

## LA GUERRA EN UCRAJINA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Kai AMBOS\*

---

*De un modo nunca visto, 41 Estados han reforzado a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) en la investigación sobre Ucrania mediante una remisión colectiva. Sin embargo, surge la pregunta sobre qué pueden conseguir realmente las investigaciones. ¿Podría responsabilizarse penalmente a Vladimir Putin, el presidente ruso, en algún momento?*

### Competencia de la CPI

Según su Estatuto (de Roma), la CPI es en principio competente respecto de los crímenes establecidos en los arts. 5-8bis<sup>1</sup> cometidos en el territorio de los Estados Partes (art. 12 (2)(a)) o por nacionales de los Estados Partes (art. 12 (2)(b)).<sup>2</sup> Este régimen de competencias —limitado a la territorialidad y a la personalidad activa— es ampliado en dos aspectos: por un lado, un Estado que no sea Parte puede someterse voluntariamente a la jurisdicción de la CPI (art. 12 (3)), y, por otro lado, el Consejo de Seguridad de la ONU puede remitirle situaciones a la Corte y, de ese modo, fundamentar su competencia (art. (13)(b)).

Ucrania se ha acogido a la primera opción de ampliación y ha aceptado la competencia de la CPI mediante dos declaraciones de sometimiento: en la primera declaración del 9/4/2014,<sup>3</sup> el gobierno

---

\* Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Público en la Universidad de Göttingen, Alemania, juez del Tribunal Especial para Kosovo (La Haya). Versión alemana publicada en la *Deutsche Richterzeitung*, no. 4/2022, p. 166-169; traducción (incluso las citas en inglés) de Leandro DIAS (Universität Würzburg). Revisión del autor.

<sup>1</sup> Las disposiciones que aparecen sin una mención en este texto pertenecen al Estatuto de la CPI.

<sup>2</sup> En mayor detalle sobre el régimen de la competencia AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5.ª ed. 2018, § 8, n.º m. 4 ss.; ÍDEM, *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, 2016, p. 242 ss.

<sup>3</sup> Cf. <<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf>>

ucraniano reconoce la competencia de la CPI sobre los crímenes cometidos en territorio ucraniano durante el período comprendido entre el 21/11/2013 y el 22/2/2014; con la segunda declaración del 8/9/2015<sup>4</sup> extiende este período —a partir del 20/2/2014— indefinidamente hacia el futuro. Por tanto, la Corte es, en principio, competente respecto de todos los crímenes del Estatuto cometidos en el territorio nacional de Ucrania desde el 21/11/2013 (sobre la excepción respecto del crimen de agresión, véase *infra*).

## Ejercicio de la jurisdicción

Si la CPI es competente, su jurisdicción debe ser activada (“triggered”). Esto puede hacerse de tres maneras: por remisión de una situación a través de los Estados Partes (art. 13 a)), a través del Consejo de Seguridad (art. 13 b)) o a través de una actuación de oficio de la Fiscalía (art. 13 c)). En nuestro caso, la posibilidad de que el Consejo de Seguridad de la ONU realice una remisión queda obviamente descartada porque Rusia, como miembro permanente del Consejo de Seguridad, impediría dicha resolución mediante su veto.<sup>5</sup> Una auto-remisión por parte de Ucrania en el sentido del art. 13(a) —algo que fue realizado por algunos Estados africanos en los primeros años de la Corte<sup>6</sup>— también queda descartada, precisamente porque no es un Estado Parte.

