

Observaciones de una *amica curiae* en el caso Al-Bashir ante la Corte Penal Internacional

Observations of an amica curiae in the Al-Bashir case at the International Criminal Court

Yolanda GAMARRA

Catedrática de Derecho internacional público y Relaciones Internacionales
Universidad de Zaragoza
gamarra@unizar.es

RECIBIDO EL 15 DE ENERO DE 2020 / ACEPTADO EL 17 DE FEBRERO DE 2020

Resumen: Este trabajo expone mi experiencia como *amica curiae* en el caso Al-Bashir ante la Corte Penal Internacional (CPI). La presentación de observaciones sobre cuestiones de interés ante la Sala de Apelaciones de la CPI fue una excelente oportunidad para reflexionar sobre diferentes problemas que afectan al derecho internacional contemporáneo, en particular: (i) el conflicto de fuentes entre el Estatuto de Roma y tratados y costumbres internacionales sobre inmunidades; ii) la cooperación vertical requerida por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (NU) a todos los Estados con respecto a la detención y entrega de Al-Bashir de conformidad con el artículo 89 del Estatuto, y iii) las obligaciones internacionales derivadas del Estatuto de Roma y la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de NU y sus obligaciones en virtud de otras convenciones bilaterales o multilaterales.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, Obligaciones, Inmunidades de los Jefes de Estado, Derecho de los tratados, costumbre, Sudán, Reino Hachemita de Jordania.

Abstract: This work exposes my experience as an *amica curiae* in the Al-Bashir case at the International Criminal Court (ICC). The submission of comments on issues of interest to the ICC Appeals Chamber was an excellent opportunity to reflect on different questions affecting contemporary international law, in particular: (i) the clash of sources between the Rome Statute and treaties and international customs on immunities; ii) the vertical cooperation required by the United Nations (UN) Security Council to all States with respect to the detention and delivery of Al-Bashir in accordance with article 89 of the Statute, and iii) international obligations arising from the Statute of Rome and Resolution 1593 (2005) of the UN Security Council and its obligations under other bilateral or multilateral conventions.

Keywords: International Criminal Court, Obligations, Immunities of Heads of State, Law of Treaties, custom, Sudan, The Hashemite Kingdom of Jordan

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. *AMICUS CURIAE* EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES. 1. La institución jurídica del *amicus curiae*. 2. Modos de participación del *amicus curiae*. 3. Funciones de los profesores de derecho internacional. III. EFECTOS DE LA IRRUPCIÓN DE *AMICUS CURIAE* EN TRIBUNALES INTERNACIONALES. 1. Legitimidad de las sentencias. 2. Transparencia del proceso judicial internacional. IV. MIS OBSERVACIONES COMO *AMICA*. 1. La prevalencia del Estatuto sobre otras obligaciones internacionales. 2. Sobre la cooperación vertical con un tercer Estado. 3. Obligaciones internacionales derivadas del Estatuto y de la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. V. CONCLUSIONES.

«Las leyes no bastan para prevenir toda injusticia, para librarnos de ella, ni aun para castigarla. Hay otro resorte más fuerte, en el que pensamos poco, o, al menos, por cuya fortaleza no procuramos con bastante ahínco, creyendo que todo depende de garantías exteriores. Este resorte es la pureza jurídica de nuestra intención, nuestro sentido moral y de derecho, única cosa que nos hará justos en todos nuestros actos (...) y que garantizará de veras, en la práctica, la justicia para los otros», Rafael Altamira y Crevea, «Justicia y Escuela», *Idilla*, Elda, 1928¹.

¹ Texto recogido en *Rafael Altamira, 1866-1951*, Alicante, Instituto de Estudios 'Juan Gil Albert' / Diputación Provincial de Alicante, 1987, p. 187.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo trata de mi participación como profesora de derecho internacional en calidad de *amica curiae* en el caso Al-Bashir ante la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI)². Se presentaron un total de dieciséis manifestaciones de interés que englobaban a veintisiete profesores de derecho internacional conforme al mandato de la Sala de Apelaciones de la CPI³. La autora manifestó su interés en participar⁴, e invitada a presentar sus observaciones escritas y orales ante la Sala de Apelaciones de la CPI entre abril y octubre de 2018⁵. Los *amici curiae* finalmente invitados presentamos observaciones jurídicas sobre el fondo del caso que afectaba a la obligación de cooperación del Reino Hachemita de Jordania (en adelante, Jordania) con la CPI para la detención y entrega de Al-Bashir (entonces Jefe de Estado de Sudán)⁶.

La particularidad del caso Al-Bashir reside en que por primera vez la Sala de Apelaciones de la CPI invitó por su propia iniciativa a profesores de derecho internacional a presentar observaciones sobre el fondo del asunto en un intento por resolver un caso con implicaciones políticas y sociales que transcendían elementos puramente técnico jurídicos⁷. El ámbito de las inmu-

² En este trabajo se utilizan las locuciones latinas *amicus curiae*, *amici curiae* (plural) y *amica curiae* (femenino) indistintamente

³ The Prosecutor v. Al-Bashir, Order inviting expressions of interest as *amici curiae* in judicial proceedings (pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence). ICC-02/05-01/09 OA2 (29 March 2018).

⁴ El 30 de abril de 2018, solicité permiso a la Sala de Apelaciones de la CPI, de conformidad con el artículo 103 par. 1 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, para presentar observaciones como *amica curiae* sobre el fondo de las cuestiones legales presentadas por el Reino Hachemita de Jordania contra la «Decisión en virtud del artículo 87 par. 7 del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento por parte de Jordania de la solicitud de la CPI de detención y entrega [de] Omar Al-Bashir». ICC-02 / 05-01 / 09-326 (12 March 2018). Véase asimismo, The Prosecutor v. Al-Bashir, Request for leave to submit *amicus curiae* observations pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence. ICC-02/05-01/09 OA2 (30 April 2018)

⁵ Véase The Prosecutor v. Al-Bashir, Decision on the request for leave to file observations pursuant to rule 103 of the Rules of the Procedure and Evidence, the request for leave to replay and further processes in the appeal. ICC-02/05-01/09 OA2 (21 May 2018), par. 6.

⁶ Véase The Prosecutor v. Al Bashir, *Amicus Curiae* Observations Pursuant To Rule 103 Of The Rules Of Procedure And Evidence On The Merits Of The Legal Questions Presented In The Hashemite Kingdom Of Jordan's Appeal Against The Decision Under Article 87(7) Of The Rome Statute On The Non-Compliance By Jordan With The Request By The Court For The Arrest And Surrender Of Omar Al-Bashir Of 12 March 2018. ICC-02/05-01/09 OA2 (18 June 2018).

⁷ Los distintos procesos seguidos en la CPI generan expectación por la dimensión política de los mismos, no sólo de Sudán, si no de otros casos como la República Democrática del Congo,

nidades de los Jefes de Estado y Presidentes (o Vicepresidentes) de Gobierno (o jefes militares) despierta gran interés entre los profesionales del derecho internacional desde hace décadas⁸. Los casos de Pinochet, Milosevic, Taylor, Al-Bashir, Gotovina o Bemba, entre otros, acreditan la atracción que las inmunidades de los Jefes de Estado o Presidentes (o Vicepresidentes) de Gobierno o líderes militares generan desde hace décadas entre los estudiosos del derecho internacional y organismos como la Comisión de Derecho Internacional, entre otros⁹.

En 2005, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (en adelante NU) adoptó la Resolución 1593 en la que se instaba a la Fiscalía de la CPI a que iniciase investigaciones sobre los crímenes cometidos por Al-Bashir en la región de Darfur (Sudán)¹⁰. En marzo de 2017, la CPI emitió una tercera orden de detención y entrega cuando Al-Bashir viajó a Jordania para asistir a la cumbre anual de la Liga de Estados Árabes¹¹. Jordania rechazó la solicitud de cooperación para detener y entregar a Al-Bashir a la Fiscalía de la CPI alegando que

Uganda, Costa de Marfil o Palestina, entre otros. Véase sobre Palestina la opinión de RICHMOND-BARAK, D., «Of Temporal Jurisdiction and Power Struggles in the ICC's Palestine Investigation», *EJIL Talk*, 22 de enero de 2020, disponible en: <<https://www.ejiltalk.org/of-temporal-jurisdiction-and-power-struggles-in-the-iccs-palestine-investigation/>>

⁸ Véanse entre otros trabajos BANTEKAS, I. y NASH, S., *International Criminal Law*, Londres, Routledge, 2003; CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford, Hart, 2009; BASSIOUNI, M.C., *Introduction to international criminal law*, The Hague, Brill Nijhoff, 2013; WERLE, G. y JESSBENGER, F., *Principles of international criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, y O'KEEFE, R., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

⁹ Al margen de los casos citados véanse los trabajos que se están llevando a cabo en el seno de la International Law Commission (ILA), *Seventh report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur. A/CN.4/729, 18 abril 2019, pp. 26 y ss.

¹⁰ GAMARRA, Y. y VICENTE, A., «Securing Protection to Civilian Population: The Doubtful United Nations Response in Sudan», *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2004/1, pp. 195-226, o TOTTEN, S. y MARKUSSEN, E., *Genocide in Darfur: Investigating the atrocities in the Sudan*, Londres, Routledge, 2013, entre otros.

¹¹ La CPI había dictado anteriormente dos órdenes de detención y entrega, una en 2009 y otra en 2010 contra Al-Bashir. La CPI en sí no tiene autoridad para detener sospechosos y debe confiar en uno de los 123 Estados miembros para transferir a los acusados. Desde que se emitieron las órdenes de detención, Al-Bashir realizó numerosos viajes al extranjero, incluso a Estados que son parte de la CPI, como Sudáfrica, Uganda y Jordania. Como Estados miembros, se supone que los gobiernos de los Estados miembros deben detener a las personas acusadas si viajan a su territorio y ser entregadas a la Fiscalía de la CPI.

gozaba de inmunidades como Jefe de Estado de acuerdo con «las normas de derecho internacional consuetudinario»¹².

La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI rechazó este argumento en su decisión de 11 de diciembre de 2017, al dictaminar que Jordania no podía ofrecer su propia interpretación de la normativa internacional sobre asuntos de inmunidades¹³. La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI confirmó que, debido a la naturaleza de los crímenes, Al-Bashir no gozaba de inmunidad para la detención y entrega tradicionalmente reconocida a los Jefes de Estado y de Gobierno y, como tal, Jordania violaba su deber de cooperar con la CPI al no detenerlo y entregarlo a la Fiscalía¹⁴.

