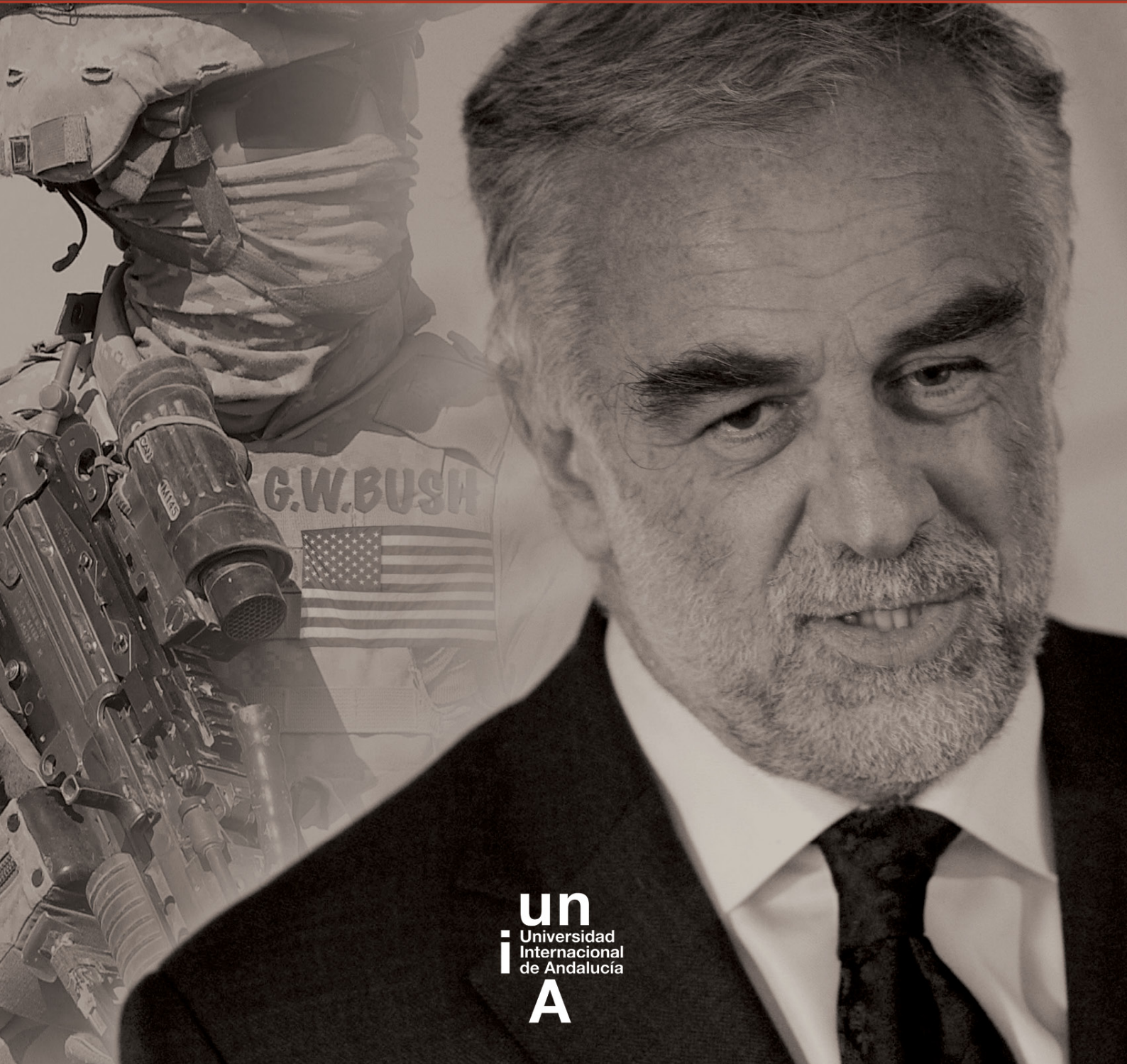


El Artículo 98 del Estatuto de la CORTE PENAL INTERNACIONAL: Renuncia a la Inmunidad y Consentimiento a la Entrega

Los Acuerdos Bilaterales de E.E.U.U: ¿una celada que limita la competencia de la Corte y pone en riesgo su efectividad?

Christopher A. Servín Rodríguez



un
i Universidad
Internacional
de Andalucía
A



TÍTULO

EL ARTÍCULO 98 DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: RENUNCIA A LA INMUNIDAD Y CONSENTIMIENTO A LA ENTREGA

LOS ACUERDOS BILATERALES DE EE.UU.: ¿UNA CELADA QUE LIMITA
LA COMPETENCIA DE LA CORTE Y PONE EN RIESGO SU EFECTIVIDAD?

AUTOR

Christopher A. Servín Rodríguez

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2014

Director	José Miguel Ortega Terol
Curso	Maestría en Jurisdicción Penal Internacional
ISBN	978-84-7993-576-4
©	Christopher A. Servín Rodríguez
©	De esta edición: Universidad Internacional de Andalucía
Fecha documento	2004



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadore (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
- **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
- **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
- *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
- *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I. EL PROCESO DE INSTAURACIÓN DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE CARÁCTER PERMANENTE: IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS	12
1. Perspectiva histórica	12
1.1. Primeros pasos: de la propuesta de Moynier a los tribunales no permanentes.....	12
1.1.1. La propuesta futurista de Gustave Moynier	12
1.1.2. El genocidio armenio y el fallido tratado de Sévres	17
1.1.3. La paz de Versalles y la responsabilidad de los criminales de guerra	19
1.2. La Sociedad de Naciones y la idea de estatuir un tribunal internacional penal	22
1.3. Los tribunales militares internacionales de Nüremberg y Tokio	26
1.4. El establecimiento de los tribunales penales internacionales <i>ad hoc</i>	31
1.4.1. El tribunal penal internacional para la ex-Yugoslavia	31
1.4.2. El tribunal penal internacional para Ruanda	38
1.5. Los tribunales mixtos, híbridos o internacionalizados: el abaratamiento de la justicia penal internacional	43
1.5.1. El tribunal de Sierra Leona	43
1.5.2. La sala especial de Dili	49
2. La creación de una jurisdicción penal internacional de carácter general y permanente	54
2.1. La actividad codificadora de la Comisión de Derecho Internacional en el marco de las Naciones Unidas. (1953, 1989 y 1954)	54
2.2. La conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional	58
2.3. El Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998	64
3. La refracción terminológica del articulado del Estatuto de Roma: una desconfiguración de su espíritu y esencia	66
3.1. Importantes cuestionamientos al Estatuto de la Corte Penal Internacional	66

3.2. Jurisdicción universal <i>versus</i> Corte Penal Internacional	67
3.3. El <i>forum shopping</i>	71
3.4. La falta de independencia de la Corte Penal Internacional respecto del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas	75
3.4.1. ¿Puede el Consejo de Seguridad suspender la jurisdicción de la Corte de forma permanente?	78
3.4.2. La carencia de una definición del crimen de agresión y sus consecuencias	90
3.5. El artículo 98 del Estatuto de Roma: breve análisis de sus problemáticas de fondo	94

CAPÍTULO II. EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 98.1 DEL ESTATUTO DE ROMA: ¿LAS INMUNIDADES COMO LÍMITE A LA COMPETENCIA DE LA CORTE?

96

1. Una aproximación a las inmunidades en Derecho internacional público	96
1.1. Inmunidad soberana.....	96
1.2. Inmunidad de Jefe de Estado/Gobierno	104
1.3. Inmunidad de Ministro de Asuntos Exteriores.....	112
1.4. Inmunidad diplomática	121
2. El artículo 98.1: ¿un límite a la competencia de la Corte?	126
3. La justicia internacional <i>versus</i> inmunidad: la gestación del principio de improcedencia del cargo oficial en torno al <i>ius cogens</i> internacional	129
3.1. El respeto a los derechos fundamentales como norma de <i>ius cogens</i>	129
3.2. Gestación del principio de improcedencia del cargo oficial	135
3.2.1. Fase pre-Nüremberg	135
3.2.2. La evolución: Nüremberg y Tokio	137
3.2.3. Fase post-Nüremberg.....	140
3.3. La naturaleza del principio de improcedencia del cargo oficial: la llave para una posible restricción a las inmunidades de Derecho internacional	147

CAPÍTULO III. LA CAMPAÑA ESTADOUNIDENSE CONTRA LA CPI: ESPECIAL ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS BILATERALES DE IMPUNIDAD DEL ARTÍCULO 98

156

1. EE.UU. <i>versus</i> Corte Penal Internacional: los esfuerzos norteamericanos por conseguir impunidad	156
1.1. El fundamento de la campaña norteamericana contra la CPI	156

1.2.	Cronología de la campaña norteamericana contra la CPI: ¿operación libertad duradera o impunidad duradera?	160
1.3.	El <i>American Service Members' Protection Act</i> (ASPA). La Ley de invasión a La Haya	171
1.4.	El actuar de EE.UU. contra la CPI en el seno del Consejo de Seguridad: la Resolución No. 1422	176
1.5.	La doctrina norteamericana del artículo 98.2 del Estatuto de Roma	178
1.5.1.	Los principios rectores de la Unión Europea: ¿límite o reconocimiento a los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98?	182
2.	Los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98	186
2.1.	Los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 constituyen acuerdos contrarios a Derecho internacional	186
2.2.	Acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98: su incompatibilidad con el Estatuto de Roma	191
2.3.	Los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 vulneran normas constitucionales de Derecho interno y contravienen los tratados de extradición celebrados por los Estados	195
2.4.	La sistematización de los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 en la praxis internacional	199
2.4.1.	Tipología	199
2.4.2.	Estados que los han suscrito	202
2.4.3.	Estados que están en negociación	219
2.4.4.	Estados que han negado suscribirlos	227

CAPÍTULO IV. LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DEL ARTÍCULO 98.2 DEL ESTATUTO DE ROMA: UNA SOLUCIÓN A LA CELADA EN MANOS DE LA PROPIA CORTE PENAL INTERNACIONAL

237

1.	El artículo 98.2 del Estatuto de Roma y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969	237
1.1.	El artículo 98.2 del Estatuto de Roma a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados	238
1.1.1.	El principio de la Buena Fe	240
1.1.2.	La interpretación euténtica del artículo 98.2	241
1.1.2.1.	El sentido corriente de los términos	241
1.1.2.2.	El contexto	243
1.1.2.3.	El objeto y fin del tratado	253
1.1.2.3.1.	Los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98: ¿una reserva al Estatuto?.....	256
1.1.2.4.	El acuerdo de las partes	260
1.1.3.	La interpretación cuasiauténtica del artículo 98.2	261
1.1.3.1.	La conducta de las partes	261

1.1.4.	La estructura del Derecho internacional en la interpretación del artículo 98.2	268
1.1.4.1.	Efecto de los tratados posteriores sobre los anteriores: el principio <i>nullus commodum capere de sua injuria propria</i>	269
1.1.4.2.	Las obligaciones <i>erga omnes</i> y el <i>ius cogens</i> internacional como guía de interpretación del artículo 98.2	271
1.1.4.3.	La interpretación dinámica o evolutiva de los tratados: el encumbramiento del principio efecto útil en el Estatuto de Roma	277
1.1.4.4.	La especificidad del Estatuto de Roma como tratado protector de derechos humanos	283
1.2.	El artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como precepto confirmador de la adecuada interpretación del artículo 98.2	289
1.2.1.	Los trabajos preparatorios y las circunstancias de la celebración: la construcción de la <i>celeda</i>	289
1.2.2.	El control del ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional: el principio de la competencia sobre la competencia como solución tangible a la <i>celeda</i>	300
CONCLUSIONES		304
LISTADO CRONOLÓGICO DE LAS RESOLUCIONES, DESICIONES, INFORMES Y DOCUMENTOS VARIOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS		310
LISTADO CRONOLÓGICO DE TRATADOS, ACUERDOS, LEYES Y REGLAMENTOS INTERNACIONALES Y OTROS		312
LISTADO CRONOLÓGICO DE CÓDIGOS Y LEYES NACIONALES		314
JURISPRUDENCIA		314
BIBLIOGRAFÍA		318
SITIOS DE INTERNET CONSULTADOS		335



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA

SEDE IBEROAMERICANA SANTA MARÍA DE LA RÁBIDA

EL ARTÍCULO 98 DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: RENUNCIA A LA INMUNIDAD Y CONSENTIMIENTO A LA ENTREGA

Los Acuerdos Bilaterales de EE.UU., ¿Una Celada que Limita la
Competencia de la Corte y Pone en Riesgo su Efectividad?

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
MAESTRO EN JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL
PRESENTA:

LIC. CHRISTOPHER A. SERVÍN RODRÍGUEZ

Xalapa, Veracruz, México, Navidad de 2004.

CHRISTOPHER ALEXIS SERVÍN RODRÍGUEZ

PRESENTA LA TESIS:

**EL ARTÍCULO 98 DEL ESTATUTO DE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL: RENUNCIA
A LA INMUNIDAD Y CONSENTIMIENTO A LA
ENTREGA**

Los Acuerdos Bilaterales de EE.UU., ¿Una Celada
que Limita la Competencia de la Corte y Pone en
Riesgo su Efectividad?

DIRIGIDO POR:

DR. JUAN MIGUEL ORTEGA TEROL

AGRADECIMIENTOS

- A MI FAMILIA
- Simplymente por brindarme la oportunidad de haber cumplido el primero de mis sueños académicos; cariños para mi pequeña, pero gran familia.
- AL DR. JUAN ORTEGA
TEROL
- Todo este proceso de aprendizaje y la culminación de esta obra no hubiese sido posible sin su excelente orientación.
- AL DR. CARRILLO SALCEDO
- Por sus grandes enseñanzas en el aula y su trato siempre cordial para conmigo, pero sobre todo por inspirar mi vocación: el Derecho internacional.

INTRODUCCIÓN.

El reconocimiento de la responsabilidad penal internacional del individuo constituye la base fundacional del Derecho penal internacional. Área de nueva creación que refleja la progresividad del Derecho internacional contemporáneo al plasmar el reconocimiento de la subjetividad pasiva del ser humano tras los movimientos de humanización, socialización e institucionalización que replantearon la estructura de dicho ordenamiento tras la Segunda Conflagración Mundial.

La idea y esfuerzo de memorables hombres ha sido hoy escuchada. Sin embargo, un largo camino (que implicó, la mayoría de las veces, intentos fallidos, como consecuencia de una época que aún no se encontraba preparada para abrazarles o de la injerencia y predominio de intereses políticos estatales) tuvo que recorrerse para alcanzar el establecimiento de un tribunal internacional penal. Este pensar, desde 1864 inspiró la vida de hombres como Moynier, Dunant, Calvo, Fauchille, Bellot, Polites, Saldaña, Donnadieu De Vabres, Ferencz o Pella, entre otros, hasta la consecución, en 1998, de un tribunal de tales magnitudes con carácter permanente -y ya no *ad hoc*- que aún plantea serios cuestionamientos: La Corte Penal Internacional.