Por consiguiente, la Fiscalía inició en un primer momento un examen preliminar (“preliminary examination”; para más detalles, véase *infra*) de oficio, de conformidad con el art. 15; este, sin embargo, sólo puede continuar con la aprobación de una Sala de Cuestiones Preliminares (“Pre-Trial Chamber”) de tres miembros, si es que existe un “fundamento suficiente” (art. 15 (3)). Este control judicial temprano sobre la Fiscalía en el marco de la “preliminary examination” fue el precio que los Estados que estaban a favor de la Corte tuvieron que pagar por una Fiscalía independiente que también pudiese actuar de oficio.<sup>7</sup> No se trata de una mera “formalidad” para la autoridad

---

<sup>4</sup>Cf. <[https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine\\_Art\\_12-3\\_declaration\\_08092015.pdf#search=ukraine](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine)>

<sup>5</sup> De un modo similar a cómo Rusia ya bloqueó la primera resolución del Capítulo VII, cf. <<https://www.un.org/press/en/2022/sc14808.doc.htm>>

<sup>6</sup> AMBOS, *Internationales Strafrecht*, op.cit., § 8, n.º m. 7; ÍDEM, *Treatise ICL III*, op.cit., p. 257 ss.

<sup>7</sup> Cf. AMBOS, *Treatise ICL III*, op.cit., p. 265.

acusadora como demuestran las decisiones que han rechazado la autorización.<sup>8</sup> Sin embargo, la necesidad de una revisión judicial —con los correspondientes riesgos para la Fiscalía— no existe en el caso de las remisiones estatales y del Consejo de Seguridad, por lo que la —ya mencionada— remisión estatal colectiva de la situación de Ucrania le ha concedido a la Fiscalía una posición más robusta.

El propio Fiscal Principal de la CPI, Karim A.A. Khan, no sólo lo ha reconocido en varias ocasiones,<sup>9</sup> sino que él mismo sugirió dicha remisión estatal en su declaración del 28/2/2022,<sup>10</sup> tras lo cual, al día siguiente —el 1/3/2022—, Lituania hizo la primera remisión, que fue acompañada el 2/3/2022 por una remisión colectiva de otros 38 Estados,<sup>11</sup> coordinada por el Reino Unido, y el

---

<sup>8</sup> Así, p. ej., en la situación de Afganistán, donde la Sala de Cuestiones Preliminares, en una controvertida decisión del 12/4/2019, no autorizó la apertura de un procedimiento de investigación por crímenes cometidos, entre otros, por los talibanes, las fuerzas afganas y estadounidenses. Fundamentó esto con una interpretación amplia del concepto ya indeterminado de “intereses de la justicia” (“interests of justice”). La Sala consideró que, de todos modos, Estados Unidos no iba a cooperar (ICC, Pre-Trial Chamber, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan* [ICC-02/17-33], 12/4/2019, párr. 89 ss.). Sin embargo, la Sala de Apelaciones anuló esta decisión y autorizó la apertura de un procedimiento de investigación (ICC, Appeals Chamber, Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan* [ICC-02/17-138], 5/3/2020).

<sup>9</sup> Véase, p. ej., Statement Khan 28 February 2022 (cita completa en la siguiente nota al pie) y 11 March 2022, cit. (“My Office has responded immediately to this unprecedented collective call for action by States Parties”[“Mi Oficina ha respondido inmediatamente a este inédito reclamo colectivo de los Estados Partes”]).

<sup>10</sup> Véase Statement Khan 28 February 2022 <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20220228-prosecutor-statement-ukraine>>: “An alternative route set out in the Statute that could further expedite matters would be for an ICC *State Party* to refer the situation to my Office, which would allow us to actively and immediately proceed with the Office's independent and objective investigations” [“Una vía alternativa establecida en el Estatuto que podría agilizar todavía más las cosas sería que un *Estado Parte de la CPI* le remitiera la situación a mi Oficina, lo que nos permitiría proceder de forma activa e inmediata con las investigaciones independientes y objetivas de la Oficina”] (resaltado por K.A.)