Jordania recurrió la decisión y la Sala de Apelaciones de la CPI inició un proceso de revisión del caso entre marzo y octubre de 2018 que culminó con la sentencia de 6 de mayo de 2019¹⁵. La Sala de Apelaciones de la CPI concluyó que no existía una práctica estatal que respaldase la existencia de inmunidad del Jefe de Estado en virtud del derecho internacional¹⁶. Por contra, la Sala de Apelaciones de la CPI rehusó remitir la no cooperación de Jordania ante la Asamblea de Estados Parte o ante el Consejo de Seguridad de NU revocando la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en la que recomendó que dicha sanción era necesaria¹⁷.

Con estos hechos presentes, mi propósito aquí es analizar el estatuto de los profesores de derecho internacional como *amici curiae* ante los tribunales internacionales, en particular ante la CPI, los efectos de la participación de tal institución en las jurisdicciones supranacionales y presentase las observaciones formuladas como *amica*¹⁸. Para ello, primero trato de quién, cuándo y bajo qué

¹² The Prosecutor v. Al-Bashir, Decision requesting the Hashemite Kingdom of Jordan to provide further information. ICC-02/05-01/09-301-Conf-Anx, par. 3 (18 September 2017).

¹³ The Prosecutor v. Al-Bashir, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender or (sic) Omar Al-Bashir, JCC-02/05-01/09 (11 December 2017).

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal. ICC-02/05-01/09 OA2 (6 May 2019).

¹⁶ *Ibid.*, par. 52.

¹⁷ Jordania argumentó en apelación que había tratado de resolver esta disputa con la CPI y que la Sala de Cuestiones Preliminares estaba tratando a Jordania de manera diferente a como había tratado a Sudáfrica en un caso anterior. The Prosecutor v. Al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal. ICC-02/05-01/09 OA2 (6 May 2019).

¹⁸ Sobre la figura del *amicus curiae* en tribunales internacionales, véanse BARTHOLOMENSZ, L. «The *amicus curiae* before international courts and tribunals», *Non-State Actors and International Law*, 2005, vol. 5, n1 3, pp. 209-266; WILLIAMS, S. y WOOLAVER, H., «The role of the *amicus curiae* before international criminal tribunals», *International Criminal Law Review*,

formas puede participar un *amicus curiae* ante un tribunal internacional, bien de derechos humanos, internacional penal, arbitraje de inversiones o tribunal de cualquier otra naturaleza y analizo las funciones de que goza un *amicus curiae* al participar en un proceso judicial internacional.

Segundo, exploro los efectos de la intervención del *amicus curiae* en los distintos procesos abiertos en tribunales internacionales. Me centro en el análisis de la legitimidad de los tribunales internacionales en la impartición de justicia y transparencia del procedimiento internacional y de las sentencias definitivas. Aquí reflexiono sobre qué es lo que pretenden los tribunales al invitar a *amici curiae* a participar en los procesos: ¿quieren formarse una mejor opinión o dar base más sólida a la que ya tienen?

Tercero, expongo las observaciones sometidas a consideración de la Sala de Apelaciones de la CPI: (i) el conflicto de fuentes entre el Estatuto de Roma (en adelante, Estatuto) y los tratados y normas de derecho consuetudinario sobre inmunidades; ii) la cooperación vertical requerida por el Consejo de Seguridad de NU a todos los Estados con respecto a la detención y entrega de Al-Bashir de acuerdo con el artículo 89 del Estatuto y, iii) las obligaciones internacionales derivadas del Estatuto y de la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de NU y sus obligaciones en virtud de otros convenios bilaterales o multilaterales. Para lograrlo recorro a los conceptos e instituciones jurídicas compartidas por los juristas internacionalistas, tales como soberanía, inmunidades, derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, obligaciones verticales, entre otros¹⁹.

El trabajo se cierra con unas reflexiones acerca del valor de la figura del profesor de derecho internacional como *amicus curiae* en procesos internacio-

2006, pp. 151-189; SANDS, P.J. y MACKENZIE, R., «International Courts and Tribunals, *Amicus Curiae*», en WOLFRUM, R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 519-526; PASCUAL VIVES, F.J., «El desarrollo de la institución del *Amicus Curiae* en la jurisprudencia internacional», *REEI*, vol. 21, 2011; VILJOEN, F y ABEBE, A., «*Amicus curiae* Participation Before Regional Human Rights Bodies in Africa», *Journal of African Law*, vol. 58, 2014, pp. 22-44; LOSARDO, M.F., «*Amicus Curiae* en el plano internacional», *Lecciones y Ensayos*, 2014, n° 92, pp. 101-128; AVIDAN, S. y TRINIDAD, J., «The Management of Third-Party *Amicus* Participation before International Criminal Tribunals: Juggling Efficiency and Legitimacy», *International Criminal Law Review*, vol. 17, 2017pp. 740-745; WILK, A., *Amicus curiae before International Courts and Tribunals*, Hart/Nomos, 2018, o WILLIAMS, S., WOOLAVER, H. y PALMER, E., *The Amicus Curiae in International Criminal Justice*, Londres, Hart Publishing, 2020.

¹⁹ JOUANNET, E., «Koskeniemi: A Critical Introduction», en KOSKENIEMI, M., *The Politics of International Law*, Londres, Hart Publishing, 2011, pp. 8 y 9.

nales penales y sus efectos en el desarrollo del derecho internacional. Se trata, en definitiva, de compartir una experiencia con los profesionales del derecho internacional y extraer algunas lecciones útiles para futuros *amici curiae*.

II. *AMICUS CURIAE* ANTE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

1. *La institución jurídica del amicus curiae*

La institución procesal de origen romano del *amicus curiae* está cada vez más extendida en los procesos judiciales internacionales²⁰. La institución fue concebida en el derecho interno para proporcionar observaciones sobre los hechos o *de iure* a un tribunal con el fin de alcanzar una solución coherente de una controversia. Los *amici curiae* son personas o entidades ajenas a la causa que buscan auxiliar a los tribunales en controversias que son relevantes para una determinada comunidad jurídico política²¹.

El *amicus curiae* vendría a ser el «amigo» del tribunal que ofrece observaciones, consideraciones, argumentos o conocimientos sobre un caso concreto, bien de forma escrita u oral en un proceso judicial nacional e internacional. No es parte en el procedimiento, más bien interviene en calidad de invitado a formular observaciones en una fase determinada del procedimiento.

Esta institución procesal goza de gran tradición en los Estados anglosajones regidos por el *common law*²². En estos sistemas jurídicos, los precedentes judiciales son el asidero con los que se tratan de acoplar diferentes puntos de vista como forma de legitimar decisiones en casos análogos²³. El *amicus curiae* se ha expandido al ámbito internacional en donde cada vez es más frecuente la participación de terceros en procesos judiciales mostrando la influencia del sistema jurídico anglosajón en el funcionamiento de los tribunales internacionales.

²⁰ SANDS, P.J. y MACKENZIE, R., «International Courts and Tribunals, *Amicus...*», *cit.*, pp. 519 y ss., y PASCUAL VIVES, F.J., «El desarrollo de la institución...», *cit.*, pp. 8 y ss.

²¹ AVIDAN, S. y TRINIDAD, J., «The Management of Third-Party *Amicus* Participation before International Criminal Tribunals: Juggling Efficiency and Legitimacy», *cit.*, pp. 740 y ss.

²² Véase KRISLOV, S., «The *Amicus Curiae* Brief: From Friendship to Advocacy», en VVAA., *Roles of the Attorney General of the United States*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1968, pp. 71 y ss.

²³ SCOURFIELD McLAUCHLAN, J., *Congressional Participation as Amicus Curiae Before the U.S. Supreme Court*, Nueva York, LFB Scholarly Publishing, 2005, y SIMPSON, R.W. y VASALY, M.R., *The Amicus Brief: How to Be a Good Friend of the Court*, Nueva York, American Bar Association, 2004.

En unas ocasiones la figura está reconocida en los reglamentos de los tribunales y, en otras, su regulación es implícita o casuística²⁴. La institución está prevista en los Estatutos o Reglas de Procedimiento de tribunales internacionales penales o de derechos humanos, pero también en instrumentos de órganos de arreglo de las controversias comerciales como Reglamentos u Entendimientos, caso de la OMC o del TJUE²⁵.

El *amicus curiae* encuentra reconocimiento explícito en instrumentos como el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en cuyo artículo 2 la institución queda contemplada en los siguientes términos:

«La expresión ‘*amicus curiae*’ significa la persona o la institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia»²⁶.

Esta institución se recoge asimismo en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950), en cuyo artículo 36 par. 2 se contempla la participación de terceros²⁷ desarrollado por el artículo 44 pars. 3-5 de las Reglas de Procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)²⁸.

Igualmente, la institución queda contemplada en la regla 103 de Procedimiento y Prueba de la CPI, titulada: «*Amicus curiae* y otras formas de presentar observaciones» y que reza así:

1. La Sala, si lo considera conveniente para una determinación adecuada de la causa, podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a

²⁴ Véase más amplia información en: WILLIAMS, S.; WOOLAVER, H. y PALMER, E., *The Amicus Curiae in International Criminal Justice*, *cit.*

²⁵ Véase más amplia información en PASCUAL VIVES, F.J., «El desarrollo de la institución del *Amicus Curiae* en la jurisprudencia internacional», *cit.*, pp. 8 y ss.

²⁶ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf>

²⁷ En cuyo artículo se establece en relación con el acceso de terceros al TEDH: «En interés de la buena administración de la justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista», disponible en <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf>

²⁸ Reglamento de Procedimiento del TEDH disponible en <https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf>

un Estado, a una organización o a una persona a que presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere procedente.

2. El Fiscal y la defensa tendrán la oportunidad de responder a las observaciones formuladas de conformidad con la subregla 1.

3. La observación escrita que se presente de conformidad con la subregla 1 será depositada en poder del Secretario, que dará copias al Fiscal y a la defensa. La Sala fijará los plazos aplicables a la presentación de esas observaciones»²⁹.

De unos y otros instrumentos jurídicos se infiere que la institución del *amicus curiae* goza de un marcado carácter discrecional. La discrecionalidad se entiende como la facultad del juez para decidir abrir el proceso a terceros y de seleccionar a los más idóneos. La Sala de Apelaciones de la CPI en el caso *Lubanga* confirmó dicha discrecionalidad³⁰. Esta característica obedece a que el órgano que solicita la intervención de terceros puede aceptar o no las expresiones de interés sometidas a consideración del órgano que resuelve la controversia. No siempre son aceptados los *amici curiae* que manifiestan interés en participar en el proceso. De modo que los jueces gozan del poder de seleccionar a los terceros más capaces e idóneos para ofrecer argumentos jurídicos claros y coherentes al juez³¹.

