estados Parte acerca de la falta de cooperación de varios Estados que, teniendo la oportunidad, no ejecutaron las órdenes de arresto. Destacan las ya comentadas resoluciones sobre el incumplimiento de las obligaciones para con el Estatuto de Malawi y Chad en 2011; República Democrática del Congo en

²¹⁶ DU PLESSIS, M., GEVERS, C., “The Obligation of African Union States to Implement ICC Arrest Warrants”. En: *EJIL: Talk!*, 4 Febrero de 2011. A la luz de una interpretación sistemática del (AFUA) *Acta Fundacional de la Unión Africana*, de 11 de julio de 2000, más allá del sentido que pueda desprenderse del artículo 23 sobre las sanciones, el autor expone varias posturas. Entre ellas: la aplicación de la doctrina de los poderes implícitos y la doctrina de la construcción efectiva para interpretar los actos de organización; VAL GARIJO, F., “La Unión Africana y la Corte Penal Internacional”. En: *El futuro de la Corte Penal Internacional. Hacia el X aniversario de la entrada en vigor del Estatuto de Roma*, Seminario, Documento 9/2012. Barcelona: Instituto Catalán Internacional para la Paz, Relatoría del, pp. 26-29, p. 27.

²¹⁷ COLE, J.V.R *op. cit.*, nota al pie 193, pp. 686-688; Asunto *Al Bashir*, de 9 de abril de 2014, *doc. cit.*, nota al pie 186, párr. 31.

²¹⁸ CHRISPIN, M., “Some Remarks on the Legal Implications of Foreign Visits by Sudanese President Omar Al Bashir After the ICC Arrest Warrant”. En: *EJIL: Talk!*, de 11 Mayo de 2009.

2014; el propio Sudán en 2015, Sudáfrica en 2017 y, finalmente, el Reino de Jordania en 2018.²¹⁹

La inacción del Consejo de Seguridad con respecto a las situaciones remitidas a la Corte envía un mensaje político muy negativo y socava el papel del propio Consejo, que parece incapaz de hacer cumplir sus propias resoluciones de conformidad con el Capítulo VII de la Carta.²²⁰ Dado el paisaje jurídico-político y las claras limitaciones de la Corte ante él, la actual Fiscal Jefe, Fatou Bensouda, manifestó el pasado 8 de junio de 2017 ante el Consejo de Seguridad, sobre la situación en Darfur, la necesidad de que tanto éste como los Estados renueven su apoyo a la Corte, y en particular, pide su asistencia para ejecutar las órdenes de detención emitidas.²²¹ Así pues, el éxito de los procedimientos ante la Corte dependen esencialmente de la cooperación de los Estados y en consecuencia, el cumplimiento de sus requerimientos implicará una decisión política positiva a favor de su labor.

Al-Bashir continúa circulando libremente por los territorios de los Estados que no comulgan con la decisión de la Corte e incumplen sus obligaciones internacionales para con ésta. Su último destino conocido a fecha de elaboración del presente trabajo ha sido Arabia Saudí, para acudir a la 29ª Cumbre de la Liga Árabe el 15 abril de 2018.²²² A pesar de los esfuerzos llevados a cabo por las distintas instituciones, organizaciones internacionales y ONGs recordando los compromisos adquiridos tras la ratificación del Estatuto, el mandatario sudanés fue recibido por el Rey Salmán bin Abdulaziz y el Secretario General de la Liga Árabe, Ahmed Abdul Ghaiz. Por ello parece que, a día de hoy, la rendición de Al-Bashir probablemente termine siendo impulsada exclusivamente por la vía política, pero ¿en busca de qué tipo de paz? ¿Qué concepto de justicia se evita?²²³

²¹⁹ Sobre el incumplimiento de la orden de arresto véanse: Asunto *Al Bashir*, *doc. cit.*, nota al pie 186; Resolución de 12 de diciembre de 2011; Resolución de 13 de diciembre de 2011, de 6 de julio de 2017, y de 11 de diciembre de 2018. (Véase la bibliografía para las citas formales).

²²⁰ BROOMHALL, B., "ICC Enforcement: Cooperation of States, Including the Security Council". En: *International justice and the International Criminal Court: Between sovereignty and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 151-162.

²²¹ Corte Penal Internacional, *Statement before the United Nations Security Council on the Situation in Darfur, pursuant to UNSCR 1593 (2005)*; GENTILE, L., *op. cit.*, nota al pie 180, p. 101.

²²² Sudan Tribune, *Sudan's al-Bashir to participate in Arab summit*, de 13 de abril de 2018.

²²³ KERSTEN, M., *op. cit.*, nota al pie 68, menciona el testimonio de Fabrice Weissman (2010) de Médicos Sin Fronteras, quien llega a declarar que la premisa "no hay paz sin justicia" no es un lema de paz, sino un

3. “A PROBLEMAS AFRICANOS, SOLUCIONES AFRICANAS”: PROPUESTAS REGIONALES PARA LA TRANSFORMACIÓN DEL CONFLICTO

Es lógico que la práctica genere la necesidad de pulir aquello que nunca antes había trascendido del marco teórico. La crítica de los Estados africanos no debe ser vista, *a priori*, como un rechazo categórico a la Corte como institución o al Estatuto de Roma como tratado. Pueden, de hecho, apreciarse los distintos niveles de intensidad existentes en sus actuaciones y propuestas, pues es una realidad que la UA ha tratado de utilizar, en primer lugar, los mecanismos internos que ofrece el propio Estatuto de Roma para detener el enjuiciamiento de Al-Bashir. Como se ha señalado en el epígrafe anterior, por un lado, oponiendo el artículo 98 del Estatuto para no dar curso a las órdenes de arresto e incumpliendo las obligaciones de cooperación de los Estados Partes en virtud de declaraciones aprobadas por la UA y, por otro lado, como se expone a continuación, solicitando al Consejo el aplazamiento del enjuiciamiento en virtud del artículo 16 del Estatuto. En defecto de la vía estatutaria, se plantean medidas de justicia alternativas a la Corte que abarcan esencialmente dos tipos de tribunales regionales. Por último, se propone una suerte de boicot a la misma, dando el paso siguiente al incumplimiento, esto es, la retirada colectiva de firmas del Estatuto de Roma.

3.1 SUSPENSIÓN POR LA PAZ: EL ARTÍCULO 16 DEL ESTATUTO DE ROMA

Tal y como señalaba a propósito de la vinculación del Consejo de Seguridad con la Corte Penal Internacional, uno de sus derechos es solicitar a ésta la suspensión de una investigación o enjuiciamiento en marcha, en los términos que establece el artículo 16 del Estatuto de Roma: “En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa

llamado a la guerra. En ninguna parte esto ha sido más evidente que en la reacción de los críticos a las órdenes de arresto emitidas por la CPI contra Al-Bashir, ya que ése tomó represalias al expulsar a trece agencias de ayuda humanitaria de Sudán. Ahora bien, tal evento no supuesto un cambio drástico en la transformación del conflicto dada su dinámica de escalada en aquel entonces.

suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones”.²²⁴

En opinión de GUTIERREZ ESPADA es, seguramente, la primera vez que los Estados partes en un tratado internacional de esta magnitud consienten expresamente que un órgano político como el Consejo de Seguridad pueda forzar a un tribunal de justicia internacional a suspender una investigación o un proceso.²²⁵ No obstante, tal facultad conforma la base de dos de las críticas más graves a la Corte: Impartir justicia politizada en lugar de independiente y, en consecuencia, un proceso judicial llevado a cabo de manera selectiva e injusta. En todo caso debe ponerse de relieve que al derecho solo podrá ser ejercido en virtud del Capítulo VII de la Carta, esto es, ante amenazas graves a la paz y seguridad internacionales.²²⁶

Se trata de una salida al enjuiciamiento empleando las herramientas que brinda el propio Estatuto de Roma. Es relevante apuntar que la UA (AEUA junto con el Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana o CPSUA) presentó una petición de aplazamiento del proceso de enjuiciamiento por doce meses, con el objeto de darle al conflicto una salida eminentemente política, esto es, a través de una mesa de negociaciones en la que Al-Bashir hiciera parte. Pero la falta de respuesta del Consejo de Seguridad no hizo otra cosa que exacerbar aún más las críticas y los debates apuntados.²²⁷ Ante dicho silencio la UA propuso una enmienda al artículo 16, por la cual se otorgase la facultad de decidir sobre la cuestión, además, a la Asamblea General, si el Consejo no se pronunciase en el plazo de seis meses, con la finalidad de limitar las facultades de este último en aras de una atención adecuada a los requerimientos.²²⁸

²²⁴ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, *doc. cit.*, nota al pie 36, Artículo 16.

²²⁵ GUTIERREZ ESPADA, C., *op. cit.*, nota al pie 109, p. 88.

²²⁶ ALAMUDDIN, A., *op. cit.*, nota al pie 171, p. 104; OKOTH, J., “Africa, the United Nations Security Council and the International Criminal Court: The Question of Deferrals”. En: WERLE, G.; FERNÁNDEZ, L. y VORMBAUM, M. (eds.) *Africa and The International Criminal Court*. New York: Springer, 2014, pp. 195-209, pp. 199-200.

²²⁷ Para más información sobre dicha petición véase OKOTH, J., *op. cit.*, nota al pie 226, pp. 203-207; Asamblea de Estados Partes, *Decision on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court*, Assembly/AU/Dec. 419 (XIX), de 15 y 16 de julio de 2012, párr. 4; *Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of the Assembly Decisions on the International Criminal Court*, Assembly/AU/Dec. 397 (XVIII), de 29 y 30 de enero de 2012, párr. 3 y ss.; *Decision on the Implementation of the Decisions of the International Criminal Court*, Assembly/AU/Dec. 334 (XVI), de 30 y 31 de enero de 2011, párr. 3.

²²⁸ COLE, J.V.R., *op. cit.*, nota al pie 193, p. 688. La cuestión fue planteada por Sudáfrica en la 8ª sesión de la Asamblea de Estados Parte Asamblea de Estados Parte celebrada en 2009 y de nuevo en la 10ª sesión celebrada en 2010. Como se señala en el texto, también propuso a la Asamblea de Estados Parte, con la

3.2 PROTOCOLO PARA UN TRIBUNAL PENAL REGIONAL: ¿MANENS O AD HOC?

La decisión de nombrar un Grupo de Alto Nivel de la Unión Africana sobre Darfur (African Union Panel on Darfur o AUPD) fue tomada por el CPSUA en julio de 2008 y Confirmado por la AEUA en febrero de 2009. Tenía el mandato de examinar la situación de Darfur y hacer recomendaciones sobre la mejor manera de resolver los problemas de rendición de cuentas e impunidad, la reconciliación y la sanación de los crímenes. En otras palabras, de proponer herramientas para la transformación del conflicto desde una visión amplia de la justicia como elemento necesario para una paz duradera.²²⁹

En su informe recomendó la creación de un tribunal híbrido para juzgar a los autores de la violencia en Darfur, ya que las víctimas no tenían fe en que el poder judicial sudanés fuese capaz de abordar los crímenes que habían sufrido, acorde con los estándares internacionales e imparcialidad.²³⁰ También hubiese podido recomendar la remisión a la Corte, reforzando la necesidad de garantizar un sistema de justicia penal internacional racionalizado y complementario, en contraposición a la proliferación de tribunales *ad hoc*, pero su decisión es coherente con las críticas esgrimidas a la vez que comprometido con una noción amplia de justicia.

