

SOBRE INMUNIDADES (DE LOS JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO) EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN

Catedrática de Derecho Internacional Público
Departamento de Derecho Internacional,
Eclesiástico y Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
anagama@ucm.es

RESUMEN

Con ocasión del primer aniversario de la declaración de la pandemia por la Covid-19, que parece haber monopolizado toda la actualidad jurídica, la autora hace un repaso de diversos acontecimientos recogidos en la prensa nacional e internacional durante ese periodo que tienen como nexo común la problemática relativa a la inmunidad de jurisdicción penal de que gozan los jefes y antiguos jefes de Estado y de Gobierno, según el Derecho internacional, para determinar cuál es la solución jurídica aplicable a cada uno de ellos.

Palabras clave: inmunidad de jurisdicción, jefes de Estado, jefes de Gobierno, antiguos jefes de Estado, Derecho internacional.

ABSTRACT

On the occasion of the first anniversary of Covid-19 officially being declared a pandemic (something which seems to have led the ranking of current legal affairs), the writer here goes through several events gathered by international press during such times which focus on the issue of immunity from criminal jurisdiction of Heads and former Heads of State and Government, always according to International Laws, in order to find the best legal answer for each case.

Keywords: Immunity from Jurisdiction, Head of State, Head of Government, Former Heads of State, International Laws.

ZUSAMMENFASSUNG

Anlässlich des ersten Jahrestages der Ausrufung der Pandemie durch Covid-19, welche alle juristischen Nachrichten zu beherrschen scheint, geht die Autorin auf verschiedene Ereignisse ein, über die in diesem Zeitraum in der nationalen und internationalen Presse berichtet wurde und die als gemeinsamen Nenner das Problem der Immunität nach internationalem Recht von Staatsoberhäuptern und ebe-

maligen Staatsoberhäuptern und Regierungschefs gegenüber der Strafgerichtsbarkeit aufweisen, um die jeweils anwendbare juristische Lösung zu bestimmen.

Schlüsselwörter: Immunität gegenüber der Gerichtsbarkeit, Staatsoberhäupter, Regierungschefs, ehemalige Staatsoberhäupter, Völkerrecht.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS PROBLEMAS CON LA JUSTICIA SUIZA DEL ANTIGUO JEFE DEL ESTADO ESPAÑOL.—III. LOS AVANCES EN LA CAUSA CONTRA NICOLÁS MADURO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.—IV. LAS «DENUNCIAS» ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DERIVADAS DE LA GESTIÓN DE LA PANDEMIA (DE XI JINPING A PEDRO SÁNCHEZ).—V. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL DE LOS JEFES Y ANTIGUOS JEFES DE ESTADO DE CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL.—1. El principio de inmunidad de jurisdicción en el Derecho internacional y su proyección a los jefes de Estado y de Gobierno.—2. El decaimiento de la inmunidad de jurisdicción ante la Corte Penal Internacional.—VI. APORTANDO, POR ÚLTIMO, LA PERTINENTE SOLUCIÓN JURÍDICA RESPECTO DE LA INMUNIDAD (O NO) DE LOS SUPUESTOS DE HECHO RECOGIDOS DE LA ACTUALIDAD MEDIÁTICA.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya más de un año que vivimos inmersos en la pandemia de la Covid-19, declarada como tal por la OMS el 11 de marzo de 2020¹. Durante todo este largo lapso de tiempo no hay duda alguna de que la misma se ha convertido en la noticia omnipresente en todos los medios de comunicación, acaparando la actualidad mediática nacional e internacional.

Sin embargo, es obvio que durante este periodo de pandemia han tenido lugar otros hechos relevantes que han ocupado su hueco en las noticias y que poco o nada tienen que ver el SARS-Cov-2. En este sentido, ocupan lugar destacado varias de ellas que traen a colación, como cuestión jurídica común, la relativa a la aplicabilidad (o no) de la inmunidad de jurisdicción penal de que gozan en el plano internacional los jefes y ex jefes de Estado y/o de Gobierno, afectando a varios de ellos. Tal es el caso del rey emérito de España, don Juan Carlos de Borbón, y sus presuntos delitos fiscales; del presidente de Venezuela, Nicolás Maduro, respecto del cual la fiscal de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) concluyó en diciembre de 2020 que existe fundamento razonable para creer que se cometieron

¹ <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.

en Venezuela crímenes de competencia de la Corte desde al menos abril de 2017, o de los presidentes de China y Brasil, así como del presidente del Gobierno español, que han sido objeto de varios escritos de solicitud de inicio de investigación por parte del fiscal de la CPI —presentados por diferentes asociaciones privadas—, precisamente por sus actuaciones en relación con la pandemia por el coronavirus.

Esta curiosa coincidencia temporal en tan reducido y particular periodo de tiempo de cinco casos afectando a demandas penales contra jefes o antiguos jefes de Estado y de Gobierno, los cuales, según el Derecho internacional, no pueden ser juzgados por estar amparados en el privilegio de la inmunidad de jurisdicción penal, nos lleva a plantearnos el exacto alcance de dicha inmunidad y determinar su concreta aplicación a cada uno de los asuntos señalados.

II. LOS PROBLEMAS CON LA JUSTICIA SUIZA DEL ANTIGUO JEFE DEL ESTADO ESPAÑOL

Coincidiendo justamente con el Decreto de estado de alarma, la prensa española se hacía eco, en marzo de 2020, de que «Juan Carlos I aparecía en dos fundaciones investigadas en Suiza»². El nombre del rey emérito de España se desliza en dos investigaciones, una suiza y otra española, por un posible delito de blanqueo de capitales. Las alertas saltaron tras una portada del diario suizo *Tribune de Geneve* de marzo de 2018, según la cual «Juan Carlos escondía 100 millones en Ginebra». La noticia recogía la investigación del fiscal del cantón de Ginebra, Yves Bertossa, por supuestos delitos fiscales, fraude a la Hacienda pública y de blanqueo de capitales. Todo ello, al parecer, relacionado con unas supuestas comisiones vinculadas a la adjudicación de la línea de ferrocarril de alta velocidad de La Meca, el llamado «AVE del desierto», que une las ciudades de Medina y La Meca³.

El asunto que nos atañe es el que se está llevando a cabo en Suiza. Este se destaca en el verano de 2018 tras un registro en un céntrico edificio de

² <https://www.lavanguardia.com/politica/20200315/474157852000/juan-carlos-i-suiza-anticorrupcion-fundacion-audiencia-nacional.html>.

³ Las diligencias de investigación sobre esta cuestión fueron archivadas por la Fiscalía del Tribunal Supremo en el mes de noviembre de 2020 por entender que Juan Carlos sigue protegido por la inviolabilidad que otorga la Constitución española al jefe del Estado. El archivo de la causa en España no afecta a la abierta en Suiza, pues en este caso no es de aplicación la norma interna española, sino que lo son las normas internacionales en materia de inmunidad que contienen una regulación diferente.

cuatro alturas en el centro de Ginebra. En aquel registro, rápido, sin ruido, sin sirenas ni publicidad, el fiscal Bertossa halló dos fundaciones con cuentas en bancos suizos. La fundación de Liechtenstein *Zagatka*, de Álvaro de Orleans, primo lejano de don Juan Carlos, que pagó vuelos privados de este y de Corinna Larsen, y la fundación panameña *Lucum*, cuyo primer beneficiario era don Juan Carlos.

A raíz de este descubrimiento, la Fiscalía de Suiza indaga una «donación» de 100 millones de dólares a esa fundación panameña realizada el 8 de agosto de 2008 por el entonces rey de Arabia Saudita, Abdullah bin Abdulaziz Al Saud, después de que el consorcio español —OHL e Indra, entre otras— ganara el concurso del AVE a La Meca tras rebajar en un 30 por 100 el coste de su oferta. El mismo fiscal realiza indagaciones sobre la entrega por el propio don Juan Carlos en el año 2010 de 1,9 millones de euros que había recibido como donación del rey de Baréin a Fasana, su gestor en Mirabaud. Además, según parece acreditado documentalmente, en septiembre de 2012 se transfirieron desde esta cuenta 65 millones de euros a Corinna Larsen, amiga de don Juan Carlos, la cual ha contribuido a destapar y airear todo este asunto.

Explicado así, sin más, a *grosso modo*, este pudiera parecer un caso más de tantos de posible corrupción y de presuntos delitos fiscales, lo cual no parece que tendría mayor trascendencia para el Derecho internacional que nos ocupa. Y tal sería el caso si no fuera porque la persona presunta autora de los hechos que investiga el fiscal Yves Bertossa, don Juan Carlos de Borbón, era el jefe del Estado español en el momento que tuvieron lugar dichos hechos. Y sucede que, como hemos indicado, los jefes de Estado —junto con los jefes de Gobierno y los ministros de Asuntos Exteriores— gozan de un privilegio denominado «inmunidad de jurisdicción» que impide que sean juzgados por los jueces y tribunales extranjeros. En el presente caso serían los tribunales suizos.

No obstante, se da la circunstancia de que don Juan Carlos dejó ese cargo de la más alta representación del Estado español el 19 de junio de 2014, abdicando en la persona de su hijo Felipe, que es el actual jefe del Estado. Pasó desde ese momento a la consideración jurídica de *ex jefe de Estado*. Esta circunstancia generó la duda acerca de su estatus jurídico concreto en relación con la posibilidad o no de seguir estando amparado por el privilegio de la inmunidad de jurisdicción del que gozan los jefes de Estado cuando están en activo. Los interrogantes planteados son varios. ¿Sigue vigente dicha inmunidad cuando deja el cargo, es decir, cuando se convierte en *ex*? ¿Continúan protegidos por la inmunidad

los actos que realizó cuando era jefe de Estado, una vez que no ostenta esa posición?

La respuesta a estos interrogantes no la da el Derecho interno, como en su momento alegó la fiscal general del Estado, Dolores Delgado, invocando la reciprocidad. La contestación la encontramos en el Derecho internacional, como tendremos ocasión de exponer más adelante.