<sup>11</sup> Statement Khan 2 March 2022 <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=2022-prosecutor-statement-referrals-ukraine> (Republic of Albania, Commonwealth of Australia, Republic of Austria, Kingdom of Belgium, Republic of Bulgaria, Canada, Republic of Colombia, Republic of Costa Rica, Republic of Croatia, Republic of Cyprus, Czech Republic, Kingdom of Denmark, Republic of Estonia, Republic of Finland, Republic of France, Georgia, Federal Republic of Germany, Hellenic Republic, Hungary, Republic of Iceland, Republic of Ireland, Republic of Italy, Republic of Latvia, Principality of Liechtenstein, Grand Duchy of

11/3/2022 con una remisión de otros dos Estados,<sup>12</sup> de modo que un total de 41 Estados han remitido la situación de Ucrania. Esto no había ocurrido nunca con anterioridad. En la única situación de remisión colectiva de Estados (relativa a Venezuela), el número de Estados que la apoyaban era sólo de seis.<sup>13</sup>

## De una “preliminary examination” a una “investigation” formal

El procedimiento preliminar ante la CPI puede dividirse a grandes rasgos en dos etapas: el examen preliminar ya mencionado (“preliminary examination”) y la investigación formal (“investigation”).<sup>14</sup> La predecesora de Khan, la gambiana Fatou Bensouda, ya había iniciado exámenes preliminares sobre posibles delitos cometidos en territorio ucraniano desde el 25/4/2014 en el marco de sus facultades *proprio motu* (art. 15).<sup>15</sup> Antes de entregarle el cargo a Khan, Bensouda anunció el cierre (exitoso) de estos exámenes preliminares el 11/12/2020 y declaró que se cumplían las condiciones para abrir una investigación formal (“investigation” en el sentido del art. 53 (1)).<sup>16</sup> Así, Bensouda consideró que había un “fundamento suficiente” para suponer la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad; la sospecha de comisión de crímenes se refería a los acontecimientos que tuvieron lugar desde el 26/2/2014 en relación con la

---

Luxembourg, Republic of Malta, New Zealand, Kingdom of Norway, Kingdom of the Netherlands, Republic of Poland, Republic of Portugal, Romania, Slovak Republic, Republic of Slovenia, Kingdom of Spain, Kingdom of Sweden, Swiss Confederation, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland).

<sup>12</sup> Statement Khan 11 March 2022 <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20220311-prosecutor-statement-ukraine> (Japan and North Macedonia).

<sup>13</sup> Concretamente Argentina, Chile, Paraguay, Canadá y Colombia, véase Statement Fatou Bensouda 27 September 2018, <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180927-otp-stat-venezuela>>

<sup>14</sup> En detalle, AMBOS, *Internationales Strafrecht*, op.cit., § 8, n.º m. 20 ss.; IDEM, *Treatise ICL III*, op.cit., p. 335 ss.

<sup>15</sup> Cf. al respecto International Criminal Court-The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities 2020, 14 December 2020, párr. 267.

<sup>16</sup> Según el art. 53(1), se requiere un “fundamento razonable” (“reasonable basis”) para iniciar una investigación (formal) y la Fiscalía debe tener en cuenta también el “interés de la justicia” (“interests of justice”; en mayor detalle, AMBOS, *Internationales Strafrecht*, op.cit., § 8, n.º m. 23 s.; IDEM, *Treatise ICL III*, op.cit., p. 343 ss.

anexión de Crimea y desde el 30/4/2014 en relación con la situación en el este de Ucrania (respecto de esto último, sólo crímenes de guerra).<sup>17</sup>

Como consecuencia de esto, Khan anunció por primera vez en la mencionada declaración del 28/2/2022 que le solicitaría a la Sala de Cuestiones Preliminares una autorización para (más) investigaciones, lo que, sin embargo, ya no era necesario tras las mencionadas remisiones estatales. Luego, el 2/3/2022, anunció la *apertura de una investigación formal* en el sentido del art. 53 (1),<sup>18</sup> según la cual sus investigaciones se refieren a posibles crímenes cometidos en Ucrania desde el 21/11/2013. En concreto, se trata de los mencionados crímenes de lesa humanidad y, sobre todo, de crímenes de guerra, pero no de genocidio (por razones fácticas), ni del crimen de agresión (por razones jurídicas); sobre este último la CPI sólo puede ejercer su jurisdicción si el Consejo de Seguridad de la ONU le remite una situación correspondiente (art. 15ter) o si tanto el Estado agresor, como el Estado víctima, son Estados Partes (art. 15bis (4), (5)).<sup>19</sup>

