

III. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Coordinación a cargo de

Romualdo BERMEJO GARCÍA
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de León

2. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SUDÁN: EL MANDATO DE DETENCIÓN PARA OMAR AL BASHIR

La orden de detención de Omar Al Bashir presidente de Sudán es el resultado del caso sobre Darfur (Sudán) que remitió el Consejo de Seguridad a la Corte Penal Internacional (CPI). El mandato de la Corte hace que surjan, entre otras, algunas interrogantes sobre la competencia de la CPI para conocer del caso, sobre el papel del Consejo de Seguridad en la activación de dicha competencia y sobre la inmunidad como expresión de la soberanía e igualdad de los Estados. Aspectos que serán brevemente tratados dado la naturaleza del presente trabajo.

La creación de la CPI ha sido uno de los logros más importantes del siglo XX en la protección del ser humano y su dignidad, así como en la lucha contra la impunidad. Su Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002. Lo han ratificado 110 Estados, entre los cuales no se incluye Sudán y por ende no es parte de la CPI. Conforme al Estatuto de la Corte, las condiciones previas para el ejercicio de su competencia radican en que el Estado sea parte del Estatuto y con ello acepta la competencia de la Corte respecto a los crímenes referidos en el artículo 5 (art. 12 del Estatuto de la CPI) o cuando han aceptado la competencia de la Corte conforme al párrafo 3 del artículo 12: «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. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX». El Estado de Sudán no se encuadra en ninguno de dichos casos. Entonces cabe preguntarse si ¿este tribunal tiene competencia para conocer de crímenes sucedidos en Sudán y para juzgar a una persona cuyo Estado no ha ratificado el Estatuto?

En primer término hay que señalar que conforme al artículo 13 del Estatuto, la CPI podrá ejercer su competencia respecto de los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, siempre y cuando un Estado parte, o el Consejo de Seguridad remitan al fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes, o que el fiscal inicie de oficio una investigación. En su momento, Uganda, República Democrática del Congo y República Centroafricana lo han hecho sobre situaciones de crímenes internacionales sucedidos en sus territorios (los primeros casos conocidos por la Corte y remitidos por los propios países).

En el caso de Darfur el Consejo de Seguridad, en mérito a las conclusiones de la Comisión Internacional de Investigación de Naciones Unidas sobre la situación de Darfur creada en octubre de 2004 mediante la Resolución 1564, con fecha 31 de marzo de 2005 aprobó la Resolución 1593 que le permite remitir la situación de Darfur a la fiscalía de la CPI, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (Amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión), pero, como es lógico, se limita a remitir la situación de Darfur y no identifica al o los presuntos autores de dicha situación, menos aún solicita la detención, por cuanto el ejercicio de la acción penal le corresponde al Fiscal.

Conforme al artículo 19 del Estatuto, «La Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas...», la Corte se declara competente.

Tras dos años de investigación, en mayo de 2007, la CPI emite las primeras órdenes de arresto contra algunos líderes de Sudán, como el ex viceministro del Interior y el líder de la milicia Janjaweed. Al año siguiente, 2008, el Fiscal concluye que existen indicios razonables para creer que Omar Al Bashir debe responder penalmente por tres delitos de competencia de la Corte y solicita su captura.

La Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI (la Sala), luego de examinar la solicitud de la fiscalía, presentada el 14 de julio de 2008, en el expediente de la situación de Darfur, por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, donde solicita se dicte una orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, consideró que hay motivos razonables para creer que Omar Al Bashir es penalmente responsable conforme al artículo 25.3.a del Estatuto en calidad de autor indirecto, o en calidad de coautor indirecto por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, y que su detención es necesaria con arreglo al artículo 58.1.b del Estatuto, es decir, para asegurar su comparecencia en el juicio. La Sala se pronunció sobre dos de los tres crímenes que denunciaba el Fiscal, desestimó el cargo de genocidio al no encontrar una clara intención para destruir y exterminar a una parte de la población.