III. LOS AVANCES EN LA CAUSA CONTRA NICOLÁS MADURO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Guardando relación con esta noticia encontramos otra que ha sido objeto de varios titulares en la segunda mitad del 2020. Esta la protagoniza otro jefe de Estado, en este caso en activo: Nicolás Maduro Moros, presidente de la República Bolivariana de Venezuela. El cual pudiera tener también problemas con la justicia —en este caso, la justicia internacional—, pues parece ser que existen numerosos indicios de comisión de graves crímenes internacionales contra su población y se pide que sea juzgado por ellos.

En este sentido, en septiembre de 2020, la Misión Internacional de Verificación de Hechos de Naciones Unidas sobre la República Bolivariana de Venezuela⁴ y la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos emitieron un informe en el que se señaló a Nicolás Maduro; al ministro de Defensa, Vladimir Padrino López, y al titular de Interior, Néstor Reverol, así como a otros altos funcionarios (como el presidente de la Asamblea Nacional), como responsables de la comisión de crímenes de lesa humanidad, reclamando a la ONU, a la CPI y a sus países miembros la persecución de esos delitos. Sus tres investigadores —Marta Valiñas, Francisco Cox Vial y Paul Sils— comprobaron la existencia de, entre otros crímenes, *ejecuciones extrajudiciales, torturas sistemáticas, violaciones sexuales, detenciones arbitrarias y desapariciones forzadas*. Este informe se basa en 274 entrevistas a víctimas, testigos, parientes, exfuncionarios, abogados, representantes de ONGs y funcionarios internacionales, y para el cual han tenido acceso a documentos confidenciales. La Misión investigó 223 casos, de los que 48 de ellos se incluyen de forma exhaustiva en el

⁴ Dicha Misión Independiente fue creada el 27 de septiembre de 2019 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (resolución 42/25) para la determinación de los hechos y para evaluar presuntas violaciones de los derechos humanos cometidas desde 2014 en Venezuela. *Vid.* toda la información sobre la misma en <https://www.obchr.org/SP/HRBodies/HRC/FFMV/Pages/Index.aspx>.

informe que consta de 443 páginas. Adicionalmente, examinó otros 2.891 casos para corroborar patrones de violaciones y crímenes. También ha constatado 53 ejecuciones extrajudiciales. Dos fuerzas de seguridad del Estado (las Fuerzas de Acción Especial de la Policía Nacional Bolivariana y el CICPC o policía técnica militar) fueron responsables del 59 por 100 de las muertes perpetradas por las fuerzas de seguridad y también son los autores de las ejecuciones extrajudiciales. Para encubrir los asesinatos se colocaban armas a los muertos con el fin de simular enfrentamientos. Al proceso lo llamaban «sembrar semillas». Un vídeo al que tuvieron acceso muestra cómo se anima a los funcionarios a «matar criminales sin compasión». Las detenciones arbitrarias, torturas y desapariciones se aplican a la población civil con el objetivo de silenciar cualquier tipo de oposición al régimen chavista.

La Misión constató que las autoridades estatales de alto nivel tenían y ejercían el poder con la supervisión de las fuerzas de seguridad y los organismos de inteligencia identificados como responsables de esas violaciones. Los autores del informe concluyeron que Maduro y los ministros del Interior y de Defensa de Venezuela «tenían conocimiento de los crímenes; dieron órdenes, coordinaron actividades y suministraron recursos en apoyo de los planes y políticas en virtud de los cuales se cometieron los crímenes»⁵.

Tras este demoledor informe, el 6 de octubre de 2020, el Consejo de Derechos Humanos aprobó por veintidós votos a favor y solo tres votos en contra (Venezuela, Eritrea y Filipinas) que esta Misión continuara otros dos años con esta investigación para recabar más pruebas de estos presuntos crímenes internacionales cometidos en Venezuela.

Además de estos importantes acontecimientos, debemos referir un tercero relacionado con estos presuntos crímenes cometidos por Nicolás Maduro. En esta ocasión, el ámbito donde se genera esta tercera noticia es el de la CPI. El 14 de diciembre de 2020, la fiscal de dicha Corte, Fatou Bensouda, anunció que «tras una evaluación detallada y un análisis de la información disponible, había concluido que existe fundamento razonable para creer que se cometieron crímenes de competencia de la Corte»⁶ en

⁵ <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=26247&LangID=5>.

⁶ Los crímenes que son competencia de la CPI son los recogidos en el art. 5 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 que regula su funcionamiento:

«Art. 5. *Crímenes de la competencia de la Corte.*

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia

Venezuela desde al menos abril de 2017»⁷. La Fiscalía tiene la intención de concluir su análisis de la competencia material a lo largo de 2021 a fin de determinar si existe fundamento razonable para proceder a un análisis sobre admisibilidad de la causa contra Nicolás Maduro.

Este informe forma parte del proceso iniciado en el marco de la CPI el 8 de febrero de 2018⁸, cuando la fiscal general decidió la apertura de un examen preliminar de la situación en Venezuela, de conformidad con el art. 53 del Estatuto de Roma (en adelante, ER), con el objetivo de examinar los posibles crímenes cometidos desde abril de 2017⁹ a los efectos de poder remitir de oficio una causa ante la CPI en los términos de los arts. 13.c) y 15 ER. En este mismo contexto, el 27 de septiembre de ese mismo año seis Estados (Argentina, Chile, Colombia, Paraguay, Perú y Canadá) solicitaron a la fiscalía de la CPI que investigara supuestos crímenes de lesa humanidad y abusos de los derechos humanos ocurridos en Venezuela desde el 12 de abril de 2014 bajo el gobierno de Nicolás Maduro, de conformidad con la legitimación que les otorga para ello el art. 14 ER¹⁰. Esta es la primera vez que Estados parte del Estatuto de Roma han pedido abrir un procedimiento contra nacionales de otro; en este caso *Venezuela*, que es parte del Estatuto desde su entrada en vigor el 1 de julio de 2002¹¹.

Aunque en los medios de comunicación se habla de la denuncia contra Venezuela, esto es una incorrección jurídica por dos motivos. Por un lado, la CPI no conoce de demandas contra Estados —esa es competencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ)—, sino contra individuos por responsabilidad penal. Es por ello que el proceso abierto

para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio.
- b) Los crímenes de lesa humanidad.
- c) Los crímenes de guerra.
- d) El crimen de agresión».

⁷ <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-ven-ii-spa.pdf>.

⁸ Incluso con anterioridad, Maduro ya fue denunciado ante la CPI por la esposa y el abogado defensor del dirigente opositor Leopoldo López. En su querella lo acusaron de recurrir sistemáticamente a la persecución política y a la tortura. En 2017, la destituida fiscal general de Venezuela Luisa Ortega solicitó ante la CPI la detención de Maduro, su ministro de Defensa y el de Interior y Justicia por crímenes de lesa humanidad.

⁹ <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat>.

¹⁰ La denuncia de estos seis Estados que son parte del Estatuto contra Venezuela evita que la fiscal tenga que entregar el informe a la sala de jueces, por tanto, ella misma podrá decidir la apertura de una investigación.

¹¹ https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/latin%20american%20and%20caribbean%20states/Pages/venezuela.aspx.

lo es contra las personas señaladas por la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad, no solo contra Maduro, pues la investigación afecta a toda la cadena de mando que hizo posible los hechos denunciados. Y, por otro, aún no existe caso contra Maduro del que conozca la CPI, pues estamos en la fase previa al mismo que es el examen preliminar por el fiscal a los efectos de poder remitir el caso ante la Corte si se dan los requisitos necesarios. Con este anuncio de la fiscal general, Fatou Bensouda, se ha superado ya la tercera fase de la citada etapa previa de «examen preliminar» de la CPI. Si se concluye de manera favorable la cuarta, la causa pasará a la fase de admisibilidad de la demanda contra Nicolás Maduro y otros dirigentes del Estado venezolano (art. 15.4 ER)¹².

A la vista de estas noticias y acontecimientos, una pregunta viene inmediatamente a la cabeza: ¿se le podría juzgar por esos presuntos crímenes? Porque tengamos en cuenta que, en este caso, se trata de un jefe de Estado en activo, no un antiguo jefe, como don Juan Carlos. Es evidente que no hay paralelismo alguno entre los delitos fiscales que presuntamente se le imputan al exjefe del Estado español y los graves crímenes que, también presuntamente, se le imputan al jefe de Estado venezolano. Lo que ambos casos tienen en común es la cuestión jurídica que se suscita en torno a su posible inmunidad de jurisdicción que luego abordaremos.

IV. LAS «DENUNCIAS» ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DERIVADAS DE LA GESTIÓN DE LA PANDEMIA (DE XI JINPING A PEDRO SÁNCHEZ)

Finalmente, como indicábamos al inicio de este trabajo, la gestión (o la mala gestión) de la pandemia por el SARS-Cov-2 por parte de dos jefes

¹² En un estadio más incipiente está la causa iniciada en mayo de 2019 por una «denuncia» presentada por la asociación Cuban Prisoners Defenders y la ONG Unión Patriótica de Cuba contra el expresidente de Cuba, Raúl Castro; el actual mandatario, Miguel Díaz-Canel, y otros miembros del Gobierno por la comisión de «crímenes de lesa humanidad de esclavitud, persecución y otros actos humanos recogidos en el art. 7 ER», presuntamente perpetrados contra médicos que eran enviados a trabajar de manera forzada —reteniéndoles sus pasaportes y siendo controlados por agentes de inteligencia— por periodos de tres años a distintos países, los cuales pagaban directamente al Gobierno cubano por los servicios recibidos (las llamadas «Misiones de Internacionalización»). En el marco de dicha causa se han producido importantes avances en este periodo pandémico. Así, en septiembre de 2020, centenares de víctimas sumaron nuevos testimonios que corroboran las violaciones objeto de la demanda (<https://www.france24.com/es/20200922-centenares-de-v%C3%ADctimas-ampl%C3%ADan-denuncia-por-esclavitud-contra-cuba-ante-la-cpi>).

de Estado en activo —de China y Brasil, concretamente—, así como por un jefe de Gobierno también en activo —el de España—, ha sido llevada ante la CPI por entender que la misma pudiera ser gravemente atentatoria a los derechos humanos y, por ende, constitutiva de crímenes de lesa humanidad o de genocidio, competencia de la Corte.