Desde luego, con la invasión rusa el foco de la investigación se ha desplazado a los hechos delictivos que pudieron haber sido cometidos en este contexto, es decir, en especial a los crímenes de guerra. El propio Khan ha destacado que ahora se trataría sobre todo de obtener pruebas en el lugar (“evidence-collection activities”)<sup>20</sup> en un sentido muy amplio (“full range of documentary, digital, forensic and testimonial evidence”)<sup>21</sup> y en cooperación con todos los intervinientes en el conflicto (“all relevant stakeholders and parties to the conflict”),<sup>22</sup> lo que incluye a Rusia.<sup>23</sup> Desde

---

<sup>17</sup> Cf. en mayor detalle Report on Preliminary Examination, cit., párr. 278-281.

<sup>18</sup> Esta decisión le fue comunicada formalmente a la Sala de Cuestiones Preliminares el 7 de marzo, <<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/22-2>>

<sup>19</sup> Cf. en mayor detalle sobre el (complicado) régimen jurisdiccional del crimen de agresión ZIMMERMANN/FREIBURG-BRAUN, en AMBOS, ed., *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary*, 4.ª ed. 2022, Art. 15bis (p. 899 ss.) y Art. 15ter (p. 927 ss.).

<sup>20</sup> Statement Khan 11 March 2022, cit.

<sup>21</sup> Statement Khan 16 March 2022 <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20220316-prosecutor-statement-visit-ukraine-poland>>.

<sup>22</sup> Statement Khan 11 March 2022, cit.

<sup>23</sup> Statement Khan 16 March 2022, cit. (“... I have also transmitted a formal request to the Russian Federation to meet their competent authorities and discuss the current situation as it concerns my Office's mandate. It is in my view essential that the Russian Federation actively engages in this investigation and I stand ready to meet with them” [“... también le he enviado una solicitud formal a la Federación Rusa para reunirme con sus

un punto de vista procesal, la mencionada obtención de pruebas sirve para concretar e individualizar las posibles imputaciones, que en última instancia tendrían que conducir a la solicitud de órdenes de detención contra los principales responsables y a la formulación de cargos —si se cumplen los elevados niveles de sospecha—. <sup>24</sup> Que esto ocurra en la realidad depende de numerosos factores, respecto de los cuales la Fiscalía solo tiene un control limitado. Aunque las condiciones marco a nivel jurídico —no sólo por la remisión colectiva de los Estados, sino también por otros pasos jurídicos (exitosos) contra Rusia<sup>25</sup>— son bastante positivas, la Fiscalía depende en última instancia también en este proceso —y quizá incluso más de lo habitual<sup>26</sup>— del apoyo real de Estados que actúan de buena fe, a los que Khan, de hecho, ha recurrido en repetidas ocasiones para obtener contribuciones financieras (adicionales) y la puesta a disposición de expertos nacionales. <sup>27</sup> Como

---

autoridades competentes y discutir la situación actual en lo que respecta al cometido de mi Oficina. En mi opinión, es esencial que la Federación Rusa se comprometa activamente en esta investigación y estoy dispuesto a reunirme con ellos”)).

<sup>24</sup> Al solicitar una orden de detención, la Fiscalía debe tener un “motivo razonable para creer” que se ha cometido el hecho (“reasonable grounds to believe”, art. 58(1)), mientras que al formular los cargos debe tener “motivos fundados para creer” que se ha cometido el hecho (“substantial grounds to believe”, art. 61(5)).

<sup>25</sup> Véase, por un lado, la *Uniting for Peace Resolution* de la Asamblea General de la ONU del 2/3/2022, <https://www.un.org/press/en/2022/ga12407.doc.htm>, y, por otro, la orden de medidas provisionales por parte de la Corte Internacional de Justicia del 16/3/2022, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>. La exclusión de Rusia del Consejo de Europa también debe mencionarse en este contexto (decisión del Consejo de Ministros del 16/3/2022, CM/Res(2022)2, <[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=0900001680a5da51](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a5da51)>), aunque esto también elimina la jurisdicción del TEDH (art. 58(3), CEDH) con efecto a partir del 16/9/2022 <<https://www.coe.int/de/web/portal/-/russia-ceases-to-be-a-party-to-the-european-convention-of-human-rights-on-16-september-2022>> . Además, se recurre a la posibilidad de realizar investigaciones descentralizadas; sobre las investigaciones estructurales del Fiscal General Federal, véase, p. ej. <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/ermittlungen-zu-moeglichen-kriegsverbrechen-in-der-ukraine>.