En el caso Al-Bashir, la Sala de Apelaciones de la CPI mantuvo su discrecionalidad en el mandato emitido solicitando manifestaciones de interés incluyendo una decisión adicional: invitar a determinadas organizaciones internacionales, seleccionar a los Estados Partes que manifiesten interés (en este caso México) y abrir la participación a profesores de derecho internacional que se considerasen los más idóneos por su trayectoria y prestigio para presentar observaciones sobre el fondo de las cuestiones jurídicas planteadas en la apelación excluyendo, en este caso, a las organizaciones no gubernamenta-

²⁹ Reglas de Procedimiento y Prueba, BOE, 231, de 26 de septiembre de 2011, disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2011/09/26/pdfs/BOE-A-2011-15117.pdf> Las Reglas de Procedimiento y Prueba constituyen un instrumento para la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, al cual está subordinado en todos los casos.

³⁰ The Prosecutor v. Al-Bashir, Decision on «Motion for Leave to File Proposed Amicus Curiae Submission of the International Criminal Bar Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence». ICC-01/04-01/06 OA 11 (22 April 2008), par. 8.

³¹ Más información se puede encontrar en: WILLIAMS, S.; WOOLAVER, H. y PALMER, E., *The Amicus Curiae in International Criminal Justice*, cit.

les³². Así, los profesores de derecho internacional tuvieron la oportunidad de presentarse al proceso selectivo y la Sala de Apelaciones de la CPI invitó a los más competentes en relación con el caso a participar activamente en el procedimiento para aportar argumentos útiles y determinantes³³.

2. *Modos de participación del amicus curiae*

La intervención del *amicus curiae* en los procedimientos judiciales es amplia. En los procesos judiciales internacionales pueden intervenir tanto profesores especializados en las materias y abogados, como organizaciones no gubernamentales, organizaciones empresariales, sindicatos, grupos religiosos, Colegios de Abogados, entidades públicas como órganos de la Administración del Estado y organizaciones internacionales³⁴. En otras palabras, un tercero puede intervenir siempre y cuando sea invitado por el tribunal, bien sea persona natural o jurídica de Derecho público o privado con acreditada trayectoria en la materia objeto de la controversia³⁵. Hay, así, una legitimación activa amplia de terceros para presentar comentarios u observaciones.

La participación puede instarse por iniciativa propia de los interesados o a través de una invitación del órgano jurisdiccional³⁶. Las formas son variadas en función de las reglas de procedimiento y prueba de cada tribunal. En todo caso, las observaciones se presentan una vez iniciado el procedimiento y antes de la sentencia definitiva. La Corte IDH indicó, por ejemplo, en el caso *Kimel v. Argentina* que los *amici curiae*:

«pueden ser presentados en cualquier momento antes de la deliberación de la sentencia correspondiente»³⁷.

³² The Prosecutor v. Al-Bashir, Order inviting expressions of interest as *amici curiae* in judicial proceedings. ICC-02/05-01/09 OA2 (29 March 2018), par. 4.

³³ *Ibid.* Quedaron excluidos los profesores asociados o cualquier otra figura que no fuera la de profesor permanente de derecho internacional.

³⁴ SANDS, P.J. y MACKENZIE, R., «International Courts and Tribunals, *Amicus...*», *cit.*, p. 2.

³⁵ Véase FALLON, R., «Scholars' Briefs and the Vocation of the Law Professors», *Journal of Legal Analysis*, 2012, vol. 4 (1), pp. 223-269.

³⁶ Véase LOSARDO, M.F., «*Amicus Curiae* en el plano internacional», *cit.*, pp. 101-128.

³⁷ Corte IDH, *caso Kimel v. Argentina*, Sentencia, Fondo, Reparaciones y Costas, de 2 de mayo de 2008, par. 16.

En el caso *Lubanga*, la Sala de Apelaciones de la CPI invocó la regla 103 de Procedimiento y Prueba de la CPI, por el que,

«At any stage of the proceedings, a Chamber may if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to a State, organization or person to submit, in writing or orally, any observation on any issue the Chamber deems appropriate»³⁸.

De modo que conforme a la regla 103 de Procedimiento y Prueba de la CPI, la Sala (de Cuestiones Preliminares o de Apelaciones) puede, si lo considera conveniente, invitar o autorizar a un Estado, a una organización, o a una persona para que evalúe de manera adecuada distintos elementos de la causa, en cualquier etapa del procedimiento, y presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala de Cuestiones Preliminares o de Apelaciones considere procedente. También, en la fase de apelación el *amicus curiae* puede formular observaciones, de acuerdo con la regla 149 de Procedimiento y Prueba de la CPI.

En el caso Al-Bashir, la Sala de Apelaciones de la CPI invitó a presentar expresiones de interés: i) organizaciones internacionales: Naciones Unidas, Unión Africana, Unión Europea, la Liga de Estados Árabes y la Organización de los Estados Americanos; ii) Estados parte; y, iii) profesores de derecho internacional³⁹.

La motivación expresada por el juez Chile Eboe-Osuji, presidente de la Sala de Apelaciones en el caso Al-Bashir, fue que la apelación de Jordania planteaba problemas jurídicos que podían tener implicaciones sociales y políticas⁴⁰. En tales circunstancias, la Sala de Apelaciones de la CPI consideró conveniente invitar a organizaciones internacionales, Estados Partes y profesores de derecho internacional para facilitar argumentos jurídicos a los jueces en su determinación⁴¹.

La Sala de Apelaciones de la CPI señaló que los procedimientos debían llevarse a cabo de manera eficiente y expedita⁴². Este modo de proceder de

³⁸ The Prosecutor v. Al-Bashir, Decision on Motion for Leave to File Proposed Amicus Curiae Submission of the International Criminal Bae Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence. ICC-01/04-01/06 OA 11 (22 April 2008), par. 7.

³⁹ The Prosecutor v. Al-Bashir, Order inviting expressions of interest as amici curiae in judicial proceedings. ICC-02/05-01/09 OA2 (29 March 2018).

⁴⁰ *Ibid.*, par.1. (Reasons)

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibid.*, par. 5

manera rápida se enmarca en la regla 101 de Procedimiento y Prueba de la CPI con el fin de preservar los derechos de la defensa y de las víctimas de acuerdo con el principio de celeridad.

Para lograrlo, el Presidente de la Sala de Apelaciones de la CPI consideró necesario establecer un procedimiento rápido para recibir observaciones. La Sala de Apelaciones de la CPI invitó primero a Naciones Unidas, Unión Africana, Unión Europea, la Liga de los Estados Árabes y la Organización de los Estados Americanos a presentar observaciones sobre el fondo de las cuestiones legales presentadas en la apelación, en no más de treinta páginas, de conformidad con la regla 103 de Procedimiento y Prueba de la CPI, antes del 16 de julio de 2018⁴³.

Segundo, y en vista de la gran cantidad de Estados Partes en el Estatuto, la Sala de Apelaciones de la CPI estableció ciertas limitaciones y no invitar directamente a los Estados a presentar sus observaciones, sino dirigirse primero a los Estados Parte a expresar su interés solicitando permiso para presentar observaciones sobre las cuestiones planteadas en la apelación de Jordania, de conformidad con la regla 103 de Procedimiento y Prueba de la CPI, antes del 30 de abril de 2018. Cualquier solicitud de permiso de este tipo debía ir acompañada de observaciones iniciales sumarias, en no más de dos páginas, que describiesen el interés del Estado Parte en la cuestión jurídica presentada⁴⁴.

Tercero, y atendiendo a consideraciones de igualdad, mérito y capacidad, la Sala de Apelaciones de la CPI invitó a profesores de derecho internacional con trayectoria consolidada a expresar su interés solicitando permiso para presentar observaciones sobre el fondo de las cuestiones jurídicas presentadas en la apelación. Toda solicitud de autorización debía ir acompañada de observaciones iniciales resumidas, en un máximo de cuatro páginas describiendo la trayectoria profesional del profesor en relación con el caso, así como las principales líneas de argumentación que él o ella deseaban presentar ante la Sala de Apelaciones en cuanto al fondo de las cuestiones jurídicas recogidas en la apelación⁴⁵. Los profesores de derecho internacional debían acreditar una reconocida competencia y trayectoria en la temática examinada. Con este proceso, la Sala de Apelaciones se aseguraba así una selección rigurosa de los profesores de derecho internacional más cualificados para aportar argumentos

⁴³ *Ibid.*, par. 4.

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ *Ibidem.*

sólidos y coherentes en la determinación de la causa. El plazo fijado fue el 30 de abril de 2018 para manifestar el interés en presentar observaciones.

En una fase posterior, la Sala de Apelaciones de la CPI fue quien notificó la invitación a terceros a presentar observaciones de acuerdo con la regla 31 del Reglamento de la CPI⁴⁶. La Sala de Apelaciones de la CPI especificó asimismo las modalidades de presentación de las observaciones y respuestas a las mismas teniendo en cuenta la necesidad de una conducción expedita de los procedimientos⁴⁷. El Presidente de la Sala de Apelaciones de la CPI fijó para el 18 de junio de 2018 el envío de las observaciones por parte de los profesores de derecho internacional en calidad de *amici curiae* en no más de diez páginas.

El documento con las observaciones presentadas debía contener una serie de datos que permitieran la identificación del tercero invitado a participar junto a las motivaciones jurídicas conforme a la norma 23 par. 1 del Reglamento de la CPI. Tanto en la manifestación de interés como en las observaciones se siguieron idénticos criterios: identidad del profesor, número de identificación del documento, trayectoria investigadora, motivación de las observaciones, conclusiones, entre otros elementos. Se siguieron las formalidades propias requeridas por la CPI para presentar documentos. De hecho, la Sala de Apelaciones de la CPI manifestó que las observaciones deberían cumplir, en particular, los requisitos de formato estipulados en la norma 36 del Reglamento de la CPI:

«1. Headings, footnotes and quotations shall be counted in calculating the page limits.

1. The following shall not be counted in calculating the page limits:

1. (a) Any addendum containing verbatim quotations of the Statute, Rules or these Regulations;

2. (b) Any appendix containing references, authorities, copies from the record, exhibits and other relevant, non-argumentative material. An appendix shall not contain submissions;

3. (c) The cover page and the notification page.

2. All documents shall be submitted on A4 format. Margins shall be at least 2.5 centimetres on all four sides. All documents that are filed shall be

⁴⁶ The Prosecutor v. Al-Bashir, Decision on the requests for leave to file observations pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, the request for leave to reply and further processes in the appeal. ICC-02/05-01/09 OA2 (21 May 2018).