La Sala cree que existen motivos razonables para señalar que desde marzo de 2003 hasta por lo menos el 14 de julio de 2008, existió en Darfur un conflicto armado prolongado sin carácter internacional (artículo 8.f.2 del Estatuto) entre el Gobierno de Sudán y varios grupos armados organizados, en especial, el Movimiento y Ejército de Liberación del Pueblo Sudanés y el Movimiento Justicia e Igualdad. Además, considera que hay motivos razonables para creer que al tiempo del ataque al aeropuerto de El Fasher en abril de 2003, el Gobierno del Sudán emitió un llamamiento general para la movilización de las milicias Janjaweed en respuesta a las actividades de los grupos mencionados y otros grupos armados de oposición en Darfur, y desde entonces, por conducto de las fuerzas del Gobierno de Sudán, incluidas las Fuerzas Armadas sudanesas y sus aliados las milicias Janjaweed, la Fuerza de Policía sudanesa, el Servicio Nacional de Inteligencia y Seguridad y la Comisión de Ayuda Humanitaria, llevó a cabo una campaña de contrainsurgencia en toda la región de Darfur contra dichos grupos de oposición, que ha continuado hasta la fecha de presentación de la solicitud por la Fiscalía.

En este contexto señala que hay motivos razonables para creer que una de esas campañas fue el ataque ilícito a la parte de la población civil de Darfur –en gran medida perteneciente a los grupos Fur, Masalit y Zaghawa– a los que el Gobierno consideraba como próximos a la oposición. En conclusión, para la Sala, como parte de la campaña de contrainsurgencia del Gobierno de Sudán, se cometieron crímenes de guerra en el sentido de los incisos i) y v) del apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto. Es decir, por dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades, y por atacar y bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares.

La Sala también considera que el ataque ilícito a esa parte de la población civil de Darfur era sistemático y generalizado, ya que afectaba a centenares de miles de personas y se llevó a cabo en grandes porciones del territorio de la región Darfur. Señala que hay motivos razonables para considerar que las fuerzas del Gobierno de Sudán sometieron a miles de civiles, principalmente pertenecientes a los grupos Fur, Masalit y Zaghawa, en toda la región de Darfur, a actos de asesinato, exterminio, traslado forzoso, tortura y violación. En conclusión, la Sala considera que hay motivos para creer: que las fuerzas de Gobierno, mencionadas anteriormente, cometieron crímenes de lesa humanidad (artículo 7.1.a, b, d, f, g) en toda la región de Darfur, y que Omar Al Bashir, presidente de *jure* y *de facto* del Estado de Sudán y Comandante y jefe de las Fuerzas Armadas sudanesas desde marzo de 2003 hasta el 14 de julio de 2008, ha coordinado junto con otros dirigentes políticos y militares de alto rango, el diseño y la aplicación de la campaña de contrainsurgencia.

Además, determinó alternativamente que existen motivos razonables para creer que el papel de Omar Al Bashir iba más allá de la coordinación del diseño y la aplicación del plan común, tenía el control absoluto de todas las ramas del «aparato» del Estado de Sudán y utilizó ese control para asegurar la aplicación del plan común. En definitiva, en este contexto, para la Sala hay motivos razonables para creer que es penalmente responsable como autor indirecto, o en calidad de coautor indirecto conforme al apartado a) del párrafo 3 del artículo 25 del Esta-

tuto, que establece claramente que de conformidad con el Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de competencia de la Corte, quien comete un crimen por sí solo con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable. Para la Corte, el presidente se ha servido del aparato del Estado en su conjunto, por cuanto es el que tiene el poder absoluto sobre las distintas fuerzas, incluido el ejército.

En consecuencia, en mérito al artículo 58.1 del Estatuto, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, tras examinar la solicitud y las pruebas presentadas, el 4 de marzo de 2009, ordena la detención de Omar Hassam Ahmad Al Bashir, por considerarla necesaria para asegurar su comparecencia ante la Corte, para que no obstruya ni ponga en peligro la investigación en curso de los crímenes de los que supuestamente es responsable, y para que no siga cometiendo dichos crímenes.

Se trata de una detención preventiva cuyo fin es asegurar la comparecencia en el juicio y su realización sin interferencias. En este contexto sería conveniente el análisis teniendo en cuenta la inmunidad como expresión de la soberanía e igualdad de los Estados. De la decisión no se advierte ninguna referencia a la inmunidad *ratione materiae* ni *ratione personae* que se pudiera aplicar o no al caso. Desde luego, el avance en el reconocimiento de la responsabilidad internacional del individuo por determinados crímenes constituye cada vez más un límite al alcance de las inmunidades jurisdiccionales. Asumiendo el principio de la improcedencia del cargo oficial, cuando se trata de crímenes como los señalados por la Sala, no cabría plantear la inmunidad *ratione materiae*, por cuanto estos crímenes constituyen una excepción a la aplicación de esta inmunidad (cfr. CASSESE, A. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 265-268). Pero no sucede lo mismo con la inmunidad *ratione personae* otorgada a los jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores en virtud del cargo que desempeñan. La jurisprudencia de la CIJ ha señalado que estas autoridades en funciones gozan de inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad (cfr. Asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000, República Democrática del Congo contra Bélgica, *I.C.J. Reports* 2002).