<sup>26</sup> Statement Khan 16 March 2022, cit. (“The scale of this investigation and the challenging environment in which it will be conducted give rise to an unavoidable demands on my Office ...” [“La envergadura de esta investigación y el difícil entorno en el que se llevará a cabo le plantean exigencias ineludibles a mi Oficina...”]).

<sup>27</sup> Véase, por último, Statement Khan 16 March 2022, cit. (“I would reiterate my call to those States to provide assistance to my Office including through voluntary financial contributions and the provision of national experts on a secondment basis. This will be essential in addressing the urgent resource needs of my Office and in allowing us to effectively address all situations presently under investigation or in trial” [“Reitero mi exhortación a esos Estados para que le brinden asistencia a mi Oficina, incluso mediante contribuciones financieras voluntarias y el suministro de expertos nacionales mediante un régimen de adscripción. Esto será esencial para satisfacer las necesidades urgentes de recursos de mi Oficina y para permitirnos abordar eficazmente todas las situaciones que se están investigando o juzgando actualmente”]).

fuese, desde el punto de vista jurídico se plantea la cuestión de la inmunidad del presidente Putin, en tanto Jefe de Estado, en relación con una posible investigación y persecución penal. Veamos esto con más detalle.

## La inmunidad de Putin como Jefe de Estado

Respecto de la cuestión jurídica de la inmunidad, hay que distinguir inicialmente entre la inmunidad personal (*ratione personae*), que es la pertinente en este caso y a la que sólo pueden acogerse los máximos representantes del Estado (la llamada tríada de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores), y la inmunidad funcional (*ratione materiae*) para las acciones oficiales (soberanas) (*acta iure imperii*).<sup>28</sup> Mientras que esta última está restringida en el caso de los crímenes internacionales graves en las relaciones interestatales (horizontales),<sup>29</sup> la primera rige en principio de forma irrestricta, pero experimenta una restricción en las relaciones verticales (del Estado a la Corte Penal Internacional). Esto significa que el presidente Putin, como Jefe de Estado, estaría protegido de la persecución penal nacional —es decir, en la relación interestatal (horizontal)— por el principio de inmunidad del Estado (razón por la cual se impiden inicialmente las investigaciones nacionales al respecto<sup>30</sup>), pero no podría invocarlo ante la CPI —en la relación vertical (art. 27)—.

Es más difícil responder a la pregunta de si los Estados tendrían que ejecutar una orden de detención de la CPI. En principio, tal obligación sólo existe para los Estados Partes (arts. 86 ss.). Excepcionalmente, puede extenderse a otros Estados si estos (como Ucrania) se han sometido a la competencia de la CPI y, por tanto, también están obligados a cooperar (art. 12(3) oración 2) o si el Consejo de Seguridad le ha remitido a la CPI una situación en un Estado que no es Parte (art.

---

<sup>28</sup> MüKo-StGB/AMBOS, 4.ª ed. 2020, Vor § 3, n.º m. 105 s.; en mayor detalle, especialmente también sobre la naturaleza jurídica (procesal) AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, 2.ª ed. 2021, p. 528 ss. (532 s.).

<sup>29</sup> Recientemente Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal), en BGH NJW 2021, 1326, con comentario de Kreß = JZ 2021, 724, con comentario de Werle = StV 2021, 549, con comentario de Ambos; véase también FRANK/BARTHE, ZStW 133 (2021), 235; JEBBERGER/EPIK, JR 2022, 10.