Otro nivel de actuación proyectado *ad extra* del Estatuto es el Protocolo de Malabo, mediante el cual la CAJDH²³¹ sería competente para conocer de crímenes

finalidad de limitar las facultades del Consejo, un proyecto de enmienda al artículo 16 para que ésta fuera competente para decidir la cuestión si el Consejo no se pronunciase en el plazo de seis meses. Además, sugirieron que, si la propia Asamblea General tuviese el poder de remitir asuntos a la Corte, la legitimidad de las remisiones sería mucho más democrática. Sobre ello, la autora señala el problema de la ausencia de efecto vinculante de las decisiones emanadas de la Asamblea General. No obtuvo el consenso necesario y por tanto no se incluyó. De todos modos, sería poco probable que el grupo africano recibiese grandes apoyos en este sentido. Véase DU PLESSIS, M., y CHERNOR, J., *An African Expert Study on the African Union Concerns about Article 16 of the Rome Statute of the ICC*. Tshwane: ISS, 2010; Asimismo, puede consultarse AKANDE, D. “Addressing the African Union’s Proposal to Allow the UN General Assembly to Defer ICC Prosecutions”. En: *EJIL: Talk!*, de 30 de octubre de 2010; OKOTH, J., op. cit., nota al pie 226, pp. 199-200.

²²⁹ Asamblea de Estados Partes, *Decision on the Draft Statute of the African Union Commission on International Law*, Assembly/AU/12 (XII), de 3 de febrero de 2009; Consejo de Paz y Seguridad, *Resolution of a High-Level Panel on Darfur*, PSC/MIN/Comm (CXLII), de 21 de julio de 2008.

²³⁰ AUPD, *Report of the African Union: High Level Panel on Darfur (AUPD)*, PSC/AHG/2 (CCVII), de 29 octubre de 2009.

²³¹ El Protocolo fue adoptado en la 23ª Sesión Ordinaria de la UA. Para su entrada en vigor exige la ratificación de quince Estados. Hasta la fecha 11 Estados lo han ratificado; Asamblea de Estados Partes, *Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, de 27 de junio de 2014. La CAJDH nace de la unión de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1998) y el Tribunal de Justicia de la Unión Africana (2003). El Protocolo sobre su Estatuto fue

internacionales, aunque respetando siempre el principio de inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado en ejercicio conferido en su artículo 46 (A) *bis*. Esta reforma, ampliamente criticada por la sociedad civil y actores internacionales,²³² combinada con la eventual retirada colectiva de los estados miembros de la UA, debilitaría sobremanera la actuación de la Corte. Su foco central se cierne sobre dicho continente, lo cual supondría un fraccionamiento del sistema de justicia penal internacional de manera no coordinada, lo cual podría dar lugar a jurisprudencia y estándares contradictorios. Por otra parte, socava uno de los principios fundamentales del DIP, la lucha contra la impunidad, pues mantiene una costumbre internacional que ya es ampliamente cuestionada en lo que a crímenes internacionales se refiere.²³³

La propuesta de creación de un tribunal regional competente para conocer, entre otros, de los crímenes ocurridos en Darfur se plantea como una solución alternativa africana a problemas africanos, que traduce la necesidad de justicia, criticada occidental, a las fórmulas y necesidades regionales. La primera se plantea como un parche para la situación concreta, aunque respetando los estándares internacionales, pero la segunda se demuestra como un desafío horizontal de la Corte Penal Internacional. Algunos autores han sugerido la instauración de un tribunal regional penal en similares condiciones, pero como una filial de la Corte, que permitiera una coordinación y visibilización del trabajo bajo su mandato, eso sí, a diferencia del Protocolo de Malabo, respetando la excepción a la inmunidad de jurisdicción de los altos representantes que hayan cometido tales crímenes.²³⁴

adoptado en la 11ª cumbre de la UA, en Egipto: Asamblea de Estados Partes, *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, de 11 de julio de 2008.

²³² Amnesty International, *La decisión de la cumbre de la UA es un paso atrás para la justicia internacional*, de 1 de julio de 2014. Netsanet Belay, director de AI en 2014 declaró que “en un momento en el que el continente africano está luchando para garantizar la rendición de cuentas por violaciones de derechos humanos y abusos graves, es imposible justificar esta decisión que va en detrimento de la integridad de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos incluso antes de que empiece a actuar”.

²³³ SMITH VAN-LIN, L., *op. cit.*, nota al pie 188, p. 138; AMNESTY INTERNATIONAL, *Malabo Protocol: Legal and Institutional implications of the merged and expanded African Court*. Londres: Amnesty International, 2016, pp. 28-29; MARCZYNSKI, M., *op. cit.*, nota al pie 179, p. 238; LABUDA, P. I., “The African Union’s Collective Withdrawal from the ICC: Does bad Law make for Good Politics?”. En: *EJIL: Talk!*, de 15 de febrero de 2017.

²³⁴ CLARK, J. N., *op. cit.*, nota al pie 21, p. 530 y ss; Véase también JACKSON, M., “Regional Complementarity. The Rome Statute and Public International Law”. En: *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2016, pp. 1061-1072.

3.3 LA FIGURA DE LA RETIRADA COLECTIVA DEL ESTATUTO DE ROMA

En el marco de las propuestas *ad extra*, por cuanto han sido llevadas a cabo al margen de los cauces del sistema que ofrece la Corte, cabe remitir al apartado anterior, cuando nos referíamos a las decisiones adoptadas por la UA prohibiendo a sus Estados miembros cooperar con la Corte para aprehender al presidente Al-Bashir, pues otra de sus decisiones alcanzó un nivel álgido, proponiendo la retirada colectiva de los miembros de la UA del Estatuto de Roma en 2013, y adoptada como estrategia en 2017.²³⁵

La figura de la retirada colectiva merece ser abordada con mayor profundidad, dado el interés legal que suscita la pregunta de si una organización internacional puede obligar a sus estados miembros a adherirse o retirarse de un tratado u organización internacional, y la repercusión que esto tendría de producirse. ¿Qué ocurriría si la UA aprobase por 2/3, en virtud del artículo 7 (1) del AFUA, una decisión de retirada de todos sus estados miembros del Estatuto de Roma? Sea como fuere, el presente trabajo tratará la figura como exponente del abanico de propuestas de la UA. Varios Estados incluyeron reservas sobre el párrafo que establece la estrategia, a saber, Nigeria, Senegal y Cabo Verde, por lo que no parece que pudiera llevarse a cabo en el futuro.

Todo ello estará ocupando la actualidad internacional junto con las retiradas individuales que se comentan a continuación. Pero una cosa está clara, ante la problemática de las inmunidades, la UA tiene el objetivo de dar soluciones exclusivamente africanas a los problemas africanos. Se demuestra una organización proactiva en cuyo seno se discuten desde estrategias amparadas en la legalidad vigente, hasta maniobras de boicot a la Corte Penal Internacional. Dicho lo cual, cabe preguntarse cuál es el fin que se persigue pues, aunque el reclamo regional es loable en tanto en cuanto suscita la necesidad de replantear el sistema de justicia penal internacional para

²³⁵ Asamblea de Estados Partes, *Propuesta de denuncia masiva del Estatuto de Roma*, Ext/Assembly/AU/Dec.1-2, de 12 de octubre de 2013. La propuesta de denuncia masiva del Estatuto de Roma se elaboró en la Cumbre extraordinaria UA celebrada en Adís Abeba el 12 de octubre de 2013; Del 22 al 31 de enero de 2017 se celebró la 28ª Sesión Ordinaria de AUA en Addis Abeba, cuya Declaración resultante recoge en su párrafo 8 la adopción de una estrategia de retirada de la CPI, pero afirma que ello es un ejercicio soberano que tiene que ejecutarse de acuerdo con las disposiciones constitucionales de cada uno de los estados africanos. Asamblea de Estados Partes, *Decision on the International Criminal Court*, Assembly/AU/Dec.622 (XXVIII), de 30 de enero de 2017; Cabe recordar aquí la necesaria observancia de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, *doc. cit.*, nota al pie 211; TADESSE TESSEMA, M., y VASPER-GRÄSKE, M., “Africa, the African Union and the International Criminal Court: Irreparable Fissures?”. En: *FICHL Policy Brief Series*, N° 56, TOAEP, 2016, p.4.

proporcionar herramientas que atiendan a la diversidad y especialidad de los casos, no debe olvidarse que se trata de la lucha contra la impunidad de crímenes que consternan a la comunidad internacional en su conjunto. Por ello, debe cuestionarse si las propuestas expuestas tienen la capacidad de contribuir a la paz y seguridad internacionales o, por el contrario, suponen un obstáculo a la misma a través de la postergación o denegación de justicia, en mayor o menor grado, rehusando los fines y mandatos del sistema de justicia penal internacional, para salvaguardar, entre otras, la impunidad de los máximos responsables de crímenes internacionales.

III. LOS RETOS ACTUALES DE LA CORTE A LA LUZ DE SUS SIMPATIZANTES Y DETRACTORES

El presente epígrafe tiene por objeto ilustrar uno de los mayores retos que enfrenta la institución, las retiradas del Estatuto de Roma. Como contrapartida, se ofrecen algunas pinceladas acerca de los principales simpatizantes y apoyos de la Corte en la actualidad. Tal contraste ayuda a comprender el foco regional de las críticas y la problemática derivada del caso Al-Bashir expuesta en los epígrafes anteriores.

1. LA SOMBRA DE LAS RETIRADAS DEL ESTATUTO DE ROMA

1.1 SUDÁFRICA

Sudáfrica desatendió flagrantemente su obligación de arrestar al presidente Al-Bashir derivada del Estatuto cuando éste abandonó libremente su territorio tras acudir a la 25ª Cumbre de la Unión Africana, celebrada entre el 7 y 15 de junio de 2015 en Sandton. Hasta entonces, era percibida como uno de los partidarios más firmes de la Corte, pero sorprendió a la comunidad internacional cuando anunció en julio de 2015 su intención de retirarse del Estatuto de Roma. Se convertía así en el segundo país africano en anunciar tal decisión pues, tres días antes, el presidente de Burundi también había firmado un decreto en ese sentido. En octubre de 2016, Sudáfrica notificó formalmente al Secretario General de Naciones Unidas su decisión de retirarse de acuerdo con el artículo 127.1 del Estatuto.²³⁶

Así pues, tras ser portavoz en los intentos por aplazar el enjuiciamiento a través de la aplicación del artículo 16 del Estatuto, terminaba por dar una respuesta individual contundente al asunto. Sus razones se basan fundamentalmente en un conflicto de obligaciones de Derecho internacional entre, por una parte, la inconsistencia entre la Ley sudafricana de aplicación del Estatuto y, por otra, el Derecho internacional

²³⁶ PAVLOPOULOS, N., “South Africa’s Withdrawal: A lesson learned?”. En: *EJIL: Talk!*, de 6 de diciembre de 2016.

consuetudinario y la legislación sudafricana sobre las inmunidades. La mayoría de la doctrina no coincide, sin embargo, con tal afirmación.²³⁷

A pesar de ello, el Tribunal Superior de Pretoria declaró en febrero de 2017 “inconstitucional” e “inválida” la decisión del Gobierno de retirar al país de la Corte ya que emitió su notificación sin consultar al Parlamento. Ello demuestra cómo el ordenamiento interno, integrada la ratificación con un mecanismo agravado para su retirada, supone una protección agravada de los derechos humanos de los ciudadanos bajo estándares internacionales, ante una decisión sin el respaldo mayoritario de la representación política. Tras la rescisión de su notificación oficial de retirada al Secretario General de la ONU, a 13 de marzo de 2017, el Ministro de Justicia, Michael Masutha, replegó el proyecto de ley de revocación de la Corte, que pretendía derogar la legislación interna de aplicación del Estatuto. De momento, Sudáfrica ha detenido todos los procesos internos y externos relacionados con su retirada del Estatuto de la CPI, pero no debemos olvidar las declaraciones realizadas en febrero sobre la intención del gobierno de continuar adelante con la intención de retirarse.²³⁸

1.2 BURUNDI

La Asamblea Nacional de Burundi aprobó el 12 de octubre de 2016 su salida de la Corte. La moción, tramitada a propuesta del Ministerio de Justicia, fue aprobada con 94 votos a favor de los 110 diputados del Parlamento, que entendieron que la CPI se había convertido en un instrumento de presión y desestabilización de los Gobiernos africanos.