⁴⁷ The Prosecutor v. Al-Bashir, Order inviting expressions of interest as *amici curiae* in judicial proceedings. ICC-02/05-01/09 OA2 (29 March 2018).

paginated, including the cover sheet. The font shall be any of the following: Palatino Linotype, Times New Roman, Century Schoolbook, Bookman Old Style, Cambria, Georgia or Courier. The typeface of all documents shall be 12 point with 1.5 line spacing for the text and 10 point with single spacing for footnotes. No substantial submissions may be placed in the footnotes of a document»⁴⁸.

Por último, la Sala de Apelaciones de la CPI enfatizó que todas las presentaciones mencionadas en los párrafos 2, 3 y 4, esto es, organizaciones internacionales, Estados partes y profesores de derecho internacional se archivarían de conformidad con las normas 23, 33 y 36 del Reglamento de la CPI y la norma 24 del Reglamento de la Secretaría en la medida en que fuese aplicable y factible⁴⁹.

Las observaciones escritas presentadas por los *amici curiae* fueron depositadas en poder del Secretario de la CPI con copias al Fiscal y a la Defensa. La Sala de Apelaciones de la CPI fijó los plazos para la presentación de las observaciones⁵⁰. Del total de las dieciséis manifestaciones de interés presentadas que englobaban a veintisiete profesores de derecho internacional, la Sala de Apelaciones de la CPI decidió invitar a once *amici curiae* a someter observaciones⁵¹.

Con posterioridad, la Fiscalía y Jordania formularon sus alegatos a las observaciones de los *amici curiae* en el plazo predeterminado por la Sala de Apelaciones de la CPI fijado para el 16 de julio de 2018⁵². De un lado, la Fiscalía defendió su posición de falta de cooperación de Jordania con la Fiscalía de la CPI y la necesidad de remitir el caso ante la Asamblea de Estados Parte de la

⁴⁸ La norma 36 del Reglamento de la CPI está disponible en: <<https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RegulationsCourtSpa.pdf>>

⁴⁹ The Prosecutor v. Al-Bashir, Order inviting expressions of interest as *amici curiae* in judicial proceedings. ICC-02/05-01/09 OA2 (29 March 2018).

⁵⁰ The Prosecutor v. Al-Bashir, Decision on the requests for leave to file observations pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, the request for leave to reply and further processes in the appeal. ICC-02/05-01/09-351 21-05-2018 1/9 NM PT OA2 (21 May 2018).

⁵¹ *Ibid.*, par. 10.

⁵² La autora presentó el documento, The Prosecutor v. Al Bashir, *Amicus Curiae* Observations Pursuant To Rule 103 Of The Rules Of Procedure And Evidence On The Merits Of The Legal Questions Presented In The Hashemite Kingdom Of Jordan's Appeal Against The Decision Under Article 87(7) Of The Rome Statute On The Non-Compliance By Jordan With The Request By The Court For The Arrest And Surrender Of Omar Al-Bashir Of 12 March 2018. ICC-02/05-01/09 OA2 (18 June 2018).

CPI y el Consejo de Seguridad de NU⁵³. De otro, el representante de Jordania mantuvo la defensa de la inmunidad de Al-Bashir como Jefe de Estado y, así las cosas, de inmunidad *ratione personae* dificultando la cooperación con la CPI⁵⁴.

3. *Funciones de los profesores de Derecho internacional*

El *amicus curiae* tiene como función contribuir al debate del caso objeto de la controversia en la medida en que estén afectadas cuestiones de interés público para la comunidad internacional. Las observaciones presentadas, no obstante, no son de obligada observancia ni vinculantes para el tribunal. Más bien, su función es presentar consideraciones jurídico técnicas que puedan tener incidencia en la decisión final, esto es, elementos sólidos para clarificar, mejorar y complementar la calidad y coherencia de los argumentos de los jueces en la redacción de la sentencia⁵⁵. Se facilita, así, al tribunal una serie de observaciones útiles sobre precedentes, doctrinas, instituciones jurídicas aplicables al caso, entre otros instrumentos⁵⁶.

En el caso Al-Bashir, la Sala de Apelaciones de la CPI mantuvo los principios de utilidad y adecuación al seleccionar las observaciones presentadas por los profesores de derecho internacional en calidad de *amici curiae* siguiendo la práctica existente⁵⁷. El Presidente de la Sala de Apelaciones de la CPI manifestó que observando el número de manifestaciones de interés recibidas y tras revisar los antecedentes de los profesores de derecho internacional en el caso invitaba a once profesores de derecho internacional a presentar observaciones escritas,

⁵³ The Prosecutor v. Al-Bashir, Prosecution Response to the Observations of Eleven *Amici Curiae*, ICC-02/05-01/09 (16 July 2018).

⁵⁴ The Prosecutor v. Al-Bashir, The Hashemite Kingdom of Jordan's response to the observations submitted by Professors of International Law pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence. ICC-02/05-01/09 (16 July 2018), párs. 4 y 5.

⁵⁵ En el caso Bemba, la Sala de Apelaciones de la CPI incidió en que «(t)he *Amicus* offers the following observations to clarify important issues in regard to cumulative charges so as to assist the Chamber in the proper determination of the case», The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *Amicus Curiae* Observations of the Women's Initiatives for Gender Justice pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence (31 July 2009), par. 17.

⁵⁶ MAO, X., «The Function of *Amicus Curiae* Participation by Legal Scholars: The Al-Bashir Appeal Case at the International Criminal Court as an Illustration», *Chinese Journal of International Law*, 2019, vol. 18/2, pp. 393-424.

⁵⁷ Véase el análisis de la práctica en VIVES PASCUAL, F., «El desarrollo de la institución del *Amicus Curiae* en la jurisprudencia internacional», *cit.*, p. 29.

adecuadas y útiles sobre el fondo de las cuestiones jurídicas invocadas en la apelación de Jordania, en no más de diez páginas antes del 18 de junio de 2018⁵⁸.

Asimismo, la práctica de la CPI establece la neutralidad (entendida como independencia) e imparcialidad de la institución del *amicus curiae*. En el caso de la República de Kenya, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI consideró «be assisted in the determination of the case by an independent and impartial intervener»⁵⁹. Esta era una condición *sine qua non* para que los profesores de derecho internacional pudiesen participar en el procedimiento penal.

Los profesores de derecho internacional invitados a participar en el proceso presentamos observaciones sobre un mismo conflicto jurídico, esto es, la no cooperación de Jordania con la CPI para la entrega de Al-Bashir invocando que gozaba de inmunidades por ser Jefe de Estado. En las observaciones se reflejaron, no obstante, las distintas perspectivas que sobre un mismo conflicto afectan a la disciplina del derecho internacional⁶⁰.

Los argumentos jurídicos de los profesores de derecho internacional se enmarcan en la creciente especialización del derecho internacional, en particular en el ámbito de los derechos humanos, derecho internacional penal, derecho internacional económico o derecho internacional del medio ambiente, entre otros ámbitos. El punto de partida es que existen *self contained regimes* o regímenes autosuficientes que no sólo se dotan de un conjunto de normas primarias sino también de normas secundarias referentes a la solución de controversias y adjudicación de responsabilidades⁶¹. Entre los regímenes autosuficientes cabe citar el Estatuto (de la CPI) al contar con un régimen sustantivo y de procedimiento propio expresando un «unified object and purpose»⁶².

Ante la proliferación de regímenes materiales, hay autores que consideran que la progresiva especialización del derecho internacional está amenazando

⁵⁸ The Prosecutor v. Al-Bashir, Decision on the requests for leave to file observations pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, the request for leave to reply and further processes in the appeal. ICC-02/05-01/09-351 21-05-2018 1/9 NM PT OA2 (21 May 2018), par. 10.

⁵⁹ Situation in the Republic of Kenya, Decision on Application for Leave to Submit Amicus Curiae Observations, ICC-01/09-35 (19 January 2011), par. 6.

⁶⁰ En ese mismo sentido se expresa MAO, X., «The Function of *Amicus Curiae* Participation by Legal Scholars: The Al-Bashir Appeal Case at the International Criminal Court as an Illustration», *cit.*, p. 424.

⁶¹ SIMMA, B., «Self-contained regimes», *NYIL*, vol. 16, 1985, pp. 111-136, y CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho internacional», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 1999, pp. 228-231.

⁶² ILC, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, 2006, par. 251 (c) (11) y (13).

su unidad⁶³. Otros autores procedentes de la corriente crítica y la sociología consideran, no obstante, que una de las características de la modernidad internacional contemporánea es la «diferenciación funcional», en otras palabras, la creciente especialización de partes de la sociedad y la correspondiente autonomía de esas partes⁶⁴. El surgimiento de regímenes materiales específicos, empero, no tiene porque afectar necesariamente a la unidad del ordenamiento jurídico. En cualquier caso, el trato diferenciado debe argumentarse por referencia a conceptos e instituciones de carácter general.

Los nuevos tipos de derechos específicos no surgen casualmente, sino que responden a las nuevas necesidades técnicas y funcionales⁶⁵. Una de las nuevas necesidades afecta al ámbito del derecho procesal internacional en parte por la influencia del sistema jurídico del *common law* en los procedimientos judiciales internacionales. El *amicus curiae* es un agente de cambio de un sistema de solución de controversias centrado en el Estado a uno centrado en los individuos, donde la defensa selectiva de los intereses nacionales por parte de los representantes de los Estados puede mitigarse mediante esta forma de participación en el proceso judicial internacional⁶⁶.

El desarrollo de la institución en el ámbito internacional ha discurrido en paralelo a la universalización de los derechos humanos trascendiendo el ámbito jurídico interno de protección⁶⁷. Su utilización en los procesos judiciales internacionales ha generado una serie de implicaciones en el derecho internacional. Primero, la institución se erige en un factor de democratización del derecho internacional. Con el uso de esta institución se pretende democratizar, en parte, el proceso judicial en el plano internacional, no en vano esta institución tiene un carácter participativo en la impartición de justicia⁶⁸. Segundo, los *amici*

⁶³ En el sentido expuesto por DUPUY, P.-M., *Ordre juridique et désordre international*, París, Pedone, 2018, p. 28.

⁶⁴ El sociólogo y filósofo alemán Niklas Luhmann considera que la globalización se caracteriza por un cambio de la frontera territorial a las fronteras funcionales, LUHMAN, N., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997. Véase además la argumentación de KOSKENNIEMI, M., *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006, p. 11.

⁶⁵ KOSKENNIEMI, M., *Fragmentation of International Law*, cit., p. 14.