<sup>30</sup> Por consiguiente, el Fiscal General Federal solo puede llevar a cabo una investigación estructural respecto de Putin, v. *supra*, nota al pie 25, *in fine*.

13b) y ha obligado a este y a otros Estados (que no sean Partes) a cooperar en la resolución correspondiente. De lo contrario, los Estados que no sean Partes sólo pueden estar obligados a cooperar sobre la base de (otros) tratados internacionales, en particular el art. VI de la Convención sobre Genocidio (CGen), que obliga a los Estados Partes a llevar a los sospechados de haber cometido un genocidio ante un tribunal penal internacional competente; sin embargo, esto presupone que los Estados Partes han reconocido la jurisdicción de dicho tribunal penal internacional (como la CPI).<sup>31</sup> No obstante, la CGen puede complementar una resolución correspondiente del Consejo de Seguridad con miras a un deber de cooperación por parte de los Estados que no sean Parte de la CPI, pero que son Parte de la CGen y que están obligados a cooperar (para evitar genocidios) sobre la base de esta convención.<sup>32</sup>

En lo que respecta a la CPI, la cuestión decisiva es la de cómo se puede resolver la tensión entre la inmunidad del Estado y el deber de cooperación (art. 98(1)).<sup>33</sup> En este sentido, la Sala de Apelaciones de la CPI parte de la base de que no puede derivarse del derecho internacional consuetudinario ninguna inmunidad del Estado frente a un tribunal internacional.<sup>34</sup> Esto se aplica no sólo en la relación vertical (Estado-CPI) (según el art. 27), sino también en la relación horizontal (interestatal), porque en el caso de una orden de detención de la CPI, un Estado la ejecuta sólo en

---

<sup>31</sup> Cf. International Court of Justice, *Application of the Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports (2007) 43, párrs. 439-450.

<sup>32</sup> SLUITER, *Journal of International Criminal Justice* 8 (2010) 365, 371–372; AKANDE, en: STEINBERG (ed.) *Contemporary Issues Facing the ICC*, 2016, p. 77, 81; de otra opinión, GAETA, en: STEINBERG, ídem, p. 84, 90 s.

<sup>33</sup> El art. 98(1) es una disposición procesal dirigida a la CPI (“The Court may not proceed...” [“La Corte no dará curso...”]) para determinar el procedimiento a seguir en caso de reglas de inmunidad que entren en conflicto con un deber de cooperación, es decir, es una especie de “conflict-avoidance rule” [regla para evitar conflictos]; véase también ICC, Appeals Chamber, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *Prosecutor v. Al Bashir* (ICC-02/05-01/09-397), 6/5/2019, párr. 5, 130 s.

<sup>34</sup> Jordan Al-Bashir Appeal Judgment, cit., párrs. 1, 103–117 (113) (“there is neither State practice nor *opinio juris* that would support the existence of Head of State immunity under customary international law *vis-à-vis* an international court” [“no existe ni la práctica de los Estados ni la *opinio juris* que apoye la existencia de la inmunidad del Jefe de Estado en virtud del derecho internacional consuetudinario *vis-à-vis* un tribunal internacional”]); en un sentido similar, previamente ya Sierra Leone, *Prosecutor against Charles Ghankay Taylor*, Decision on immunity from jurisdiction, 31/5/2004, SCSL-2003-01-I, párrs. 37 ss. Cf. al respecto, en detalle KREß, en: AMBOS (ed.), *Rome Statute*, op.cit., Art. 98, n.º m. 114–130.



nombre de la CPI,<sup>35</sup> es decir, no actúa de forma autónoma —como en la relación puramente interestatal (horizontal)—. Sin embargo, esto ha sido criticado, especialmente porque tal interpretación del derecho internacional consuetudinario es difícil de conciliar con su elemento constitutivo de la práctica estatal —que se adhiere en gran medida a la inmunidad del Estado—.<sup>36</sup> Tampoco es necesaria una interpretación tan amplia cuando, como en el caso de Sudán/Al-Bashir,