Debemos advertir, ante todo, que en estos casos no estamos ante demandas ni tampoco realmente se trata de denuncias —como las califica la prensa—. Se trata de *comunicaciones* presentadas ante la fiscal de la CPI en las que se facilita diversa información acerca de la posible comisión de crímenes de la competencia de la Corte (los recogidos en el art. 5 ER que antes hemos citado) por algún o algunos individuos, *pidiendo a la Fiscalía que inicie de oficio el procedimiento* de conformidad con la competencia que le otorga el art. 13.c) ER. La legitimación para poder presentar este tipo de comunicaciones o escritos de solicitud de investigación tiene como fundamento lo dispuesto en el art. 15 ER, a tenor del cual «el fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte». Dicha información puede ser presentada por organizaciones, ONGs e incluso personas individuales a través de escritos documentando supuestos crímenes (art. 15.2 ER); algo que puede hacerse incluso a través de un mensaje de correo electrónico.

Una vez recibida la comunicación con la información, la Fiscalía da acuse de recibo de la misma a través del responsable de la Unidad de Información y Pruebas de la Fiscalía¹³, tras lo cual procede a su inscripción en el «Registro de comunicaciones» —que es lo que ha sucedido en los tres asuntos a los que nos vamos a referir—.

Debemos advertir que ese acuse de recibo no significa que el caso haya sido admitido a trámite, pues, tal y como apuntábamos en el epígrafe anterior (en relación con la situación contra Nicolás Maduro), el procedimiento de la CPI —largo y tedioso— comienza con un «examen preliminar» de la situación por parte del fiscal para determinar si existe fundamento suficiente para proceder con una investigación de acuerdo con el criterio establecido por el Estatuto de Roma. Dicho examen preliminar, regulado en los arts. 15 y 53 ER, se compone de cuatro fases sucesivas —para las que no hay fijados plazos— en las que se estudia: la evaluación inicial, la

¹³ El acuse de recibo es una respuesta estándar que se envía en inglés con el siguiente tenor: «*The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court acknowledges receipt of your documents/letter*». En él también se indica que ese acuse de recibo no significa que la Fiscalía haya abierto una investigación, apuntando que tan pronto como lleguen a una decisión le informarán por escrito y le proporcionarán los motivos de su decisión.

competencia, la admisibilidad y el interés de la justicia teniendo en cuenta todas las circunstancias, tales como la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas. Si la Fiscalía llega a la conclusión de que se cumplen todos los requisitos contemplados en el Estatuto de Roma, tiene un deber legal de iniciar una investigación. Para iniciar la investigación debe presentar una *Solicitud de autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares* de la CPI, que será quien realmente decida si acuerda o no el inicio de la instrucción de los hechos. Por tanto, el fiscal no tiene potestad para iniciar el procedimiento penal, tan solo para recibir la *notitia criminis*, pues constituye claramente una función jurisdiccional la de autorizar o no la oportuna investigación de los hechos presumiblemente delictivos¹⁴.

Aclarado lo anterior, pasamos a relatar los aspectos más relevantes de estos tres asuntos recogidos en la actualidad mediática.

El 3 de abril de 2020 saltaba la noticia de que la Asociación Brasileña de Juristas por la Democracia había presentado una «denuncia» ante la CPI contra Jair Bolsonaro¹⁵ —jefe de Estado en activo de Brasil— por crímenes de lesa humanidad contra la población ante la pandemia del coronavirus. Según un comunicado de la organización denunciante, piden a la CPI que «condene al mandatario brasileño por crímenes de lesa humanidad, por exponer la vida de los ciudadanos brasileños mediante acciones concretas que han estimulado el contagio y la proliferación del virus». La asociación fundamenta su solicitud de investigación por parte del fiscal en el hecho de que «por acción u omisión, Bolsonaro pone la vida de la población en riesgo cometiendo crímenes que ameritan la intervención de la CPI para proteger la vida de miles de personas». A estos efectos, en

¹⁴ No obstante, y con carácter previo, también es posible la propia inadmisión del fiscal, en la medida que, tras su examen preliminar, determine la falta de fundamento en los hechos para iniciar un procedimiento penal, sin perjuicio de la remisión a la Sala de las cuestiones preliminares de su conclusión. En este supuesto queda abierta la puerta para que, quien haya visto rechazada su pretensión de activación de la Corte, pueda plantearla nuevamente, al amparo del art. 15.6 del Estatuto, mediante la aportación de nuevos hechos o pruebas.

¹⁵ La denuncia fue redactada por los abogados Ricardo Franco Pinto (España) y Charles Kurmay (Estados Unidos). Cabe referir que, además de la denuncia por la gestión de la pandemia, el presidente de Brasil ha sido objeto de otra denuncia ante la CPI en este periodo que examinamos. Esta última ha sido presentada el 23 de enero de 2021 por el cacique Raoni, quien acusa a Bolsonaro de crímenes de lesa humanidad por la destrucción de la selva amazónica, que se ha acelerado desde su llegada al poder en enero de 2019, así como por el asesinato, traslado forzoso y persecución de pueblos indígenas (<https://apublica.org/2021/01/exclusivo-cacique-raoni-denuncia-a-bolsonaro-en-el-tribunal-internacional-por-crmenes-de-lesa-humanidad/>). Con anterioridad, el Colectivo de Abogacía en Derechos Humanos y la Comisión Arns solicitaron a la CPI, en noviembre de 2019, el inicio de investigaciones contra el presidente Bolsonaro por incitar al genocidio de los pueblos indígenas.

el escrito se refieren, por ejemplo, a las declaraciones de Bolsonaro en las que llama al final del aislamiento social y el regreso a toda la actividad, que se han traducido incluso en la campaña oficial «Brasil no puede parar»¹⁶.

Esta solicitud de investigación se ha visto reforzada por tres acciones posteriores. Por un lado, en el mes de junio recibió el impulso por parte del Partido Democrático de los Trabajadores, mientras que el 26 de julio la Corte recibió una petición firmada por una coalición que representa a más de un millón de profesionales de la salud —liderados por la Red Sindical UniSaúde— en la que también hacen constar una «denuncia» contra el presidente de Brasil por crímenes de lesa humanidad y genocidio debido a sus «acciones y omisiones» durante la pandemia, así como solicitan a la Fiscalía la apertura de la investigación. El documento, de sesenta y cuatro páginas, refiere como fundamento los fallos graves y mortales en la gestión de la crisis sanitaria por parte del Gobierno¹⁷. Por otra parte, la comunicación fue respaldada por 223 organizaciones civiles brasileñas, partidos políticos y movimientos, que el 11 de agosto de 2020 presentaron igualmente una petición de apoyo a la «denuncia» de la Asociación Brasileña de Juristas por la Democracia para que el presidente sea condenado por crímenes de lesa humanidad por la exposición de los ciudadanos brasileños a la Covid-19 a partir de estímulos al contagio y la proliferación del virus¹⁸.

Con anterioridad a este escrito contra Bolsonaro, se había presentado otro contra diversos dirigentes chinos, si bien el mismo ha contado con mucha menos difusión mediática. Concretamente, el 30 de marzo de 2020, la ONG Freedom Watch Inc. (con sede en Washington DC) presentó, por medio del abogado Larry Klayman —antiguo fiscal del Departamento de Justicia norteamericano—, una «denuncia» por crímenes de lesa humanidad ante la CPI frente a la República Popular de China (en adelante, RPC), contra su presidente Xi Jinping, así como contra los miembros del Comité Central del Partido Comunista Chino, el Ejército Popular de Liberación, el mayor general Cheng Wei, el Instituto de Virología de Wuhan y su director Shi Zhengli, por la probable creación y liberación, accidental o no, del Covid-19, así como el incumplimiento por los denunciados de su deber de informar a la comunidad internacional de forma transparente y urgen-

¹⁶ <https://www.europapress.es/internacional/noticia-asociacion-juristas-brasilenos-denuncia-bolsonaro-tpi-irresponsable-respuesta-virus-20200403183533.html>.

¹⁷ <https://www.aa.com.tr/es/mundo/-puede-prosperar-la-denuncia-por-genocidio-contrabolsonaro-en-la-corte-penal-internacional-/1930427>.

¹⁸ <https://www.brasildefato.com.br/2020/08/14/mas-de-200-organizacoes-reforcan-denuncia-contrabolsonaro-en-corte-de-la-haya>.

te, ocasionando miles de muertes innecesarias e importantes daños para la economía mundial. Lo que se solicita en el escrito presentado es, como en el caso de Bolsonaro, que la Fiscalía de la CPI realice una investigación urgente sobre la probable creación y liberación, accidental o no, de una variedad de coronavirus conocida como Covid-19 como un arma biológica en violación de los convenios internacionales en los que la RPC es parte, y la posterior negligente y criminal liberación del virus desde el Instituto de Virología de Wuhan. Recuerda la «denuncia» que la utilización de armas biológicas fue prohibida en 1925 y que su uso es constitutivo de actos con armas terroristas de destrucción masiva en centros de población¹⁹. El escrito también señala la violación de obligaciones internacionales de la RPC al ocultar información médica sobre la propagación del Covid-19, dando como resultado miles de muertes innecesarias que se pudieron evitar, enfermos y daños económicos a escala mundial debido a la demora en compartir la información médica sobre la propagación del virus.

En este mismo contexto, el 8 de junio de 2020, la Fiscalía de la CPI notificó la recepción de una comunicación solicitando inicio de investigación contra Pedro Sánchez Pérez-Castejón —presidente del Gobierno de España— por posibles crímenes de lesa humanidad e incluso genocidio presentada por la Asociación Española de Afectados y Víctimas del Covid-19. La sucesión de negligencias en la gestión del Covid-19 por parte del ejecutivo desde que en enero saltara el virus al continente europeo genera, según la «denuncia», la responsabilidad penal de Pedro Sánchez por crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el art. 7 del Estatuto de la CPI²⁰.