A comienzos del siglo XXI, una refracción terminológico-interpretativa del Estatuto de Roma planteada por algunos Estados, que apuesta por desconfigurar el objeto y fin del tratado, complica el futuro de la Corte. Tanto interrogantes de índole adjetiva, como subjetiva, agobian al nuevo arquetipo judicial tras la enarbolación de problemas nada simples como

el *forum shopping*, la jurisdicción universal, la desconfiguración del principio de complementariedad, la carencia de una definición del crimen de agresión, la injerencia desmedida del Consejo de Seguridad y las inmunidades de Derecho internacional, pero sobre todo, la celebración de tratados bilaterales que EE.UU. contemporáneamente ha pactado y negocia con los diferentes gobiernos de la Comunidad Internacional, que buscan dejar al margen de la actuación del citado órgano jurisdiccional a los ciudadanos estadounidenses en cualquier circunstancia y por cualquier actuación, poniendo en riesgo la eficacia, cuando no la existencia de la Corte.

Es precisamente del artículo 98 del Estatuto de la Corte Penal Internacional de donde derivan estos dos últimos problemas, que requieren ser considerados con sumo cuidado. Por una parte, su apartado primero parece aludir al reconocimiento de inmunidades de órganos de Estado, cuando su restante cuerpo normativo señala lo contrario -específicamente su artículo 27-. Por otra, su apartado segundo legitima a los Estados Parte a dar prioridad al cumplimiento de acuerdos internacionales celebrados con otros Estados por sobre el pactado respecto de la CPI, señalando que la Corte no dará curso a una solicitud de entrega de un presunto criminal del Derecho de gentes cuando el cumplimiento de ésta constriña al Estado requerido a actuar en forma incompatible con las obligaciones derivadas de ese acuerdo internacional. La problemática que arroja dicho numeral pareciere un tanto irónica, pues la misma atiende a que en él se omite expresamente señalamiento alguno que delimite el tipo de "acuerdo internacional" a que alude, cuando los redactores de tal artículo han manifestado que se trata exclusivamente de los Acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas. Tal omisión se emplea hoy como medio para celebrar acuerdos bilaterales por el gobierno de EE.UU. bajo el fin ulterior de lograr la impunidad a favor de un cúmulo de

personas –principalmente sus fuerzas armadas-, entre los que cabe hablar hasta de mercenarios.

El presente trabajo analiza todas las cuestiones antes referidas, y propone sus correspondientes superaciones. Así, como pormenorizadamente atiende a las cuestiones derivadas del artículo 98 y de un exhaustivo análisis, en cada caso, propone los criterios que muy probablemente habrá de tomar en consideración la Corte Penal Internacional cuando le llegue, el no lejano, momento de pronunciarse al respecto.

CAPÍTULO I. EL PROCESO DE INSTAURACIÓN DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE CARÁCTER PERMANENTE: IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS.

1. Perspectiva histórica.

El largo proceso de instauración de una Corte Penal Internacional de carácter permanente constituye un hito en la evolución del Derecho internacional general; su existencia gira en torno al tópico de la responsabilidad penal individual en derecho penal internacional, de ahí la necesidad de profundizar en una perspectiva histórica al objeto de centrar cuál ha sido la evolución hasta el reconocimiento de una responsabilidad internacional de este carácter, la complejidad que reviste la misma y su significado en el Derecho internacional general.

1.1. Primeros pasos: de la propuesta de Moynier a los tribunales no permanentes.

1.1.1. La propuesta futurista de Gustave Moynier.

Al parecer la idea de establecer una sanción penal por un cuerpo judicial internacional no es nueva, no nace en Nüremberg o en la ex-Yugoslavia ni en Ruanda y menos aún en Roma; la propuesta ya había sido efectuada en 1864 por Gustave Moynier, uno de los fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja, en el curso de la conferencia diplomática en la que se aprobaría el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los soldados heridos y enfermos en campaña; sin embargo, como otros

proyectos en el mismo sentido, éste no se materializó.

No obstante, el 3 de enero de 1872, Moynier propuso nuevamente un proyecto relativo a la creación de una Corte Penal de carácter no permanente¹, autónoma y de alcance internacional, como respuesta a los crímenes de la guerra Franco-Prusiana, encargada de juzgar las infracciones de la Convención de Ginebra de 22 de agosto de 1864 (relativa a la mejora de la suerte de los soldados heridos y enfermos en campaña y sus artículos adicionales), pero ahora ante el Comité Internacional de la Cruz Roja (mismo que en ese momento él presidía). La barbarie suscitada en esa guerra hizo que Moynier se aislase de la posición de la época, la cual consideraba que la presión ejercida por la opinión pública era suficiente sanción para aquellos que incumplían el comportamiento mínimo exigible en las guerras², exhortándolo a elaborar el primer proyecto de un tribunal penal

¹ Existen discrepancias sobre la permanencia o no de la Corte propuesta por Moynier. Así, para PETIT, en cuya opinión coincidimos, sería no permanente, al señalar "...Este tribunal así compuesto no tenía carácter permanente como se deduce del hecho de que la determinación de los beligerantes es una cuestión contingente, en función de cada específica contienda. Así pues, el tribunal se constituía para cada conflicto...", PETIT GABRIEL, E., La Propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier, un Proyecto Antiguo Recientemente Rescatado (1872-1998), en *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 51. Sin embargo, hay quienes afirman que el tribunal propuesto por Moynier era de carácter permanente, al respecto véase HALL, C.K., La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 145, marzo de 1998, pp. 63-83, específicamente pp. 63-65.

² Moynier se vio obligado a reconocer que "...una sanción puramente moral es insuficiente para contener pasiones desatadas..." Citado por HALL, C.K., *op cit.*, pp. 63-64. De igual forma PETIT refiere que no obstante que el propio Moynier era uno de los redactores del Convenio de Ginebra de 1864, estos creyeron que: "...en materia penal, debían dejar en manos exclusivamente de los Estados y de su diligencia tanto la promulgación de leyes, como la represión de las violaciones imputables a sus propios nacionales, pensando que la presión de la opinión pública y la diligencia de los Estados para introducir penas graves contra los infractores de la Convención bastarían para asegurar su efectivo cumplimiento... Sin embargo, fue la crudeza de la guerra de 1870 la que puso de manifiesto los verdaderos fallos de la Convención de 1864..." *Vid.*, PETIT GABRIEL, E., *op cit.*, pp. 41-43. Dichos acontecimientos desmentirían estos postulados y revelarían a las numerosas y flagrantes violaciones del Convenio de 1864 y en general, de las normas de la guerra, como una realidad imperante de la época que no era sancionada, en la mayoría de los casos, debido a la pasividad de los Estados Parte del convenio de 1864 por legislar en sus respectivos ordenamientos jurídicos penales lo propio a la represión de las violaciones a dicho convenio.

internacional³, que apostaba por una tipificación en el ámbito internacional de las conductas conculcadoras del derecho humanitario, de sus respectivas sanciones y del órgano judicial encargado de ejercer la jurisdicción respecto de las mismas, bajo la óptica del concepto de garantía de aplicación del Convenio de Ginebra de 1864 como forma de prevención de violaciones a dicho instrumento y no bajo una idea netamente represiva (lo que implica propiamente la función preventiva de la norma penal, mediante efectos intimidatorios). La propuesta fue presentada en el número 1, págs. 121-131, del mes de abril de la revista *Bulletin International des Sociétés des Secours aux Militaires Blessés*.

Con dicha publicación se pretendió iniciar el debate sobre las ideas de Moynier y divulgar las mismas entre las personas dedicadas al derecho humanitario, sin embargo, es necesario destacar que es claramente notable que la propuesta de Moynier se encontraba inspirada en el tribunal instituido por el Tratado de Washington de 8 de mayo de 1871 para resolver el caso "Alabama"⁴.

En este sentido, el Tribunal Internacional Penal propuesto por Moynier pretendía, como medio de arreglo jurisdiccional o arbitral de las controversias internacionales, examinar las violaciones de la Convención de Ginebra de 1864 y sus artículos adicionales, aprobados en la Conferencia de 1868, aunque nunca entraran en vigor. Mas el proyecto traslucía asimismo la

³ En este proyecto se habló de principios tan adelantados a su época como la responsabilidad internacional penal del individuo por violaciones al Derecho de la guerra, la jurisdicción exclusiva del tribunal internacional penal *ad hoc* para el juzgamiento de infracciones al Derecho humanitario, la creación de una ley internacional penal que regularía las penas a imponer por el tribunal o el tema de la indemnización de las víctimas que aún hoy constituyen puntos medulares de los tribunales internacionales en funcionamiento.

⁴ Así lo reconoce expresamente el propio Gustave Moynier, en su artículo, al decir: "... he adoptado un sistema análogo al que ha sido llevado a la práctica en el caso Alabama..." *Vid. MOYNIER, Gustave, Note sur la Création d'une Institution Judiciaire Internationale propre a Prévenir et a Réprimer les Infractions a la Convention de Geneve, en Bulletin International des Sociétés des Secours aux Militaires Blessés, 1872, p. 127.*

posibilidad de incluir otro tipo de normas del *ius in bello* como parte de la competencia *ratione materiae* del tribunal, el cual juzgaría individuos y no a Estados, imputando sólo responsabilidad internacional penal individual en los casos que fuera procedente. Sin embargo, existían dos formas de poder imputar responsabilidad a los Estados, una de forma plena y otra de forma indirecta. La primera de ellas surgía cuando los mismos Estados conculcaren la obligación de difundir entre sus nacionales la información de “respetar la Convención de 1864 y sus artículos adicionales y de la existencia de normas punitivas estatales de actos violatorios de dicha Convención”, la segunda de tipo pecuniario en el caso de reclamaciones de daños y perjuicios por las víctimas, al atribuir subsidiariamente a los Estados el pago de indemnizaciones en caso de insolvencia de los culpables de dichas violaciones.

El tribunal no reconocía la legitimación activa de los individuos, quedando impregnado de un fuerte voluntarismo estatal⁵. En otras palabras, un individuo víctima de alguna violación al Convenio de 1864 y sus artículos adicionales estaba impedido para presentar una demanda contra otro individuo o un Estado, por lo que la institución de Moynier conocía única y exclusivamente de demandas presentadas por alguno(s) de los Estados partes en el conflicto, y descartaba de igual modo la posibilidad de que el tribunal actuara de oficio, dejando pues al albur de estos y de sus intereses la eficacia última del órgano jurisdiccional.

Sin embargo, a pesar de que el organismo del que hablaba Moynier era sumamente adelantado a su época, presentaba serias deficiencias. Así, como la Dra. PETIT sostiene, difícilmente este tribunal hubiera podido entrar en función, debido entre otras cosas, a la existencia de distintos instrumentos internacionales que necesariamente tendrían que ser ratificados, en su

conjunto, por los Estados y de faltar alguno de ellos, el tribunal no podría conocer del asunto, pues carecería de jurisdicción⁵. Se trataría de la Convención de Ginebra, de 22 de agosto de 1864, relativa a la mejora de la suerte de los soldados heridos y enfermos en campaña, los artículos adicionales a la misma (aprobados en la Conferencia de 1868), el tratado que había de instituir el tribunal internacional penal y el tratado complementario que debía especificar las penas que serían aplicables por éste.

Además, el marcado relativismo de la época, nos llevaría a señalar que probablemente habría sido necesaria la elaboración de un texto específico, o en su defecto adicionar alguno de las ya estatuidos, para tipificar conductas violatorias del *ius in bello* no contempladas por la Convención de 1864, ni por sus artículos adicionales, contribuyendo con ello al desarrollo y codificación del derecho humanitario, pues sería ilógico pensar en el estancamiento del mismo, motivado por la no aparición de nuevas conductas violatorias de este sector normativo.

Todas estas dificultades no impiden, sin embargo, que la conocida como propuesta Moynier se erija en el primer hito hacia el reconocimiento de una responsabilidad penal individual a escala internacional, constituyendo un paso decisivo en la formulación de las condiciones que una jurisdicción encargada de examinar las violaciones más trascendentes de los derechos humanos debería cumplir.

⁵ Sin embargo, el tribunal sí reconoce el *ius standi*, en su vertiente de legitimación pasiva, de los individuos, de otra forma estos no podrían ser juzgados por el mismo. Lo que no reconoce es la legitimación activa, es decir, la posibilidad de presentar demandas

⁶ *Vid.*, PETIT GABRIAL, E., *op cit.*, p. 55-58. En este entender la doctrinaria señalada formula una interrogante al respecto: “¿Qué aplicación real podría esperarse, en caso de que el proyecto hubiera prosperado, si se exige la participación de las partes en un caso concreto en todos estos textos para que el tribunal pueda ejercer su jurisdicción? *Idem.*, p. 56.

1.1.2. El genocidio armenio y el fallido tratado de Sèvres.

En 1918, la idea de Moynier retomó vigor tras las atrocidades cometidas en la guerra europea o 1ª Guerra Mundial, un monumento al sufrimiento avasallador de una contienda armada multiestatal, con dramáticas consecuencias. Al finalizar dicho enfrentamiento, los aliados, o Entente⁷, se plantearon la creación de un tribunal internacional penal que juzgase a los criminales de guerra. Así, en agosto de 1920, las potencias aliadas firmarían con Turquía el "Tratado de Sèvres"⁸ en el que, entre otras cuestiones, se buscaba la sumisión a un tribunal internacional penal de los autores del genocidio acaecido durante la confrontación, en el cual morirían unos 600.000 armenios a manos turcas, constituyendo el primer instrumento internacional en el que se habla de crímenes de *lesa humanidad*.

En su artículo 230⁹ se preveía un órgano jurisdiccional para juzgar las masacres de armenios cometidas en el territorio del Imperio Otomano,

⁷ La pluralidad de Estados que constituían el denominado grupo Entente se encontraba integrado por Inglaterra, Francia, Rusia, Italia -que, a pesar de formar parte de la Triple alianza, en 1915 decidió cambiar de política-, Bélgica, Portugal, Serbia, Rumania, Grecia, Montenegro, Japón, Estados Unidos, además de varias Repúblicas sudamericanas, así como Siam y China, que rompieron con los imperios centrales.

⁸ El tratado se realizaría entre Turquía y las Potencias Aliadas (a excepción de la Unión Soviética y Estados Unidos de Norte América) con la finalidad de estatuir la paz, fue firmado en Sèvres (Francia) el 10 de agosto de 1920, mediante este se desintegraba el Imperio otomano y se limitaba Turquía a la ciudad de Constantinopla y sus territorios circundantes, y a parte de Asia Menor. De igual forma se obligó a Turquía a ceder Grecia la Tracia Oriental, Imbros, Tenedos y Esmirna; Armenia logró la independencia y el Kurdistán su autonomía; Arabia, Palestina, Siria, Mesopotamia y Egipto se separaron también de Turquía, y se estableció la libertad de navegación por los Estrechos, que quedaban bajo control de una comisión internacional. También se acordaba el establecimiento de zonas de influencia italiana y francesa. El Tratado, que fue aceptado por Mohammed VI, sultán de Turquía, y el gobierno turco, no fue reconocido por el líder nacionalista Mustafá Kemal Atatürk. Como jefe de la Gran Asamblea Nacional Turca, encabezó la oposición al Tratado, derrocó al gobierno de Estambul y estableció la República de Turquía, con Angora (hoy Ankara) como capital. Sus victorias frente a los ejércitos franceses, italianos y griegos, que habían ocupado Turquía a finales de la guerra, condujeron a la firma de nuevos acuerdos como el de Lausanne de 24 de julio de 1923.