²³⁷ AKANDE, D., “South African Withdrawal from the International Criminal Court –Does the ICC Statute Lead to Violations of Other International Obligations?”. En: *EJIL: Talk!*, de 22 de octubre de 2016; ANELLO, C. S., *op. cit.*, nota al pie 185, p. 497, recuerda, sobre los argumentos de Sudáfrica, que, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados no pueden alegar su derecho interno como justificación del incumplimiento de una obligación Internacional; CHAN, S., y SIMONS, M., “South Africa to Withdraw From International Criminal Court”. En: *New York Times*, de 21 de octubre de 2016.

²³⁸ “South African High Court Rejects ICC Withdrawal Government Action Ruled Unconstitutional, Invalid”. En: *Human Rights Watch*, de 22 de febrero de 2017; “South Africa reverses ICC withdrawal: Now make international justice work for all”. En: *Coalition for the ICC*, de 15 marzo 2017; “Un tribunal declara “inconstitucional” e “inválida” la retirada de Sudáfrica del TPI”, de 22 de febrero de 2017. Para más información acerca de las implicaciones del incumplimiento de Sudáfrica de la obligación de cooperar con la Corte véanse: TLADI, D., “The Duty on South Africa to Arrest and Surrender President Al-Bashir under South African and International Law. A Perspective from International Law”. En: *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, Nº 5, 2015, pp. 1027–1047; DEWT, E., “The Implications of President Al-Bashir’s Visit to South Africa for International and Domestic Law”. En: *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, Nº 5, 2015, pp. 1049–1071.

Pero dicha decisión deriva del inicio de una investigación de la Corte sobre los crímenes cometidos durante la crisis política desencadenada tras el anuncio del presidente Pierre Nkurunziza de permanecer en el poder otra legislatura más, violando su Constitución.²³⁹

Burundi comunicó formalmente la retirada al Secretario General de ONU el 27 de octubre de 2016, que tendrá lugar un año después de la fecha de recepción de dicha notificación.

1.3 GAMBIA

El Gobierno de Gambia, bajo la Presidencia de Yahya Jammeh, anunciaba su retirada de la Corte el 25 de octubre de 2016, formalizada ante el Secretario General de ONU el 10 de noviembre del mismo año. Derrotado en los comicios de diciembre, y tras su reticencia inicial a abandonar el cargo, el nuevo presidente de Gambia, Adama Barrow, canceló la retirada formal de su país de la Corte el 10 de febrero de 2017. No revocarla, por otro lado, habría sido tristemente anecdótico siendo la actual Fiscal de la Corte nacional de Gambia.²⁴⁰

1.3 FILIPINAS

Rodrigo Duterte anunció en marzo de 2018 que retirará a Filipinas del Estatuto de Roma. En una larga declaración, el presidente acusó a la Corte y a la ONU de una cruzada en su contra, denunciando lo que describió como “ataques sin fundamento, sin precedentes e indignantes contra mi persona”. Tal cruzada se refiere a la investigación que abrió la Corte por crímenes de lesa humanidad en febrero del mismo año. Las cifras que bajara la institución rondan en torno a unas 8,000 personas asesinadas desde que asumió el cargo en mayo de 2016, en su brutal guerra contra las drogas. Inicialmente, Duterte dijo que agradecía la oportunidad de defender su nombre, pero resuelve afirmar

²³⁹ “Burundi aprueba su salida de la Corte Penal Internacional”. En: *EFE*, de 12 oct. 2016; “Burundi notifica a la ONU su retiro de la Corte Penal Internacional”. En: *La información*, de 27 de octubre de 2016; LABUDA, P., “Africa and the ICC: Shattered Taboos, and the Status Quo”. En: *EJIL: Talk!*, de 23 de noviembre de 2016.

²⁴⁰ “Under New Leader, Gambia Cancels Withdrawal From International Criminal Court”. En: *NPR*, de 14 de febrero de 2017; “Gambia Rejoins ICC”. En: *Human Rights Watch*, de 17 de febrero de 2017; “UN chief Guterres welcomes the Gambia’s rescission of its withdrawal from International Criminal Court”. En: *Naciones Unidas*, de 16 de febrero de 2017; NUSSBERGER, B., “Post-Election Crisis in The Gambia, the Security Council and the Threat of the Use of Force”. En: *EJIL: Talk!*, de 17 de febrero de 2017.

que el estatuto de Roma se implementó fraudulentamente en Filipinas, por lo que, no fue “efectivo ni exigible” y, por tanto, decide depositar el instrumento de retirada de la firma.²⁴¹

Tras una reunión, algunos políticos hicieron declaraciones en contra del anuncio de la retirada. El congresista Antonio Tino afirma que la medida es “totalmente egoísta e impulsada por el pánico ante la perspectiva de un juicio ante la Corte (...) Salvar su propia piel ha tenido prioridad sobre el compromiso a largo plazo del estado de Filipinas con los derechos humanos”. La representante del partido Kabataan, Sarah Elago, fue categórica al referirse al presidente como aquel que intenta “imponer sus tendencias fascistas y tiránicas incluso contra los críticos internacionales”.²⁴²

Para concluir, y en relación con la figura antes comentada, el presidente acusa a la Corte y Naciones Unidas de utilizar a Filipinas como una herramienta política, por ello también anima al resto de Estados partes en el Estatuto, documento, en su opinión, patrocinado por la Unión Europea, a retirarse colectivamente del tratado.²⁴³

1.5 OTROS ESTADOS AFRICANOS

Por otra parte, al hilo de las retiradas de Burundi y Sudáfrica, los medios dieron cuenta de que países como Chad, República Democrática de Congo, Costa de Marfil, la República Centroafricana y Kenia sopesaron un abandono similar que, de producirse, asestaría un golpe difícil de encajar a la justicia internacional, aunque la animadversión hacia la Corte de esta última es de dominio público.²⁴⁴ Como ejemplo, el presidente Kenyatta, procesado sin éxito por la Corte, afirma que un acuerdo político puede hacer innecesario el enjuiciamiento de la responsabilidad penal por crímenes contra la humanidad, pero siendo un detractor declarado de la Corte aún no ha depositado el instrumento de retirada, pero apoya las iniciativas de la UA al respecto.

²⁴¹ “Rodrigo Duterte to pull Philippines out of international criminal court President accuses ICC of crusade against him after it opened inquiry into his war on drugs”. En: *The Guardian*, de 14 marzo 2018.

²⁴² *Ídem*.

²⁴³ “Philippines' Duterte calls for mass withdrawal from ICC”. En: *Reuters*, de 18 marzo de 2018.

²⁴⁴ “África rompe con La Haya”. En: *El País*, de 26 de octubre de 2016; “Kenya Signals Possible ICC Withdrawal”. En: *Voa News*, de 13 de diciembre de 2016.

1.6 RUSIA

Para rematar la oleada de retiradas anunciadas a finales de 2016, a 16 de noviembre, el presidente de la Federación de Rusia emitió la Ordenanza nº361-rp anunciando que la Federación no tiene intención de ser parte en el Estatuto de Roma (recordemos que Rusia había *firmado*, pero no *ratificado* el Estatuto). El Ministro de Asuntos Exteriores en un comunicado oficial el mismo día, apuntó que el efecto más inmediato es la retirada de la firma del 13 de septiembre el año 2000 de Rusia, y por tanto no proceder a la ratificación de conformidad con el artículo 126 del Estatuto. El ministro ha criticado oficialmente a la Corte por su supuesta falta de eficiencia e independencia, actitud parcial y el alto costo.²⁴⁵

2. APOYOS A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE DEL ESTATUTO DE ROMA Y SOCIEDAD CIVIL

A pesar de algunas declaraciones desmesuradas, lo cierto es que los Estados miembros de la UA y la Corte, tensión mediante, no se han apartado realmente de la lucha contra la impunidad, pues reafirmaron su compromiso en la Conferencia de Revisión de Kampala (2010) y durante la 15ª sesión de la Asamblea de Estados Parte (celebrada entre el 16 y el 24 de noviembre de 2016 en Nueva York). En ésta debatieron acerca de la actuación de la Corte en el continente africano y su relación.²⁴⁶ Varios Estados reafirmaron su apoyo a la institución, entre los cuales, gobiernos africanos que, a lo largo del debate general, manifestaron su voluntad de seguir siendo miembros y continuar apoyando las labores de la Corte. Ello ayuda a calmar las especulaciones sobre una posible retirada colectiva. Cabe destacar la declaración de Nigeria, que además instó a la concesión de más recursos, habida cuenta de las nuevas investigaciones preliminares.

²⁴⁵ “Rusia: La decisión de retirarse del Estatuto de Roma, un golpe a la justicia internacional”. En: *Amnesty International*, de 16 noviembre 2016; Federación Rusa, Ordenanza nº 361-rp, de 16 de noviembre de 2016.

²⁴⁶ En la 15ª sesión de la Asamblea de Estados Parte se llevó a cabo una *ceremonia* de compromiso invitando a los Estados a ratificar el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte antes del 20º aniversario del Estatuto de Roma en julio de 2018, *Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional*, de 22 de septiembre de 2012; “Assembly of States Parties concludes its fifteenth session”. En: ICC; Asamblea de Estados Partes, *Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma*, Declaración RC/Decl.1., de 8 de junio de 2010. En la misma línea, Ben Kioto, representante de la UA, resaltó en la Conferencia de Revisión de la Corte que “el compromiso de la Unión Africana para combatir la impunidad es inquebrantable” y añadió que a pesar de todo “la lucha contra la impunidad nunca será negociable”.

Pero no todo fueron buenas noticias: Kenia mantuvo silencio sobre sus intenciones y Namibia indicó que la retirada seguía siendo una opción, aunque en marzo de 2016 ya lo había declarado.²⁴⁷

El último Estado a fecha de elaboración del presente trabajo, que ha reafirmado públicamente su apoyo a la Corte ha sido Zambia. Mediante una consulta nacional acerca de las ventajas de abandonar la Corte, el 90% de los ciudadanos votaron a favor de la permanencia en el Estatuto. Ello reafirma la necesidad de discernir cuál es la voluntad real de la sociedad que deben representar los líderes africanos, especialmente cuando toman decisiones drásticas que afectan directamente a los derechos de sus ciudadanos, como es retirar al Estado del Estatuto de Roma.²⁴⁸ Por tanto, Zambia es uno de los ejemplos de apoyo de la sociedad civil africana a los esfuerzos de la Corte en su lucha contra la impunidad dentro y fuera del continente. Ésta ha mantenido su compromiso exhortando a los Estados a cooperar plenamente con la Corte e implementar el Estatuto, adecuando sus legislaciones internas.