¹⁹ <https://www.latribuna.bn/2020/04/23/denuncia-contrachina-ante-la-cpi/>. Esta denuncia ante la CPI fue seguida de otras cuatro demandas interpuestas ante tribunales norteamericanos de los estados de California, Texas, Florida y Nevada por cuatro firmas de abogados, en las que se acusa al Partido Comunista Chino de negligencia, alteración del orden público y responsabilidad estricta por realizar actividades ultrapeligrosas. En el caso de California, el bufete The Tu Firm solicita una compensación de 7.355.000 millones de euros; la de Texas está impulsada por la organización Freedom Watch y exige 18.388.000 millones de euros; la de Florida es de la firma Berman Law Group y pide 5.516.000 millones de euros, y la de Nevada pertenece al bufete Eglet Adams, que, aunque no ha especificado cifra, sí apunta a «billones de dólares» (<https://confilegal.com/20200919-el-testimonio-de-li-meng-yan-la-virologa-china-que-dice-que-el-covid-10-fue-creado-en-un-laboratorio-da-fuerza-a-las-4-demandas-contrachina-en-eeuu/>).

²⁰ Art. 7. Crímenes de lesa humanidad.

«1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato.
- b) Exterminio.

A estos efectos, el escrito repasa cronológicamente las decisiones adoptadas por el Gobierno —centrando la responsabilidad en su presidente— hasta el Decreto del estado de alarma del 14 de marzo y enumera a la CPI todas las irregularidades vinculadas con el personal sanitario (que no contó con los equipos de protección) y de las residencias de ancianos (bajo control del vicepresidente). Se afirma en el escrito que «durante todo ese tiempo, un tiempo que podría haber evitado miles de muertes, el propio Gobierno permitió que todos los vuelos internacionales entraran y salieran del territorio español, incluidos los que vinieron de China, Italia y otros países del mundo, donde ya se conocía la gravedad de la pandemia». Lamenta que, lejos de tomar medidas prematuras, se tuviera el «propósito de minimizar la gravedad del Covid-19 y alentar actividades que solo podrían resultar en la propagación rápida e incontrolada de este virus mortal [...] Al hacerlo, Pedro Sánchez Pérez-Castejón, como jefe del Gobierno, ha violado por sus actos y sus omisiones el art. 7 del Estatuto de Roma»²¹, según se manifiesta en la comunicación, en la cual se llega a afirmar que esta negligente actuación desencadenó un «genocidio» de 50.000 personas.

Como en el caso de las investigaciones llevadas a cabo por la fiscal de la CPI en relación con el jefe de Estado venezolano, y más allá de la posibilidad de que las comunicaciones para el inicio de investigaciones en los tres casos que hemos apuntado tengan opciones de prosperar, la cuestión que surge es la de si pueden ser juzgados ante la CPI dos jefes de Estado —China y Brasil— y un jefe de Gobierno —España— por la presun-

-
- c) Esclavitud.
 - d) Deportación o traslado forzoso de población.
 - e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho internacional.
 - f) Tortura.
 - g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.
 - h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3 u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.
 - i) Desaparición forzada de personas.
 - j) El crimen de *apartheid*.
 - k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».

²¹ https://www.abc.es/espana/abci-asociacion-lleva-pedro-sanchez-ante-haya-delitos-lesa-humanidad-gestion-covid-19-202006091524_noticia.html.

ta comisión de crímenes internacionales, estando todos ellos en activo. Es decir, si gozan en este contexto de inmunidad de jurisdicción penal. Pasamos a examinar la normativa internacional al respecto.

V. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL DE LOS JEFES Y ANTIGUOS JEFES DE ESTADO DE CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL

Una vez expuestos los supuestos de hechos acontecidos en este periodo de pandemia que traen como causa común diversas acciones penales en relación con jefes (o exjefes) de Estado y de Gobierno, para dar respuesta a la viabilidad de la misma procedemos a exponer brevemente la regulación jurídico-internacional del privilegio de la inmunidad de jurisdicción penal en la que, eventualmente, podrían estar amparados, lo que impediría el avance de sus respectivas causas.

1. El principio de inmunidad de jurisdicción en el Derecho internacional y su proyección a los jefes de Estado y de Gobierno

El principio de inmunidad es aquel por el que se impide a un Estado que ejerza jurisdicción sobre otro sin su consentimiento. Esto es, se trata de que los jueces y tribunales internos de un Estado no pueden juzgar a otro Estado.

La forma que tiene un Estado de hacer efectiva dicha inmunidad es, como dispone el art. 6 de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2 de diciembre de 2004²², absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado. A estos efectos, deberá velar porque sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respeto de la inmunidad de ese otro Estado. Se entenderá incoado un proceso contra un Estado si es mencionado como parte en el mismo o bien el proceso tiende a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese Estado.

²² Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 59/38, de 2 de diciembre de 2004. España depositó su instrumento de adhesión a la misma el 21 de septiembre de 2011. Si bien no está en vigor, su contenido es jurídicamente vinculante para los Estados —incluida España— en la medida en que es un texto declarativo de las normas internacionales de carácter consuetudinario existentes en la materia.

Dicho principio tiene dos manifestaciones: por un lado, la inmunidad del Estado como institución jurídica y política, y, por otro, la inmunidad de que gozan algunos de los órganos del Estado por ser representantes del mismo. A pesar de ser dos realidades distintas, puesto que la primera corresponde al propio Estado, mientras que la segunda es de carácter individual, ambas tienen como fundamento jurídico el principio de igualdad soberana de los Estados y se dirigen a preservar el ejercicio libre e independiente de sus funciones soberanas basándose en el principio *par in parem imperium non habet*.

Por lo que se refiere a los órganos del Estado que ostentan o pueden ostentar la representación internacional del mismo, cabe indicar que estos son varios²³. A pesar de esta multiplicidad, el papel fundamental en las relaciones internacionales le corresponde al jefe de Estado, al jefe de Gobierno —en el caso de que se trate de dos autoridades diferentes y no sea una única persona quien ejerza las competencias propias de ambas— y al ministro de Relaciones Exteriores de cada Estado. Esto es, precisamente, lo dispuesto por la Ley española 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado²⁴, que atribuye las principales competencias en la materia al rey, al presidente del Gobierno y al ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación. Además, junto a estos órganos de la Administración Central del Estado intervienen otros órganos que actúan desde fuera del territorio nacional y constituyen el denominado Servicio Exterior del Estado. Tal es el caso de las misiones diplomáticas permanentes, las misiones especiales *ad hoc*, las representaciones de los Estados ante organizaciones internacionales y las delegaciones en conferencias internacionales, así como las oficinas consulares que, si bien carecen del carácter representativo de los órganos anteriores, contribuyen, entre otras, a las relaciones

²³ Debemos advertir, no obstante, a este respecto que la determinación de los órganos internos a los que les corresponde la planificación y ejecución de estas relaciones internacionales es una competencia discrecional que cada Estado regula en su ordenamiento jurídico según su criterio, de modo que las respectivas normas nacionales pueden presentar peculiaridades al respecto. En cualquier caso, de esas legislaciones y de la práctica estatal se desprende que la dimensión internacional es un aspecto cada vez más importante en la actividad de muchos de los órganos internos como consecuencia de la creciente interdependencia entre los Estados en ámbitos tan diversos como el político, el comercial, el financiero, el de seguridad, el defensivo, el medioambiental, etc. Así, en el caso de España, la Ley de 25 de marzo de 2014, sobre la acción y el servicio exterior del Estado, menciona entre los sujetos encargados de la misma a la Corona, el Gobierno, las Cortes Generales, las Fuerzas Armadas, los Cuerpos de Seguridad, el Consejo General del Poder Judicial, las Comunidades Autónomas y las Administraciones locales.

²⁴ BOE, núm. 74, de 26 de marzo de 2014.

internacionales protegiendo los intereses del Estado y prestando asistencia a sus nacionales en el extranjero²⁵.

Todos los órganos anteriormente citados gozan de una serie de privilegios e inmunidades para llevar a cabo de manera adecuada sus funciones. Tal sucede, en concreto, con las figuras del jefe del Estado y del jefe de Gobierno que son las que afectan a nuestros casos de referencia. A ello se refiere la Convención de las Naciones Unidas sobre las misiones especiales de 8 de diciembre de 1969²⁶ al disponer que los jefes de Estado (art. 21), los jefes de Gobierno, los ministros de Relaciones Exteriores y otras personalidades de rango elevado (art. 21.2) que se encuentren en el extranjero encabezando una misión especial con motivo de una visita oficial gozarán en el Estado receptor de las facilidades, los privilegios y las inmunidades reconocidos por el Derecho internacional. Del mismo modo, la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004 alude también a los privilegios e inmunidades que el Derecho internacional reconoce *ratione personae* a los jefes de Estado (art. 3.2). Sin embargo, nos encontramos con que estas referencias genéricas no establecen de manera concreta cuáles son esos privilegios ni precisan su contenido. A falta de regulación convencional específica, para conocer los privilegios que disfrutaban estos altos dignatarios del Estado cuando están fuera de su territorio —con independencia de que se encuentren en el extranjero en viaje oficial o por motivos privados—, debemos remitirnos a la práctica estatal que configura el Derecho internacional consuetudinario sobre la materia. En base al mismo, nos encontramos que estas autoridades gozan, en primer lugar, del privilegio de la inviolabilidad personal, de tal modo que no pueden ser detenidos, arrestados, retenidos, registrados, cacheados, ni sometidos a cualquier otra medida coercitiva por parte de las autoridades del Estado en el que se encuentren. Y también disfrutaban, entre otros, de inmunidad absoluta frente a la jurisdicción de los tribunales penales extranjeros, que no podrán instruir ninguna causa criminal contra ellos, por mucho que los indicios y las pruebas determinen su participación en la comisión de algún delito, aunque dicha implicación resulte flagrante.