⁹ El artículo 230 del Tratado de Paz entre las Fuerzas Aliadas y Turquía, firmado en Sèvres el 10 de agosto de 1920, manifestaba: "...El Gobierno turco se compromete entregar a los Poderes Aliados a las personas que le sean requeridas por estos como responsables de las masacres

asumiendo el gobierno de la hasta entonces Sublime Puerta la obligación de entregar a los acusados, reconociendo la autoridad del tribunal. Si bien los juicios se iniciaron en Turquía, tras la primera condena a muerte se produce una revuelta popular, al parecer instigada por las propias autoridades civiles y militares turcas, que determinó la interrupción definitiva de aquellos¹⁰.

Por otra parte, cabe señalar que la Comisión de responsabilidades de los autores de la guerra y de aplicación de sanciones por violaciones de las leyes y costumbres de guerra, creada en 1919, recomendó que se juzgara a los oficiales turcos responsables, subrayando la relevancia del concepto de "crímenes contra la humanidad". Sin embargo, los Estados Unidos se opusieron al enjuiciamiento, aduciendo el argumento jurídico de que según el Derecho internacional positivo no existían tales crímenes¹¹. No obstante, debe observarse que el Tratado de Sèvres¹² jamás fue ratificado y, por ende, no entró en vigor, mientras que, de forma sorprendente, el Tratado de Lausana que lo sustituyó contemplaba la amnistía de los oficiales turcos.

cometidas durante el estado de guerra suscitadas sobre el territorio que formó parte del Imperio turco hasta el 1 de agosto de 1914. Los Poderes Aliados reservan a ellos el derecho de designar el tribunal que juzgará a los acusados, y el Gobierno turco acepta reconocer tal tribunal. En caso de que la Sociedad de Naciones haya creado en el tiempo idóneo un tribunal competente para conocer de dichas masacres, los Poderes Aliados reservan para ellos mismos el derecho de traer a las personas acusadas anteriormente mencionadas ante tal tribunal, y el Gobierno turco acepta igualmente reconocer tal tribunal. Las provisiones de Artículo 228 se aplican a los casos tratados en este Artículo..."

¹⁰ Vid. GARZÓN REAL, B., *Cuento de Navidad. Es Posible un Mundo Diferente*, Ediciones de la Tierra, Madrid, 2002, pp. 60-61.

¹¹ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Comité Preparatorio, Cuarto Periodo de Sesiones, Ginebra, 19 de abril al 7 de mayo de 1993, A/CONF.157/PC/62/Add.17, 3 de junio de 1993.

¹² Otros tratados que contemplaron disposiciones versantes a responsabilidad internacional penal de carácter individual, similares a las del Tratado de Sèvres, fueron: el Tratado de Saint Germain firmado por los Aliados con Austria el 10 de septiembre de 1919 (véase su artículo 173), el Tratado de Neuilly firmado por los Aliados con Bulgaria el 27 de noviembre de 1919 (véase su artículo 118), el Tratado de Trianon celebrado entre los Aliados y Hungría el 4 de junio de 1920 (véase su artículo 157). Sin embargo las responsabilidades a las que se referían dichos tratados

1.1.3. La paz de Versalles y la responsabilidad de los criminales de guerra.

Con la terminación de la Primera Guerra Mundial, el día 25 de enero de 1919 se realiza la Conferencia de paz preliminar, donde se dio vida a la Comisión sobre Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre el Establecimiento de Penas¹³, a la que fue encomendada la labor de realizar un informe sobre la responsabilidad derivada de la guerra y sobre el que se negociaría la solución a la misma, incorporándola posteriormente al tratado de paz que se pensaba realizar con posterioridad, es decir, el Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919¹⁴. La Comisión presentó sus conclusiones el 19 de marzo de 1919¹⁵; entre las propuestas recogidas se hacía referencia al establecimiento de un Alto Tribunal Internacional integrado por jueces designados por varias naciones¹⁶ (de entre sus respectivos cuerpos judiciales civiles o militares), igualmente aludía a que la responsabilidad penal individual por violación a las leyes y costumbres de la guerra debían extenderse a toda la cadena de mando, con independencia del rango o del hecho de ejercer la soberanía, en ello se incluía a los altos mandos del gobierno e inclusive al propio Jefe de Estado, con lo que se tejía el mecanismo jurídico idóneo para

no llegaron nunca a exigirse efectivamente, debido a las férreas controversias políticas que existían entre los Aliados.

¹³ La cual se encontraba integrada por quince miembros, los cuales a su vez, se encontraban divididos en dos grupos, el primero de ellos compuesto por: Estados Unidos de Norte América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón, cada uno de ellos contaban con dos representantes; el segundo grupo estaba compuesto por las potencias con intereses especiales: Bélgica, Grecia, Polonia, Rumania y Servia, las cuales, cada una de ellas, sólo tenía un representante.

¹⁴ Este tratado nace como propuesta del que fuese Presidente de los Estados Unidos de Norte América, Woodrow Wilson y a pesar del carácter idealista de mismo, por aludir a la creación de una liga de naciones, el mismo se concretaría en la fecha referida, dando vida a la Sociedad de Naciones, de la cual irónicamente Estados Unidos nunca fue miembro.

¹⁵ Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement's Penalties. Report Presented to the Preliminary Peace Conference, *American Journal of International Law*, 1920, Vol., 14, pp. 95-154.

¹⁶ Estaría integrado por veinte miembros, tres representantes serían designados por cada uno de las siguientes potencias: Estados Unidos de Norte América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón, mientras que Bélgica, Grecia, Polonia, Portugal, Rumania, Servia y Checoslovaquia nombrarían cada uno un miembro del tribunal.

juzgar al Káiser Guillermo II de Hohelohe, ex-Emperador de Alemania. La Comisión concluía, habiendo examinado multiplicidad de crímenes cometidos por esos poderes que poco tiempo antes y en La Haya habían profesado su reverencia por el derecho y su respeto por los principios de la Humanidad, que la conciencia del pueblo exigía una sanción que pusiera luz y estableciera que no se permite despreciar cínicamente las leyes más sagradas. De este modo, la Comisión diferenciaba las responsabilidades básicamente en dos categorías: a) actos que provocan una guerra mundial y su inicio y b) actos que suponen violación de las Leyes y Costumbres de la Guerra y Las Leyes de la Humanidad¹⁷.

El informe fue aceptado por Inglaterra, pero debido a la inmóvil oposita postura de las delegaciones Japonesa y Norteamericana, la idea de instaurar este tribunal no llegó a concretarse y en su lugar se consensó la idea de dotar a los tribunales aliados de jurisdicción plena para juzgar a los responsables de cometer violaciones a las leyes y costumbres de la guerra – argumentando el principio de personalidad o nacionalidad pasiva- y de crear un tribunal internacional penal que juzgase al Káiser Guillermo II¹⁸. Opción que prevalecería y acabaría plasmándose en el Tratado de Paz de Versalles, firmado entre las potencias aliadas y Alemania, específicamente en sus artículos 228 y 227, respectivamente.

De este modo, la idea de constituir un tribunal internacional penal parecía consolidada, sin embargo, aún se trataba de un tribunal de carácter *ad hoc*. Pero, la crítica más importante que se le hace a esta propuesta, es el hecho de que el juicio que se haría al Káiser no sería para imputarle responsabilidad penal individual, sino que el Tratado de Versalles refería un juzgamiento por ofensas a la moral internacional y a la autoridad sagrada de

¹⁷ Vid., GARZÓN REAL, B., *op cit.*, p.70.

los tratados, esto es, se preveía una responsabilidad de tipo pseudo política por el hecho mismo de la guerra y no una responsabilidad internacional penal individual por violaciones a las leyes y costumbres de la guerra. Se pensaba entonces, en un juicio de los vencidos por los vencedores de la guerra europea, cuestión que dista en demasía con los preceptos que rigen una verdadera justicia internacional penal y que de cierto modo fue adoptado por el Derecho internacional penal como línea fáctica, salvo el Estatuto de la CPI, ya que el denominado "ius victoriae" ocurrió en la Primera Guerra Mundial, en la Segunda Guerra Mundial con Nüremberg y Tokio, con Yugoslavia –los aliados no fueron encausados por los bombardeos en la crisis de Kosovo- e incluso Ruanda –no ha estado exenta de críticas la intervención francesa en este supuesto-.

Sin embargo, como es sabido este tribunal nunca entró en funciones, tras haberse refugiado el Káiser en Holanda y rehusarse dicho Estado a proceder con su extradición para entablar el respectivo juzgamiento, ello bajo el argumento del principio *nullum crimen sine lege*. A pesar de ello, debido a las presiones diplomáticas de Alemania, sí se llevaron a cabo 40 juicios, sólo que sería ante un tribunal nacional alemán –el Reichtsgericht de Leipzig-, de una lista inicial de 889 inculpados, de los cuales sólo 13 serían condenados (a penas irrisorias, pues las condenas máximas referían sólo los dos años de prisión, llegándose incluso a facilitar la fuga de los mismos)¹⁹.

Finalmente hay que destacar que, el periodo posteroir a la Primera Guerra Mundial se distinguió por los férreos y numerosos intentos de crear un

¹⁸ El tribunal estaría compuesto por cinco jueces, donde cada una de las Potencias Aliadas designaría a uno.

¹⁹ Un basto estudio sobre el tema se puede encontrar en MERIGNHAC, Alexandre, De la responsabilité pénale des actes criminels commis au de la guerre de 1914-1918, en *Révue de Droit International et de Législation Comparée*, 1920, Vol. 1, pp. 34-70. De igual forma véase el excelso trabajo de la UNITED NATIONS WAR CRIME COMMISSION, *History of the United Nations War Crimmes Commission and the Development of the Laws of War*, H. M. Stationnery Office, Londres, 1948, pp. 38 y ss.

órgano judicial internacional que se pronunciara respecto de la responsabilidad internacional penal de los individuos. Sin embargo, todos ellos finalizaron en intentos fallidos, pero a través de ello se contribuyó en gran medida al desarrollo del Derecho internacional penal o penal internacional, destacándose que tanto el trabajo de la Comisión sobre Responsabilidad como el Tratado de Versalles manifiestan el término de delitos cometidos contra las llamadas "Leyes de la Humanidad", con plena conciencia de que el mismo se refiere a la llamada "Cláusula Martens" que afirma el imperio de ciertos principios humanitarios básicos que deben regir sobre todas aquellas situaciones no previstas expresamente en un texto (principio que se encuentra vigente hasta la actualidad), luego sería sustituido por la denominación de "Leyes contra la Humanidad" y a partir de 1948, se incluye el delito de genocidio.

1.2. La Sociedad de Naciones y la idea de estatuir un tribunal internacional penal.

En el periodo comprendido de 1920 a 1937 se desarrolló un arduo esfuerzo por los doctrinarios y estudiosos del Derecho internacional de la época, por tratar de estatuir un tribunal internacional penal, pero a diferencia las propuestas anteriores, los nuevos intentos se dirigirían a la formación de un órgano con carácter permanente. No había duda que el mismo debía poseer competencia *ratione materiae* sobre actos violatorios del *ius in bello*, mismos que por obviedad tenían que suscitarse durante el desarrollo de un conflicto armado, sin embargo, claro estaba que la creación de este órgano tenía que ser durante tiempo de paz. Así, una vez finalizada la contienda y establecida la Sociedad de Naciones por el tratado de Versalles, se escuchaba

cada vez con mayor intensidad y frecuencia, el clamor por un tribunal internacional penal. De este modo, los trabajos sobre la instauración del mismo no tardaron en desarrollarse, existiendo dos tendencias en este sentido: por una parte, un grupo de propuestas apostaban por dotar de competencia penal a la Corte Permanente de Justicia Internacional²⁰ y por otra parte, existían propuesta que se inclinaban por la creación un tribunal internacional penal.

Dentro del planteamiento que sostenía la creación de un tribunal de estas características, a su vez destacaron dos propuestas, que debido a su Gestación en el seno de una organización internacional intergubernamental, como lo era la Sociedad de Naciones, poseían mayores posibilidades de prosperar que cualquier otra. La primera iniciativa fue realizada en 1920 por el Comité Consultivo de Juristas al proponer, en una segunda resolución²¹, ante la Sociedad de Naciones la creación de una Alta Corte Internacional de Justicia (distinta a la Corte Permanente de Justicia Internacional), la cual sería competente para conocer de crímenes que violaran el orden público internacional o el derecho universal de las naciones, casos que serían turnados a ella por la Asamblea o el Consejo de la Sociedad de Naciones. Esta corte tendría el poder para determinar la naturaleza del crimen, fijar la pena y

²⁰ Esta propuesta fue realizada por H. DONNADIEU DE VABRES, misma que refería que la Corte Permanente de Justicia Internacional (órgano jurisdiccional de la Sociedad de Naciones, antecedente de lo que hoy es la Corte Internacional de Justicia) tendría competencia para conocer actos que implicaran responsabilidad internacional penal individual. *Vid.*, DONNADIEU DE VABRES, Henri, *La Cour Permanente de Justice Internationale et sa Vocation en Matière Criminelle*, publicado en *Revue Internationale de Droit Penal*, 1924, pp. 175 y ss. También puede consultarse al respecto DONNADIEU DE VABRES, H., *Les Principes Modernes du Droit Pénal International*, Sirey, París, 1928.

²¹ Este Comité, que había sido anteriormente el encargado de elaborar el proyecto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, presentó tres resoluciones al Consejo y la Asamblea de la Sociedad de Naciones, la primera resolución aludía al tema de que la Corte Permanente de Justicia Internacional sólo debería conocer de casos entre Estados, la segunda proponía la creación de una Alta Corte de Justicia Internaonal (*High Court of International Justice*) y la tercera, hacía alusión al tema de una Academia de Derecho Internacional, misma que hoy funciona en La Haya. *Vid.*, LORD PHILLIMORE, *An International Criminal Court and the*

decidir los medios apropiados para ejecutar la sentencia e igualmente estaría facultada para formular sus propias reglas de procedimiento²². Sin embargo, pocos meses después esta propuesta sería rechazada por la Asamblea, al emitir una recomendación manifestando que si tales crímenes pudieran entrar en el ámbito de un futuro Derecho internacional penal, sería un departamento de la Corte Permanente de Justicia Internacional la que debía de conocer de ello, considerando a tal propuesta como "prematura"²³, cerrando con ello toda posibilidad de debate.