⁶⁶ Sobre la representación en las democracias véase BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, 2000.

⁶⁷ Véase, entre otros, FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *El Derecho internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*, Madrid, Thomson-Reuters Aranzadi, 2013.

⁶⁸ Véase BAUER BRONSTRUP, F., «El *amicus curiae* en la jurisdicción constitucional española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 108, 2016, pp. 181-199.

curiae son un eco del carácter individualista (centrado en el individuo) del derecho internacional penal frente al derecho internacional general. Y, tercero, con la intervención de profesores de Derecho internacional en calidad de *amicus curiae* en procesos internacionales se está reconociendo a una profesión, y además no tienen que pasar por el filtro de los Estados para manifestarse ante la CPI⁶⁹.

La intervención de los *amici curiae* procede cuando está en juego el interés público global por la trascendencia de las decisiones, caso de los derechos humanos, derecho internacional penal o derecho del medio ambiente, entre otros, que exigen una mayor deliberación y transparencia a través, por ejemplo, de la intervención de terceros en el proceso. Hay margen, no obstante, para la reflexión acerca de si el papel del profesor de derecho internacional como *amicus curiae* en el caso Al-Bashir ha resultado ser todo lo neutral e imparcial que la institución requiere para un uso adecuado y útil⁷⁰. En ciertos casos resulta difícil desligar las normas aplicables y la política⁷¹, y cuando ello sucede el papel neutral de los *amici curiae* se pone en entredicho cuestionándose su objetividad e integridad⁷².

III. EFECTOS DE LA IRRUPCIÓN DE *AMICUS CURIAE* EN TRIBUNALES INTERNACIONALES

1. *Legitimidad de las sentencias*

En la actualidad, emerge la crítica del sistema jurídico internacional desde la perspectiva de su legitimidad, neutralidad y justicia⁷³. El derecho internacional ha madurado hacia un complejo sistema jurídico que regula las relaciones

⁶⁹ Sobre los pros y los contras de la intervención de *amicus curiae* en procesos penales internacionales véase AVIDAN, S. y TRINIDAD, J., «The Management of Third-Party *Amicus* Participation before International Criminal Tribunals: Juggling Efficiency and Legitimacy», *cit.*, pp. 740 y ss.

⁷⁰ Véase SCHACHTER, O., «The Invisible College of International Lawyers», *Northwestern University Law Review*, vol. 72, 1977, pp. 225 y ss.

⁷¹ En el sentido expuesto por MÉGRET, F., «The Politics of International Criminal Justice», *EJIL*, vol. 13 (5), 2002, 1261-1284.

⁷² BANNER, S., «The Myth of the Neutral *Amicus*: American Courts and Their Friends, 1780-1890», *Constitutional Commentary*, 2003, p. 11, y MAO, X., «The Function of *Amicus Curiae* Participation by Legal Scholars: The Al-Bashir Appeal Case at the International Criminal Court as an Illustration», *cit.*, p. 399.

⁷³ En el caso particular de los tribunales penales internacionales véase: WILLIAMS, S.; WOOLAVER, H. y PALMER, E., *The Amicus Curiae in International Criminal Justice*, *cit.*, pp. 25 y ss.

entre los Estados, y entre los Estados y actores no estatales⁷⁴. Como resultado de tal madurez y complejidad, ya lo he apuntado, el derecho internacional se ha adentrado en la creciente especialización material de partes de la sociedad⁷⁵.

La especialización material del derecho internacional se debe en buena medida a la demanda de una regulación internacional, resultado de la colisión entre los intereses de los Estados y los problemas planteados por los avances científicos y tecnológicos. Asimismo, la regulación es resultado, de un lado, de la tensión entre los intereses de los Estados y, de otro, del protagonismo de los distintos actores de las relaciones internacionales y, en particular de la sociedad civil y la creciente toma de conciencia por parte de la opinión pública de este conjunto de problemas⁷⁶.

La Fiscal de la CPI, en su declaración de 20 de diciembre de 2019, en relación con el caso de Palestina, señaló que la intervención de *amicus curiae* en el procedimiento judicial esperaba que podría contribuir a aumentar la claridad y legitimidad de la sentencia afirmando:

«By engaging in an open and transparent manner in obtaining a ruling on this important issue, I hope that the process would not only assist the Chamber in its determination, but also endow its decision, and my ensuing investigation, with greater clarity and reinforced legitimacy»⁷⁷.

La legitimidad del Derecho (en cuanto *right process*) no sólo depende de la complementariedad de las normas primarias respecto de las normas secundarias que determinan su correcto proceso de creación y aplicación, sino de su acomodamiento a una serie de elementos como son la determinación, validación, coherencia y adherencia⁷⁸. Si aplicamos tales elementos en un proceso

⁷⁴ PETERS, A. *et al.*, *Non-State Actors as Standards Setters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

⁷⁵ Como escribió Franck la especialización es una carga que la profesión debe pagar a la madurez del sistema legal, FRANCK, Th., *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 4.

⁷⁶ DONALDSON, M. y KINGSBURY, B., «Power and the Public: The Nature and Effects of Formal Transparency Policies in Global Governance Institutions», en BIANCHI, A. y PETERS, A. (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 502 y ss.

⁷⁷ Declaración de Fatou Bensouda, de 20 de diciembre de 2019, documento disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20191220-otp-statement-palestine>

⁷⁸ Siguiendo a Th. Franck, véase FRANCK, Th., *Fairness in International Law and Institutions*, *cit.*, pp. 30 y ss. Así como, JIMÉNEZ GARCÍA, F., «El Derecho internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su Fundamento, Concepto y Método», *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 1989, nº 2, pp. 125 y 126.

(penal) internacional vemos como la suma de ellos contribuye a reforzar la legitimidad de la sentencia final.

La determinación de una norma depende del lenguaje empleado en la misma, que sea claro y transparente, y de poder verificar el significado de la obligación contenida en la misma. Cuanto más clara y precisa sea la norma, los obstáculos o inconvenientes para justificar su incumplimiento o rechazo serán mayores⁷⁹.

La validación de la norma significa objetivamente autoridad. La norma está dotada de ciertos elementos o de cierta tradición que la identifican como parte del sistema social y cultura jurídica que justifican su autoridad más allá de su ejercicio interesado⁸⁰. Así, los jueces al identificar una norma y darle aplicación a un caso concreto están haciendo valer su fuerza (en cuanto autoridad)⁸¹.

Asimismo, la coherencia es un indicador esencial del cumplimiento de la norma y exige que sean aplicadas de modo uniforme en casos similares por los distintos tribunales o instancias competentes⁸². En este sentido, el profesor O. Casanovas y La Rosa manifestó que,

«la aplicación correcta de los distintos regímenes internacionales materiales por sus propias jurisdicciones sólo será una manifestación del pluralismo normativo de un ordenamiento jurídico internacional básicamente unitario»⁸³.

En ese contexto, los argumentos jurídicos de los profesores de derecho internacional deberían contribuir a dar coherencia a la norma. Los jueces de la Sala de Apelaciones de la CPI en el caso Al-Bashir al invitar a profesores

⁷⁹ *Ibid.* Además véase KOSKENNIEMI, M., *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, 1989, pp. 48 y ss.

⁸⁰ Como apunta FRANCK, Th., *Fairness in International Law and Institutions*, cit., pp. 34-38.

⁸¹ Los argumentos legales forman patrones y hay un conjunto limitado de argumentos que pueden ser invocados de manera aceptable para justificar una solución, véase JOHNSTONE, I., «Security Council Deliberations: The Power of the Better Argument», *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, pp. 448 y ss.

⁸² Véase FRANCK, Th., *Fairness in International Law and Institutions*, cit., p. 38. Así como la adherencia de la norma, en palabras de Th. Franck, como nexo vertical entre las reglas primarias de obligación y una estructura piramidal de reglas secundarias relativas a la creación, interpretación y aplicación de las reglas primarias, *ibid.*, p. 41.

⁸³ CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», cit., p. 261.

de derecho internacional buscaron recibir una base más sólida sobre el fondo de la cuestión a la que ya tenían. En la fase de audiencias públicas el interrogatorio de los jueces a los profesores de derecho internacional giró sobre un elevado número de problemas jurídicos y de variada temática. Ello me lleva a inclinarme por afirmar que los jueces pretendieron recabar elementos claros, coherentes y con autoridad para reforzar sus argumentos jurídicos con el fin de legitimar la sentencia⁸⁴. Ciertos autores consideran, por el contrario, que el papel de los profesores de derecho internacional como *amici curiae* (en el caso Al-Bashir) estaría más próximo al rol de lingüistas capaces de dar forma a los argumentos de la Sala de Apelaciones de la CPI, y menos al papel de juristas capaces de proporcionar una respuesta neutral y coherente a la disputa legal⁸⁵.

2. *Transparencia del proceso judicial internacional*

Se protegen los intereses del individuo al mismo tiempo que perviven los intereses del Estado soberano. La creciente toma en consideración de los derechos humanos y la elaboración de sistemas cada vez más depurados se debe, en buena medida, a la amplia difusión en los medios de comunicación de violaciones graves, sistemáticas y masivas de esos derechos y a la presión de la opinión pública⁸⁶. En este sentido las medidas de transparencia han jugado un papel esencial⁸⁷.

La promoción de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos se potencia a través de la intervención real y efectiva de la sociedad civil en los procesos judiciales internacionales, así como en la aplicación y ejecución a nivel nacional de sentencias vinculantes de organismos internacionales de protección de los derechos humanos, derecho internacional

⁸⁴ Sobre el impacto de los *amici curiae* en la legitimidad de los procesos internacionales y las decisiones véase WILLIAMS, S., WOOLAVER, H. y PALMER, E., *The Amicus Curiae in International Criminal Justice*, *cit.*

⁸⁵ Pero, ¿realmente hay algún autor neutral?, véase la crítica MAO, X., «The Function of *Amicus Curiae* Participaseñtion by Legal Scholars: The Al-Bashir Appeal Case at the International Criminal Court as an Illustration», *cit.*, pp. 403-404, 424.

⁸⁶ BUTTER, O., «La presse et les relations politiques internationales», *RCADI*, 1933, III, vol. 45, pp. 219 y ss., y MERLE, M., «Le droit international et l'opinion publique», *RCADI*, 1973-I, vol. 138, pp. 373 y ss.

⁸⁷ Sobre este aspecto véase BIANCHI, A. y PETERS, A. (eds.), *Transparency in International law*, *cit.*

penal o derecho económico internacional⁸⁸. La transparencia es precisa para el buen gobierno, la justicia, el Estado de derecho y la equidad⁸⁹.