Centrados, pues, en este privilegio de la *inmunidad de jurisdicción penal*, queda claro que, al no existir ningún tratado específico al respecto,

²⁵ Vid. A. G. LÓPEZ MARTÍN (ed.), *Derecho Internacional Público*, 5.ª ed., Madrid, Dilex, 2019, pp. 293-301.

²⁶ A la misma se adhirió España el 28 de mayo de 2001 (BOE, núm. 159, de 4 de julio de 2001).

la costumbre es la principal fuente de Derecho internacional en la materia²⁷. Así lo ha señalado la CIJ en su fallo de 14 de febrero de 2002, en el caso relativo al *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)* —más conocido como caso *Yerodia*—, en el que, al determinar la fuente de Derecho aplicable a la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal ante los tribunales belgas del ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo, Abdulaye Yerodia Ndombasi, afirmó que tenía que basarse en el Derecho internacional consuetudinario²⁸. Sobre la codificación de estas normas consuetudinarias está trabajando la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) desde 2007, elaborando un «Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado».

Estas normas consuetudinarias de referencia distinguen entre inmunidad funcional e inmunidad personal de los jefes de Estado —aplicable también a los jefes de Gobierno y a los ministros de Asuntos Exteriores—²⁹. Cabe aclarar que la inmunidad de jurisdicción penal del jefe de Estado se reconoce exclusivamente a las personas que ocupan efectivamente dicha posición, siendo irrelevante la denominación que la figura del jefe de Estado reciba en cada Estado, el título por el que se acceda a la condición de jefe de Estado (a título de soberano u otro), así como el hecho de que la posición en cuestión sea unipersonal o colegiada.

La llamada *inmunidad funcional o por razón de la materia* cubre los actos llevados a cabo por el jefe del Estado que tengan carácter oficial y realizados en nombre del Estado al que se representa³⁰. Esta inmunidad se

²⁷ Por tanto, el fundamento jurídico de dicha inmunidad no es, como erróneamente afirman algunos, la cortesía internacional. No obstante, nada impide que los Estados otorguen a un jefe de Estado y/o de Gobierno un trato más favorable que el impuesto por el Derecho internacional basándose en la cortesía internacional o, incluso, en la reciprocidad.

²⁸ *CIJ Recueil*, 2002, p. 21, par. 52. También se refirió la CIJ a las normas consuetudinarias relativas a la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado en el asunto relativo a *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti c. Francia)* (*CIJ Recueil*, 2008, p. 177, en particular pp. 236 y 237, par. 170).

²⁹ El reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción a favor del jefe de Gobierno y del ministro de Asuntos o Relaciones Exteriores se ha producido porque el Derecho internacional ha ido aproximando paulatinamente sus funciones de representación del Estado a las del jefe de Estado. Para un estudio en mayor detalle de la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado, *vid.*, entre la abundante bibliografía existente, la magnífica monografía de R. CARNERERO CASTILLA, *La inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado extranjeros*, Madrid, Iustel, 2007.

³⁰ Así lo recoge el proyecto de art. 5 del referido Proyecto de la CDI sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en los siguientes términos:

define por la naturaleza de los actos realizados y no por la condición personal de los agentes estatales que los llevan a cabo. Como hemos indicado, *solo cubre los actos de carácter oficial* y, por tanto, *no se extiende a los actos privados*. Además, debido a que la inmunidad funcional se encuentra ligada al acto oficial y no a la persona, no tiene límite temporal, por lo que se mantiene aun después de que se haya dejado el cargo.

Por lo que se refiere a la *inmunidad personal*, la misma otorga protección al jefe del Estado frente a los tribunales nacionales extranjeros en relación con todos los actos, tanto de carácter oficial como de naturaleza privada, realizados durante el desempeño del cargo o con anterioridad al mismo. De esta manera, la inmunidad personal asegura la plena inviolabilidad del jefe de Estado para que pueda desempeñar sus funciones sin interferencias de ningún tipo.

Así lo expresa el art. 4 del Proyecto de la CDI sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en los siguientes términos:

«Art. 4. *Alcance de la inmunidad ratione personae*

1. Los jefes de Estado, los jefes de Gobierno y los ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato.
2. Esta inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial, por los jefes de Estado, los jefes de Gobierno y los ministros de Relaciones Exteriores durante su mandato o con anterioridad a este.
3. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de Derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*»³¹.

La protección ofrecida por la inmunidad personal se extiende a todos los actos de los tribunales nacionales extranjeros que puedan impedir al jefe de Estado el desarrollo efectivo de sus funciones. Esto se produce cuando, por ejemplo, son arrestados en otro Estado como consecuencia de una acusación penal, como ocurrió en el ya citado caso *Yerodia* ante la CIJ en relación con el ministro de Relaciones Exteriores de la República

«Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera» (*Anuario de la CDI 2013*, vol. II, parte 2, 2020, p. 155).

³¹ *Ibid.*

Democrática del Congo. Pero no, por ejemplo, si es llamado a testificar, pues este es un acto que no le impide desarrollar sus funciones; tal sucedió en el también referido caso de la CIJ sobre ciertas cuestiones de asistencia mutua en asuntos penales (*Yibuti v. Francia*), en el que un tribunal francés envió una notificación invitando a testificar al presidente de la República de Djibuti en relación con la muerte de uno de sus asesores, dejando en última instancia a aquel en libertad para aceptar o declinar la invitación.

Hay que decir que, mientras la inmunidad material es permanente y no termina con el cese de funciones, la inmunidad personal es temporal, finalizando en el momento en que se deja el cargo. Esto significa que, una vez que un jefe de Estado ya no lo es, puede ser juzgado por un tribunal interno extranjero por todo delito cometido, después, antes o durante el desempeño del mismo —salvo por los actos de carácter oficial que siguen amparados por la inmunidad funcional—.

La inmunidad personal es *absoluta*, por lo que no hay excepción. Esto no parece plantear controversia en relación con los delitos ordinarios, pero sí y mucha cuando lo que presuntamente haya cometido el jefe de Estado o de Gobierno sean *crímenes internacionales*, esto es, gravísimas violaciones de derechos humanos que afectan a la comunidad internacional en su conjunto. Categoría jurídica en la que entrarían el genocidio, los crímenes de lesa humanidad (asesinato, tortura, desaparición forzada, deportación, *apartheid*, delitos sexuales, esclavitud, exterminio de la población, traslado forzoso, etc., todo ello de manera sistemática y con conocimiento e intencionalidad), los crímenes de guerra e incluso el terrorismo y la piratería.

¿Pueden los tribunales nacionales extranjeros entrar a juzgar a jefes de Estado y/o de Gobierno en ejercicio cuando se trata de crímenes internacionales?

Lo cierto es que no. La inmunidad ante la jurisdicción interna de los tribunales penales extranjeros es absoluta. No se puede instruir ninguna causa criminal contra ellos, por mucho que los indicios y las pruebas determinen su participación en la comisión de algún delito, aunque dicha implicación resulte flagrante.

Así, por ejemplo, esta inmunidad de jurisdicción penal ha sido confirmada por la CIJ en el citado caso *Yerodia*, en el que la República Democrática del Congo demandó a Bélgica por haber violado la normativa internacional sobre inmunidad personal al dictar un juez belga una orden de arresto contra su entonces ministro de Relaciones Exteriores por su pre-

sunta responsabilidad en la comisión de crímenes de lesa humanidad y de guerra. Para la Corte, así como la gravedad del delito no afecta al contenido de la inmunidad personal, esta tampoco se ve afectada porque los crímenes imputados hayan sido prohibidos por una norma de *ius cogens*³². También ha sido reconocida en reiteradas ocasiones por la Audiencia Nacional española en relación con personas acusadas de cometer graves crímenes contra la humanidad o simples delitos comunes tan conocidas como Fidel Castro (1998), el rey Hassan II (1998), Teodoro Obiang (1998) o Silvio Berlusconi (2002), entre otros³³.

Así pues, mientras estén en el cargo, los jefes de Estado no pueden ser juzgados por los tribunales extranjeros. Pero la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales internos de otros Estados solo dura mientras dura el mandato, por lo que cesa en el momento en que su beneficiario abandone el cargo. Está claro, pues, que los actos que cometa un jefe de Estado a partir de ese momento, esto es, cuando ya no es jefe de Estado, no están amparados por la inmunidad personal. Resumiendo, los antiguos jefes de Estado *no gozan de inmunidad personal* de ningún tipo según el Derecho internacional.

La duda nos surge entonces respecto de la *inmunidad funcional*, en el sentido de si, una vez dejado el cargo, los actos realizados cuando eran jefes de Estado siguen estando amparados en la inmunidad.

A este respecto hay que distinguir entre actos de carácter oficial o público y actos de carácter privado. Estos últimos, los de naturaleza privada, esto es, los que no se corresponden a la actividad estatal —como, por ejemplo, cobrar comisiones ilícitas, no declarar ingresos a la hacienda pública...—, no están amparados por la inmunidad. ¿Esto qué significa? Que una vez dejado el cargo oficial de jefe del Estado, este puede ser juzgado por los tribunales extranjeros por este tipo de acciones privadas que hubiera cometido durante su cargo. Durante el mandato no se le puede juzgar por ellos —porque le protege la inmunidad personal—, pero cuando deja el cargo sí porque decae la inmunidad personal. Lo cual nos deja claro que su inmunidad no es equivalente a impunidad.

Así pues, solo siguen estando protegidos por la inmunidad ante tribunales extranjeros los actos de carácter oficial realizados cuando era jefe de Estado —por la inmunidad funcional—. Y aquí la pregunta es inevitable,

³² CIJ *Recueil*, 2002, p. 21, par. 51.

³³ Dicha inmunidad está reconocida expresamente en el Derecho español por la Ley Orgánica de 27 de octubre de 2015, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, en su art. 22.

¿se incluyen como actos oficiales la comisión de crímenes internacionales como los anteriormente referidos?