Posteriormente, el estudio sobre la creación de un estatuto referente a un tribunal internacional penal sería realizado por una organización no gubernamental como la Unión Interparlamentaria en 1925 y por cuerpos académicos como la Asociación de Derecho internacional en 1926, pero ninguno de estos esfuerzos concluyeron en algo concreto²⁴.

La segunda propuesta que se presentó en el interior de la Sociedad de Naciones, surgió como respuesta o acción contra del terrorismo, emprendida después de los atentados que tuvieron lugar en Marsella el nueve de octubre de 1934, de este modo se elaboraron dos tratados: la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo y la Convención para la

Resolutions of the Committee of Jurists, en *British Yearbook of International Law*, 1922-23, pp. 79-86.

²² Vid., artículos tercero y cuarto del proyecto en mención: "...Art.3.- The High Court of International Justice shall be competent to try crimes constituting a breach of international public order or against the universal law of nations, referred to it by the Assembly or by the Council of the League of Nations, Art.4.- The Court shall have the power to define the nature of the crime, to fix the penalty and to decide the appropriate means of carrying out the sentence. It shall formulate its own rules of procedure...", *Idem.*, p. 83.

²³ *Idem.*, p. 84.

²⁴ Vid., FERENCZ, B., *An International Criminal Court -A Step Toward World Peace- A Documentary History and Analysis*, Vol. 1., Oceana Publications, Londres, 1980, pp. 244-252, un excelente análisis sobre e trabajo de B. FERENCZ se puede consultar en: <http://www.benferencz.org/sohn2.htm> (página consultada el día 10 de diciembre de 2003). De igual forma es visible un magnífico estudio al respecto en BASSIOUNI M., C., *The History of the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, ISR, L. Rev., Nueva York, 1993, p. 12.

Creación de un Tribunal Internacional Penal, adoptada el dieciséis de noviembre de 1937²⁵, dicho tribunal tendría competencia para juzgar a los autores de estos actos. En efecto, la segunda de estas convenciones concedía a las partes contratantes la facultad de transferir al tribunal -que se creaba- competencia para juzgar los delitos de terrorismo contemplados en la primera Convención. Sin embargo, el texto que creaba esta institución internacional era plenamente dependiente de la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo, pues para que un Estado pudiera accionar el funcionamiento de dicho órgano, era necesario que fuese parte de ambos instrumentos internacionales y no sólo del relativo al tribunal en mención, destacándose también el hecho de que, si un Estado denunciaba la Convención contra el terrorismo consecuentemente denunciaba el tratado referente al órgano jurisdiccional citado.

Finalmente, la convención para edificar un tribunal internacional penal fue adoptada por la conferencia internacional de 16 de noviembre de 1937, misma que se firmaría por trece Estados, pero debido a una serie de acontecimientos que se avecinaban (la crisis mundial que siguió a la guerra civil española, la invasión de Italia a Abisinia y las políticas agresivas y militaristas de Alemania en la etapa previa a la segunda conflagración mundial y el desencadenamiento de esta última), su entrada en vigor jamás tendría lugar y con ello el sueño (de crear un tribunal internacional penal) de hombres como Moynie, Dunant, Calvo, Fauchille, Bellot, Polites, Saldaña, Donnadiou De Vabres, Ferencz o Pella, entre otros; se postergaba aún en el tiempo, no siendo hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando se

²⁵ El gobierno de Francia tomó la iniciativa de este Convenio en octubre de 1934 tras el asesinato del Rey Alejandro de Yugoslavia y el Primer Ministro francés Louis Barthou. El proyecto fue estudiado por un Comité de Expertos de la Sociedad de Naciones y alcanzó la firma el 16 de noviembre de 1937. Puede verse un análisis exhaustivo sobre el tópico en SOTTILE, Antoine, *Le terrorisme international, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1938, T. III, Vol. 65, p. 89-184, y de igual forma se puede consultar al respecto PELLA, Vespasian, *Towards an International Criminal Court*, *American Journal International Law*, 1950, Vol. 44, p. 37.

vería el primer fruto del anhelado arquetipo jurídico internacional penal, a saber, el tribunal militar internacional de Nüremberg.

1.3. Los tribunales militares internacionales de Nüremberg y Tokio.

La guerra del eje o Segunda Guerra Mundial dio comienzo el 1º de septiembre de 1939 y terminó el día 9 de mayo de 1945, por lo que se refiere a Europa y el 2 de septiembre del mismo año en el Pacífico (donde Japón mantenía la lucha), sin embargo la barbarie de la violencia nazi y el sufrimiento causado generó la necesidad de establecer un movimiento ideológico y renovador del Derecho internacional. A los efectos de estas páginas, los Aliados se plantearon la instauración de procedimientos judiciales para sancionar a los responsables de dicha barbarie. En esta dialéctica encuentra su origen el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, gestado en la Conferencia de 1943²⁶. Si bien la intención de crear un procedimiento de tales características²⁷,

²⁶ Mediante esta Conferencia se adoptaría el 30 de octubre de 1943 la Declaración de Moscú de ese mismo año sobre Crímenes de Guerra, misma que se publicaría el 31 de octubre de 1943 en Moscú en nombre de los Jefes de Estados de los Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, el Reino Unido, Winston S. Churchill y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Joseph Stalin; con la finalidad de que los "...oficiales y soldados alemanes y miembros del Partido Nazi que hayan sido responsables de las atrocidades, masacres y ejecuciones anteriormente mencionadas o hayan consentido la comisión de las mismas, serán devueltos a los países en los cuales cometieron sus abominables actos, a fin de que sean juzgados y castigados conforme a las leyes de estos países liberados y de los Gobiernos libres que en ellos se creen... De este modo, los alemanes que participaron en fusilamiento sistemático de oficiales polacos o en la ejecución de rehenes franceses, holandeses, belgas y noruegos, o de campesinos cretenses, o que hubieran participado en las matanzas infligidas al pueblo polaco en los territorios de la Unión Soviética, de los cuales se está ahora desalojando al enemigo, sabrán que serán devueltos al escenario de sus crímenes y se les juzgará allí mismo por los pueblos que fueron víctimas. Aquéllos que hasta hoy no se han manchado las manos con sangre inocente se guarden de hacerlo, pues han de saber que si se unen a las filas de los culpables pueden estar seguros de que las Potencias aliadas los perseguirán hasta los confines de la tierra, y los entregarán a sus acusadores a fin de que se haga justicia..." El texto original se encuentra en inglés, visible en <http://www.ess.uwe.ac.uk/documents/moscwdecl.htm> (visitada el 24 de junio de 2002), más la traducción al español se puede observar en OSMANÇYK Edmund, J., *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas, Fondo de Cultura Económica*, México, 1976, pp. 1328-1329. Y un excelente análisis sobre las sentencias dictadas por dicho tribunal se puede

y el proceso para recabar material probatorio sobre los crímenes cometidos se inicia a principios de los cuarenta, no será hasta el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945²⁸ que empieza a cristalizar la formación del mencionado órgano jurisdiccional. No obstante, la aplicación de la Declaración de Moscú tendría dos vertientes.

Por una parte, se firmaría en Berlín, el 20 de diciembre de 1945, la Ley Número 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania, con la intención de poner en aplicación la Declaración de Moscú. La principal función de esta Ley consistió en establecer una serie de reglas y principios mediante los cuales pudieran regirse todos los tribunales internos establecidos en los distintos países Aliados en donde se hubieren cometido los crímenes de guerra -o contra los nacionales de estos, pese a que las atrocidades no fueran cometidas dentro de sus territorios- por el partido nazi.

Por otra parte, se requería un Estatuto para poner en funcionamiento la maquinaria jurídica que representaba el Tribunal Militar Internacional, que fue finalmente adoptado el 8 de agosto de 1945, como anexo al Acuerdo de Londres, estableciendo su sede en Nüremberg, por sus claras connotaciones simbólicas, toda vez que el régimen nazi adoptó allí las primeras normas internas que dieron empuje a la tristemente conocida como "solución final".

encontrar en Judicial Decisions. International Military Tribunal (Nuremberg). Judgement and Sentences, Octubre 1, 1946, *American Journal of International Law*, 1947, p. 221.

²⁷ Tal es el caso de la declaración que hacen los Gobiernos de Polonia y Checoslovaquia en noviembre de 1940 para reclamar esa necesidad, la Declaración que hacen al respecto Roosevelt, Churchill y el mando soviético el 25 de octubre de 1941, la Declaración de Saint-Jame, de 13 de enero de 1942, la Declaración de Moscú de 1 de noviembre de 1943., UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *op cit.*, pp. 89 y ss.

²⁸ El Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 fue adoptado por el Gobierno de los Estados Unidos de Norte América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas para el enjuiciamiento y castigo de los principales criminales de guerra del eje europeo. Suscrito, además, por Australia, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Holanda, Honduras, India, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, Uruguay y Venezuela.

El Estatuto, como la citada Ley Nº10, consideraba las conductas realizadas por los nazis en la Segunda Guerra Mundial como crímenes de índole internacional, que darían lugar a una responsabilidad penal individual²⁹, respecto de los cuales el tribunal recientemente constituido tendría competencia *ratione materiae*³⁰. Asimismo, en la configuración de dicha competencia, se tuvieron en cuenta las propuestas de Rafael LEMKIN³¹, referentes a un nuevo tipo penal, el genocidio, incorporado dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad y que posteriormente alcanzaría autonomía con la Convención de 1948³². De forma general el Tribunal de Nüremberg podía ejercer su competencia respecto de: *a) Crímenes contra la Paz, b) Crímenes de Guerra y c) Crímenes de Lesa Humanidad*. Por lo que respecta a los crímenes contra la humanidad eran considerados como tales, bien por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, bien por la Ley número 10: *a) el Asesinato, b) el Exterminio, c) el Sometimiento a la esclavitud, d) la Deportación, e) Otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes de la guerra o durante la misma, f) la Persecución por motivos políticos o en reacción con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados*³³.

²⁹ En la Ley Número 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania a diferencia del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg se contempla una cuarta categoría de crímenes de derecho internacional que arroja responsabilidad individual, a saber: “la afiliación a un grupo criminal o a una organización declarada criminal por el Tribunal Militar Internacional”.

³⁰ El tribunal se compuso de conformidad al artículo 4 de su Estatuto. En aplicación a esta norma, las cuatro potencias Aliadas designaron a los jueces representantes de cada Estado para integrar dicho tribunal: Francis Biddel por Estados Unidos (quien era el fiscal General del Estado), Donnedieu de Vabres por Francia (profesor de derecho penal de la Universidad de París) Geoffrey Lawrence por Reino Unido (*Lord justice*) y el Mayor General Nikitchenko por la Unión Soviética (vicepresidente del tribunal supremo).

³¹ Véase LEMKIN, Rafael, *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redres*, Carneige Endowment for International Peace, Washington, 1944.

³²*Vid.*, RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y Represión Internacional*, Bosch, Madrid, 2001, pp. 149-151.

Junto al anterior, el entendimiento alcanzado entre China, Francia, Reino Unido, la Unión Soviética, los Estados Unidos, Australia, Canadá, Holanda y Nueva Zelanda, al que posteriormente se adhirieron India y Filipinas, permitió la creación del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente³⁴, con sede en Tokio³⁵. Sus casos son menos conocidos que los de Nüremberg, no obstante, los asesinatos de Nanjing, en los que unos 300,000 chinos fueron asesinados y 200,000 mujeres raptadas por los japoneses entre diciembre de 1937 y octubre de 1938,³⁶ es uno de sus procesos más famosos.

Puede señalarse que el tribunal internacional de Tokio no es una mera copia del de Nüremberg, sino que contiene algunas particularidades, fruto de la experiencia adquirida en este último³⁷. Así, el tribunal de Tokio conocería de los mismos crímenes competencia del primer tribunal

³³ Artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 8 de agosto de 1945.

³⁴ El tribunal fue erigido sobre la base de una proclamación del General Douglas MacArthur - Comandante de las Fuerzas Aliadas en el lejano oriente- para enjuiciar a criminales de la guerra del lejano oriente, la cual encontró sus bases en los poderes extraordinarios e instrucciones atribuidos a dicho general, así como en las directrices que recibiera el 1 de diciembre del 1945 por los departamentos norteamericanos de guerra y de marina y por la Declaración de Postdam de 26 de julio (que le permitía proceder al arresto de presuntos criminales de guerra), al igual que por la Conferencia de Moscú de 26 de diciembre, ambas de ese mismo año. *Vid.*, PELÁEZ MARON, J., El Desarrollo del Derecho Internacional Penal en el Siglo XX, en *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, *op cit.*, p. 110.

³⁵ La ciudad fue elegida para albergar la sede del tribunal sólo por una razón pragmática, esto es, el aprovechamiento de la conservada infraestructura de la gran urbe tras la guerra. Por otro lado, La composición del tribunal para el lejano oriente poseyó más representatividad de la que gozó el tribunal de Nüremberg, su composición se realizó por la designación de once jueces, los cuales correspondientemente representarían a once Estados. Este tribunal estuvo presidido por el australiano Sir William Flood Ewbb y el colegio judicial estuvo integrado por los siguientes jueces: Edward Stuart McDougall (Canadá), Mei Ju Ao (China), Bernard Victor A. Roling (Holanda), Erima Hervey Borthcraf (Nueva Zelanda), Iván M. Zarianov (Unión Soviética), Myron C. Cramer (Estados Unidos, que sustituyó el 27 de julio de 1946 a John P. Higgins), Henri Bernard (Francia), Lord Patric (Reino Unido), Radha M. Pal (India) y Delfín Jaranilla (Filipinas).

³⁶ Los datos estadísticos de la matanza en Nanjing se pueden corroborar en FOGEL J., *The Nanjing Massacre in History and Historiography*, University of California Press, 2000, pp. 186 a 2008.

³⁷ PELÁEZ MARON, J., *op cit.*, pp.110-113.

instaurado,³⁸ con la salvedad de que estos, en Nüremberg fueron agrupados en cuatro cargos, a saber: Plan común o conspiración, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, mientras que en Tokio sólo se agruparon en tres: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. De esta forma, el cargo de "conspiración contra la paz mediante un plan común para tomar el poder", fue eliminado en el tribunal de Tokio, debido a los varios debates y opiniones diversas que generó su incierta conceptualización en Nüremberg.

Cabe hacer notar que tanto los juicios celebrados por el Tribunal de Nüremberg como por el de Tokio han recibido numerosas críticas respecto a su unilateralidad, ya que se trató de juicios realizados por las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial a los nacionales o simpatizantes de los Estados vencidos en ésta, planteando serias interrogantes sobre determinados comportamientos de las Fuerzas Aliadas que, desde la óptica del Derecho internacional humanitario, serían susceptibles de una clara crítica, como el bombardeo de algunas ciudades alemanas o las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki. Asimismo, desde la perspectiva jurídica, los juicios llevados a cabo por dichos tribunales fueron objeto de crítica por presentar irregularidades de tipo procesal, como carecer de una etapa de instrucción previa o separada a la del desarrollo de juicio o ser llevada a cabo por un mismo órgano judicial.