En la actualidad, más de ochocientas ONG africanas forman parte de la Coalición para la Corte Penal Internacional, casi un tercio de la misma. Se trata de una red global de la sociedad civil internacional que reúne a más de 2.500 organizaciones en 150 países, y trabaja para facilitar el acceso a la justicia por los crímenes más graves a través de una membresía universal a la Corte. Su objetivo a largo plazo es lograr una protección integral de los derechos humanos en los niveles nacional, regional y global, prestando especial interés al testimonio, protección y acceso de las víctimas al sistema de reparación de la Corte.²⁴⁹

²⁴⁷ KEPPLER, E., “Plusieurs États membres africains réaffirment leur soutien à la CPI”. En: *Human Rights Watch*, de 17 noviembre 2016; Véase también las siguientes declaraciones: ADUKU, “Nigeria will not quit ICC: Foreign Ministry”. En: *Nan*, de 2 de febrero de 2017; presidente de Namibia, GEINGOB, H., “Namibia se queda en la Corte si se viene EEUU”. En: *Reuters*, de 1 de diciembre de 2016.

²⁴⁸ “Zambia: El 90% de la población respalda a la CPI. ¿Ha cometido Chiquita crímenes de lesa humanidad?”. En: *Coalition for the ICC*.

²⁴⁹ Véase “Voices of global civil society”. En: *Coalition for the International Criminal Court (CICC)*. Sobre el potencial de la sociedad civil internacional para contribuir a la protección de los Derechos Humanos, véase PALMA, M., “The Possible Contribution of International Civil Society to the Protection of Human Rights”. En: CASSESE, A., (ed.) *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 76-88.

CAPÍTULO QUINTO. CONCLUSIONES

Para finalizar la presente investigación, sobre la incidencia del Debate Paz-Justicia en los retos que afronta la Corte Penal Internacional, tomando el caso Al-Bashir como exponente, hay que destacar las siguientes conclusiones:

Como primera conclusión, cabe recordar que la Corte Penal Internacional se encuadra en un sistema jurídico basado en la complementariedad, que delega en los Estados la obligación primera de enjuiciar a los responsables de crímenes tipificados en el Estatuto, “*aut dedere, aut iudicare*”. Por lo tanto, partiendo de los conceptos de Paz positiva y Justicia en sentido amplio, tiene un rol necesario, pero no absoluto, en una estrategia de justicia transicional más amplia y holística, que también se dota de otras formas no jurisdiccionales para impartir justicia combinando elementos retributivos, restaurativos y anamnéticos.

Dado que la justicia trasciende de los simples “juicios penales”, resulta contraproducente e ilusorio confiar en un único órgano la consecución de la paz y la justicia, en contextos tan graves y complejos como la comisión de delitos de Derecho Internacional. Sin embargo, el hecho de que la Corte incorpore en cierta medida los elementos de justicia mencionados, representa un significativo avance en el Derecho internacional penal, que refleja a su vez el afianzamiento de la fórmula “Paz vía Justicia”. En este punto, es importante remarcar que, en base al diseño de la Corte en los términos expuestos, no proceden las críticas acerca de una actuación selectiva en el continente africano, pues su jurisdicción es clara e interviene en base a criterios de gravedad y responsabilidad, limitados, además, por los recursos disponibles para afrontar nuevas investigaciones.²⁵⁰

A pesar de ello, como primera corte penal internacional permanente con vocación de universalidad, se constituye como un actor crítico y referente en la ecuación, por lo

²⁵⁰ Tal y como se refiere en el análisis, la Corte actúa de manera complementaria cuando el Estado no es capaz o no tiene voluntad de cumplir con sus obligaciones internacionales. En los casos africanos, con respecto a la capacidad, debe atenderse a las evaluaciones acerca de la adecuación de su ordenamiento interno a los estándares internacionales y sistemas de garantía e independencia. Del mismo modo deben observarse los índices de desarrollo y democracia, en relación a la voluntad de cumplir sus obligaciones, pues parece un patrón si atendemos, por ejemplo, al apartado que explica las recientes retiradas del Estatuto, que aquellos Estados que deciden retirarse, suelen incluir en su gobierno algún imputado por la Corte.

tanto, es importante comenzar a explorar su incidencia práctica en los procesos de paz y cómo ésta podría realizar, de la manera más consensuada posible, su potencial como un instrumento de justicia. La doctrina argumenta tres formas principales: brindando y facilitando el ejercicio de los derechos de las víctimas, aumentando la visibilidad de la labor de la institución y trabajando con los tribunales locales de conformidad con el principio cardinal de la complementariedad. Por tanto, si bien no se puede concluir su capacidad real para la consecución de la paz, sí está claro que sólo podría hacerlo como parte de un enfoque integral de justicia ampliamente considerada.²⁵¹

Como segunda conclusión, el debate paz-justicia se estructura en dos fórmulas que responden a procesos y objetivos antagónicos, resultado de la combinación de las nociones de “paz positiva/negativa” y “justicia procesal/amplia”. Remitiendo al análisis realizado en el marco teórico, cabe concluir que tiene una importante incidencia en los fines del Derecho internacional penal, y en práctica de la Corte Penal Internacional, siendo el máximo exponente de ello el caso Al-Bashir. En el estudio de caso se aprecia cómo dichas fórmulas informan la base de las discrepancias jurídico-políticas en torno a la interpretación del Estatuto de Roma y la legitimidad de la Corte para ejercer su mandato en el continente africano.

El caso objeto de estudio, detonante de los retos más graves que afronta la Corte en la actualidad, ilustra el desacuerdo entre la Unión Africana y la Corte Penal Internacional. Éste se puede definir, en primer lugar, como una colisión de proyectos en términos de suma cero,²⁵² cuyas causas debieran tipificarse, como un conflicto transnacional simétrico, debido a los Estados involucrados en virtud de su pertenencia a ambas instituciones, y como un conflicto internacional de causas identitarias, de autogobierno (demandas regionales) y de oposición al sistema político e ideológico de la Corte, pero de base conceptual en torno a las nociones de paz-justicia.

Del caso se desprende una problemática con tres ejes principales. En primer lugar, el eje jurídico gira en torno a la extensión de las disposiciones del Estatuto y la

²⁵¹ CLARK, J. N., *op. cit.*, nota al pie 21, pp. 522-529.

²⁵² BOLAÑOS CARMONA, J., y ACOSTA MESAS, A., “Una teoría de conflictos basada en la complejidad”. En: MOLINA RUEUDA, B. y MUÑOZ, F. A., *PAX ORBIS. Complejidad y conflictividad de la paz*. Granada: Universidad de Granada, pp. 55-72, p. 59.

aplicabilidad o no de la excepción a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado a Estados no partes en el Estatuto. En segundo lugar, el eje político, se basa en una serie de críticas de “espectro neocolonial” a la Corte, acusando su actuación de partidaria y selectiva. Estas dos categorías conforman los elementos aparentes del conflicto entre la Unión Africana y la Corte Penal Internacional, pero al ponerlos en relación con las nociones del debate paz-justicia se pone de manifiesto un tercer eje conceptual que informa las posturas jurídico-políticas de ambas instituciones.

La base conceptual de la discrepancia parte desde una fórmula “paz versus justicia” de los argumentos políticos de la UA, hasta una “paz vía justicia” integrada en los fundamentos del Estatuto de la Corte. En el primer caso se acude claramente a una necesidad de pacificación negativa a corto plazo, la cual, como ya se expuso a propósito del marco teórico, conlleva una visión de Justicia que constituye un óbice evidente en la negociación. En consecuencia, se sirve de la disconformidad en la interpretación jurídica del Estatuto para evitar la incursión de la Corte como actor externo del conflicto sudanés, y actuar en base a las políticas conocidas en torno a la cultura de la impunidad. En el segundo caso, la evolución de tal fórmula hacia un espectro amplio de justicia pretende desembocar en una cultura de la responsabilidad²⁵³ como principio en la toma de decisiones para el establecimiento y mantenimiento de la paz tras la comisión de tales crímenes.

Como tercera conclusión, a partir de la emisión de las órdenes de arresto contra Omar Al-Bashir, se puede afirmar que se han sucedido una serie de acontecimientos que implican proactividad por parte de ambas instituciones. La Unión Africana y los estados que la conforman adoptaron diversas decisiones que implican, desde un intento por evitar el enjuiciamiento por la vía institucional (aplicando el artículo 16 del Estatuto), hasta el boicot mediante la propuesta de retirada colectiva del Estatuto, pasando por el llamado institucional de los Estados a no cooperar con la Corte y el establecimiento de una alternativa jurisdiccional regional. Por su parte, la Corte no dispone de muchos recursos o vías para ejecutar sus órdenes, pues depende completamente del cumplimiento del deber de cooperación de los Estados, pero sí ha declarado los reiterados incumplimientos y ha llevado a cabo, en más de una ocasión, un llamamiento al Consejo de Seguridad en aras

²⁵³ Que implique seguridad jurídica y Estado de Derecho Internacional.

de coaccionar a los Estados incumplidores y manifestar, esclareciendo el lenguaje ambiguo de su remisión, la extensión de la obligatoriedad de las disposiciones del Estatuto de Roma y, por ende, el deber de aprehensión del presidente sudanés para ponerlo a disposición judicial.

Como cuarta conclusión, al fuego de esta problemática y las graves tensiones provocadas entre ambas instituciones, algunos estados han decidido incumplir su deber de cooperación y otros retirarse del Estatuto, configurando los mayores retos que enfrenta el Sistema de justicia penal internacional actualmente. Ello conlleva una politización por omisión del de la Corte mediante boicot, esto es, con el objetivo de impedir el normal ejercicio del sistema o su bloqueo como medida de presión para evitar el enjuiciamiento del presidente sudanés. Dado que los argumentos esgrimidos al efecto no niegan la comisión de tales crímenes ni su responsabilidad, sino que afirman la aplicación del principio de inmunidad de jurisdicción en el marco de una campaña política de deslegitimación de la Corte, tales acciones la politizan mediante el impedimento de la realización de su mandato en virtud de tales fines.

Otro de los retos que afronta la Corte es la visibilización de su trabajo allá donde se encuentren las víctimas directas, de manera que puedan ejercer plenamente sus derechos y sientan satisfechos los elementos de retribución y restauración. Como propuesta, quizá sería útil el establecimiento de una sede regional de la Corte que, además, pudiera adaptar las vías procesales a la diversidad cultural de cada región y combinar sus esfuerzos de manera más coherente y estrecha con las instituciones locales, respetando siempre los estándares internacionales.

En definitiva, los Estados partes del Estatuto han adquirido obligaciones internacionales sobre las que no cabe alegar Derecho internacional consuetudinario, legislaciones internas o argumentos políticos, con el objetivo de evitar el enjuiciamiento de un Jefe de Estado acusado de incurrir en responsabilidad por la comisión de crímenes que afectan a la humanidad en su conjunto, poniendo en peligro la paz y seguridad internacionales. En este punto, las decisiones de la Corte debieran ser respaldadas por el Consejo de Seguridad en aras de desbloquear las tensiones, aclarando y reiterando los compromisos adquiridos para con la lucha contra la impunidad. A tal fin, también es necesario contribuir a resolver o transformar el Debate Paz-Justicia como parte de las

causas profundas de la discrepancia, afianzando la fórmula “Paz vía Justicia” de una manera flexible que consolide la cultura de la responsabilidad o la conciencia jurídica universal a la que se refería Olasolo.