La respuesta está lejos de ser pacífica, pues encontramos posiciones encontradas, en el sentido de que, para algunos, la comisión de crímenes internacionales entraría siempre en la categoría de actos oficiales —como manifestó la CIJ en el caso *Yerodia*—, mientras que, para otros, no lo estaría. De esta diferencia de opiniones da cuenta la CDI en su sesión de 2011 al afirmar que las posiciones están divididas entre quienes abogan por la existencia de un norma consuetudinaria que no admite excepciones a la inmunidad funcional, pues de lo contrario se podría «socavar el fundamento de las relaciones internacionales, inducir a la formulación de acusaciones basadas en motivos políticos y plantear dudas en cuanto al respeto de las garantías procesales», y quienes sostienen la cristalización de una excepción consuetudinaria a dicha norma que haría inaplicable la inmunidad funcional en caso de crímenes internacionales de *ius cogens*³⁴.

La calificación no es baladí, pues si nos atenemos a la primera posición nos encontraríamos con que nunca ningún tribunal interno extranjero podría juzgar a antiguos jefes de Estado por la comisión de crímenes internacionales que hubieran cometido estando en el cargo, por entender que son actos oficiales. Mientras que, en el marco de la segunda, sí podrían ser juzgados por tales crímenes una vez dejado el cargo al considerar que no son actos oficiales o que son una excepción a la inmunidad funcional que ampara los mismos. A este respecto, como nos recuerda Héctor Olaso Alonso³⁵, existen numerosos tribunales nacionales que han negado la aplicación de la inmunidad funcional de agentes estatales extranjeros cuando de crímenes internacionales de *ius cogens* se ha tratado. Esta es la situación en los casos *Eichman* en Israel; *Barbie* en Francia; *Kappler* y *Priebke* en Italia; *Rauter*, *Albrecht* y *Bouterse* en Países Bajos; *Kesserling* ante una corte militar británica en Italia; *Von Lewinski* ante una corte militar británica en Hamburgo; *Pinochet* en España y el Reino Unido; *Yamashita* en Estados Unidos; *Bubler* en Polonia, y *Miguel Cavallo* en México. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia en los casos *Blaskic*, *Furundzija*, *Karadzic* y *Milosevic*, soste-

³⁴ Informe del relator Kolodkin, 63.ª sesión de la CDI, *ILC Reports*, A/66/10, 2011, pars. 141-203.

³⁵ H. OLASOLO ALONSO, «La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los jefes de Estado, los jefes de Gobierno y los ministros de Asuntos Exteriores», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 1 (2016), disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100011>.

niendo la improcedencia, frente a tribunales nacionales extranjeros, de la inmunidad funcional por crímenes internacionales. Una posición que ha sido igualmente mantenida por el Institut de Droit International en sus Resoluciones de 2001 y 2009 al afirmar que, aparte de la inmunidad personal de la que se beneficia un individuo en virtud del Derecho internacional, ninguna inmunidad se aplica al caso de crímenes internacionales. Del mismo modo, la International Law Association afirma en su conclusión 4.^a del informe de 2000 sobre *El ejercicio de la jurisdicción universal respecto de violaciones graves de derechos humanos*, que ninguna inmunidad respecto de lesiones graves de derechos humanos sujetas a jurisdicción universal se aplicará en caso de que los crímenes se llevaran a cabo en el ejercicio de potestades oficiales.

Al no existir una práctica uniforme y homogénea en la materia, resulta complejo sostener la existencia de una norma consuetudinaria que excluya de la consideración de actos oficiales —y, por ende, no aplique la inmunidad de jurisdicción— a los crímenes internacionales cometidos por los jefes de Estado y de Gobierno en su mandato. Encontrando que para unos Estados estos actos quedan fuera de la inmunidad funcional, mientras que para otros siguen estando amparados por la misma. Las divisiones son evidentes. No obstante, en el quinto informe de la relatora especial de la CDI encargada del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se incluye la propuesta de un nuevo proyecto de art. 7 relativo a los *Crímenes de Derecho internacional respecto de los que la inmunidad ratione materiae no se aplica*³⁶. De conformidad con el texto del mismo, la inmunidad no se aplicará respecto de los siguientes crímenes de Derecho internacional: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, y como crímenes autónomos, el crimen de *apartheid*, las desapariciones forzadas y la tortura. La eventual aprobación de este proyecto serviría para cristalizar como norma consuetudinaria la excepción a la inmunidad de jurisdicción penal ante tribunales extranjeros de los crímenes internacionales cometidos por jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de Relaciones Exteriores.

³⁶ En su 3378.^a sesión, celebrada el 20 de julio de 2017, la CDI aprobó provisionalmente el proyecto de art. 7 en votación registrada, y en sus sesiones 3387.^a a 3389.^a, que tuvieron lugar los días 3 y 4 de agosto de 2017, aprobó sus comentarios. Vid. CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* 69.^o periodo de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017), UN Doc. Suplemento núm. 10 (A/72/10), pars. 74, 76, 140 y 141.

Siendo esto así, actualmente, ¿qué tribunales internos podrían juzgar a un jefe de Estado o de Gobierno por dichos crímenes tras dejar el cargo? La respuesta a esta cuestión la encontramos en el llamado *principio de justicia o jurisdicción universal*, que es reconocido por la mayoría de los países como aquel que confiere jurisdicción a cualquier Estado sobre los denominados crímenes de Derecho internacional, aunque no se trate del Estado del territorio donde se ha cometido o del Estado de la nacionalidad de la víctima o del responsable; es decir, sin mediar interés nacional alguno, fundamentándose la competencia únicamente en la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos. El más conocido caso de aplicación de este principio, para nosotros, es el citado caso *Pinochet* llevado a cabo por la Audiencia Nacional en España, al que se le acusaba de crímenes de genocidio, terrorismo, torturas y desaparición de personas, entre otros³⁷.

En este momento, países como Chile, Argentina y Senegal son referentes en el reconocimiento del principio de justicia universal absoluta y en la lucha contra la impunidad. Sin embargo, nos encontramos que la mayoría de Estados no reconocen la existencia de la jurisdicción universal como tal (poder juzgar a cualquier individuo por la comisión de un crimen internacional cometido en cualquier territorio y afectando a cualquier persona, sin necesidad del vínculo territorial o nacional), sino que requieren la presencia de determinados vínculos que justifiquen la intervención de sus órganos judiciales, lo que podríamos denominar *jurisdicción universal relativa*. Estos nexos pueden ser de nacionalidad o de territorialidad, o bien porque el Estado en cuestión venga obligado a perseguir y castigar esos crímenes por un acuerdo internacional. Tal es el caso, entre otros, de Austria, Estados Unidos, Francia, Países Bajos, Noruega, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Alemania, Australia y la República Popular China. Otros como España y Bélgica, que fueron inicialmente auténticos iconos del principio de justicia universal —como fue el caso *Pinochet* citado—, han llevado a cabo una regresión normativa en torno a este principio³⁸.

³⁷ Sobre todo, a raíz de su detención en 1998 por las autoridades del Reino Unido y la consiguiente solicitud de extradición por el Gobierno español. La justicia británica denegó que su inmunidad siendo jefe de Estado abarcara tales actos, pues los crímenes internacionales no pueden ser considerados actos oficiales del cargo, y autorizó su extradición a España, la cual, sin embargo, no llegó a hacerse efectiva debido a que el Gobierno británico la rechazó por razones políticas.

³⁸ La Ley de Bélgica de 1993, relativa al procesamiento penal por violaciones graves de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, fue auténtica pionera del principio de jurisdicción universal, pues impedía utilizar la inmunidad inherente al

2. El decaimiento de la inmunidad de jurisdicción ante la Corte Penal Internacional

Ahora bien, la inmunidad de jurisdicción personal absoluta de los jefes de Estado y de Gobierno, así como la diatriba en relación con la exclusión o no de la categoría de actos oficiales de los crímenes internacionales en el marco de la inmunidad funcional, se refieren solo a las causas judiciales interpuestas en el ámbito interno de otro Estado. No afecta ni incluye los procedimientos planteados ante los *tribunales penales internacionales* establecidos para juzgar actos de genocidio y agresión, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

A este respecto cabe señalar que la regulación internacional del estatuto jurídico de los jefes de Estado y de Gobierno frente a estos tribunales internacionales no plantea las incertidumbres que hemos visto presentan las normas relativas a su inmunidad ante las jurisdicciones internas. Y esto es así porque todos los tribunales penales internacionales cuentan con un estatuto que regula de manera detallada esta cuestión, siendo coincidente en todos ellos que la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de Relaciones Exteriores es inoperante. Teniendo, por tanto, competencia para conocer y exigir responsabilidad penal a los mismos por los crímenes internacionales cometidos, aunque estén aún en el cargo.

Los antecedentes de tribunales penales internacionales se remontan al previsto por el Tratado de Versalles de 1919 (art. 227), con el objeto de enjuiciar al kaiser Guillermo II de Honnezollern, antiguo jefe de Estado de Alemania, por actos de ofensa suprema contra la moralidad internacional y la autoridad sagrada de los tratados cometidos durante su mandato. Tras la Segunda Guerra Mundial, el problema de las inmunidades de los jefes de Estado fue resuelto tanto por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que descartó tal privilegio en su art. 7, como por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, con sede en Tokio, que lo descartó en su art. 6.

Más recientemente, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994), crea-

cargo oficial como protección contra el procesamiento penal. Tras la sentencia de la CIJ en el caso *Yerodia*, dicha ley fue modificada por la Ley de 5 de agosto de 2003 para ajustarla a los parámetros internacionales establecidos en la sentencia de 2002.

dos *ad hoc* por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, preveían en términos coincidentes que «el cargo oficial que desempeñe el inculpa-do, ya sea de jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del Gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena» (arts. 7.2 y 6.2, respectivamente). Esto permitió que el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia admitiera en 1999 una acusación contra Slobodan Milosevic, entonces presidente de la República Federati-va de Yugoslavia, formada en aquel momento por Serbia y Montenegro, o que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda condenara en 1998 al que había sido primer ministro del Gobierno ruandés, Jean Kambanda, a la pena de cadena perpetua como culpable de actos de genocidio, ase-sinato y exterminio. Y lo mismo ha sucedido en el caso de los tribunales penales mixtos; lo que, entre otros, ha permitido a la fiscalía del Tribunal Especial de Sierra Leona acusar en 2003 al entonces presidente liberiano Charles Taylor de haber cometido diecisiete violaciones de la Convención de Ginebra y otros crímenes contra la humanidad, o al Tribunal Interna-cional de Camboya juzgar y condenar a cadena perpetua por genocidio en 2018 a Khieu Samphan, antiguo jefe de Estado de la Kampuchea Demo-crática (actual Camboya), durante el régimen de los jemeres rojos en la década de los setenta.