No obstante, estas consideraciones contrarias al desarrollo de los trabajos de ambos órganos jurisdiccionales, puede apreciarse que los mismos, sus estatutos, la evolución de sus procesos y la jurisprudencia de ellos

³⁸ Un estudio pormenorizado de la instauración de estos tribunales se puede hallar en DESCHEEMAERKER, *Le Tribunal Militaire des Grands Criminels de Guerre*, en *Revue Générale de Droit International Public*, 1946, T. XVII, pp. 210 y ss. Y los Estatuto de estos dos tribunales se pueden encontrar en EQUIPO NIZKOR, *Estatuto de la Corte Penal Internacional. Estatuto de los Tribunales Internacionales de Nuremberg (1945) a Sierra Leona (2002)*, Primera Edición, Equipo Nizkor, Madrid, 2002.

emanada, sientan las bases para el desarrollo posterior del Derecho internacional penal, muy particularmente, tras la codificación de los Principios de Núremberg³⁹, cuya progresividad será tenida en cuenta en la ulterior creación de tribunales internacionales penales.

1.4. El establecimiento de los tribunales penales internacionales *ad hoc*.

Aunque tras Núremberg y Tokio, como daremos cuenta posteriormente, la cuestión de la creación de un órgano jurisdiccional internacional de naturaleza penal reaparecería en los trabajos de la Asamblea General, e igualmente sería reclamado por amplios sectores doctrinales, el periodo de delicada estabilidad conocido como Guerra Fría, determinó que las principales potencias no llegaran a un acuerdo a tal efecto. No será pues hasta el derrumbamiento del bloque socialista que recobra vigor ese anhelo, que cristalizará, en primer lugar, en el establecimiento de diversas jurisdicciones *ad hoc*, tras los dramáticos acontecimientos ocurridos en Yugoslavia y Ruanda, a principios de los noventa, con un posterior reflejo en otras no menos trágicas situaciones como Camboya, Timor o Sierra Leona y, en segundo lugar, con la consecución del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya en el filo del cambio de milenio.

1.4.1. El tribunal penal internacional para la ex-Yugoslavia.

El desmembramiento de la Unión Soviética tuvo serias consecuencias en su área de influencia, pero sería en Yugoslavia, a las puertas de la Europa

³⁹ En la 123 sesión, celebrada el 21 de noviembre de 1947, la Asamblea General aprobó la Resolución 177 (II) por la que encargó a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del

comunitaria, donde revestiría un carácter más dramático –sin restar importancia a situaciones todavía enquistadas en algunas repúblicas exsoviéticas, como Chechenia-. Ya tras la muerte de Tito se había puesto de manifiesto una seria tensión entre las diferentes nacionalidades que componían el antiguo Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos, que culminaría con la negativa de Slobodan Milošević a continuar con el sistema rotatorial de presidencia establecido constitucionalmente. La respuesta fue una cascada de proclamaciones independentistas por parte de las Repúblicas federadas, primero, Croacia y Eslovenia, más tarde Bosnia-Herzegovina y, por fin, Macedonia. Los serbios, junto a los montenegrinos, que posteriormente reclamarían la continuidad de la antigua Yugoslavia con el nombre de República Federativa de Yugoslavia⁴⁰, se negaron a aceptar dichas pretensiones, dando comienzo a una sangrienta lucha, caracterizada por un proceso de “depuración o limpieza étnica”⁴¹ que incluyó asesinatos en masa, detenciones arbitrarias, raptos, violaciones⁴² y embarazos forzados de

Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Al respecto véase *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, Vol. 2.

⁴⁰ Un excelente estudio al respecto se puede consultar en: ORTEGA TEROL, Juan M., *El desmembramiento de Estados en la Europa del Este*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996; MORRIS Y SCHARF, *An insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. A Documentary History and Analysis*, Vol. 2, Transnational Publishers, Nueva York, 1995; WECKEL, Philippe, L'institution d'un Tribunal International pour la Répression des Crimes de Droit Humanitaire en Yougoslavie, *Annuaire français de Droit International*, 1993, No. 39, pp. 232-261, y SHRAGA, Daphna y ZACKLIN, Ralph, The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *European Journal of International Law*, 1994, Vol. 5, No. 3, pp. 360-380.

⁴¹ La “limpieza étnica” comprende, el secuestro, el asesinato, la deportación, la violación, los atentados contra los bienes culturales, etc., de una comunidad, con el objetivo de destruirla. Al respecto véase TAVERNIER, Paul, La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex-Yugoslavia y para Ruanda, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1997, No 144, pp. 645-653.

⁴² En el conflicto de los Balcanes las mujeres constituían un arma de guerra deliberada para ejecutar la política de depuración étnica y el número de ellas violadas se estima llegó a las 60.000. Consúltese al respecto <http://www.europarl.eu.int/dg1/a4/es/a4-97/a4-0250.htm>, (página visitada por última vez el 13 de noviembre de 2003). Militares de todos los bandos de este conflicto se han convertido en violadores y sus víctimas han sido mujeres de todas las procedencias, aunque la mayoría de las violaciones de las que se ha tenido conocimiento se perpetraron en mujeres musulmanas a manos de soldados y milicianos serbios. El abuso sexual de mujeres se integra en una pauta de guerra más amplia, caracterizada por la intimidación de las poblaciones musulmana y croata, lo que ha conducido a millares de ellos a huir o ser expulsados

mujeres, todos ellos cometidos en forma masiva, organizada y sistemática; así como se realizaron actos de prostitución forzada, torturas, sometimiento a penas, tratos crueles o degradantes en una dimensión y con un salvajismo sin precedentes en Europa tras la Segunda Guerra Mundial; conductas a las que se suma el acto de conquista y retención del territorio yugoslavo. En este tenor para finales de 1992 habían alrededor de 50,000 muertos y 2 millones de desplazados y refugiados, al mismo tiempo que Serbia ocupaba el 70% del territorio yugoslavo⁴³.

Considerada esta situación por el Consejo de Seguridad como una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, en 1993 el órgano principal de Naciones Unidas edificó un tribunal penal de carácter *ad hoc*⁴⁴, haciendo uso para ello del capítulo VII. Por esta razón, el Consejo de Seguridad ha recibido severas críticas⁴⁵, si bien las alternativas propuestas

de sus zonas de residencia. Se ha reunido información de violaciones públicas realizadas en numerosas ocasiones, por ejemplo, delante de todo un pueblo, concebidas para aterrorizar a la población y obligarla a huir. Obsérvese al respecto los informes del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el conflicto de la ex-Yugoslavia en: *Report on rape and the abuse of women in the Territory of the Former Yugoslavia*, U.N. Doc. E/CN.4/1994/5 (30 de junio de 1993); *Final report of the United Nations Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), Annex II, Rape and sexual assault: a legal study*, documento de Naciones Unidas S/1994/674/Add.2, Vol. 1 (28 de diciembre de 1994).

⁴³ SALMÓN, ELIZABETH y GARCÍA, GIOVANNA. *Los Tribunales Internacionales que Juzgan Individuos: El Caso de los Tribunales ad-hoc para la ex-Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional como Manifestaciones Institucionales de la Subjetividad Internacional del Ser Humano*, visible en <http://www.iccnw.org/espanol/tesinas/Salmon.pdf> (consultada el 9 de noviembre de 2003).

⁴⁴ Véase al respecto: Resolución No. 827, de 25 de mayo de 1993, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

⁴⁵ Existe una variedad de críticas formuladas al Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, la primordial refiere una errónea aplicación del capítulo VII de la Carta de San Francisco de 1945, por parte del Consejo de Seguridad, para instaurar este órgano jurídico, ya que para algunos juristas la Carta no atribuye de forma expresa al Consejo de Seguridad facultades que le permitieran crear un tribunal de esta envergadura, y en última opción consideran que hubiese sido mejor emplear el Capítulo VI para este fin. A la par de la anterior, existían otras censuras que también causarían gran polémica, a saber: a) el hecho de que el tribunal no sea de carácter permanente, b) el aspecto de que el fiscal haya sido nombrado por el Consejo de Seguridad y la gran vinculación de éste con el tribunal hicieron pensar que el mismo carecía de independencia, c) la gran limitación territorial del tribunal provocaría la impresión en la Comunidad Internacional de que el Consejo de Seguridad sólo estaba creando una “justicia selectiva”, d) la existencia de ambigüedades y dificultades en el estatuto del tribunal provocadas

para la creación de tal tribunal parecen poco realistas, como es el caso de la opción de la convencionalidad, es decir, haber intentado negociar un instrumento internacional de carácter multiestatal, porque hubiera requerido un lapso de tiempo demasiado largo. Tampoco parece adecuada la opción de la Asamblea General, sabido como es que sus resoluciones carecen de obligatoriedad. Precisamente, la urgencia de la situación hizo descartar ambas alternativas y decantarse por la decisión del Consejo de Seguridad, actuando de conformidad con la doctrina de las competencias implícitas⁴⁶.

La sede del Tribunal se instauró en La Haya, siendo sus idiomas de trabajo el inglés y el francés, según lo dispuesto por los artículos 31 y 33 del estatuto del tribunal, respectivamente. En igualdad de circunstancias, el artículo 9 del citado instrumento dota a los tribunales nacionales de jurisdicción concurrente para enjuiciar a los criminales que hayan cometido violaciones graves del Derecho internacional humanitario en el territorio de la antigua república. Sin embargo, estos se rigen bajo el principio de primacía, el cual manifiesta que el tribunal internacional penal tendrá primacía sobre los órganos jurisdiccionales nacionales para enjuiciar a los presuntos criminales, pudiendo solicitar la inhibición de estos en cualquier etapa del procedimiento y atendiendo al principio *nom bis in idem* los tribunales nacionales no pueden

por la incorporación de procedimientos judiciales provenientes de tradiciones jurídicas distintas, es decir, la incorporación de los procedimientos de tipo acusatorio e inquisitorial característicos de los países con un sistema jurídico de *common law* o un sistema jurídico continental o *civil law*, respectivamente, causó opiniones dispares entre los juristas que integraban el tribunal al abordar algunos temas (verbigracia el tema de la contumacia o juicios *in absentia*), lo cual fue duramente criticado. Pese al número cuantioso de críticas formuladas, el magnífico desempeño y la actividad imparcial judicial del tribunal aportó la superación de las mismas, y sería la cámara de apelaciones del propio tribunal en el caso *Tadic* quien se encargó de extinguir la principal crítica formulada al tribunal. Véase al respecto: CASSESE, Antonio, From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to The International Criminal Court en *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Vol. 1, Nueva York, 2002, pp. 13-14, así como ASCENSIO, Hervé y PELLET, Alain, L'activité du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavia (1993-1995), *Annuaire français de droit international*, 1995, pp. 119.

iniciar un juicio, contra alguna persona cuando el tribunal internacional ya haya juzgado a tal individuo, no así cuando la circunstancia resultare a la inversa, pues el tribunal internacional podrá iniciar un procedimiento judicial en contra de un individuo, a pesar de que éste haya sido juzgado por un tribunal nacional, cuando se hubiese juzgado el crimen cometido como un delito ordinario, cuando el proceso no haya sido imparcial ni independiente, tuviese por objeto proteger a la persona acusada o cuando la causa no se tramitó con la diligencia necesaria y, finalmente, cuando se trate de modular las penas (artículo 10 del estatuto del tribunal internacional penal para la ex-Yugoslavia).

Dicho tribunal estaría dotado de competencia *ratione loci* respecto de los casos que acaecieron en el territorio de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia con inclusión de superficie terrestre, su espacio aéreo y aguas territoriales, y por lo que toca a la competencia *ratione temporis* del tribunal, ésta incluiría los crímenes acontecidos entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que determinará el propio Consejo de Seguridad una vez restaurada la paz. Finalmente, por cuanto hace a la competencia *ratione materiae* del tribunal, éste tendría competencia para conocer de violaciones a normas internacionales de derecho humanitario de carácter convencional y consuetudinario, entre las cuales se encuentran las infracciones graves a las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la Protección de las Víctimas de la Guerra, las violaciones de las leyes o usos de la guerra terrestre contempladas en la Cuarta Convención de La Haya y en su Reglamento anexo, de 18 de octubre de 1907, el crimen de Genocidio contemplado en la Convención de ese mismo nombre, de 9 de diciembre de 1948; así como el crimen de *lesa humanidad*.

⁴⁶ *Vid.*, Opinión Consultiva sobre Reparación de daños sufridos en el servicio de las Naciones Unidas: Corte Internacional de Justicia, *Récueil des Arrêts de la Cour Internationale de Justice*,

Otro punto notable a destacar es que a pesar de las imperfecciones técnicas en la redacción del estatuto del tribunal -que pueden reflejar la idea de un texto incompleto-, así como el hecho de que el informe que presentó el Secretario General de Naciones Unidas no suplió la ausencia de trabajos preparatorios, dificultando el papel del intérprete y en particular el de los propios magistrados, el texto paradójicamente beneficia en gran medida a estos últimos ya que tienen a menudo total libertad para adoptar la interpretación que les parezca más adaptada, eficaz y progresista. Lo que llevó a que los magistrados (tanto del tribunal internacional penal para la ex-Yugoslavia, como del de Ruanda) ocuparan un lugar preponderante en la elaboración de las normas que rigen la actividad de los tribunales; algunas de ellas han llegado a ser acogidas como un verdadero código adjetivo penal internacional⁴⁷. De esta forma los magistrados están encargados de aprobar normas sobre procedimiento y prueba aplicables a la etapa preliminar del proceso, al juicio propiamente dicho y las apelaciones, así como las relativas a la admisión de la prueba, la protección de las víctimas, de los testigos y otros asuntos pertinentes⁴⁸. Pero, la labor más importante que realizaron los magistrados de los dos tribunales *ad hoc* fue la aportación de una jurisprudencia invaluable debido a su actuar innovador y progresista a la hora de las resoluciones, jurisprudencia que abrió brecha en el sendero virgen del Derecho internacional penal⁴⁹.

El tribunal constó inicialmente de once magistrados⁵⁰; posteriormente se agregaron otros tres para cubrir las necesidades de una

1949, pp. 171-189, en SALMÓN, ELIZABETH y GARCÍA, GIOVANNA, *op cit.*

⁴⁷ Al respecto véase: TAVERNIER, Paul, *op cit.*, pp. 646-648.

⁴⁸ *Vid.*, artículo 15 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia.

⁴⁹ Al respecto véase KING PATEL, Faiza, LA ROSA Ana-Maria, *Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia-Current Survey*, *European Journal of International Law*, 1998, Vol. 9, No.4, pp. 757 y ss.