---

<sup>35</sup> Jordan Al-Bashir Appeal Judgment, cit., párrs. 2, 114 (“The absence of a rule of customary international law recognising Head of State immunity *vis-à-vis* international courts is relevant not only to the question of whether an international court may issue a warrant for the arrest of a Head of State and conduct proceedings against him or her, but also for the horizontal relationship between States when a State is requested by an international court to arrest and surrender the Head of State of another State” [“La ausencia de una regla de derecho internacional consuetudinario que reconozca la inmunidad de los Jefes de Estado frente a los tribunales internacionales es relevante no sólo para la cuestión de si un tribunal internacional puede emitir una orden de detención de un Jefe de Estado y llevar a cabo un procedimiento contra él, sino también para la relación horizontal entre los Estados cuando un tribunal internacional le solicita a un Estado que detenga y entregue al Jefe de Estado de otro Estado”]; Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański and Bossa, párrs. 441–445; previamente, ya Pre-Trial Chamber I, Malawi Decision, *Al Bashir* (ICC-02/05-01/09-139), 12/12/2011, párr. 46 (“when cooperating with this Court and therefore acting on its behalf, States Parties are instruments for the enforcement of the *jus puniendi* of the international community whose exercise has been entrusted to this Court [...]” [“al cooperar con esta Corte y, por tanto, al actuar en su nombre, los Estados Partes son instrumentos para la aplicación del *jus puniendi* cuyo ejercicio la comunidad internacional le ha confiado a esta Corte”]). Al respecto, KREB, op.cit., Art. 98 n.º m. 131–134.

<sup>36</sup> HELD, *Cambridge International Law Journal* 10 (2021) 54, 66–68; CRYER/ROBINSON/VASILIEV, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 4.ª ed. 2019, p. 530; HELLER, *Opinio Juris*, 17/5/2019, <<https://opiniojuris.org/2019/05/09/a-thought-experiment-about-complementarity-and-the-jordan-appeal-decision/>>; BATROS, *Just Security*, 7/5/2019 <<https://www.justsecurity.org/63962/a-confusing-icc-appeals-judgment-on-head-of-state-immunity/>>; KIYANI, *Just Security*, 8/5/2019 <<https://www.justsecurity.org/63973/elisions-and-omissions-questioning-the-iccs-latest-bashir-immunity-ruling/>>; AKANDE, *EJIL: Talk!*, 6/5/2019, <<https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/>>; Zimmermann, *Juristenzeitung* 2022, 261, 265 s.; crítico, desde un punto de vista procedimental, GALAND, *EJIL: Talk!*, 6/6/2019 <<https://www.ejiltalk.org/a-hidden-reading-of-the-icc-appeals-chambers-judgment-in-the-jordan-referral-re-al-bashir/>> (quien entiende que la sentencia significa que el efecto frente a terceros del art. 27 requiere siempre una resolución del Consejo de Seguridad.). En cambio, a favor, KREB, *TOAEP Occasional Paper Series No. 8* (2019) <<https://www.toaep.org/ops-pdf/8-kress>>; SADAT, *Just Security*, 18/7/2019, <<https://www.justsecurity.org/64896/why-the-iccs-judgment-in-the-al-bashir-case-wasnt-so-surprising/>>.

la inmunidad ya ha sido excluida por una resolución del Consejo de Seguridad.<sup>37</sup> Como fuese, si se sigue el punto de vista de la Sala de Apelaciones, Putin no podría ampararse en su inmunidad como Jefe de Estado si la CPI emitiese una orden de detención contra él, porque la orden tendría que ser ejecutada en todo caso por los (123) Estados Partes de la CPI y los Estados que no son Partes estarían eventualmente autorizados a ejecutarla.

---

<sup>37</sup> Jordan Al-Bashir Appeal Judgment, cit, párr. 7, 133 ss. En ese sentido, podría argumentarse que la Sala de Apelaciones se excedió en su ámbito de revisión —en el sentido del principio *ne ultra petita*—, porque la cuestión del reconocimiento de la inmunidad en virtud del derecho internacional consuetudinario no fue objeto de las solicitudes de las partes y tampoco fue relevante para la decisión.