La transparencia debe seguirse en cada etapa del procedimiento para que sea eficaz. Ésta comienza con informar al público del inicio del proceso⁹⁰. Con posterioridad, el público debe tener acceso a los documentos del procedimiento, seguidos de audiencias abiertas y una oportunidad para la intervención de terceros, caso de *amicus curiae*. Sin embargo, hay razones para que determinadas actuaciones o documentos se mantengan fuera del alcance del público por motivos de confidencialidad. Estos elementos individuales no son suficientes por sí mismos para establecer la transparencia, por lo tanto, deben tomarse como un todo.

El acceso público a las audiencias es una cuestión relevante para el control sobre los jueces que potencialmente podrían abusar de su poder y posición de fuerza⁹¹. El tribunal puede decidir que una audiencia sea abierta o cerrada. En este extremo entra en conflicto el acceso abierto con la confidencialidad de los asuntos tratados en una determinada fase del procedimiento. El tribunal considerará avanzar, en su caso, con audiencias cerradas para proteger la integridad de los procedimientos siempre y cuando esté motivado por interés público o por razones logísticas excepcionales. Si bien pudiese pensarse que la transparencia y la confidencialidad son dos conceptos opuestos, esto no es del todo cierto. Algunos académicos incluso argumentan que es imposible lograr la confidencialidad absoluta porque los testigos son libres de revelar información de su conocimiento personal a terceros⁹².

No hay duda de que debido al gran interés público del caso Al-Bashir, la participación de profesores de derecho internacional en el proceso abierto en la

⁸⁸ Véase el trabajo de BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

⁸⁹ Inclusive en el plano internacional, véase BIANCHI, A. y PETERS, A. (eds.), *Transparency in International Law*, *cit.*

⁹⁰ Para conseguir que la transparencia sea eficaz, las partes deben divulgar documentos que incluyan peticiones, testimonios de testigos u otras pruebas. La divulgación de documentos y procedimientos puede cambiar según las reglas aplicables. Sin embargo, en general hay tres categorías de documentos: i) documentos que se divulgan por moción del tribunal; ii) documentos divulgados bajo pedido; iii) y, documentos que se solicitan pero se divulgan a discreción del tribunal.

⁹¹ MÉGRET, F., «The Politics of International Criminal Justice», *cit.*, pp. 1261 y ss.

⁹² PASTOR RIDRUEJO, J.A., «La protección jurisdiccional de los derechos humanos: una comparación entre el Tribunal europeo y la Corte Interamericana», *Revista Electrónica Iberoamericana*, 2007, vol. I, n. 1, p. 13.

Sala de Apelaciones de la CPI resultó oportuno y adecuado para lograr mayor transparencia. El mero hecho de poder escribir sobre el caso y ponerlo en conocimiento de la comunidad científica supone potenciar la transparencia y realizar una labor de pedagogía nada despreciable. La CPI se caracteriza por la transparencia y carácter público de los procesos. Con la transparencia se fomenta el interés de una amplia población por casos como éste y hace que el sistema judicial sea más confiable, predecible y comprensible para el público. Por ello, confiamos en que la transparencia se promoverá en futuros procesos penales internacionales.

La transparencia conlleva también justicia en el sentido siguiente⁹³. Cuando los jueces, las partes y los representantes son sabedores que están siendo examinados por la opinión pública actúan con mayor precaución y mayor determinación. Si los laudos y las sentencias no se dictan a puerta cerrada es más probable que los jueces examinen el caso con el mayor cuidado posible para evitar críticas negativas e innecesarias.

Hay margen de mejora. Primero, los profesores de derecho internacional deberían aportar argumentos jurídicos con mayor determinación y coherencia y con un lenguaje claro y preciso para que los jueces puedan mitigar o potenciar cualquier efecto a gran escala que el caso pueda tener fuera del contexto de las partes, más si el caso está rodeado de elementos políticos⁹⁴. Segundo, la propia representación de profesores de derecho internacional en los procedimientos debería abarcar a las distintas corrientes de pensamiento contemporáneas⁹⁵. Tercero, los profesores de derecho internacional deberían aportar consideraciones u observaciones sobre normas estandarizadas de manera responsable si se quiere influir en el proceso de cambio hacia un derecho internacional objetivo⁹⁶. En todo caso, la intervención de terceros en procesos

⁹³ Sobre la evaluación de los avances en la justicia internacional penal véase GOLDSTONE, R. J. y SMITH, A.M., *International judicial institutions: the architecture of international justice at home and abroad*, Routledge, 2015.

⁹⁴ BOYLE, J., «Ideals and Things: International Legal Scholarship and the Prison-House of Language», *Harvard International Law Journal*, 1985, pp. 327 y ss.

⁹⁵ Entre otras, las aproximaciones de CHIMNI, B. S., «Third World Approaches to International Law: A Manifiesto», *International Community Law Review*, 2006, pp. 3 y ss., y SAMOUR, N., «Modernized Islamic International Law. Concepts as a Third World Approach to International Law», *ZaöRV*, 2012, vol. 72, pp. 543 y ss.

⁹⁶ En el sentido expresado por ORFORD, A., «International law and the Limits of History», en WERNER, W. et al. (eds.), *The Law of International Lawyers: Reading Martti Koskenniemi*, 2017, p. 296.

públicos garantiza en buena medida la legitimidad, claridad y transparencia de los procedimientos internacionales independientemente de los argumentos defendidos⁹⁷.

IV. MIS OBSERVACIONES COMO *AMICA*

1. *La prevalencia del Estatuto sobre otras obligaciones internacionales*

La primera observación que hice como *amica curiae* exploró el conflicto de normas entre el Estatuto de la CPI y los tratados y costumbres sobre inmunidades de los Jefes de Estado. El caso Al-Bashir supuso, sin duda, una excelente oportunidad para que la Sala de Apelaciones de la CPI aclarase el alcance y la interrelación de los artículos 27 y 98 par. 1 del Estatuto cuando se requiere el enjuiciamiento de los funcionarios del Estado (incluido el Jefe de Estado o Presidente de Gobierno) en situaciones remitidas a la CPI por el Consejo de Seguridad de NU⁹⁸.

La CPI puede aplicar fuentes de derecho internas y externas de acuerdo con el artículo 21 del Estatuto. En particular, el artículo 21 par. 1 (a) enumera las fuentes internas de la ley aplicable: «(...) Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba». Existe así una barrera entre esos tres instrumentos y otros como el Reglamento de la CPI o de la Secretaría de la CPI, que son textos puramente procesales, al margen de gozar de su relevancia⁹⁹.

Jordania invocó la Convención de 1953 sobre los privilegios e inmunidades de la Liga Árabe («Convención de 1953») y el derecho internacional consuetudinario sobre inmunidades para justificar la no detención de Al-Bashir. La reclamación de Jordania aludía a las fuentes externas de derecho internacional mencionadas en el artículo 21 par. 1 (b) del Estatuto, en particular

⁹⁷ MATSUSHITA, M., «Transparency, *amicus curiae* briefs and third party rights, discussion round», *Journal of World Investment and Trade*, 2004, pp. 329-344.

⁹⁸ GAMARRA, Y. y VICENTE, A., «United Nations Member States' Obligations Towards the ICTY: Arresting and Transferring Lukic, Gotovina and Zelenovic», *International Criminal Law Review*, 2008/4, pp. 627-653.

⁹⁹ Cabe citar en este marco el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia por establecer diferencias entre las fuentes del derecho internacional, más amplio tratamiento de este artículo en ZIMMERMANN, A. y TAMS, Ch. J. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2019 (3ª ed.), pp. 887-962.

«los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados».

El artículo 21 par. 1 (a) prioriza la aplicación del Estatuto sobre la fuente externa mencionada en los subpárrafos (b) y (c). La CPI ha reconocido en su jurisprudencia que sólo puede recurrirse a fuentes externas:

«cuando se cumplen dos condiciones: i) hay una laguna en la ley escrita contenida en el Estatuto (...); y ii) dicha laguna no puede cubrirse mediante la aplicación de los criterios de interpretación previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena y el artículo 21 par. 3 del Estatuto»¹⁰⁰.

Estas dos condiciones no se dan en el presente caso. Primero, las cuestiones de inmunidades están reguladas explícitamente en el artículo 27 del Estatuto. Este artículo en el pár. 1 es claro al respecto:

«El (...) 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»¹⁰¹.

De ahí que la solicitud de Jordania no tenía cabida teniendo en cuenta la Convención de 1953, el derecho consuetudinario sobre inmunidades, y la disposición del artículo 27 del Estatuto. Además, de acuerdo con el derecho de los tratados, ante dos normas del mismo rango, una norma especial y otra general, prevalece la especial¹⁰². El Estatuto de la CPI estableció un régimen autónomo con sus propias normas sustantivas y de procedimiento. Por esta razón, el Estatuto de la CPI prevalece sobre la Convención de 1953 y el derecho consuetudinario sobre inmunidades. De la misma manera, es necesario

¹⁰⁰ The Prosecutor v. Al-Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-3 (4 March 2009), par. 44. (Traducción de la autora).

¹⁰¹ El artículo 27 par. 1 reza así: «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 la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá «per se» motivo para reducir la pena», Estatuto de la Corte Penal Internacional, BOE n° 126, de 27 de mayo de 2002, disponible en <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-10139>>

¹⁰² De hecho no es sólo en derecho de los tratados, ni siquiera en derecho internacional. Es un principio general del derecho.

considerar el principio según el cual la norma posterior prevalece sobre la anterior¹⁰³. Así, el artículo 27 del Estatuto prevalece sobre la Convención de 1953 y el derecho consuetudinario sobre inmunidades.

Segundo, la CPI utiliza fuentes de derecho externo como apoyo para la interpretación¹⁰⁴. El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) es claro a este respecto. Sin embargo, este tipo de fuentes no pueden utilizarse para contrarrestar las disposiciones del Estatuto, como se reconoce en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. A ello cabe sumar que esta observación está respaldada por los artículos 10, 121, 122 y 123 del Estatuto.

Ni el derecho consuetudinario ni el derecho de los tratados pueden ser invocados para la inaplicación del artículo 27 del Estatuto. Hay que tener presente que los delitos investigados por la CPI son los delitos más graves reconocidos por la comunidad internacional. En conclusión, el artículo 27 prevalece sobre el resto de tratados y normas consuetudinarias sobre inmunidades. Los Estados partes del Estatuto (extensible a todos los Estados por las funciones del Consejo de Seguridad de NU) tienen la obligación de cooperar con la CPI. Es por ello que los Estados tienen argumentos jurídicos limitados para rechazar la entrega de un perpetrador a la CPI. La petición de Jordania fue rechazada por la Sala de Apelaciones de la CPI respaldando la posición de aquellos profesores que mantuvimos la posición prevalente del Estatuto¹⁰⁵.