⁵⁰ El tribunal esta bajo la presidencia actual del magistrado G. Kirk McDonald (Estados Unidos de Norte América) y estuvo compuesto por A. Cassese (Italia), FA. M. Riad (Egipto), W. Teyia (china), Cl. Jorda (Francia), L. Chan Vohrah (Malasia), R. G. May (Reino Unido), F. N. M.

tercera sala de primera instancia creada por el Consejo de Seguridad bajo resolución 1166 (1998), de 13 de mayo de 1998, que fueron distribuidos en tres salas de apelaciones (con cinco magistrados), el fiscal y el secretario. En el año 2000 se amplió nuevamente el tribunal a 16 magistrados permanentes y 9 *ad litem* bajo la resolución 1329 (2000), de 30 de noviembre (Anexo I) del Consejo de Seguridad.

Por lo que respecta al fiscal⁵¹, éste –como ya se mencionó anteriormente– fue designado por el Consejo de Seguridad a propuesta del Secretario General y a pesar de las arduas críticas, ha demostrado gozar de independencia. En 1999 el trabajo de los investigadores del fiscal fue severamente obstaculizado por la República Federativa de Yugoslavia que no autorizó su entrada en el territorio de Kosovo. Poco tiempo después el Presidente de ese país (Slobodan Milošević) y cuatro de sus colaboradores fueron acusados por la fiscal de crímenes contra la humanidad en Kosovo. En 2001 Milošević fue entregado al tribunal internacional penal de la ex-Yugoslavia para su procesamiento, y desde entonces permanece en prisión preventiva en La Haya⁵².

Mumba (Zambia), R. Nieto Navia (Colombia), M. Shahabuddeen (Guayana) y A. Simoes Rodríguez (Portugal). La resolución 1126 (1997), de 27 de agosto de 1997, del Consejo de Seguridad, prorrogó los mandatos de A. Kanbi-Whyte (Nigeria), E. Odio Benito (Costa Rica) y Saad Jan hasta la finalización del caso *Celebiéi* (fines de noviembre de 1998). Con posterioridad, los magistrados McDonald, Cassese, Wang y Bennouna fueron reemplazados por P. McGowan Wald, F. Pocar, L. Daguin y M. El Habib Fassi Fihri, correspondientemente.

⁵¹ El primer fiscal fue R. Goldstone (Sudáfrica). Le sucedió la fiscal L. Arbour (Canadá), y a ella, la fiscal C. Del Ponte (Suiza) a partir del 15 de septiembre de 1999.

⁵² *Vid.*, VILLÁN DURAN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 526-527; MAGLIVERAS, Konstantinos, *The Interplay between the*

1.4.2. El tribunal penal internacional para Ruanda.

Con el precedente de un gran odio étnico heredado por los belgas⁵³, el 6 de abril de 1994 un atentado contra el avión en el que viajaban los presidentes de Ruanda y de Burundi parece constituir el disparo de salida para uno de los más atroces y salvajes acontecimientos de la Historia de la Humanidad: el genocidio de los Grandes Lagos⁵⁴, cuyas consecuencias incluso hoy en día están lejos de discernirse. Ante esa situación, con la experiencia de Yugoslavia sobre la mesa, el Consejo de Seguridad creó, por medio de la resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁵⁵.

Transfer of Slobodan Milosevic to the ICTY and Yugoslav Constitutional Law, *European Journal of International Law*, 2002, Vol. 13, No. 3, pp. 661 y ss.

⁵³ Un excelente estudio sobre los acontecimientos históricos, detonantes del genocidio vivido en Ruanda, se puede encontrar en: DE WAAL, Alex y RAKIYA, Omaar, *The Genocide in Rwanda and the International Response*, *Current History*, 1995, Vol. 19, No. 591, p. 156 y ss. Y en ALÍA PLANA, Miguel, *El Tribunal Internacional para Ruanda*, visible en internet en <http://www.leame.com/pdfs/ruanda.pdf> (dirección visitada por última vez el 19 de enero de 2004); HUMAN RIGHTS WACHT, *Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda*, 1999, en <http://www.igc.org/hrw/reports/1999/rwanda/> (página visitada por última vez el 5 de octubre de 2003); PRUNIER, Gérard, *The Rwanda Crisis -1959-1994: History of a Genocide*, Fountain Publishers, Kampala, 1995, SINJELA, Mpazi, *The UN and Internal Conflicts in Africa: A Documentary Survey -Rwanda*, *African Yearbook of International Law*, 1995, Vol. 3, p. 285 y ss.

⁵⁴ La etnia “hutu” culparían a su homóloga “tutsi” de haber cometido el atentado, lo cual desató en pocas horas, el genocidio más sangriento en la historia de Ruanda, donde aproximadamente unas 800,000 personas fueron asesinadas sólo en la primavera de ese año y 2,000,000 de personas se refugiaban en los países vecinos. *Vid.*, *Report of the Independent Inquiry into the Actions of the United Nations During the 1994 Genocide in Rwanda*, 1999, en ALÍA PLANA, Miguel, *op cit.*

La identidad étnica de una persona pasó a convertirse en su condena a muerte o en su garantía de subsistencia, ya que el genocidio se cometería a partir de listas metódicamente preparadas, de esta forma un gran número (desconocido) de personas, armadas la mayoría de ellas con armas rudimentarias y otras haciendo uso de armas más sofisticadas, asesinó salvajemente a aquellos que figuraban en sus listas. De esta limpieza étnica, prácticamente cada segmento de la sociedad ruandesa fue partícipe, a saber: médicos, enfermeras, profesores, sacerdotes, monjas, negociantes, funcionarios gubernamentales de todos los rangos, incluso niños. *Vid.*, *Prosecuting Genocide in Rwanda: The ICTR and the National Trials*, *Lawyers’ Committee for Human Rights*, Washington, D.C., 1997, p. 4, en MAINA PETER, C., *El Tribunal Internacional para Ruanda: Sancionar a los Asesinos*, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 144, pp. 741-750.

⁵⁵ La resolución del Consejo de Seguridad se adoptó con la abstención de China y ciertas reservas de Brasil, que apostaba por la creación del tribunal mediante un tratado y no por una resolución.

Naciones Unidas designó que la sede del tribunal se encontraría en Arusha (República de Tanzania)⁵⁶ debido a la simbolización que aportaría ello a los acuerdos de paz celebrados con anterioridad en esa ciudad, y por obvios temores a que la praxis del nuevo órgano judicial internacional se pusiera en peligro, argumentando que los procesos deberían tener lugar en territorio neutral atendiendo a criterios de justicia y de equidad⁵⁷, así como al hecho de que Ruanda no cuenta con una economía suficiente desarrollada para poder alojar al tribunal.

El tribunal se estableció para lograr el enjuiciamiento de personas responsables de genocidio y otras graves violaciones del Derecho internacional humanitario; poseyendo *ratione materiae* respecto del crimen de genocidio, crimen de *lesa humanidad*, de violaciones del artículo 3 común a los Convenio de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios y otras infracciones graves del Derecho internacional humanitario; su competencia *ratione temporis* se ve constreñida a los actos antes señalados que se suscitaron entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994, por su parte, la competencia *ratione loci* del tribunal no se limita sólo a territorio ruandés, abarcando crímenes que se hayan perpetrado en territorio de países vecinos, por ciudadanos ruandeses⁵⁸ (confirmando con ello el principio de extraterritorialidad de personalidad activa).

El tribunal esta inspirado bajo el modelo del tribunal para la ex-Yugoslavia, por lo que ambos tribunales comparten grandes similitudes estructurales y orgánicas; entre otras: el fundamento jurídico de su creación,

⁵⁶ El 22 de febrero de 1995, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 977, en la que designa la ciudad de Arusha sede oficial del Tribunal. Naciones Unidas y el Gobierno de Tanzania firmaron, el 31 de agosto de 1995, el correspondiente acuerdo.

⁵⁷ Informe del Secretario General del 13 de febrero de 1995, de conformidad con el párrafo 5 de la resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, S/1995/134, y de la resolución 977 (1995) del Consejo de Seguridad, S/RES/977, del 22 de febrero de 1995, párrafo 42.

su carácter jerárquico superior respecto de los tribunales nacionales a la luz del principio de primacía, en su competencia material se encuentran los tipos de genocidio y crímenes contra la humanidad, comparten la cámara de apelaciones, puesto que la cámara del tribunal para la ex-Yugoslavia, conoce de la segunda instancia respecto ambos tribunales, y estos también comparten un mismo fiscal; de esta manera el tribunal para Ruanda es sumamente parecido al creado para la ex-Yugoslavia, observando algunas variantes *mutatis mutandis*⁵⁹.

Debido a esta gran similitud entre los tribunales, al tribunal para Ruanda le son aplicables la mayoría de las críticas hechas al primero de ellos, temporalmente hablando; aunque existen algunas exclusivas de éste como las formuladas por el gobierno ruandés, que después de haber sido quien solicitara la instauración del tribunal a Naciones Unidas⁶⁰ negó en último momento la aprobación de su instauración, al manifestar que: a) la competencia *ratione temporis* del tribunal es pobre e insuficiente, pues se limita a los actos cometidos en 1994 cuando los mismos no surgieron espontáneamente; que un período de planificación los precedió y que, antes de 1994 habían tenido lugar masacres a escala reducida y ¿porqué de estos actos no habría de conocer el tribunal?, b) el hecho de que la cámara de apelaciones y el fiscal fuesen comunes a los tribunales para Ruanda y para la ex-Yugoslavia pondría en peligro la eficacia del tribunal y esto no haría sino únicamente aliviar la conciencia de la Comunidad Internacional que estaba

⁵⁸ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 8 de noviembre de 1994.

⁵⁹ Al respecto se puede observar un excelente estudio en BASSIOUNI, *From Versailles to Rwanda in Seventy-five Years: The need to Establish a Permanent International Criminal Court*, *Harvard Human Rights Journal*, 1997, Vol. 10.

⁶⁰ Doc. ONU/1994/1115 del 29 de septiembre de 1994. Asimismo, el presidente de Ruanda declaró, el 6 de octubre de 1994, ante la Asamblea General de las Naciones Unidas que: “es más que urgente establecer [un] tribunal internacional”, Asamblea General, 49º período de sesiones, 21º sesión, p. 5.

presente cuando tuvo lugar el genocidio y nada hizo para detenerlo⁶¹, c) el aspecto de que países vecinos a Ruanda, quienes antes se habían visto involucrados en la comisión del genocidio, hubieran participado en la designación de magistrados del tribunal hablaba de una posible parcialidad de este órgano, d) la sede del Tribunal debía radicar en Ruanda, pues el tribunal debe desempeñar un papel explicativo y preventivo para con la población ruandesa, f) la no aplicabilidad por el tribunal de la pena capital, cuando en los tribunales nacionales es fijada, también fue uno de los aspectos más duramente formulados, así como el hecho de que los sentenciados purgaran sus condenas en prisiones ubicadas en territorio de terceros países⁶². Sin embargo, pese a las arduas oposiciones del gobierno de Ruanda y su voto en contra respecto del tribunal internacional, éste siempre afirmó que cooperaría plenamente con el Tribunal una vez erigido éste⁶³.

Hasta la fecha el Tribunal ha incoado varias diligencias e impartido órdenes de arresto contra los presuntos responsables de haber planificado y organizado el genocidio que tuvo lugar en Ruanda en el año de 1994. Algunas de esas personas han sido arrestadas en diferentes países y trasladadas a Arusha, donde se han iniciado diferentes procesos, entre los que destacan los casos de: Clement Kayishema, Obed Ruzindana, Georges Rutaganda, Jean-

⁶¹ Waly Bacre Ndiaye, reportero especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que había visitado Ruanda (desde el 8 al 17 de abril de 1993) realizó un informe que posteriormente enviaría a la organización, donde nombraba las continuas ejecuciones arbitrarias y extrajudiciales de "tutsis" que se cometían en Ruanda, a pesar de haberse firmado el acuerdo de paz de Arusha. El pacto no era más que un mero papel sin ninguna eficacia, como demostrarían los hechos, al que las fuerzas "hutu" no daban el más mínimo crédito. Al final de su informe recomendaba emprender una variada gama de acciones preventivas respecto al más que posible genocidio que presagiaba. Subrayó claramente en sus conclusiones las expresiones: *peligro de masacre y otros abusos y genocidio*. El informe, sin embargo, fue ignorado en su práctica totalidad por los principales actores del sistema de toma de decisiones de Naciones Unidas; situación que hasta nuestros días representa la más dura crítica hecha a Naciones Unidas en el conflicto de Ruanda. *Vid.*, Report of the Independent Inquiry into the Actions of the United Nations During the 1994 Genocide in Rwanda, *op cit*.

⁶² *Vid.*, Consejo de Seguridad, 49° período de sesiones, 3453° sesión, 8 de noviembre de 1994, S/A 3453, pp. 14 y ss.

Paul Akayesu entre otros. Actualmente el tribunal para Ruanda cotidianamente realiza su labor, misma que si bien es cierto ha sido requisito *sine qua non* para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, así como para el desarrollo de la justicia penal internacional, no ha logrado las expectativas planteadas por cuanto hace a la reconciliación étnica en Ruanda; proceso que sin duda alguna, llevará un arduo esfuerzo social, cultural, económico, político, religioso y no sólo uno jurídico.

Por otro lado, es menester formular las siguientes interrogantes respecto de la formación de los tribunales *ad hoc*: ¿existe diferencia entre los tribunales penales internacionales *ad hoc* y los tribunales militares internacionales?, ¿habrá una mejoría entre los primeros y estos últimos?, debiéndose responder, que a diferencia de los juicios de posguerra de 1945, donde la justicia se vio parcializada -como consecuencia del juzgamiento de los vencidos por los vencedores de la contienda y no de los crímenes cometidos en la época sin distinción de bando-, en la década de los noventa, no se habla más de vencederos, ni vencidos, sino de víctimas, siendo la Comunidad Internacional en su conjunto quien se encargó de frenar la barbarie y de reprimir los crímenes contra el derecho de gentes suscitados en la ex-Yugoslavia y en Ruanda, lo que demuestra la notable evolución del derecho penal internacional y la toma de consciencia global por la vida humana.

Sumada a las anteriores cuestiones se revela otra de simple carácter lógico, la cual hoy día reviste suma importancia; sabemos que los tribunales *ad hoc* en pleno siglo XXI siguen cumpliendo su cometido, pero ¿hasta cuándo los mismos seguirán funcionando? Hay quienes piensan que posiblemente después del caso Milošević la actividad del tribunal para la ex-

⁶³ DUBOIS, Olivier, Las jurisdicciones penales nacionales de Ruanda y el Tribunal Internacional, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No 144, 1997, pp. 763-778.