No obstante lo anterior, en el presente estudio y a la vista de los casos referenciados, nos interesa determinar cuál es la situación jurídica de la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado y de Gobierno ante la CPI creada por el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 y en vigor desde el 1 de julio de 2002³⁹.

A este respecto, siguiendo la estela de los tribunales penales *ad hoc* anteriormente citados, el art. 27 del Estatuto de Roma establece de mane-ra clara que no operan ante ella las inmunidades que conlleve el cargo ofi-cial de una persona. Lo expresa en los siguientes términos:

«Art. 27. *Improcedencia del cargo oficial.*

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una per-sona, sea jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o par-lamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para redu-cir la pena.

³⁹ BOE, núm. 126, de 27 de mayo de 2002.

2. Las inmunidades y las normas de procedimientos especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella».

Esta disposición parte de la noción de que el cargo oficial de una persona no le exonera de su responsabilidad por la comisión de crímenes de la competencia de la CPI ni tampoco impide la posibilidad para que esta prosiga sus actuaciones penales. La misma está formada por dos apartados que, en la práctica, pueden ser confundidos, aunque introducen categorías jurídicas distintas. Así, el párrafo primero se refiere a la cuestión de la responsabilidad penal del individuo, de naturaleza sustantiva, mientras que el párrafo segundo lo hace con respecto a la improcedencia de la inmunidad de jurisdicción ante la Corte, cuestión esta de naturaleza eminentemente procesal.

El objeto del art. 27.1 —que es el que nos resulta relevante en este contexto— es impedir que una persona que haya cometido alguno de los crímenes mencionados en el art. 5 ER pueda invocar su «cargo oficial» como circunstancia que le exonere de responsabilidad o le confiera cualquier privilegio procesal, incluso si ese individuo alega que los actos constitutivos del crimen fueron ejecutados en el desempeño de sus funciones oficiales. Así pues, bajo ninguna circunstancia el «cargo oficial» le eximirá de su responsabilidad penal ni atenuará su pena. Dicha referencia al cargo oficial debe entenderse desde un punto de vista funcional, esto es, no se refiere al cargo como posición orgánica, sino a la inmunidad de jurisdicción funcional o *ratione materiae* a la que hemos aludido en el apartado anterior, lo que trae como consecuencia que estemos ante una excepción a dicha inmunidad.

La propia CPI ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación del párrafo primero del art. 27 diciendo que los crímenes de su competencia quedarían excluidos de la inmunidad *ratione materiae* en razón de una excepción reconocida por el Derecho internacional en los siguientes términos:

«The Chamber is of the view that the main aim of Article 27(1) is to align the ICC Statute with the contemporary norm of international law according to which public officials are no longer entitled to immunity for violation of international criminal law»⁴⁰.

⁴⁰ ICC, *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Trial Chamber V(A), «Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial», 18 June 2013, ICC-01/09-01/11-777, par. 66.

En este orden de cosas, y a tenor de lo dispuesto en el art. 27 —que los menciona de manera expresa—, la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado y de Gobierno decae cuando han cometido presuntamente crímenes internacionales en el ejercicio de sus funciones y su causa ha sido llevada ante la CPI. Y tal sucede tanto si han dejado el cargo como si se mantienen en activo en el mismo. Se configura así el régimen estipulado en el art. 27 ER como una auténtica excepción a la regla general de la inmunidad de dichos cargos, tanto de su inmunidad personal como de su inmunidad funcional o *ratione materiae*, anteriormente analizada.

Esta particular regulación jurídica en relación con las inmunidades jurisdiccionales de los jefes de Estado le ha permitido a la CPI abrir procedimientos respecto de Omar Al-Bashir (2009), cuando era jefe de Estado de Sudán (derrocado en 2019); contra Muammar Gadafi (2011), siendo jefe de Estado de Libia, y contra Uhuru Kenyatta (2011), quien en 2013 inició su mandato como presidente de Kenia⁴¹.

Esta excepción a la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado y de Gobierno refleja, claramente, que la misma no es sinónimo de impunidad. Lo contrario casaría mal con una institución como la CPI, que proclama que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que se debe asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia; estando decidida, para ello, a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes. Como no podría ser de otra forma.

VI. APORTANDO, POR ÚLTIMO, LA PERTINENTE SOLUCIÓN JURÍDICA RESPECTO DE LA INMUNIDAD (O NO) DE LOS SUPUESTOS DE HECHO RECOGIDOS DE LA ACTUALIDAD MEDIÁTICA

A la vista de lo expuesto en el epígrafe anterior, queda clara la respuesta jurídica del Derecho internacional a la problemática acerca de si procede aplicar la inmunidad de jurisdicción en cada uno de los cinco supues-

⁴¹ Uhuru Muigai Kenyatta, presidente de Kenia, fue acusado de crímenes contra la humanidad que fueron cometidos durante unos incidentes violentos producidos en las elecciones presidenciales de 2007 en Kenia. Tras numerosas faltas de colaboración de algunos Estados parte y otros no parte en el Estatuto, así como los obstáculos presentados por la Unión Africana, la Fiscalía se vio obligada a retirar los cargos ya que le fue imposible probar la responsabilidad de Kenyatta más allá de cualquier duda razonable.

tos de la actualidad mediática que afectan a jefes de Estado y de Gobierno, referenciados en este trabajo por haber sido noticia en este año largo de pandemia. Todos ellos tienen una respuesta común: no ha lugar a la inmunidad. No obstante, vamos a exponer brevemente la fundamentación jurídica pertinente a cada uno de ellos.

¿Qué pasa con la investigación y posible enjuiciamiento por los tribunales suizos del antiguo jefe del Estado español?

En este caso, dado que se trata de una persona que no ocupa ya la Jefatura del Estado, no está protegido por la inmunidad personal. Lo que significa que, desde que dejó el cargo en 2014, don Juan Carlos de Borbón puede ser juzgado por tribunales extranjeros y puede serlo por cualquier acto que haya realizado y realice desde que abdicó. Lo que hay que valorar entonces es la inmunidad funcional o por razón de la materia, esto es, si los actos por los que se le juzgan entran en la categoría de actos oficiales o privados, pues, una vez abandonado el cargo, los únicos actos realizados durante su mandato que seguirían amparados en la inmunidad de jurisdicción penal serían los actos oficiales que hubiera llevado a cabo.

A nuestro entender, no hay duda alguna de que los presuntos actos delictivos cometidos por don Juan Carlos de Borbón cuando era jefe de Estado y por los que está siendo objeto de investigación por el fiscal suizo Yves Barbossa claramente no son actos de carácter oficial. Se trata de actos de naturaleza privada. Se antoja ciertamente insostenible que actos tales como el cobro de comisiones ilícitas, el blanqueo de capitales o el impago de las obligaciones tributarias a la Hacienda puedan tener la consideración de actos oficiales. Y tal es así, porque ni son propios de la actividad pública estatal —no forman parte de las funciones de su cargo— ni se han realizado en representación del Estado español. Muy al contrario, obedecerían a una actividad propia con fines absolutamente privados. Por lo que, habida cuenta de que ya no es jefe de Estado (no goza de inmunidad personal), perfectamente puede ser juzgado por ellos en los tribunales suizos, en caso de prosperar la causa una vez finalizada la investigación actual. Y, como ya hemos indicado, al tratarse de actos de naturaleza privada es indiferente que los mismos se hubieran cometido mientras era jefe de Estado o con posterioridad, pues la inmunidad funcional solo protege los actos oficiales.

Cuestión distinta es que acuda a Suiza si es llamado a juicio. Si no lo hace voluntariamente, la opción que tiene el tribunal suizo es la de solicitar la extradición. A este respecto, debemos tener en cuenta que los Estados no están obligados a atender las solicitudes de extradición. Esta es una

figura que opera en el marco de la reciprocidad⁴², para lo cual se debe celebrar un tratado internacional que les obligue a ello, ya sea bilateral, ya sea multilateral (como es el caso del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957); tratados que, habitualmente, condicionan la concesión de la extradición al cumplimiento de una serie de requisitos, no siendo, pues, algo automático⁴³. En este sentido, resulta altamente interesante hacer notar que si bien Suiza sí tiene tratado de extradición con España (de 1883)⁴⁴, no lo tiene con los Emiratos Árabes Unidos, Estado en el que actualmente reside don Juan Carlos tras su marcha en agosto de 2020, cuando este «problema» alcanzó cierto grado de tensión. Lo que significa que, si mantiene allí su residencia y es enjuiciado por el tribunal suizo, no existe obligación internacional que obligue a Emiratos Árabes a extraditarlo en caso de que fuera reclamado por el fiscal Bertossa.

Por lo que se refiere a los otros cuatro casos referidos, todos ellos tienen en común el hecho de plantear la presunta comisión de crímenes internacionales por tres jefes de Estado y un jefe de Gobierno en activo, habiendo sido presentada su posible responsabilidad penal ante la CPI. Si la misma se hubiera planteado ante tribunales internos de otros Estados es obvio que no hubiera prosperado ninguna de ellas porque los cuatro, al seguir ocupando el cargo, están amparados en la inmunidad personal que les protege mientras están en el ejercicio de sus funciones. Pero estamos ante investigaciones planteadas ante un tribunal internacional.

Como ya hemos visto en el apartado anterior, ante esta jurisdicción penal decae toda inmunidad. Así lo recoge el art. 27 del Estatuto de Roma de la CPI. Por lo que, siendo este marco jurisdiccional una excepción a la inmunidad, la misma no puede ser invocada. Y en caso de que, finalizadas las correspondientes investigaciones de la fiscal, se decida la apertura de causa, podrían ser juzgados por la Corte a pesar de ser jefes de Estado y de Gobierno en activo, como ya hemos visto ha ocurrido con anterioridad.