BIBLIOGRAFÍA

I. BIBLIOGRAFÍA DOCTRINAL

1. MANUALES Y ENCICLOPEDIAS

- ACCIOLY, H., *Tratado de Derecho Internacional Público*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law, Foundations and General Part, Volume I*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BOBBIO, N. y MATEUCCI, N., (eds.) *Diccionario de Política*. México: Siglo XXI, 1982.
- CASSESE, A., *International Criminal Law*, 2ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- DIXON, M., McCORQUODALE, R., y WILLIAMS, S., *Cases & materials on International law*. 6ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D, SÁNCHEZ RORÍGUEZ, L. I, ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, A., *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.
- JESCHECK, H., "International Crimes". En: *Encyclopedia of Public International Law*, Vol II. Amsterdam: North-Holland, 1995.
- KALSHOVEN, F. y ZEGVELD, L., *Restricciones en la conducción de la guerra*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001. Disponible en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/p0793>
- NIBOYET, J. P., *Traité de Droit International Privé Français, Vol. VI*. París: Libraire du Rucueil Sirey, 1949.
- Quintano Ripollés, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional*, Vol. I y II. Consejo Superior de Investigaciones, Científicas, Instituto "Francisco de Vitoria", 1955 y 1956.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2006.
- SHABAS, W. A., (ed.) *The Cambridge Companion to International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- *The Oxford international encyclopedia of peace*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 532-536
- WERLE, G., y JESSBEGGER, F., CÁRDENAS ARAVENA, C., GENESUS, J., GUTIÉREZ RODRÍGUEZ, M., *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- WERLE, G., y JESSBEGGER, F., *Principles of international criminal law*. 3ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2014.

2. MONOGRAFÍAS

- BASSIOUNI, Ch. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992;
- CARNERERO CASTILLA, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*. Madrid: Iustel, 2007.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- CERVELL HORTAL, M.J., *Genocidio, responsabilidad internacional e inmunidad de los Jefes de Estado*. Madrid: Iustel, 2013.
- DRUMBL, M. A., *Atrocity, Punishment and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- DU PLESSIS, M., *The International Criminal Court that Africa wants*, Pretoria: IEES, 2010.
- DU PLESSIS, M., TIYANJANA, M. y O'REILLY, A. *Africa and the International Criminal Court*. Londres: Chatham House, 2013.
- DU PLESSIS, M., y CHERNOR, J., *An African Expert Study on the African Union Concerns about Article 16 of the Rome Statute of the ICC*. Tshwane: ISS, 2010.
- FRASCHINA, A.V., *Análisis comparativo de la competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados*. Palma de Mallorca: Fundació Càtedra Iberoamericana, 2008.
- GALTUNG, J., *Peace by Peaceful Means: Peace and Conflict, Development and Civilization*. Oslo: International Peace Research Institute, 1996.
- GODA, N. J. W., *Tales from Spandau- Nazi Criminal and the Cold War*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- GUTMAN, R., RIEFF, D., (eds.) *Crimes of War: What Public Should Know*. Nueva York: Norton and Company, 1999.
- KERSTEN, M., *Justice in Conflict: The Effects of the International Criminal Court's Interventions on Ending Wars and Building Peace*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- LIROLA DELGADO, I., y MARTÍN MARTÍNEZ, M, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*. Barcelona: Ariel, 2001.
- MAY, L., *Crimes against Humanity: A Normative Account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- OIHUELA, E. *Derecho Internacional Humanitario: Tratados Internacionales y otros textos*. Madrid: McGraw Hill, 1998.
- REYES MATE, M., *Tratado de la injusticia*. Barcelona: Anthropos, 2011.
- RUÍZ RESA, J. D., *Metodología en Investigación Jurídica*. Granada: Fleming, 2017.
- SCHABAS, W. *The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute*, 2º ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- SRIRAM, C. L., GARCÍA-GODOS, J., HERMAN, J., MARTIN-ORTEGA, O., (eds.), *Transitional Justice as Peacebuilding?*. London: Routledge, 2013; RAMSBOTHAM, O., WOODHOUSE, T., MIALL, H., *Contemporary Conflict Resolution*, 3º edición. Cambridge: Polity Press, 2011.
- TAYLOR, S. J, BOGDAN, R., *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Barcelona: Paidós, 1987.

- WALLENSTEEN, P., *Quality Peace. Peacebuilding, Victory and World Order*. New York: Oxford University Press, 2015.
- WALLENSTEEN, P., *Understanding Conflict Resolution. War, Peace and the Global System*. London: SAGE Publications, 2007.
- WARD, I., *Justice, Humanity and the New World Order*. Aldershot: Ashgate Publishing Company, 2004.
- WILSON, R. A., *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- ZHER, H., *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Estados Unidos: Good books, 2007.

3. CAPÍTULOS DE LIBRO

- AINLEY, K., “Individual Agency and Responsibility for Atrocity”. En: JEFFERY, R., (ed.), *Confronting Evil in International Relations. Ethical Responses to Problems of Moral Agency*. New York: Palgrave Macmillan, 2008, pp. 37- 60.
- AKANDE, D., “Sources of International Criminal Law”. En: *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 41-53.
- ALAMUDDIN, A., “The Role of the Security Council in Starting and Stopping Cases at the International Criminal Court: Problems of Principle and Practice”. En: ZIDAR A., y BEKOU, O., (eds.) *Contemporary Challenges for the International Criminal Court*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2014, pp. 103-132.
- BOLAÑOS CARMONA, J., y ACOSTA MESAS, A., “Una teoría de conflictos basada en la complejidad”. En: MOLINA RUEUDA, B. y MUÑOZ, F. A., *PAX ORBIS. Complejidad y conflictividad de la paz*. Granada: Universidad de Granada, pp. 55-72.
- BEKOU, O., “Building national capacity for the ICC. Prospects and challenges”. En: MARINIELLO, T. (ed.), *The International Criminal Court in Search of its Purpose and Identity*. New York: Routledge, 2015, pp. 133-146.
- BLEWITT, G. T., “The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Rwanda”. En: LATTIMER, M., SANDS, P. (eds.), *Justice for Crimes Against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 145-160.
- BROOMHALL, B., *International justice and the International Criminal Court: Between sovereignty and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
 - “From national to international Responsibility”. pp. 25-51.
 - “Immunity”. pp. 128-150.
 - “Scope”. pp. 9-19.
 - “The International Criminal Court”. pp. 67-83.
 - “ICC Enforcement: Cooperation of States, Including the Security Council”. pp. 151-162.
- CASSESE, A., “Crimes Against Humanity: Comments on Some Problematical Aspects”. En: *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- CASSESE, A., “Limitations on State Sovereignty: Immunities and Treatment of Individuals”. En: *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 98-123, pp. 99-105.

- CHESTERMAN, S., “No Justice without Peace? International Criminal Law and the Decision to Prosecute”. En: CHESTERMAN, S., (ed.), *Civilians in War*. Boulder: Lynne Rienner, 2001.
- DU PLESSIS, M., “Complementarity: a working relationship between African states and the International Criminal Court”. En: DU PLESSIS, M., (ed.) *African Guide to International Criminal Justice*. Sudáfrica: Institute for Security Studies, 2008, pp. 123-142.
- ELLIS, M., “Principle of Complementarity in Contemporary International Criminal Justice”. En: ZIDAR A., y BEKOU, O., (eds.) *Contemporary Challenges for the International Criminal Court*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2014, pp. 35-49.
- ESCOBAR HERNANDEZ, C., “La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: La Corte Penal Internacional”. En: GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D., (coord.) *Crimen internacional y jurisdicción universal (El caso Pinochet)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 251-254.
- ESER, A., “Verteidigung”. En: *Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen* SCHMOLLER, K. (ed.). Viena: Springer, 1996, pp. 755-775.
- GAEA, P., “Immunity of States and State Officials: A Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny?”. En: CASSESE A. (ed.) *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 227-238, pp. 229-232.
- GAETA, P., “International Criminalization of Prohibited Conduct”. En: *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 63-81.
- GENTILE, L., “Understanding the International Criminal Court”. En: DU PLESSIS, M (ed.) *African Guide to International Criminal Justice*. Sudáfrica: Institute for Security Studies, 2008, pp. 99-122.
- GIOIA, F., “Ten Years of International Criminal Court and Complementarity *In Bonam Partem*”. En: ZIDAR A., y BEKOU, O., (eds.) *Contemporary Challenges for the International Criminal Court*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2014, pp. 51-70.
- HARHOFF, F., “Sense and Sensibility in Sentencing. Taking Stock of International Criminal Punishment”. En: *Law at War: The Law as It Was and the Law as It Should Be*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 121-140.
- JALLOW, H., y BENSOUDA, F., “International Criminal Law in an African Context”. En: DU PLESSIS, M., (ed.) *African Guide to International Criminal Justice*. Sudáfrica: Institute for Security Studies, 2008, pp. 15-54
- KRESS, C., “International Criminal Law”. En: WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, párrs. 1-14.
- LAMB, S., “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”. En: CASSESE, A, GAETA, P., JONES, J. R. W. D.(coords.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 733-752
- LEDERACH, J. P., “Reconciliación: La construcción de relaciones”. En: *Construyendo Paz. Reconciliación sostenible en sociedades divididas*. Bilbao: Bakeaz/ Gernika Gogoratz, 1998.
- LU, C., “The International Criminal Court as an Institution of Moral Regeneration: Problems and Prospects”. En: Harrington, J., (ed.), *Bringing Power to Justice?: The*

Prospects of the International Criminal Court. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2006, pp. 191- 209.

- LUTERSTEIN, N., “El proyecto de Estatuto para el Tribunal Extraordinario de Siria para el Juzgamiento de Crímenes Atroces: ¿fragmentación institucional o un nuevo supuesto de complementariedad?”. En: BUIS, E. J., y GIOSA, L., M., (Comp.), *Las normas de la guerra. Perspectivas jurídicas sobre el fenómeno bélico*. Buenos Aires: Universidad Nacional del Centro, 2015, pp. 229-241.
- LUTZ, E., “Transitional Justice: Lessons Learned and the Road Ahead”. En: Naomi ROHT-ARRIAZA, N., MARIEZCURRENA J., (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp.325-41.
- MARCZYNSKI, M., “The International Criminal Court: Where do we stand after 10 years? A perspective from Civil Society”. En: ZIDAR A., y BEKOU, O., (eds.) *Contemporary Challenges for the International Criminal Court*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2014, pp.227-243.
- MASENONO MONAGENG, S., “Africa, the International Criminal Court: Then and Now”. En: WERLE, G.; FERNÁNDEZ, L.; VORMBAUM, M., (eds.) *Africa and The International Criminal Court*. New York: Springer, 2014, pp. 13-20, pp. 17-20;
- Mc GINTY, R., “Hybrid Peace: How Does Hybrid Peace Come About?”. En: CAMPBELL, D. y SABARATMAN, M., (eds.) *A Liberal Peace? The Problems and Practices of Peacebuilding*. Nueva York: Zed Books, 2011, pp. 209-225.
- NOUWEN, S., “Chapter IV. Sudan: Complementarity in a state of denial”, En: *Complementarity in the line of fire: the catalysing effect of the international criminal court in Uganda and Sudan*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- OKOTH, J., “Africa, the United Nations Security Council and the International Criminal Court: The Question of Deferrals”. En: WERLE, G.; FERNÁNDEZ, L. y VORMBAUM, M. (eds.) *Africa and The International Criminal Court*. New York: Springer, 2014, pp. 195-209.
- OLASOLO, H., “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”. En: *Introducción al derecho internacional penal*. Rosario: Editorial Universidad del Rosario, 2015, pp. 59- 83.
- OLASOLO, H., “La Función de la Corte Penal Internacional en la Prevención de Delitos Atroces mediante su Intervención Oportuna: De la Doctrina de la Intervención Humanitaria y de las Instituciones Judiciales Ex Post Facto al Concepto de Responsabilidad de Proteger y la Función Preventiva de la Corte Penal Internacional”. En: *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 31-56.
- P. CLARK, P., “Law, Politics and Pragmatism: The ICC and Case Selection in Uganda and the Democratic Republic of Congo”. En: WADELL, N., CLARK, P., (eds.) *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa*. London: Royal Africa Society, 2008, pp. 37-45.
- PALMA, M., “The Possible Contribution of International Civil Society to the Protection of Human Rights”. En: CASSESE, A., (ed.) *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 76-88.
- SCHABAS, W., “The International Criminal Court: Struggling to Find its Way”. En: *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 250-260.