Yugoslavia puede ver su fin, pronosticándosele hasta diez años más de vida y para el tribunal de Ruanda se estiman 6 u 8 años más aproximadamente, sin embargo hay algunas interrogantes que saltan al respecto: ¿qué va a pasar con las denuncias que se encuentren en trámite?, ¿qué pasará con las condenas que se estén purgando?, estas dificultades no están aún previstas, pero muy posiblemente encuentren solución tras la creación de un órgano *ad hoc* para la finalización de este proceso (un juez de vigilancia), bajo la supervisión del Consejo de Seguridad, existiendo también la posibilidad de crear un tribunal con características nacionales, vigilado por este mismo órgano de Naciones Unidas (se trataría de un tribunal mixto como el de Sierra Leona o el de Timor Oriental), pero ya sea que se realice una u otra posibilidad (o alguna diferente) la misma tendrá la importante labor de finiquitar las labores comenzadas por los tribunales internacionales, una vez que sean extintos por su creador: el Consejo de Seguridad.

1.5. Los tribunales mixtos, híbridos o internacionalizados: el abaratamiento de la justicia penal internacional.

1.5.1. El tribunal de Sierra Leona.

La República de Sierra Leona a pesar de ser un joven Estado soberano ha albergado desde sus orígenes numerosos conflictos, producto de diferencias étnicas arcaicas, que en la época postmoderna se verían traducidos en la integración de grupos políticos de oposición recíproca sostenedores de una lucha constante por el poder, cuyo escenario fue una gran incertidumbre política, social y económica a nivel nacional, que pararía en una guerra civil⁶⁴, auspiciada por Libia, a través de su mandatario Charles

⁶⁴ Al respecto véase: Asamblea General, Quincuagésimo segundo período de sesiones, Tema 10 del programa, Memoria del Secretario General Sobre La Labor de La Organización, Las causas

Taylor⁶⁵, donde la cruel matanza de miles de personas tiñó de rojo el suelo sierraleonés en plena década de los noventa⁶⁶.

La contienda de once años terminaría hasta comienzos del siglo XXI. En el primer mes de 2002 UNAMSIL anunciaría la culminación de la guerra civil en Sierra Leona, obteniéndose con ello conocimiento específico de las catastróficas consecuencias que aparejó el conflicto⁶⁷.

Ante la profunda preocupación por los gravísimos crímenes cometidos y la gran incertidumbre por parte del Consejo de Seguridad de que imperase la impunidad, y en observancia de la carta presidencial sierraleonés enviada al Consejo de Seguridad, el 10 de agosto de 2000⁶⁸, es como el

de los conflictos y el fomento de la paz duradera y el desarrollo sostenible en África, Informe del Secretario General, A/BUR/53/1, 4 de septiembre de 1998.

⁶⁵ Charles Taylor subvencionó, armó e incitó a la guerra al Frente Revolucionario Unido (FRU) de Sierra Leona, bajo mando del comandante Foday Sankoh, antiguo sargento sierraleonés, con el fin de crear un segundo frente contra el ECOMOG, con el cual combatía en Libia. Además, si accedía a los yacimientos diamantíferos de Sierra Leona, podría sufragar sus deudas con otro tercer Estado implicado en la guerra de Liberia, Burkina Faso, en especial las contraídas a cambio de la ayuda de mercenarios burkinabes. *Vid.*, ALIA PLANA, Miguel, *El Tribunal Especial para Sierra Leona*, en <http://www.derechomilitar.info/artidoc/tribsieleo.htm>, (sitio visitado por última vez el 28 de diciembre de 2004).

⁶⁶ Otro aspecto que sin duda alguna motivó el auge de los conflictos étnicos en Sierra Leona fue la carencia por parte de este Estado de un ejército propiamente dicho, lo que alentó la creación de distintas fuerzas armadas bajo el clamor de la población de hacer justicia por sus propias manos. *Vid.*, FERNANDO ROMERO, Diego y RODRÍGUEZ, María F., *¿Conflictos Étnicos en África? Los Casos de Rwanda y Sierra Leona*, Grupo de Estudios Africanos GEA, en <http://cursos.uextornado.edu.co/africa/articuloestconflictoetnico.htm>, (sitio consultado el 3 de noviembre de 2003). Aunado a lo anterior, también se encontraba como factor determinante del conflicto el aspecto económico, ya que Sierra Leona a pesar de ser uno de los países más pobres del mundo, irónicamente posee grandes e importantes minas de diamantes en su territorio, las cuales al ser explotadas (por las fuerzas armadas) aportaban el ingreso suficiente para mantener los enfrentamientos armados.

⁶⁷ Más de 2.000.000 de personas (un tercio de la población) se vio obligada a desplazarse y refugiarse en los países vecinos. Entre 20.000 y 75.000 personas fueron asesinadas y varios millares mutilados, la guerra eliminó la producción agrícola, colapsó la administración, que llegó físicamente a desaparecer frente al empuje de las bandas y las guerrillas; destruyó el escaso tejido industrial, las escuelas, los centros sanitarios y las vías de comunicación al respecto véase: *Guerra Civil en Sierra Leona* en http://www.afrol.com/es/Paises/Sierra_Leona/esp_guerracivil.htm, (visitada el 29 de diciembre de 2003).

⁶⁸ El 10 de agosto de 2000 el Presidente de Sierra Leona pidió al Consejo de Seguridad que creara un tribunal especial, para enjuiciar a los mayores culpables de violaciones al Derecho

Secretario General de Naciones Unidas, a petición del Consejo, celebraría en Freetwon el 16 de enero de 2002 un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona para crear un tribunal especial independiente que pusiera fin a la impunidad de las personas a quienes cupiera la mayor responsabilidad por la comisión de graves infracciones del Derecho internacional humanitario y de crímenes tipificados en el derecho de Sierra Leona a partir de 1996 (incluidos aquellos dirigentes que al cometer tales crímenes han causado una amenaza para el establecimiento y la implementación del proceso de paz en ese país)⁶⁹.

De esta forma, la naturaleza constitutiva del Tribunal Especial para Sierra Leona deviene del acuerdo antes señalado, a diferencia de la que poseen los tribunales *ad hoc* (ex-Yugoslavia y Ruanda), por ser establecidos a través de una resolución del Consejo de Seguridad y constituidos como órganos subsidiarios de la ONU.

El tribunal tiene su sede en Sierra Leona, su idioma de trabajo es el inglés y sus gastos se sufragan mediante contribuciones voluntarias de la Comunidad Internacional⁷⁰. De conformidad con su estatuto posee una jurisdicción concurrente junto a los tribunales nacionales sierraleoneses, sin embargo mantiene su primacía respecto de estos últimos al estar capacitado para solicitar la inhibitoria de jurisdicción en cualquier etapa del procedimiento (art. 8, párrafo segundo del estatuto). El tribunal no ejerce su competencia respecto de quienes fuesen menores de 15 años de edad al momento de la

Internacional Humanitario y los dirigentes del Frente Revolucionario Unido. *Vid.*, Doc. 5/2000/786, de 10 de agosto de 2000, anexo.

⁶⁹ El acuerdo fue gestado previas negociaciones de los lineamientos del Estatuto del futuro tribunal, de conformidad con la resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad, de 14 de agosto de 2000. Los textos de proyecto tanto del Convenio como de Estatuto negociados entre el Secretario General de Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona fueron presentados como anexos al informe sobre la materia que realizara el Secretario General al Consejo de Seguridad el día 4 de octubre de 2000. *Vid.*, Doc. 5/2000/915 (4 Octubre de 2000), Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona.

presunta comisión del crimen (art. 7, párrafo primero del estatuto), así como no aplica penas privativas de libertad respecto de menores de edad (art. 19 del estatuto).

El tribunal para Sierra Leona es un tribunal *sui generis* que nace de la mixtura del derecho nacional de Sierra Leona y el Derecho internacional, lo cual provocó que tanto su composición como su jurisdicción fueran mixtas. Por cuanto hace a su composición, el tribunal se encuentra integrado por magistrados designados por el gobierno de Sierra Leona y otros designados por el Secretario General, siendo mayoría estos últimos⁷¹, en lo que refiere a su jurisdicción su estatuto le dota de una competencia *ratione materiae* mixta, a saber: crímenes de *lesa* humanidad, infracciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II, otras infracciones graves del Derecho internacional humanitario (crímenes de orden internacional) y crímenes previstos en la legislación de Sierra Leona (crímenes de orden común), lo que lleva a considerar como un híbrido a dicho tribunal, pues a diferencia de los tribunales *ad hoc*, que su ámbito material competencial se ajusta sólo a los tipos que componen la gama de los llamados crímenes internacionales -que crea el derecho penal internacional o internacional penal tras la formulación de los Principios de Núremberg⁷²-, el tribunal especial para Sierra Leona adquiere en su órbita material tipos propios de la legislación sierraleonés, considerados como graves, a saber: a) Delitos relativos al abuso de niñas con arreglo a la Ley de prevención de actos de crueldad contra

⁷⁰ Un magnífico estudio al respecto se puede observar en FRULLI, M., The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments, *European Journal of International Law*, 2000, Vol. 11, No. 4, pp. 857-869.

⁷¹ La Sala de Primera Instancia esta compuesta por tres magistrados, de los cuales uno es designado por el gobierno de Sierra Leona y los otros dos por el Secretario General de Naciones Unidas, y la Sala de Apelaciones esta compuesta por un número de cinco magistrados, de los cuales dos son designados por el gobierno de Sierra Leona y tres por el Secretario General. *Vid.*, artículo 12 del Estatuto de Tribunal Especial para Sierra Leona de 16 de enero de 2002.

⁷² La Comisión de Derecho Internacional consagró la expresión crimen de derecho internacional en 1950 con la formulación de los Principios de Nuremberg, dicha formulación plasmó las

niños, 1926 (cap. 31): I.- Abusar de una niña menor de 13 años de edad en contravención del artículo 6; II.- Abusar de una niña de 13 a 14 años de edad en contravención del artículo 7; III.- Secuestrar a una niña para fines contrarios a la moral en contravención del artículo 12; b) Delitos relativos a la destrucción indiscriminada de bienes con arreglo a la Ley sobre daños intencionales, 186: I.- El incendio intencional de viviendas –edificios y sus moradores- en contravención del artículo 2; II.- El incendio de edificios públicos en contravención de los artículos 5 y 6; III.- El incendio de otros edificios, en contravención del artículo 6⁷³.

Al ser incluidas tales conductas delictivas dentro del estatuto de un tribunal de características internacionales, como lo es el de Sierra Leona y al ser las mismas consideradas en dicho estatuto como graves, lo que resulta es la errónea internacionalización de crímenes de orden común, pues se equipara a los mismos equívocamente con los crímenes de Derecho internacional⁷⁴, lo cual a todas luces resulta inapropiado, pese a que tales actos pueden ser considerados como conductas antijurídicas atroces, ya que los mismo no gozan de ese carácter supranacional, por no poseer trascendencia jurídica internacional. Es decir, para que un crimen sea considerado como crimen internacional o elevado a la categoría de éste, no basta que a los ojos de una nación dicho antisocial sea considerado como grave para entonces internacionalizarlo y directamente compararlo con los crímenes internacionales, pues se le estaría reconociendo o, peor aún, dotando erróneamente de ese *plus* de gravedad que constituye la esencia de éstos y hace su distingo de las simples conductas delictivas contempladas en

características básicas de esta figura en siete principios. *Vid.*, RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, *op cit.*, pp 33-38.

⁷³ Artículo 5 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, *op cit.*

⁷⁴ El profesor Blanc establece que la expresión “crimen de derecho internacional” agrupa en una única categoría a los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. *Vid.*, BLANC ALTEIR, A., *La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional*, Boch, Barcelona, 1990, p. 28.

las jurisdicciones nacionales; así como se estaría afirmando que tales conductas corrompen aquellos valores comúnmente compartidos por la Comunidad Internacional, violentando la categoría especial de normas calificadas de imperativas en este ámbito o *ius cogens* y se rompería con el *numerus clausus lato sensu* de las conductas contempladas como crimen de Derecho internacional⁷⁵.

En este orden de ideas, si bien es cierto que al incluir delitos de orden común en la competencia *ratione materiae* del tribunal se amplía la misma y que tal circunstancia es vital en la lucha contra la impunidad en Sierra Leona, ya que después de la guerra civil el poder judicial de este Estado quedó devastado e inclusive es cierto que el tribunal especial sirve de orientador y guía a los tribunales nacionales en su labor, específicamente respecto de aquellos delitos de orden común de los cuales ambos tribunales poseen competencia, también es acertado señalar que tales comisiones no constituyen delitos de Derecho internacional (sino posiblemente se esté en presencia del surgimiento de nuevas conductas antijurídicas que a la postre con su cristalización lleguen a ser consideradas como tales), ni se les puede comparar con ellos, constituyendo lo anterior un error que se ha cometido en Sierra Leona propiciando lo que hemos decidido llamar: “el abaratamiento de la justicia penal internacional”; padecimiento del que adolece en igualdad de

⁷⁵ El maestro Rama-Montado define al crimen o delito internacional como aquella conducta cuyo carácter penalmente ilícito está determinado, no por el derecho interno sino por el propio derecho internacional, ya por normativa consuetudinaria, ya por vía convencional. *Vid.*, RAMA-MONTADO, M., Acerca de Algunos Conceptos Básicos Relativos al Derecho Penal Internacional y a una Jurisdicción Penal Internacional, en *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. Liber amicorum en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Arechaga*, Fundación Cultural Universitaria, Montevideo, 1994, p. 868. De igual forma la Doctora Rueda ha manifestado que: La responsabilidad internacional individual encuentra su origen en los llamados *delicta iuris gentium*, delitos contra el derecho de gentes, que engendran responsabilidad penal para los individuos y que son cosa distinta de los hechos ilícitos de los Estados. De esta forma el Derecho internacional siempre ha establecido determinados tipos delictivos para comportamientos individuales gravemente contrarios a las exigencias éticas elementales de la convivencia internacional. *Vid.*, RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, *op cit.*, p. 31., BASSIOUNI M., C., *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*, Cuarta Edición, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 165 y ss.

circunstancias *mutatis mutandis* el tribunal especial para Timor Oriental y que necesariamente ha encontrado vacuna tras la creación del Estatuto de Roma, ya que el mismo reafirma la existencia de una *opinio iuris generalis* de aquellas conductas que sí son consideradas internacionalmente como crímenes o delitos de Derecho internacional (distinguiéndolas de los delitos de orden común)⁷⁶, no obstante, existirá la vigente posibilidad de que se cree algún otro tribunal mixto que juzgue aquellos delitos de Derecho internacional y de orden común de los cuales no pueda conocer la Corte Penal Internacional, particularmente cuando se esté en presencia de su limitante *ratione temporis*⁷⁷ (posiblemente sea el caso del autogenocidio sufrido de Camboya, en los años setenta).

1.5.2. La sala especial de Dili.

Después de una larga estadía de escisión política⁷⁸, Timor Oriental lograría su independencia, el 28 de noviembre de 1975. La lucha por el poder, entre partidos políticos, sería la consecuencia de un nuevo Estado sin democracia. En mayo de 1976 (sólo cinco meses con posterioridad a su independencia) el partido conservador -en el poder- solicitaría la inclusión de Timor Oriental a la República de Indonesia. Y el 17 de julio de 1976 Yakarta (entonces presidente de Indonesia) promulgaría una Ley que preveía la

⁷⁶ *Vid.*, artículos 5, 6, 7, 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN. Doc.A/CONF.183/9 (17 Julio 1998) (Adoptado el 17 de Julio de 1998 en la Conferencia Diplomática de Naciones Unidas de Plenipotenciarios sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional).