⁴² Así lo recoge de manera expresa, por ejemplo, el art. 13.3 de la Constitución española.

⁴³ La extradición requiere para su concesión, por parte del Estado requerido, de un análisis jurídico previo en el que habrá de confirmarse la preexistencia de una serie de presupuestos materiales o de fondo sin cuya apreciación será, necesaria y obligatoriamente, denegada toda solicitud de entrega o captura, tales como la legalidad, la doble incriminación, el principio de especialidad o la prescripción del delito, entre otros.

⁴⁴ El convenio de extradición hispano-suizo, firmado en Berna el 31 de agosto de 1883, es uno de los más antiguos de los que tiene suscritos España (solo son anteriores a este el firmado con Mónaco en 1882 y el hispano-británico de 1878 aplicable a Nueva Zelanda). Dicho convenio de 1883 advierte que la extradición «no podrá tener lugar sino cuando el hecho semejante sea penable en el país a quien se dirija la demanda».

Es obvio que el estado y las opciones de prosperar no son las mismas en los cuatro casos. La situación en relación con Nicolás Maduro no solo está ya en una fase avanzada —ya hemos señalado que se encuentra en la fase 4 del examen preliminar, tras la que se decidirá ya la apertura de una investigación ante la CPI, y si la Fiscalía decidiera no seguir adelante con la investigación, los países que han presentado las remisiones «pueden pedir una revisión judicial a una sala de cuestiones preliminares de la CPI»—, sino que, ante las pruebas tan contundentes presentadas, procedentes de una gran variedad de fuentes —todas ellas de gran fiabilidad y objetividad—, parece debidamente acreditada la comisión de los crímenes internacionales que se le imputan. Incluso, como hemos indicado, la propia fiscal Fatou Bensouda ha afirmado que existe fundamento razonable para creer que se cometieron crímenes de competencia de la Corte. Por lo que hay motivos fundados para confiar en que el asunto sea finalmente conocido por la CPI.

En el caso de que la CPI decidiera no abrir el caso contra Nicolás Maduro, quedaría otra opción al margen de la misma desde el punto de vista judicial. Si bien esta solo podría activarse cuando deje de ser jefe de Estado y pierda la inmunidad personal que ahora le protege. Al tratarse de un caso que ha tenido una gran repercusión e implicación internacional, las personas mencionadas podrían llegar a ser enjuiciadas en cualquier Estado que tenga reconocida en su legislación la jurisdicción universal, lo que permite a sus jueces juzgar delitos internacionales sin importar la nacionalidad o el lugar donde se haya cometido el delito del imputado. Como hemos indicado en el apartado anterior, los Estados que aceptan la jurisdicción universal plena son Argentina y Chile, además de Senegal. Los dos primeros forman parte del grupo de seis Estados que ha llevado el caso ante la CPI, lo que es un indicio nada desdeñable de que se podría, llegado el momento, iniciar una investigación por comisión de crímenes internacionales por parte de alguno de sus tribunales que podría llevar al enjuiciamiento tanto de Nicolás Maduro como del resto de las personas señaladas en la investigación como autores de diversos crímenes internacionales.

Pero, como decíamos, Nicolás Maduro goza actualmente de inmunidad personal, por lo que esta vía aún no es viable. Si alguna vez deja el cargo de jefe de Estado, quedará expuesto a una posible detención si viaja a un país donde se reconoce la justicia universal.

Por lo que se refiere a las comunicaciones de solicitud de investigación ante la Fiscalía de la CPI por posible comisión de crímenes de lesa humanidad por parte de Xi Jinping, Jair Bolsonaro y Pedro Sánchez en

el marco de la gestión de la pandemia de la Covid-19, la situación no es tan alentadora.

Por lo que se refiere al jefe de Estado chino, Xi Jinping, nos encontramos con que China no es Estado parte del Estatuto de Roma de la CPI, a diferencia de Venezuela, Brasil y España, que sí lo son. Esto significa que existen serias dificultades para que la Corte pueda ser competente para investigar los hechos denunciados. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 12 y 13 ER, la CPI conoce de situaciones de individuos que sean nacionales de un Estado parte o cuyos actos los hubieran cometido en el territorio de un Estado parte. En el presente caso, los supuestos crímenes habrían sido cometidos por nacionales chinos en territorio chino, por lo que no se cumplen ninguno de los presupuestos anteriormente indicados que activan la competencia de la Corte⁴⁵. Ciertamente es que hay un supuesto excepcional por el que se activa la competencia de la CPI en relación con individuos que no sean nacionales de un Estado parte ni hubieran cometido crímenes en territorio de un Estado parte. Tal sucede cuando el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes [art. 13.b) ER]. Sin embargo, no creemos que esta hipótesis sea viable en relación con los dirigentes chinos, pues no parece que el detonante y gestión posterior de la pandemia pueda llegar a calificarse como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales en los términos del art. 39 de la Carta de Naciones Unidas —que es lo que activa el capítulo VII—. Por no mencionar que China es miembro permanente del Consejo de Seguridad, lo que limita, si no anula, la posibilidad de activar esta vía.

Brasil y España, en cambio, sí son Estados parte de la CPI y lo son desde 2002⁴⁶. Por lo que el problema de la jurisdicción de la CPI en cuanto a la legitimación no se plantea, dado que estaríamos hablando de supuestos crímenes cometidos por nacionales de un Estado parte —Jair Bolsonaro y Pedro Sánchez— en territorio de un Estado parte —Brasil y

⁴⁵ La denuncia, consciente de esta debilidad, alude a una reciente decisión de la Sala de Apelaciones de la Corte que autorizó la investigación de militares y miembros de la inteligencia estadounidense por posibles crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en Afganistán, a pesar de que Estados Unidos tampoco es parte firmante del Estatuto. No obstante, olvida el denunciante que Afganistán, lugar donde presuntamente se dieron los hechos, sí firmó, por lo que la situación jurídica no es asimilable ni sirve como precedente.

⁴⁶ Brasil depositó su instrumento de ratificación el 20 de junio de 2002 y España el 24 de octubre de 2000 (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en).

España, respectivamente—. Y ya hemos aclarado que no opera su inmunidad por cargo oficial según el art. 27 ER.

La dificultad en estos casos podría venir con el pretendido encaje de los hechos denunciados en la categoría de crímenes de lesa humanidad, según se solicita, así como que se cumplan realmente los elementos necesarios para que puedan ser consideradas sus actuaciones en el marco de la pandemia como crímenes, tanto si se plantean en la modalidad de «desaparición forzada de personas» [art. 7.1.i) ER, en relación con el art. 7.2.i) del mismo texto legal] como de «otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física» [art. 7.1.k) ER], o incluso de genocidio (en los términos del art. 6.2 y 3 ER). Si bien es cierto que el crimen de lesa humanidad ha sufrido un proceso de expansión desde su creación e internacionalización como figura independiente en Núremberg hasta su consolidación en el Estatuto de Roma, no parece que los hechos relativos al Covid-19 puedan ser fácilmente subsumibles en esta figura. Debería haber pruebas que demuestren que la actuación de Jair Bolsonaro, así como de Pedro Sánchez, en relación con el Coronavirus forma parte de un ataque sistemático dirigido frente a una generalidad y organizado mediante un plan preconcebido promovido activamente por el Estado o una organización que detenta un poder político fáctico. Y no solo eso, sino que el tipo delictivo exige que el dirigente conociera y consintiera que su actuación u omisión comportaba tal ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

No parece ahora mismo, y a pesar de las pruebas presentadas —especialmente en relación con Jair Bolsonaro que ha sido objeto de mayores actuaciones por distintas asociaciones—, que los hechos denunciados encajen en los tipos delictivos respecto de los que se les pretende exigir responsabilidad penal internacional. Además de ello, no debemos olvidar que la jurisdicción de la CPI es complementaria de la nacional en los términos indicados en el art. 17 del Estatuto de Roma, por lo que, dado que hay varias causas abiertas —particularmente en España—, habría que esperar a ver cuál es la evolución de las mismas antes de retomar la vía de la CPI⁴⁷.

⁴⁷ Art. 17. *Cuestiones de admisibilidad*.

«1. La Corte, teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el art. 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.

Siendo esto así, parece que, en el momento actual, las expectativas de prosperar que tienen estas «denuncias» son más bien nulas. Esto no significa que la vía de la CPI esté ya cerrada. Según cómo evolucionen las causas abiertas en la jurisdicción interna (art. 17 ER), y si se aportan más pruebas contundentes que avalen las comunicaciones de solicitud de investigación de crímenes de lesa humanidad y de genocidio presuntamente cometidos por estos altos dirigentes del Estado brasileño y español, la Fiscalía puede seguir investigando.

Confiamos en que las líneas trazadas sirvan de prueba al lector acerca de que el privilegio de la inmunidad que reconoce el Derecho internacional a ciertas personas por ser representantes del Estado no es en ningún caso sinónimo de impunidad frente a los hechos delictivos que eventualmente cometan, pues este mismo ordenamiento tiene igualmente previsto que, en un momento u otro, las mismas puedan responder ante la justicia —si es el caso—.

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 20.

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el art. 5.

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia».

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CARNERERO CASTILLA, R.: *La inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado extranjeros*, Madrid, Iustel, 2007.
- LÓPEZ MARTÍN, A. G.: «Las inmunidades del Derecho internacional: su aplicación en España», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 6 (1999), pp. 157-183.
- «Aplicación judicial de las inmunidades internacionales en España. Análisis de la práctica reciente», *Dereito*, vol. 25, núm. 1 (2016), pp. 21-52, disponible en <http://dx.doi.org/10.15304/dereito.25.1.3112>.
- (ed.), *Derecho Internacional Público*, 5.^a ed., Madrid, Dilex, 2019.
- OLASOLO ALONSO, H.: «La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los jefes de Estado, los jefes de Gobierno y los ministros de Asuntos Exteriores», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 1 (2016), disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100011>.