- SMITH VAN-LIN, L., “Non-Compliance and the Law and Politics of State Cooperation: Lessons from the Al Bashir and Kenyatta Cases”. En: BEKOU, O. y BIRKETT, D. J., (eds.) *Cooperation and the International Criminal Court. Perspectives from Theory and Practice*, Leiden: Brill Nijhoff, 2016, pp. 114-151.
- SRIRAM, C. L., “Justice as Peace? Liberal Peacebuilding and Strategies of Transitional Justice”. En: *Global Society*, Vol.21, N°4, 2007, pp. 579– 91.
- SUNGA, L. S., “Has the ICC unfairly targeted Africa or has Africa unfairly targeted the ICC?”. En: MANELLO, T. (ed.) *The International Criminal Court in Search of its Purpose and Identity*. New York: Routledge, 2015, pp. 147-173.
- TURLAN, P., “The International Criminal Court Cooperation Regime. A Practical Perspective from the Office of the Prosecutor”. En: BEKOU, O. y BIRKETT, D. J., (eds.) *Cooperation and the International Criminal Court. Perspectives from Theory and Practice*. Leiden: Brill Nijhoff, 2016, pp. 58-79, pp. 61-70.
- VAN DER WILT, H., “Crimes Against Humanity: A Category hors concours in International Criminal Law”. En: *Humanity Across International Law and Biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014
- Véase HAYNER, P. B., “Leaving the past alone”. En: *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*. Londres: Roudlege, 2001, pp.183-205.
- VENEGAS-MOYANO, M., “De los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”. En: *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen I*, Bogotá: Editorial Temis, 2011, pp. 60-102.

4. ARTÍCULOS DE REVISTA

- “Darfur Destroyed. Ethnic cleansing by government and militia forces in western Sudan”. En: *Human Rights Watch N° 6(A)*, Vol. 16, 2004.
- AKHAYAN, P., “Justice in The Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal”. En: *Human Rights Quarterly*, Vol.20, N°4, 1998, pp.737-816.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., “Las atribuciones y las responsabilidades del Consejo de Seguridad de la ONU”. En: *El futuro de la Corte Penal Internacional. Hacia el X aniversario de la entrada en vigor del Estatuto de Roma*. Barcelona: Instituto Catalán Internacional para la Paz, Relatoría del Seminario, Documento 9/2012, pp. 32-35.
- AMBOS, K., “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”. En: *Cuadernos de Derecho Penal*, N°9, 2013, pp. 95-140.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA P., “El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. XI, 1994, pp. 91-223.
- ANELLO, C. S., “¿La eficacia de la Corte Penal Internacional en riesgo? Dificultades y consecuencias derivadas de la cooperación con las jurisdicciones internacionales”. En: *Revista Jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires*, 2012. pp. 495-520.
- BABIKER, M., “The Internaitonal Criminal Court and Darfur Crimes: The dilemma of peace and supra-national criminal justice”. En: *International Journal of African Renaissance Studies*, Vol. 5 (1), 2010, pp. 82-100

- BARNES, G., “The International Criminal Court’s Ineffective Enforcement Mechanisms: The Indictment of President Omar Al Bashir”. En: *Fordham International Law Journal*, Vol.32, N° 6, 2011, pp.1584-1619.
- BASSIOUNI, M. C., “The ICC- Quo Vadis?”. En: *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 421-427, p. 426.
- BENSOUDA, F., “International Justice and Diplomacy”. En: *New York Times*, 19 de marzo de 2013.
Disponibile en: http://www.nytimes.com/2013/03/20/opinion/global/the-role-of-the-icc-in-international-justice-and-diplomacy.html?_r=0
- BLUMENSON, E., “The Challenge of a Global Standard of Justice: Peace, Pluralism and Punishment at the International Criminal Court”. En: *Columbia Journal of Transnational Law*, 2006, pp. 801-874.
- BRANCH, A., “Uganda’s Civil War and the Politics of ICC Intervention”. En: *Ethics and International Affairs*, 2007, pp. 179-198.
- BURRKE-WHITE, B., “Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo”. *Leiden Journal of International Law*, Vol.18, 2005, pp. 557-590.
- C. MENKEL-MEADOW, C., “Practicing ‘In the Interests of Justice’ in the Twenty-First Century: Pursuing Peace as Justice”. En: *70 Fordham Law Review*, 2002, pp. 1761-1774, p. 1774;
- CARSTEN, S., “Damned If You Do, Damned If You Don’t”. En: *Journal of International Criminal Justice* 15, N°3, 2017, pp. 413-434.
- CASSESE, A., “Reflections on International Criminal Justice”. *The Modern Law Review*, Vol. 61, 1998, pp. 1-10.
- CLARK, J. N. “Peace, Justice and the International Criminal Court: Limitations and Possibilities”. En: *Journal of International Criminal Justice* 9, N° 3, 2011, pp. 521-545.
- CLARK, J. N., “Peace, Justice and the International Criminal Court”. En: *Journal of International Criminal Justice*, Vol.9, 2011, pp. 521– 545.
- COLE, J. V. R., “Africa’s relationship with the International Criminal Court: More political than legal”. En: *Melbourne Journal of International Law*, Vol.14, 2014, pp. 670-669.
- COWELL, F., “Inherent Imperialism. Understanding the Legal Roots of Anti-imperialist Criticism of the International Criminal Court”. En: *Journal of International Criminal Justice*, N°15, 2017, pp. 667-687.
- Debates AA. VV., “La Complementariedad Positiva de la Corte Penal Internacional ¿Realmente positiva o negativa?”. En: *El futuro de la Corte Penal Internacional. Hacia el X aniversario de la entrada en vigor del Estatuto de Roma*. Relatoría del Seminario, Documento 9/2012. Barcelona: Instituto Catalán Internacional para la Paz, pp. 67-70.
- DEWT, E., “The Implications of President Al-Bashir’s Visit to South Africa for International and Domestic Law”. En: *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, N° 5, 2015, pp. 1049–1071.
- DÍEZ ALCALDE, J. “Darfur, el conflicto olvidado de Sudán”. En: *Panorama Geopolítico de los Conflictos*. Madrid: Ministerio de Defensa, IEEA, 2012, pp. 201-228.
- DUGARD, J., “Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?”. En: *Leiden Journal of International Law*, Vol.12, 1999, pp.1001– 1015.
- EBERECHI, I., “Armed Conflicts in Africa and Western Complicity: A Disincentive for African Union’s Cooperation with the ICC”. En: *African Journal of Legal Studies*, 2009, pp. 56-76.

- ELLIS, M., “Combating Impunity and Enforcing Accountability as a Way to Promote Peace and Stability. The Role of International War Crimes Tribunals”. En: *Journal of National Security Law and Policy*, Vol.2, 2006, pp.111-64.
- FERENÁNDEZ DE GURMENDI, S. A., “La Corte Penal Internacional a diez años de su creación”. En: *Revista Jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires*, 2012, pp. 413-423.
- GALTUNG, J., “Violence, Peace, and Peace Research”. En: *Journal of Peace Research*, Vol. 6, N°3, 1969, pp. 167–191.
- GEISS, R. y N. BULINCKX, “Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados”. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 861, 2006, pp. 49-63.
- GOLDSMITH, J., KRASNER, S. D., “*The Limits of Idealism*”. En: *Daedalus*, Vol.132, N°1, 2003, pp.47– 63.
- GOLDSTONE, R., “Justice as a Tool for Peace- Making: Truth Commissions and International Criminal Tribunals”. En: *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol.28, 1996, pp.485-503.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La Corte de Roma (1998) como institución internacional”. En: *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, N° 22, 2004, pp. 59-98.
- HAFNER, G., BOON, K., RÜBESAME, A., y HUSTON, J., “A Response to the American View as Presented by Ruth Wedgwood”. *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, pp. 108-123.
- IBÁÑEZ GUZMÁN, A. J., “La Corte Penal Internacional, un avance contra la impunidad”. En: *Universitas. Revista de Ciencias Jurídicas UNAM.*, Vol. 53, N°107, 2004, pp. 9-70.
- JACKSON, M., “Regional Complementarity. The Rome Statute and Public International Law”. En: *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 2016, pp. 1061-1072.
- KRITZ, N., “Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights”. En: *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, N°4, 1997, pp.127-52.
- LEEBAW, B. A., “The Irreconcilable Goals of Transitional Justice”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, N°1, 2008, pp.95-118.
- LEMAY-HERBERT, N., “Review Essay: Critical Debates on Liberal Peacebuilding”. En: *Civil Wars*, Vol 15, N° 2, 2013, pp. 242-253.
- MASHALL, T., “The evolution of restorative justice in Britain”. En: *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 4, N° 4, 1996, pp. 21-43.
- OLASOLO ALONSO, H., “Los fines del derecho internacional penal”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 14, n° 29, 2016, pp. 93-146.
- OLASOLO, H., MARTÍNEZ, J. R., RODRÍGUEZ, A. M., “La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los jefes de estado, los jefes de gobierno y los ministros de asuntos exteriores”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43 N°1, pp.251 - 281, p. 257.
- OLASOLO, H., MARTÍNEZ, JR., RODRÍGUEZ, AM., “La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los jefes de estado, los jefes de gobierno y los ministros de asuntos exteriores”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43 N°1, pp. 251 - 281.
- PÉREZ ARIAS, J., “El proceso ante la Corte Penal Internacional. Instancia, apelación y facultad revisora”. En: *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, N° 28, 2010, pp. 77-120.

- PÉREZ LUÑO, A. E., “Las generaciones de Derechos Humanos”. En: *Revista da AGU*, N°42, 2014, pp. 39-74.
- PIERNAS, J. J., “La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma”. En: *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 26, 2010, pp. 285-302.
- POZO, J. I., PÉREZ, M. del P., SANZ Á., LIMÓN, M. “Las ideas de los alumnos sobre la ciencia como teorías implícitas”. En: *Revista Infancia y Aprendizaje*, 1992, n° 57, pp. 3-22.
- RUA DELGADO, C.F., “La justicia anamnética como construcción complementaria del paradigma de justicia transicional: Una mirada desde el caso colombiano”. En: *Ius et Praxis*, Vol.22, N°1, 2016, pp.455-492.
- SCHARF, M. P., “The Amnesty Exception to the jurisdiction of the International Criminal Court”. En: *Cornell International Law Journal*, N° 32, 1999, pp. 507-527.
- SINCLAIR, I., “The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments”. En: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye.*, Vol. 167, 1980-II, pp. 130-284.
- SOLERA, O., “Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional”. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 845, 2002. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdqk7.htm>
- TADESSE TESSEMA, M., y VASPER-GRÄSKE, M., “Africa, the African Union and the International Criminal Court: Irreparable Fissures?”. En: *FICHL Policy Brief Series*, N° 56, TOAEP, 2016.
- TLADI, D., “The Duty on South Africa to Arrest and Surrender President Al-Bashir under South African and International Law. A Perspective from International Law”. En: *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, N° 5, 2015, pp. 1027–1047.
- VAL GARIJO, F., “La Unión Africana y la Corte Penal Internacional”. En: *El futuro de la Corte Penal Internacional. Hacia el X aniversario de la entrada en vigor del Estatuto de Roma*, Seminario, Documento 9/2012. Barcelona: Instituto Catalán Internacional para la Paz, Relatoría del, pp. 26-29.
- WIPPMAN, D., “Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice”. En: *Fordham International Law Journal*, Vol.23, N°473, 1999/ 2000, pp. 473– 482.
- ZAFFARONI, E. R., “Can Criminal Law Really contribute to the Prevention of Crimes against Humanity?”. En: *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, Vol. 10, 2009, pp. 2-25.
- ZIMMERMANN, A., “A Victory for International Rule of Law? Or: All’s Well that Ends Well?. The 2017 ASP Decision to Amend the Kampala Amendment on the Crime of Aggression”. En: *Journal of International Criminal Justice*, N° 16, pp. 19-29, 2018.