La CPI, probablemente consciente de las dificultades en la ejecución de su decisión, solicitó a todos los Estados partes en el Estatuto de Roma, a los dos días de la orden de detención, a través de la ICC-02/05-01/09 de fecha 6 de marzo, la colaboración en la detención y entrega de esta persona. Dicha solicitud está expresamente reconocida en el Estatuto, así como la obligación de los Estados partes de cooperar plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia (art. 86). El Estatuto también autoriza a la Corte a invitar a cualquier Estado que no sea parte a prestar cooperación internacional y asistencia judicial sobre la base de un arreglo especial, sea a través de un acuerdo con dicho Estado o de cualquier otra forma. Así, sus actuaciones no se limitan al territorio de los Estados partes, sino que pueden extenderse al territorio de cualquier Estado, previo acuerdo especial (art. 4.2).

El artículo 89.1 del Estatuto se refiere a la «*Entrega de personas a la Corte*», e indica que la Corte puede transmitir, con los antecedentes que la justifiquen, una solicitud de detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitará la cooperación de ese Estado. Este artículo señala que los Estados partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega conforme con las disposiciones de esta parte del Estatuto y el procedimiento establecido en su derecho interno. Desde luego, los únicos que están obligados legalmente son los Estados Partes, y más allá de éstos sólo podrán hacerlo los Estados como un acto de responsabilidad moral y cooperación en la lucha contra la impunidad. No hay que olvidar que forman parte de un instrumento internacional y asumir la competencia contenciosa de los tribunales internacionales es un acto unilateral y discrecional de los Estados.

La Sala en la solicitud de colaboración a los Estados partes, en caso de detención y entrega, pide se garantice la seguridad hasta su entrega definitiva a la secretaría de la Corte; y conforme al artículo 87.4, podrá adoptar las medidas necesarias para proteger la seguridad y el

bienestar físico o psicológico de las víctimas, los posibles testigos y sus familiares. Llama la atención que sólo haga referencia a garantizar su seguridad, y no así a brindar las garantías judiciales o el debido proceso que se le reconoce a toda persona a través de los diversos instrumentos jurídicos internacional (arts. 55 y 67 del Estatuto de la CPI) desde el momento de su detención y durante la investigación, por ser un derecho fundamental con el que debe contar cualquier persona, al margen de la gravedad del ilícito que se le impute.

La orden de detención seguirá en vigor mientras la Corte no disponga otra cosa (art. 58.4 del Estatuto) o el Consejo de Seguridad solicite la suspensión de la investigación o enjuiciamiento a la CPI por doce meses renovables (art. 16). Sin embargo, esta última opción no parece que vaya a prosperar considerando que el caso ha sido remitido por el propio Consejo de Seguridad y, de ser así, si tendrá incidencia en la orden de detención. Lo cual no es una cuestión menor dada las implicaciones que puede tener.

Es de destacar que la orden de detención de Omar Al Bashir es un caso *sui generis* desde diversos puntos de vista. Sudán, el territorio donde han sucedido los hechos, no es Estado parte de la CPI, la orden de captura es contra un presidente de Gobierno en funciones y el Consejo de Seguridad actúa por vez primera con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas ante la justicia internacional de responsabilidad individual. Su trascendencia radica en que sienta un precedente para el futuro, dado que cualquier persona de un Estado, sea éste parte o no de la CPI, que cometa crímenes de competencia de la Corte, puede correr la misma suerte que Omar Al Bashir y otros funcionarios de Sudán. Marca un hito en la lucha contra la impunidad, aunque la efectividad de dicho mandato está aún por verse.

Desde la orden dictada por la CPI en varias ocasiones las autoridades sudaneses han señalado que Sudán no es parte de la CPI y que no entregarán a Omar Al Bashir. El 1 de noviembre ante la Asamblea General de Naciones Unidas reiteró que no es miembro del Estatuto de Roma, por tanto la CPI no tiene jurisdicción en este asunto. Habiendo transcurrido nueve meses desde la orden de detención, ésta no ha sido ejecutada por parte de Sudán ni de otros Estados en los que ha estado Omar Al Bashir.