¹⁰³ Véase sobre esta problemática CASANOVAS y LA ROSA, O., «La modificación de los tratados internacionales por la práctica posterior», *REDI*, 1968, pp. 328-345.

¹⁰⁴ Sobre la interpretación de los tratados véanse los clásicos y actuales trabajos de: BIANCHI, A., PEAT, D. y WINDSOR, M. (eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015; BOS, M., «Theory and Practice of Treaty Interpretation», *NILR*, 1980, pp. 3-38 y 135-170; FITZMAURICE, G., «Vae Victis or Woe to the Negotiators», *AJIL*, 1971, pp. 358-374. FURET, M.F., «L'interprétation des traités par le législateur», *RGDIP*, 1977, pp. 5-14; GARDINER, R., *Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2015; GERMER, «Interpretation of Plurilingual Treaties: A Study of Article 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Harvard International Law Journal*, 1977, vol. II, pp. 400-427; PÉREZ VERA, E., «Los problemas de interpretación en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados», *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, 1973, pp. 75-120; SCHWARZENBERGER, G., «Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27-29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties», *Virginia Journal of International Law*, 1968/69, pp. 1-19; SUR, S., *L'interprétation en Droit international public*, París, 1974; VISSCHER, Ch. de, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, París, 1963; VOICU, I., *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, París, 1968; y WRIGHT, Q., «The Interpretation of Multilateral Treaties», *AJIL*, 1929, pp. 94-107.

¹⁰⁵ Sobre las reacciones a la sentencia véase SKANDER GALAND, A., «A Hidden Reading of the ICC Appeals Chamber's Judgment in the Jordan Referral Re Al-Bashir», *EJIL: Talk!*, 6 June 2019, disponible en: <<https://www.ejiltalk.org/tag/al-bashir/>>

2. Sobre la cooperación vertical con un tercer Estado

La segunda observación trató de la cooperación vertical requerida por el Consejo de Seguridad de NU en su Resolución 1593 (2005) a los Estados en relación con la detención y entrega de Al-Bashir a la CPI de acuerdo con el artículo 89 del Estatuto¹⁰⁶. Se cuestionaba aquí la voluntad de Jordania de cumplir con su obligación de cooperar con la CPI¹⁰⁷.

Jordania invocó el artículo 98 par. 1 del Estatuto según el cual la CPI no podía cursar «una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba acusar 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».

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define a un «tercer Estado» como un Estado que no es parte en el tratado¹⁰⁸. Por esta razón, el artículo 98 par. 1 del Estatuto no se aplica a las relaciones entre los Estados partes que han consentido en el artículo 27 del Estatuto erradicar las inmunidades de los Jefes de Estado. Ahora, la pregunta es si Sudán puede considerarse como tal de conformidad con el artículo 98 par. 1 del Estatuto.

La Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de NU decidió remitir la situación de Darfur al Fiscal de la CPI con el objetivo de disuadir de la comisión de nuevos abusos y restablecer la paz y la seguridad internacionales, y estableció la obligación de «cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria» (...) y «exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente»¹⁰⁹.

¹⁰⁶ En esta misma senda véase AKANDE, A., «The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir Immunities», *Journal of International Criminal Justice*, 2009, vol. 7 (2), pp. 333-352.

¹⁰⁷ Véase la obligación de cooperar desde una perspectiva general CIAMPI, A., «The Obligation to Cooperate», en CASSESE, A. *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 1635.

¹⁰⁸ Artículo 2, párrafo 1 h) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

¹⁰⁹ Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de NU, par. 2. Sobre las limitaciones de la Resolución 1593 (2005) desde el punto de vista procesal y sustantivo para materializar la cooperación de Sudán con la CPI véanse SLUTTER, G., «Obtaining Co-operation from Sudan. Where

En este caso, Sudán se encuentra en una situación «particular». Se trata de un Estado no parte en el Estatuto, pero es miembro de Naciones Unidas y, además, el Consejo de Seguridad de NU remitió la situación de Sudán a la Fiscalía de la CPI que actúa en el marco del Capítulo VII de la Carta de NU con la misión de mantener la paz y seguridad internacionales. De modo que Sudán, como miembro de Naciones Unidas, debe cumplir con las obligaciones adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de NU. La Resolución 1523 (2005) del Consejo de Seguridad de NU es obligatoria para Sudán.

La jurisdicción de la CPI, según el artículo 13 b) del Estatuto, junto con la necesidad de asistencia estatal ha creado una nueva forma de cooperación para ser efectiva. Las normas que rigen la cooperación interestatal tradicional en materia penal y judicial se basan en la igualdad soberana de los Estados y, por lo tanto, la jurisdicción de un Estado no tiene primacía sobre la jurisdicción de otro¹¹⁰. La cooperación interestatal se conoce como cooperación «horizontal»¹¹¹. Sin embargo, el Consejo de Seguridad de NU ha reconocido a la CPI el derecho a solicitar la cooperación de los Estados en ciertos asuntos judiciales¹¹². En la medida en que la relación entre la CPI y los Estados miembros de NU no se basa en la igualdad soberana, sino en la primacía de la CPI, dicha cooperación se conoce como «vertical».

El artículo 27 del Estatuto incluye la cooperación horizontal y vertical¹¹³. También existe cooperación vertical sobre la detención y la entrega a la CPI de personas contra quienes la CPI ha emitido una orden de detención. De modo

is the Law?», *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pp. 871-884, y HAPPOLD, M., «Darfur, the Security Council, and the International Criminal Court», *International & Comparative Law Quarterly*, 2006, pp. 226-236.

¹¹⁰ Véase SLUITER, G., «Co-operation with International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda», en FISCHER, H.; KREB, C. y LUDER, S.R. (eds.), *International and national Prosecution of Crimes under International Law*, Berlín, Berlin Verlag-Arno Spitz GmbH, 2001, p. 688.

¹¹¹ Véase SLUITER, G., «Using the Genocide Convention to Strengthen Cooperation with the ICC in the Al-Bashir Case», *Journal of International Criminal Justice*, 2010, pp. 365-382.

¹¹² Véase el tratamiento que sobre esta cuestión en mi trabajo en colaboración, GAMARRA, Y. y VICENTE, A., «United Nations Member States' Obligations Towards the ICTY: Arresting and Transferring Lukic, Gotovina and Zelenovic», *cit.*, pp. 643 y ss.

¹¹³ The Prosecutor v. Al-Bashir, Decision under Article 87 par. 7 of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Al-Bashir (11 December 2017), paras. 33 y 38. The Prosecutor v. Al-Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir (12 December 2011), par. 18.

que las reglas de extradición que generalmente se aplican entre los Estados cuando se transfieren criminales no son necesariamente aplicables cuando se entregan acusados a la CPI. De lo contrario, los Estados podrían invocar fácilmente inmunidades o la no extradición de nacionales para evitar detenciones y entregas. Afortunadamente, este no es el caso de la CPI (y el resto de los tribunales internacionales), ya que el Estatuto incorpora normas que excluyen ciertas inmunidades y señala que la entrega de los acusados no debe tratarse como extradiciones¹¹⁴. La distinción es lógica si se considera que la CPI no es una jurisdicción extranjera; por lo tanto, las reglas de extradición que generalmente se aplican entre los Estados no tienen sentido en el contexto de la CPI.

Dado que en el caso de Darfur (así como en el de Libia) la obligación de los Estados miembros de NU de entregar a los perpetradores contra quienes la CPI ha emitido una orden de detención no se basa en un tratado de extradición, sino en sus obligaciones internacionales de acuerdo con la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de NU, la discrecionalidad para considerar la entrega de las personas contra las cuales la CPI ha emitido una orden de detención es muy limitada. Existe una obligación fundamental de cumplir con las solicitudes formuladas por la CPI¹¹⁵. Incluso si un Estado no cumple con su obligación internacional de detener y entregar a personas contra quienes la CPI ha emitido una orden de detención, la obligación internacional persiste en el tiempo. En ese caso, lo más probable es que el Estado que incumplió su obligación internacional justifique las acciones tomadas y/o las razones de su incumplimiento. Si el Estado no justifica el incumplimiento de manera satisfactoria incurrirá en responsabilidad internacional.

La CPI cuenta con ciertos mecanismos para informar del incumplimiento de los Estados con sus obligaciones internacionales al Consejo de Seguridad de NU que de ser el caso puede tomar medidas contra el Estado que incurrió en responsabilidad internacional¹¹⁶. Los artículos 40 y 41 de la Carta de NU facultan al Consejo de Seguridad de NU para adoptar medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada para dar efecto a sus decisiones a fin de cumplir con su obligación en virtud del artículo 39 de mantener o restablecer la

¹¹⁴ Sobre la distinción entre transferencia y extradición véase el artículo 102 del Estatuto.

¹¹⁵ Véase el trabajo de JACOBS, D., «The Frog that wanted to be an Ox: the ICC's Approach to Immunities and Cooperation», en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 281-302.

¹¹⁶ Desde luego, este mecanismo es limitado e insuficiente, pero necesario para presionar a los Estados en la obligación de cooperar con la CPI.

paz y la seguridad internacionales¹¹⁷. Además, el artículo 25 de la Carta de NU declara que «(l)os Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta». Por ello, los Estados miembros de NU tienen la obligación de cumplir las Resoluciones del Consejo de Seguridad de NU¹¹⁸.

Dicho esto, no se puede subestimar la importancia de las obligaciones de los Estados miembros de NU hacia la CPI y otros tribunales internacionales. La obligación particular de los Estados de cooperar en la detención y entrega de personas contra quienes la CPI ha emitido una orden de detención y entrega constituye un factor clave para abordar los delitos más graves contra los derechos humanos y proporcionar reparación a las víctimas¹¹⁹. Así, la cooperación plena y expedita en la entrega de personas contra quienes la CPI ha emitido una orden de detención es un elemento nuclear del régimen de cooperación.

3. *Obligaciones internacionales derivadas del Estatuto y la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*

La tercera observación analizó las relaciones entre unas obligaciones y otras, en particular las obligaciones resultantes del Estatuto de la CPI y la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de NU y las obligaciones recogidas en otras convenciones bilaterales y multilaterales. La Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de NU enfatiza las obligaciones internacionales de los Estados miembros de NU con respecto a la CPI¹²⁰. La Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de NU en su par. 2 determinó lo siguiente:

«Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas...