5. RECURSOS ELECTRÓNICOS

ÚLTIMO ACCESO: 31 JULIO 2018.

- “Justicia condena a nueve militares por asesinato de Víctor Jara”. En: *CNN Chile*. Disponible online: https://www.cnnchile.com/pais/justicia-condena-a-nueve-militares-r-por-asesinato-de-victor-jara_20180703/
- AKANDE, D. “Addressing the African Union’s Proposal to Allow the UN General Assembly to Defer ICC Prosecutions”. En: *EJIL: Talk!*, de 30 de octubre de 2010. Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/addressing-the-african-unions-proposal-to-allow-the-un-general-assembly-to-defer-icc-prosecutions/>
 - “ICC Issues Detailed Decision on Bashir’s Immunity (. . . At long Last . . .) But Gets the Law Wrong”. En: *EJIL: Talk!*, de 5 de diciembre de 2011. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/icc-issues-detailed-decision-on-bashir%E2%80%99s-immunity-at-long-last-but-gets-the-law-wrong/>
 - “Is the Rift between Africa and the ICC Deepening? Heads of States Decide Not to Cooperate with ICC on the Bashir Case”. En: *EJIL: Talk!*, 4 de Julio de 2009. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/is-the-rift-between-africa-and-the-icc-deepening-heads-of-states-decide-not-to-cooperate-with-icc-on-the-bashir-case/>
 - “South African Withdrawal from the International Criminal Court –Does the ICC Statute Lead to Violations of Other International Obligations?”. En: *EJIL: Talk!*, de 22 de octubre de 2016. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/south-african-withdrawal-from-the-international-criminal-court/>
 - “The Genocide Convention and the Arrest Warrants Issued by the ICC”. En: *EJIL: Talk!*, de 31 de Enero de 2011. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-genocide-convention-and-the-arrest-warrants-issued-by-the-icc/> Visitado por última vez el 16 de junio de 2017.
- CERDA ACEVEDO, C. A., “Características del Derecho Internacional Penal y su clasificación entre Crimen y Simple Delito”, *Working paper n°64, Programa de Derecho Internacional*. Buenos Aires: Centro Argentino de Estudios Internacionales. Disponible en: <https://www.files.ethz.ch/isn/145495/64%20DI.pdf>
- COBBAN, H., “Think Again: International Courts”. En: *Foreign Policy*, Abril de 2009. Disponible en: <https://foreignpolicy.com/2009/10/20/think-again-international-courts/>
- CHRISPIN, M., “Some Remarks on the Legal Implications of Foreign Visits by Sudanese President Omar Al Bashir After the ICC Arrest Warrant”. En: *EJIL: Talk!*, de 11 Mayo de 2009. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/some-remarks-on-the-legal-implications-of-foreign-visits-by-sudanese-president-omar-al-bashir-after-the-icc-arrest-warrant/> Visitado por última vez el 16 de junio de 2017.
- DE HOOG, A., KNOTTNERUS, A., “ICC Issues New Decision on Al-Bashir’s Immunities – But Gets the Law Wrong ... Again”. En: *EJIL: Talk!*, de 18 Abril de 2014. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/icc-issues-new-decision-on-al-bashirs-immunities-%E2%80%92-but-gets-the-law-wrong-again/>;

- DU PLESSIS, M., GEVERS, C., “The Obligation of African Union States to Implement ICC Arrest Warrants”. En: *EJIL: Talk!*, 4 Febrero de 2011. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-obligation-of-african-union-states-to-implement-icc-arrest-warrants/>
- LABUDA, P. I., “The African Union’s Collective Withdrawal from the ICC: Does bad Law make for Good Politics?”. En: *EJIL: Talk!*, de 15 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-african-unions-collective-withdrawal-from-the-icc-does-bad-law-make-for-good-politics/>
 - “Africa and the ICC: Shattered Taboos, and the Status Quo”. En: *EJIL: Talk!*, de 23 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/africa-and-the-icc-shattered-taboos-and-the-status-quo/>
- NUSSBERGER, B., “Post-Election Crisis in The Gambia, the Security Council and the Threat of the Use of Force”. En: *EJIL: Talk!*, de 17 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/post-election-crisis-in-the-gambia-the-security-council-and-the-threat-to-use-force/>
- PAVLOPOULOS, N., “South Africa’s Withdrawal: A lesson learned?”. En: *EJIL: Talk!*, de 6 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/south-africas-withdrawal-a-lesson-learned/>
- STÜRCHLER, N., “The activation of the Crime of Agression in Perspective”. En: *EJIL: Talk!*, de 26 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-activation-of-the-crime-of-aggression-in-perspective/>

6. OTRAS FUENTES

- AGUILAR, P., “*Transitional Justice in the Spanish, Argentinian and Chilean Case*”, En: *Paper for the International Conference “Building a Future n Pace and Justice”*, Nuremberg, 2007.
- AMNESTY INTERNATIONAL, *Malabo Protocol: Legal and Institutional implications of the merged and expanded African Court*. Londres: Amnesty International, 2016.
- MORENO.OCAMPO, L., Address given at International Conference ‘Building a Future on Peace and Justice’, de 25 junio de 2007. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4E466EDB-2B38-4BAF-AF5F-005461711149/143825/LMO_nuremberg_20070625_English.pdf
- VANDEGNSTE, S., SRIRAM, C. L., “Paper: Power- sharing and Transitional Justice: A Clash of Paradigms?”. En: *Annual meeting of the International Studies Association Annual Conference “Global Governance: Political Authority in Transition”*. Montreal: International Studies Association, 2011.
- VRWG, *The Impact of the ICC on Victims and Affected Communities: A Report of the Victims Rights Working Group*, 2010. Disponible en: http://www.vrwg.org/VRWG_DOC/2010_Apr_VRWG_Impact_of_ICC_on_victims.pdf

II. BIBLIOGRAFÍA DOCUMENTAL

1. TRATADOS INTERNACIONALES

- *Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional*, de 22 de septiembre de 2012.
- *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, A/CONF.39/27, de 23 de mayo de 1969.
- *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*, de 18 de abril de 1961.
- *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, A/RES/3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973.
- *Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio*, A/RES/260 (III), de 9 de diciembre de 1948.
- *Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes*, A/RES/59/38, de 2 de diciembre de 2004.
- *Convención sobre las representaciones permanentes de los Estados ante las organizaciones internacionales de carácter universal*, de 14 de marzo de 1975.
- *Convención sobre Misiones Especiales*, A/RES/2530 (XXIV), 8 de diciembre de 1969.
- *Convención sobre Relaciones Consulares*, de 24 de abril de 1963.
- *Convenios de Ginebra*, de 12 de agosto de 1949.
- *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, A/CONF.183/9, de 17 Julio 1998.
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

2. NACIONES UNIDAS

CONSEJO DE SEGURIDAD

- Resolución 1272, *Establecimiento UNTAET*, S/RES/1272, 25 de octubre de 1999.
- Resolución 1315, *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona*, S/RES/1315, de 14 de agosto de 2000.
- Resolución 1422, S/RES/1422, de 12 de julio de 2002.
- Resolución 1564, S/RES/1564, de 18 septiembre de 2004.
- Resolución 1593, S/RES/1593, de 31 de marzo de 2015.
- Resolución 827, *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, (enmendado el 17 mayo de 2002), S/RES/827, de 25 mayo de 1993.
- Resolución 955, *Estatuto del Tribunal Penal Internacional Ruanda*, (enmendado el 13 octubre de 2006), S/RES/955, de 8 noviembre de 1994.

ASAMBLEA GENERAL

- Resolución 47/33, de la Asamblea General “*Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor de su 44 ° período de sesiones*”, A/RES/47/33 (25 de noviembre de 1992).
- Resolución 95 (I) de la Asamblea General “*Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal Militar de Nuremberg*” (11 de diciembre de 1946).
- Resolución 70/1 de la Asamblea General “*Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*”, A/RES/70/1 (25 de septiembre de 2015).
- Resolución 33/73 de la Asamblea General “*Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz*”, A/RES/33/73 (15 de diciembre de 1978).
- Resolución 39/11 de la Asamblea General “*Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz*”, A/RES/39/11 (12 noviembre 1984).

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

- *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. II, Parte 2, 1990, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1. (Part 2).
- *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. II, Parte 2, 1993, A/CN.4/SER.A/1993/Add.1 (Part 2).
- *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 68° período de sesiones*, A / 71/10, de 2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016.
- *Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, A/CN.4/L.602, de 10 de agosto de 2001.
- *Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes*, A/CN.4/L.457, 19 de julio de 1991.
- *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, ILC(XLVIII)/DC/CRD.3, de 27 de marzo de 1996.
- *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, de 14 de junio de 2016.

OTROS

- *Acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de Camboya*, S/2003/2329 de 6 de junio de 2003.
- *Carta de las Naciones Unidas*, 1/UNTS/XV, 24 de octubre de 1945.
- Comisión Internacional de investigación de Darfur, *Report to the United Nations Secretary-General*, de 25 de enero de 2005. Disponible en: http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf
- *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, 18 de abril de 1946.
- UNTAET, Reglamento 2000/15, UNTAET/REG/2000/15, de 6 de junio de 2002.

- Resolución 11/4 del Consejo para los Derechos Humanos “Promoción del Derecho de los Pueblos a la Paz”, A/HRC/11/4 (17 de junio e 2009).
- UNTAET, Reglamento 2000/11, UNTAET/REG/2000/11, 6 de marzo de 2000.
- *Acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona*, S/2000/1234, de 16 de enero de 2002.

3. CORTE PENAL INTERNACIONAL

- Asamblea de Estados Partes, *Activación de la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión*, Resolución ICC-ASP/16/Res.5, de 14 de diciembre de 2017.
- Asamblea de Estados Partes, *Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma*, Declaración RC/Decl.1., de 8 de junio de 2010.
- Asamblea de Estados Partes, *El crimen de agresión*, Resolución RC/Res.1, de 11 de junio de 2010.
- Asamblea de Estados Partes, *Elementos de los crímenes*, ICC-ASP/1/3, de 3-10, de septiembre de 2002.
- Asamblea de Estados Partes, *Reglas de Procedimiento y Prueba*, ICC-ASP/1/3, de 3-10 septiembre de 2002.
- Asamblea de Estados Partes, *Texto negociado del proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas*, Resolución ICC-ASP/3/Res.1, de 7 de septiembre de 2004.
- Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Documento de la Fiscalía sobre la demanda de la Fiscalía de la orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-0/09-OA, de 6 de julio de 2009.
- Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Informe sobre la estrategia de la fiscalía*, 14 de septiembre de 2006.
- Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Plan estratégico 2016-2018*, 16 de noviembre de 2015.
- Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Plan estratégico 2012-2015*, 11 de octubre de 2011.
- Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Plan estratégico 2009-2012*, 1 de febrero de 2008.