Si bien Sudán es Estado parte de la Carta de las Naciones Unidas, desde el 12 de noviembre de 1956, por lo que se encuentra vinculado a las decisiones del Consejo de Seguridad, es aún una línea sombría la relación de obligatoriedad de Sudán en este asunto por cuanto incluye un trámite ante otra institución internacional del que este Estado no es parte.

De ninguna disposición del Estatuto de la CPI se advierte la obligación de cooperar que tiene un Estado que no sea parte de él, pero ello no significa una prohibición. Probablemente a esto se deba que los Estados no parte hagan caso omiso al mandato de la Corte, tal es así que Omar Al Bashir, tras la orden de la CPI, ha seguido movilizándose por diversos países con soltura. Asistió a la cumbre de cooperación económica Turquía-África en Estambul, asimismo visitó Eritrea, Egipto, Arabia Saudí, Qatar, Libia, entre otros, en un claro desafío a la justicia internacional. Estos Estados no han aceptado la orden de detención. Justamente Qatar y Libia, junto a Estados Unidos, China, Irak, Yemen, e Israel, son los que mostraron su oposición a la creación de la CPI.

En este sentido, todos los Estados del mundo deberían cooperar en la lucha contra la impunidad por cuanto se trata de la violación de normas imperativas de derecho internacional aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto, las mismas que generan obligaciones *erga omnes*. En una ponderación de intereses se privilegia la protección de los derechos del ser humano. Es así que la inmunidad *ratione materiae* encuentra su límite en este aspecto [cfr. FRULLI, M., «Le droit International et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux», en Cassese, A. y Delmas-Marty (dir.) *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, Paris, 2002, pp. 223-225].

Ante la imposibilidad de poner a Omar Al Bashir a disposición de la Corte por parte de los Estados, muchas organizaciones exigen al Consejo de Seguridad un papel más protagónico en

este asunto, y señalan que debe ejercer presión para la entrega y juicio del presidente de Sudán y de las otras personas sobre los que recaen órdenes de captura.

El cumplimiento de la decisión de la Corte depende única y exclusivamente de la buena voluntad de los Estados. Hay que recordar que no cuenta con una fuerza policial que ejecute sus decisiones.

Sea cual sea el resultado a corto plazo, lo cierto es que constituye un precedente importante en la lucha contra la impunidad, y bajo los argumentos esgrimidos será posible el juzgamiento de todos aquellos autores directos o indirectos de los crímenes de competencia de la Corte.

Pero no hay que perder de vista que la CPI tiene carácter complementario de las jurisdiccionales penales nacionales (artículo 1 del Estatuto). Así en primer orden es obligación de los Estados juzgar en su territorio y en aplicación de su derecho interno a aquellos que hayan cometido crímenes de la naturaleza que se investiga en el caso Omar Al Bashir.

Para ello, por un lado es necesaria la voluntad del Estado en evitar la impunidad, además de contar con tribunales competentes, independientes e imparciales que brinden las garantías del debido proceso a todas las personas; y por otro lado contar con una legislación interna que tipifique los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. Un ejemplo de la eficacia del derecho interno en la protección de los derechos humanos del siglo XXI y en la lucha contra la impunidad es el caso Fujimori, donde el ex presidente del Perú ha sido juzgado y condenado a veinticinco años de pena privativa de libertad, como autor mediato por los delitos de lesa humanidad, por el tribunal interno de Perú en abril de 2009.

Si bien el caso de Darfur es especial por cuanto el presunto autor de los actos criminales está aún en el poder no significa que tales actos queden de por vida en la impunidad, por cuanto el derecho interno puede hacer justicia encontrando a todos y cada uno de los responsables de los crímenes de Darfur.

Finalmente, tanto para las víctimas como para la gran parte de la comunidad internacional respetuosa de los derechos del ser humanos, cuanto antes se investiguen los hechos sucedidos en Darfur y se sancione al o los responsables será mejor. Pero de no ser así es una cuestión de tiempo, por cuanto hechos de tal magnitud no prescriben y Omar Al Bashir perderá en algún momento la inmunidad *ratione personae* con la que cuenta mientras está en funciones, la misma que a lo mejor dificultará su llegada a la CPI.

Florabel QUISPE REMÓN

Universidad Carlos III de Madrid