2. *Decide* que el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente resolución y,

¹¹⁷ DUPUY, P.-M., «Sécurité Collective et organisation de la paix», *RGDIP*, 1993, pp. 617-627.

¹¹⁸ PAPASTAVRIDIS, E., «Interpretation of Security Council Resolutions under Chapter VII in the Aftermath of the Iraqi Crisis», *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, pp. 95 y ss.

¹¹⁹ Véase SHELTON, D., *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

¹²⁰ Sobre el valor de las resoluciones del Consejo de Seguridad de NU véase WOOD, M.C., «The Interpretation of Security Council Resolutions», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998, pp. 73 y ss.

aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto, exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente»¹²¹.

En términos prácticos, esto significa que todos los Estados y las organizaciones internacionales tienen la obligación de cooperar con la CPI y colaborar en todas las etapas del procedimiento para garantizar el cumplimiento de las solicitudes de asistencia en la recopilación de pruebas, audiencias de testigos, sospechosos y expertos, identificación y localización de personas y la entrega de documentos.

La cooperación vertical también se aplica a la detención y entrega de personas contra quienes la CPI ha emitido una orden de detención (art. 89 del Estatuto). Se ha comentado ya que las reglas de extradición, que generalmente se aplican entre los Estados no son necesariamente aplicables cuando se transfieren acusados a la CPI. La obligación de los Estados miembros de NU, en particular de Jordania, de detener y entregar a Al-Bashir a la CPI no se basa en un tratado de extradición sino en sus obligaciones internacionales, y su discrecionalidad para decidir sobre las transferencias es muy limitada. Existe una obligación de cumplir con las solicitudes formuladas por la CPI (art. 27 par. 2 del Estatuto). Si un Estado no cumple con su obligación internacional de detener y entregar (o transferir) a sospechosos de crímenes de guerra a la CPI, lo más probable es que tenga que justificar las acciones tomadas y/o las razones de su incumplimiento antes los órganos habilitados al efecto.

En la relación vertical entre la CPI y los Estados miembros de NU existe un mecanismo por el cual la falta de cooperación con la CPI tiene consecuencias negativas para el Estado incumplidor. La CPI no tiene poderes de ejecución, pero es competente para emitir un informe sobre la falta de cooperación de un Estado y para informar de dicha situación a la Asamblea de Estados Parte de la CPI y al Consejo de Seguridad de NU¹²². Dichos poderes de presentación de informes constituyen el instrumento de presión que tiene la Fis-

¹²¹ Sobre el poder cuasi legislativo ejercido por el Consejo de Seguridad de NU, véase KATZ COGAN, J., «Stabilization and the expanding scope of the Security Council's work», *American Journal of International Law*, 2015/2, pp. 324-339.

¹²² Véase el Decimotercero Informe presentado por la Fiscal ante el Consejo de Seguridad de NU, disponible en <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=2019-12-19-otp-stat-UNSC-sudan>>

calía de la CPI para garantizar la cooperación y cumplir con el mandato que le ha encomendado el Consejo de Seguridad de NU con el fin de enjuiciar a los responsables de cometer las violaciones más graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos cometidas en el territorio de Sudán¹²³.

El Consejo de Seguridad de NU considerará, en su caso, adoptar las medidas apropiadas contra el incumplimiento de las obligaciones derivadas como parte del Estatuto¹²⁴. Este mecanismo se ha aplicado en numerosas ocasiones en el marco del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)¹²⁵. Ahora bien, su alcance es limitado en la medida en que cualquiera de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de NU puede vetar medidas contra el Estado que no pudo detener y/o entregar al perpetrador. De modo que la efectividad de este mecanismo puede verse obstaculizado por consideraciones políticas entre los miembros del Consejo de Seguridad de NU.

Hay que señalar que los Estados miembros de NU también pueden tomar medidas ante la falta de cooperación de otro Estado miembro con la CPI, siempre y cuando haya una decisión previa que acredite que el Estado en cuestión no ha cooperado¹²⁶. Los Estados se muestran reacios a denunciar a otros

¹²³ Véase GAMARRA, Y. y VICENTE, A., «Securing Protection to Civilian Population: The Doubtful United Nations Response in Sudan», *cit.*, pp. 195-226.

¹²⁴ Véase el artículo 87 para. 7 del Estatuto de Roma. Véase KRESS, S. y PROSTY, K., «Art. 87», en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observes' Notes. Article by Article*, Londres, Beck/Hart Publishing, 2008, p. 1067.

¹²⁵ Entre otros casos anteriores del TPIY, véase el párrafo preambular 7 de la Resolución del Consejo de Seguridad de 9 de noviembre de 1995 (S/1995/940) relativa al Informe del Presidente (S/1995/910) en el caso *Prosecutor v. Dragan Nikolić*, Caso n° IT-94-2-R61; la Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad el 8 de mayo de 1996 sobre la no cooperación de la República Federativa de Yugoslavia descrita en el Informe del Presidente del Tribunal Internacional (S / 1996/319); la Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad de UN de 8 de agosto de 1996 (S / PRST / 1996/34-SC / 6253) en respuesta al Informe del Presidente del Tribunal Internacional de 11 de julio de 1996 (S / 1996/556); Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad de UN, de 20 de septiembre de 1996 (S / PRST / 1996/39) en respuesta al Informe del Presidente del Tribunal Internacional de 16 de septiembre de 1996 (S / 196/763). Véase también la Carta de fecha 16 de marzo de 1999 del Presidente del TPIY dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad de sobre la negativa de la República Federativa de Yugoslavia a cooperar con el TPIY según lo exigen las Resoluciones de NU y el Estatuto del TPIY. Véase más amplia información en GAMARRA, Y. y VICENTE, A., «United Nations Member States' Obligations Towards the ICTY: Arresting and Transferring Lukic, Gotovina and Zelenovic», *cit.*, pp. 627 y ss.

¹²⁶ Véanse CORTRIGHT, D. y LÓPEZ, A., *Smart Sanctions. Targeting Economic Statecraft*, Rowman and Littlefield, 2002, y SELDEN, Z., *Economic Sanctions as Instruments of American Foreign Policy*, Praeger, 1999.

Estados, pero es una vía abierta a la que pueden recurrir cuando se trata de perseguir las más grandes violaciones de los derechos humanos.

Las obligaciones de los Estados miembros de NU hacia la CPI han sido adaptadas por los Estados a través de leyes nacionales sobre cooperación con la CPI. El Estatuto de la CPI requiere a los Estados partes el dictado de una legislación nacional específica de cooperación¹²⁷. Dichas leyes regulan cómo y qué órganos dentro de la jurisdicción nacional del Estado tramitarán las solicitudes de asistencia de la CPI, incluidas las órdenes de detención y las solicitudes de entrega de personas contra quienes la CPI ha emitido una orden de detención¹²⁸. Por supuesto, la existencia de legislaciones nacionales facilita y hace más eficiente el proceso de detención y entrega de criminales de guerra a tribunales internacionales. El proceso de detención y entrega es fluido y transparente cuando se adoptan leyes internas de cooperación con los tribunales internacionales. La legislación interna que incorpore la obligación de detención y entrega debe distinguir claramente las entregas de las extradiciones para evitar interpretaciones erróneas de las obligaciones internacionales del Estado. También deben proporcionar un procedimiento que sea justo para el acusado al mismo tiempo que eficiente, y no cree demoras o dificultades en el procedimiento para la detención y entrega de los perpetradores de crímenes internacionales¹²⁹.

V. CONCLUSIONES

En las observaciones presentadas como *amica curiae* traté de ofrecer argumentos favorables a la obligación de cooperación de Jordania con la CPI en la detención y entrega de perpetradores (Al-Bashir) reclamados por cometer las más graves violaciones de los derechos humanos. Mi posición es que las obligaciones establecidas en la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de NU en relación con el Estatuto prevalecen sobre el derecho internacional

¹²⁷ Véase el artículo 88 del Estatuto que reza: «Los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte».

¹²⁸ En el caso de España se aprobó la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, BOE nº 296, de 11 de diciembre de 2003.

¹²⁹ GAMARRA, Y. y VICENTE, A., «United Nations Member States' Obligations Towards the ICTY: Arresting and Transferring Lukic, Gotovina and Zelenovic», *cit.*, pp. 650 y ss.

general y los tratados relacionados con las inmunidades, además de tener efecto *erga omnes*.

El Estatuto es el producto jurídico más elaborado que existe en el siglo XXI para evitar la impunidad, y las normas jurídicas y procesales aplicadas por la CPI son del más alto nivel técnico jurídico. Hay voces críticas, sin embargo, que comienzan a cuestionar el elevado número de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Autores como Eric Posner, entre otros, sostienen que la proliferación de estándares de derechos humanos es esencialmente inútil¹³⁰.

Sea como fuere, la oportunidad ofrecida por la Sala de Apelaciones de la CPI a los profesores de derecho internacional con el objeto de ofrecer argumentos jurídicos sólidos y contundentes para resolver el conflicto de normas ha mostrado la pluralidad de aproximaciones que afloran en la disciplina. Ello ha llevado a que autores, como Mao, planteen si existe una «comunidad interpretativa» o una «fragmentación entre comunidades interpretativas»¹³¹. No hay que dejar de tener presente que el derecho internacional es un proyecto en constante construcción, en parte, por la eterna disputa entre quienes aceptan y quienes rechazan un determinado derecho internacional u otro, o ciertas normas o instituciones jurídicas.

La participación de profesores de derecho internacional en calidad de *amici curiae* en el caso Al-Bashir ha contribuido a visibilizar y a poner en valor a una comunidad de profesionales. El trabajo desarrollado por los *amici curiae* ha podido resultar para ciertos autores más gramatical que argumental, o se ha podido cuestionar la clásica función de la supuesta neutralidad. Ahora bien, los profesores de derecho internacional hemos gozado de protagonismo y visibilidad en la Sala de Apelaciones de la CPI y hemos contribuido es ofrecer argumentos sólidos a los jueces.

Si recurrimos a la práctica jurídica internacional para verificar cómo evoluciona el lenguaje y los principios del derecho internacional, quizás podamos ayudar a cambiar las normas restrictivas que son ineficaces e inoperantes para resolver los conflictos jurídico internacionales. Al final, este tipo de experiencias puede servirnos para reevaluar las funciones del derecho internacional y abordar nuevas formas de crear un derecho internacional objetivo.

¹³⁰ POSNER, E., *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

¹³¹ MAO, X., «The Function of *Amicus Curiae* Participation by Legal Scholars: The Al-Bashir Appeal Case at the International Criminal Court as an Illustration», *cit.*, p. 402.