4. UNIÓN AFRICANA

- *Acta Fundacional de la Unión Africana*, de 11 de julio de 2000.
- Asamblea de Estados Partes, *Decision on the Draft Statute of the African Union Commission on International Law*, Assembly/AU/12 (XII), de 3 de febrero de 2009.
- Asamblea de Estados Partes, *Decision on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court*, Assembly/AU/Dec. 419 (XIX), de 15 y 16 de julio de 2012.
- Asamblea de Estados Partes, *Decision on the Implementation of the Decisions of the International Criminal Court*, Assembly/AU/Dec. 334 (XVI), de 30 y 31 de enero de 2011.

- Asamblea de Estados Partes, *Decision on the International Criminal Court*, Assembly/AU/Dec.622 (XXVIII), de 30 de enero de 2017.
- Asamblea de Estados Partes, *Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Assembly/AU/Dec. 245 (XIII), de 3 de julio de 2009.
- Asamblea de Estados Partes, *Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Assembly/AU/Dec. 270 (XIV), 2 de febrero de 2010.
- Asamblea de Estados Partes, *Decision on the progress report of the Comission on the implementation of the Decision Assembly/AU/Dec.270(XIV)*, Assembly/AU/Dec. 296 (XV), de 27 de julio de 2010.
- Asamblea de Estados Partes, *Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of the Assembly Decisions on the International Criminal Court*, Assembly/AU/Dec. 397 (XVIII), de 29 y 30 de enero de 2012.
- Asamblea de Estados Partes, *Propuesta de denuncia masiva del Estatuto de Roma*, Ext/Assembly/AU/Dec.1-2, de 12 de octubre de 2013.
- Asamblea de Estados Partes, *Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, de 27 de junio de 2014.
- Asamblea de Estados Partes, *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, de 11 de julio de 2008.
- AUPD, *Report of the African Union: High Level Panel on Darfur (AUPD)*, PSC/AHG/2(CCVII), de 29 octubre de 2009.
- Consejo de Paz y Seguridad, *Resolution of a High-Level Panel on Darfur*, PSC/MIN/Comm (CXLII), de 21 de julio de 2008.

5. RECURSOS ELECTRÓNICOS

ÚLTIMO ACCESO: 31 JULIO 2018.

NOTICIAS Y COMUNICADOS DE PRENSA

- “África rompe con La Haya”. En: *El País*, de 26 de octubre de 2016. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2016/10/26/actualidad/1477477650_280212.html;
- “Assembly of States Parties concludes its fifteenth sesión”. En: *ICC*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/legalAidConsultations?name=pr1260>;
- “Burundi aprueba su salida de la Corte Penal Internacional”. En: *EFE*, de 12 oct. 2016. Disponible en: <http://www.efe.com/efe/america/mundo/burundi-aprueba-su-salida-de-la-corte-penal-internacional /20000012-3065790>;
- “Burundi notifica a la ONU su retiro de la Corte Penal Internacional”. En: *La información*, de 27 de octubre de 2016. Disponible en: http://www.lainformacion.com/policia-y-justicia/derecho-internacional/Burundi-ONU-Corte-Penal-Internacional_0_966505297.html;
- “Gambia Rejoins ICC”. En: *Human Rights Watch*, de 17 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2017/02/17/gambia-rejoins-icc>

- “Histórico de noticias”, *Asociación para la recuperación de la memoria histórica*. Disponible en: <http://memoriahistorica.org.es/historico-de-noticias/>
- “Kenya Signals Possible ICC Withdrawal”. En: *Voa News*, de 13 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.voanews.com/a/kenya-signals-possible-iccwithdrawal/3634365.html>
- “Philippines' Duterte calls for mass withdrawal from ICC”. En: *Reuters*, de 18 marzo de 2018. Disponible en: <https://uk.reuters.com/article/uk-philippines-duterte-icc/philippines-duterte-calls-for-mass-withdrawal-from-icc-idUKKBN1GU0ID>
- “President Uhuru hits out at the West over ICC”. En: *Daily Nation*, de 12 de octubre de 2013. Disponible en: <http://www.nation.co.ke/news/-Uhuru-stinging-attack-at-the-West-and-ICC--Speech/1056-2029518-11b3ny0z/index.html>
- “República Centrafricana: La absolución de Bemba, un golpe para sus víctimas”. En: *Amnesty International*, de 8 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2018/06/car-acquittal-of-bemba-a-blow-to-victims/>
- “Rodrigo Duterte to pull Philippines out of international criminal court President accuses ICC of crusade against him after it opened inquiry into his war on drugs”. En: *The Guardian*, de 14 marzo 2018. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2018/mar/14/rodrigo-duterte-to-pull-philippines-out-of-international-criminal-court-icc>
- “Rusia: La decisión de retirarse del Estatuto de Roma, un golpe a la justicia internacional”. En: *Amnesty International*, de 16 noviembre 2016. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2016/11/russiadecision-to-pull-out-of-the-rome-statute-is-a-blow-to-international-justice/>
- “South Africa reverses ICC withdrawal: Now make international justice work for all”. En: *Coalition for the ICC*, de 15 marzo 2017. Disponible en: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20170315/south-africa-reverses-icc-withdrawal-now-make-international-justice-work-all>
- “South African High Court Rejects ICC Withdrawal Government Action Ruled Unconstitutional, Invalid”. En: *Human Rights Watch*, de 22 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2017/02/22/south-african-high-court-rejects-icc-withdrawal>
- “UN chief Guterres welcomes the Gambia’s rescission of its withdrawal from International Criminal Court”. En: *Naciones Unidas*, de 16 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=56190#.WUG1bmjyhPY>
- “Un tribunal declara "inconstitucional" e "inválida" la retirada de Sudáfrica del TPI”. En: *Europapress*, de 22 de febrero de 2017. Disponible en: <http://www.europapress.es/internacional/noticia-tribunal-declara-inconstitucional-invalida-retirada-sudafrica-tpi-20170222094719.html>
- “Under New Leader, Gambia Cancels Withdrawal From International Criminal Court”. En: *NPR*, de 14 de febrero de 2017. Disponible en: <http://www.npr.org/sections/thetwo-way/2017/02/14/515219467/under-new-leader-gambia-cancels-withdrawal-from-international-criminal-court>

- “Voices of global civil society”. En: *CICC*. Disponible en: <http://www.coalitionfortheicc.org/fight/voices-global-civil-society>
- “Zambia: El 90% de la población respalda a la CPI. ¿Ha cometido Chiquita crímenes de lesa humanidad?”. En: *Coalition for the ICC*. Disponible en: <http://www.coalitionfortheicc.org/node/1686>
- ADUKU, “Nigeria will not quit ICC: Foreign Ministry”. En: *Nan*, de 2 de febrero de 2017. Disponible en: <http://www.nan.ng/news/nigeria-will-not-quit-icc-foreign-ministry/>
- African Union, *Press Release n° 002/2012*. Disponible en: <http://www.iccnw.org/documents/PR-002-ICC-English-2012.pdf>
- Amnesty International, *La decisión de la cumbre de la UA es un paso atrás para la justicia internacional*, de 1 de julio de 2014. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/press-releases/2014/07/decision-cumbre-ua-paso-atras-justicia-intl/>
- CHAN, S., y SIMONS, M., “South Africa to Withdraw From International Criminal Court”. En: *New York Times*, de 21 de octubre de 2016. Disponible en: https://www.nytimes.com/2016/10/22/world/africa/south-africa-international-criminal-court.html?_r=0
- Corte Penal Internacional, *Statement before the United Nations Security Council on the Situation in Darfur, pursuant to UNSCR 1593 (2005)*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=170608-otp-stat-UNSC>
- GEINGOB, H., “Namibia se queda en la Corte si se viene EEUU”. En: *Reuters*, de 1 de diciembre de 2016. Disponible en: <http://www.reuters.com/article/us-namibia-economy-president-idUSKBN13Q5L0>
- ICC, “Situations and cases”. En: *ICC/CPI website*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx>
- KEPPLER, E., “Plusieurs États membres africains réaffirment leur soutien à la CPI”. En: *Human Rights Watch*, de 17 de noviembre 2016. Disponible en: <https://www.hrw.org/fr/news/2016/11/17/plusieurs-etats->
- Sudan Tribune, *Sudan’s al-Bashir to participate in Arab summit*, de 13 de abril de 2018. Disponible en: <http://www.sudantribune.com/spip.php?article65172>

6. OTROS RECURSOS

- “Principio de legalidad, norma 101”. En: *ICRC, Customary IHL Database*. Disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule101 (última visualización 15 julio 2018).
- *Declaración de Santiago de Compostela sobre el Derecho a la Paz*, de 10 de diciembre de 2010.
- *Estatuto del Alto Tribunal Penal Iraquí de Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 2003.
- Federación Rusa, Ordenanza n° 361-rp, de 16 de noviembre de 2016.
- Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales en los tribunales de Camboya, NS/RKM/080/12, promulgada el 10 de agosto de 2002 (enmendada el 27 de octubre de 2004).

III. JURISPRUDENCIA

1. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1996*, p. 595.
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 43.
- *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 177.
- *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3.

2. CORTE PENAL INTERNACIONAL

- Asunto *Al Bashir*, Sala de Apelaciones, *Sentencia relativa a la apelación del Fiscal contra la decisión relativa a la solicitud de la Fiscalía de una orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-OA, de 3 de febrero de 2010.
- Asunto *Al Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares, *Orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, doc. ICC-02/05-01/09, de 12 de julio de 2010.
- Asunto *Al Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares, *Anexo I Orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, doc. ICC-02/05-01/09-1, de 04 de marzo de 2009.
- Asunto *Al Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares, *Resolución conforme al artículo 87 (7) del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento de la República de Malawi de la petición de cooperación formulada por la Corte respecto del arresto y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139, de 12 de diciembre de 2011.
- Asunto *Al Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares, *Resolución conforme al artículo 87 (7) del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento de la República de Chad de la petición de cooperación formulada por la Corte respecto del arresto y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-140, de 13 de diciembre de 2011.
- Asunto *Al Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares, *Resolución conforme al artículo 87 (7) del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento de la República Democrática del Congo de la petición de cooperación formulada por la Corte respecto del arresto y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, de 9 de abril de 2014.
- Asunto *Al Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares, *Resolución conforme al artículo 87 (7) del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento de Sudáfrica de la petición de cooperación formulada por la Corte respecto del arresto y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-302, de 6 de julio de 2017.
- Asunto *Al Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares, *Resolución conforme al artículo 87 (7) del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento de Jordania de la petición de cooperación formulada por la Corte respecto del arresto y entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, de 11 de diciembre de 2018.
- Asunto *Lubanga Dyilo*, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decisión relativa a la confirmación de los cargos*, ICC-01/04-01/06-797, de 29 de enero de 2007.

- Asunto *Lubanga Dyilo*, Sala de Primera Instancia, *Fallo condenatorio de conformidad con el artículo 76 del Estatuto*, ICC-01/04-01/06, de 14 de marzo de 2012.
- Asunto *Germain Katanga*, Sala de Primera Instancia II, ICC- 01/04-01/07-3484, *Fallo condenatorio de conformidad con el artículo 76 del Estatuto*, 23 de mayo de 2014.

3. OTROS

- Asunto *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Tribunal Especial para Sierra Leona, Fallo de 31 de mayo de 2004.
- Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Documentos oficiales, Tomo I, noviembre de 1945- Octubre 1946.
- United Nations, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY, Trial Chamber I, Section A, *Prosecutor v. Momir Nikolić*, IT-02-60/1-S, Sentencia de 2 diciembre de 2003, párr. 86-87.
- United Nations, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v. Stevan Todorović*, IT-95-9/1-S, Sentencia de 31 de julio de 2001, párr. 29.