⁷⁷ Véase al respecto el artículo 11 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, *op cit.*

⁷⁸ Timor Oriental políticamente estuvo dividido en dos partes: la oriental, perteneciente a Portugal (16.850 kilómetros cuadrados, capital Dili), y la occidental, a la República de Indonesia (13.450 kilómetros cuadrados, capital Kupang). El 24 de julio de 1974 el Consejo de Estado de Portugal, con la desmembración del régimen de Lisboa, tras la revolución de los claveles, aprueba una Ley por la que se reforma la Constitución y reconoce el derecho a la libre determinación y a la independencia de Timor Oriental. *Vid.*, ROCAMORA, José A., Aproximación a la historia de Timor Este, en *La Cuestión de Timor Oriental*, Bosch, Zaragoza, 1996, pp. 17-40.

incorporación de Timor Oriental a la República de Indonesia, como su vigésima séptima provincia, después de ello Timor Oriental sería ocupada militarmente y de forma violenta⁷⁹.

Timor Oriental padecería un brutal genocidio que duraría 24 años. Durante ese lapso de tiempo miles de ciudadanos fueron asesinados a manos de las fuerzas militares indonesias⁸⁰. La fuerza ocupante emprendió prácticas para destruir la resistencia, controlar la población y reestructurar la sociedad timorense⁸¹.

⁷⁹ Ante este hecho la propia Corte Internacional de Justicia afirmaría que tanto para Portugal como para Australia el territorio de Timor Oriental "sigue siendo un territorio no autónomo y su pueblo tiene derecho a la libre determinación". *Vid., Affaire Relative au Timor Oriental (Portugal vs. Australie)*, arrêt du 30 juin 1995, C.I.J. Recueil 1995, p. 96. Sin embargo, el acto de agresión y la invasión se consumó, presumiblemente por las grandes reservas de petróleo y de gas natural que se encuentran en el llamado "Timor Gap". Un magnífico estudio de los acontecimientos que motivaron la invasión de Timor Oriental por parte de Indonesia se puede consultar en: CLARK, R., *The Decolonization of East Timor and the UN Norms on Self-determination*, *The Yale Journal of World Public Order*, 1980, Vol. 72; CHINKIN, Christine, *Symposium: The East Timor Case before the International Court of Justice*, *European Journal of International Law*, 1993, Vol. 4, No. 2, pp. 206 y ss.

⁸⁰ Para 1979 la cifra de bajas humanas alcanzaba los 300.000. En septiembre de 1999 nuevas matanzas, destrucción de viviendas e infraestructuras se perpetraron a manos de las guerrillas pro-integracionistas y de las fuerzas de seguridad de Indonesia, arrojando como saldo 250.000 refugiados y 500.000 personas desplazadas de sus hogares. *Vid., AMNISTÍA INTERNACIONAL, Timor Oriental: Continúan las Violaciones de Derechos Humanos*, Amnistía Internacional, 1985, <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLASA210101995?open&of=ESL-2S3> (visitada el 29 de noviembre de 2003).

⁸¹ Para estos fines se violaron sistemáticamente los derechos humanos practicándose detenciones ilegales, desapariciones forzadas, torturas (mutilaciones en las orejas, senos, dedos y extremidades), esterilización forzada de mujeres, ejecuciones públicas y sumarias de miles de supuestos conspiradores contra el gobierno de Indonesia, la incineración de poblados enteros, la fumigación de cosechas con defoliantes y con napalm, el envenenamiento de agua. La celebración de juicios injustos e imposición de penas excesivas y supresión de las libertades ciudadanas, incluyendo la libertad de expresión, libertad de asociación y libertad de movimientos, resultarían actos cotidianos; todo ello aunado al hecho de que para 1995 el 90% de la población había sido reubicada forzosamente en campos estratégicos, donde debido a las precarias condiciones de vida perecerían un gran número de timorenses, mientras la población indonesia paulatinamente ocupaba el territorio de Timor Oriental. *Vid., MADEIRA SOARES José E., Relations Between Indonesian Authorities and the People of East Timor*, en *The Spokesman: Timor Twenty Years On*, No. 62, Russel Press Ltd, Nottingham, 1995, p. 47-50.

Después de una larga inactividad fáctica por parte de la ONU en lo referente a mitigar este genocidio⁸², la Organización alentó a la celebración de un referéndum nacional, el 8 de agosto de 1999, a fin de resolver la situación del Estado. El resultado de la consulta popular sería favorable a la independencia de Timor Oriental, constriñéndose Yakarta a reconocer el resultado⁸³. El consejo de Seguridad, el 25 de octubre de 1999, emitiría la Resolución 1272 (1999) mediante la cual estableció *The United Nations Transitional Administration in East Timor* (UNTAET), como una multidimensional operación pacificadora, que estaría encargada de la administración de Timor Oriental durante su transición a la independencia⁸⁴.

⁸² Al respecto LONDOÑO manifiesta que: ...desde el momento mismo en que se pudo constatar la renuencia de Indonesia a dar cumplimiento a los llamados del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General, se hubiera podido aplicar, en primer lugar, el artículo 41 del Capítulo VII de la Carta que permite el uso de una fuerza internacional, tal y como se realizó con Irak en 1991. Este mecanismo no fue aplicado, obviamente, porque el Consejo de Seguridad, del cual algunos miembros eran aliados de Indonesia, es el único facultado para hacerlo... Otras medidas aplicables al caso, contempladas por el Derecho Internacional, que se quedaron como letra muerta son el envío de relatores especiales, el embargo aéreo, comercial, financiero y particularmente el embargo de armas como el aplicado recientemente por el Consejo de Seguridad en relación con los sucesos de Kosovo, y la expulsión de Indonesia del seno de las Naciones Unidas... La institución creada para garantizar la paz y la seguridad en el globo, cometidos para los cuales cuenta con diversos instrumentos, se limitó a rechazar la agresión perpetuada por el Estado indonesio sobre el pueblo timorense, dejando a la normatividad internacional carente de eficacia funcional alguna. LONDOÑO, María A., *Timor Oriental: La Independencia Se Acerca*, visible en <http://www.cip.fuhem.es/timor/maria.htm>, (consultada el 29 de noviembre de 2003).

⁸³ La pregunta que fue formulada en la consulta permitía a los timorenses elegir entre el régimen de autonomía propuesto dentro del Estado Unitario de la República de Indonesia (SARET), o su rechazo llevando a Timor Oriental a su separación de Indonesia. El acuerdo no contempló la independencia como consecuencia inmediata, por lo cual dicho término no apareció de forma expresa en la pregunta de la balota. Sin embargo, el texto consagró de forma explícita que el rechazo de la autonomía propuesta conminaría al Secretario General a iniciar el procedimiento que le permita a Timor Oriental dar comienzo a un proceso de transición hacia la independencia. A pesar de las intimidaciones, cerca del 98% de la población censada acudió a votar y el 78.5 % de los votantes (344,580 personas) votaron a favor de la autonomía de Timor Oriental, en oposición a un 21.5 % (94,388 personas). <http://www.un.org/peace/etimor/UntaetB.htm>, (sitio consultado por última ocasión el 12 de diciembre de 2003).

⁸⁴ El 30 de agosto de 2001, sólo dos años después de haberse celebrado la consulta popular, más del 91% la población con posibilidad de asistir a los comicios en Timor Oriental, votaría de nueva cuenta, esta vez para elegir a 88 miembros de su Asamblea Constitucional, con la finalidad de adoptar una nueva Constitución y consolidar las bases que permitieran la celebración de nuevas elecciones y la transición a una completa independencia. Bajo este tenor, un nuevo Consejo de Ministros reemplazaría al Gabinete de Transición creado en el 2000, al igual que la Asamblea Constitucional y el nuevo Gobierno de Timor Oriental estarían

Naciones Unidas y el gobierno de Timor Oriental, como parte del camino a la instauración de un Estado democrático y soberano, atenderían la justiciabilidad de los peores crímenes cometidos contra el derecho de gentes acaecidos en ese territorio. UNTAET crearía por medio de la resolución 2000/11, de 6 de marzo de 2000, un reglamento para constituir un nuevo poder judicial en Timor del Este. La función judicial a partir de ese momento estaría a cargo en forma exclusiva de tribunales distritales establecidos por ley, los cuales se integraron por jueces designados por UNTAET de conformidad con su reglamento 1999/3, que conocerían de hechos, sobre cualquier materia, suscitados antes del 25 de octubre de 1999. La jurisdicción de los tribunales distritales es limitada, constriéndose al área o territorio de uno o dos distritos, creándose para ello ocho tribunales que están establecidos en los principales distritos de la nueva Nación⁸⁵. Respecto al recurso de apelación, éste se contempla en el reglamento del resiente poder, actuando como juez *ad quo* los tribunales distritales y como juez *ad quem* un

gobernando durante el periodo de transición, previamente a que Timor Oriental obtuviera su independencia, como Estado democrático y soberano. El 22 de marzo de 2002 la Asamblea Constitucional firmaría la primera Constitución y el 14 de abril de ese año se celebrarían elecciones presidenciales, donde Xanana Gusmao (Premio Nobel de la Paz) resultó presidente electo. Bajo estas circunstancias el 20 de mayo de 2002 Timor Oriental se convierte en el país más joven del planeta, sin embargo hoy día Naciones Unidas continúa manteniendo presencia en su territorio (periodo post-independencia) con la finalidad de mantener la seguridad y estabilidad del naciente Estado, para lo cual creó una nueva Misión de apoyo: *The United Nations Mission of Support in East Timor* (UNMISSET), misma que estará encargada de apoyar a las autoridades de Timor Oriental en las áreas de estabilidad, democracia y justicia, seguridad interna, respeto de la ley, seguridad externa y control fronterizo. De esta Misión se prevé una retirada gradual de Timor del Este. *Idem*.

⁸⁵ La mayoría de ellos poseó jurisdicción sobre más de un distrito y varios subdistritos, los ocho tribunales distritales y sus correspondientes áreas de jurisdicción son: Tribunal de Dili, con competencia para los distritos de Dili, e Aileu; Tribunal de Baucau, con competencia para los distritos de Baucau y los subdistritos de Laclo, Manatuto, Laleia y Laclubar en el distrito de Manatuto, Tribunal de los Palos, con competencia para el distrito de Lautem; Tribunal de Viqueque, con competencia para los distritos de Viqueque y los subdistritos de Soibada y Barique en el distrito de Manatuto; Tribunal de Same, con competencia para los distritos de Manufahi y Ainaro; Tribunal Maliana, con competencia para los distritos de Bobonaro y Covalima; Tribunal de Ermera, con competencia para los distritos de Ermera y Liquiça; Tribunal de Oecussi, con competencia para el distrito de Oecussi. *Vid.*, Artículo 7 del Reglamento 2000/11, de 6 de marzo de 2000, emitido por UNTAET.

tribunal de apelaciones, que conoce de los recursos interpuestos sobre decisiones de cualquiera de los primeros.

En tratándose de los crímenes de Derecho internacional, se dota al Tribunal de Dili de competencia exclusiva para conocer de crímenes de *lesa humanidad*, crímenes de guerra y del crimen de genocidio; así como también posee competencia exclusiva sobre algunos delitos de orden común, cuando se hallan cometido en el periodo que comprende entre el 1 de enero de 1999 y el 25 de octubre de ese mismo año, a saber: delitos sexuales, asesinato y tortura⁸⁶. Para ejercer la competencia conferida al tribunal, éste cuenta con cámaras especializadas, que a su vez integran jueces de Timor Oriental e internacionales nombrados de conformidad con el reglamento 1999/3 de UNTAET.

En el caso las apelaciones promovidas en contra de las resoluciones del tribunal de Dili, el tribunal de apelación cuenta con una cámara especial para conocer de ellas, integrada por jueces timorenses e internacional designados de igual forma que los jueces mencionados con antelación.

Otro rubro *sine qua non* respecto a las características del tribunal de Dili lo refiere el artículo 10.4 de su reglamento, al preverse en dicho numeral la posibilidad de que jurisdicción de un tribunal internacional (la Corte Penal Internacional) pueda incoar sobre hechos relativos al conflicto padecido en Timor Oriental, respecto de crímenes contra el derecho de gentes, sin que exista ningún obstáculo para ello por parte de las cámaras que integran el tribunal de Dili; cuestión que auxilia (en caso de realizarse) en gran medida a la lucha contra la impunidad.

En última instancia, habrá de mencionar que este tribunal, a diferencia de los tribunales *ad hoc*, no es un tribunal internacional, sino más bien un tribunal nacional con características internacionales bajo supervisión (transitoria) de la ONU, al no haber sido creado directamente por la Organización y no depender directamente de ella. De esta forma es el propio Estado de Timor Oriental con el auxilio de UNTAET quien erige al tribunal de Dili. Y si a este aspecto se suma, que al igual que el tribunal especial para Sierra Leona⁸⁷, este órgano jurisdiccional contempla dentro de su competencia material delitos de orden común, propios de las leyes punitivas timorenses, equiparándolos indirectamente a los crímenes de Derecho internacional⁸⁸ no existe duda alguna que estamos en presencia de otro tribunal híbrido, mixto o internacionalizado.

2. La creación de una jurisdicción penal internacional de carácter permanente y general.

2.1. La actividad codificadora de la Comisión de Derecho Internacional en el marco de las Naciones Unidas (1953, 1989 y 1994).

En 1947 la Asamblea General otorgó el mandato al Comité de Codificación de Derecho Internacional -el predecesor de la Comisión de Derecho Internacional- de: a) formular los principios de Derecho internacional, reconocidos en el estatuto y las sentencias del tribunal de

⁸⁶ Ambas competencias exclusivas del tribunal de Dili abarcan tanto la fase de procedimiento, proceso y el respectivo juicio. *Vid.*, Artículo 10.1 del Reglamento 2000/11, de 6 de marzo de 2000, emitido por UNTAET.

⁸⁷ *Supra.*, epígrafe 1.2.7.1 del presente capítulo.

⁸⁸ Sobre la categoría de Crímenes de Derecho Internacional consúltese el Documento E/CN.4/Sub. 2/1997/29, 28 de mayo de 1997, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, relativo al *Reconocimiento de las Violaciones Manifiestas y Masivas de los Derechos Humanos Perpetrados por Orden de los Gobiernos o con su Aprobación como Crímenes Internacionales*.

Nüremberg y, b) preparar un Proyecto del Código de Delitos Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. En 1949, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) comenzó su tarea, se formaría un subcomité y se nombró un relator especial (Alfaro) para preparar el Proyecto de Código de Delitos Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Este título fue cambiado en 1988 por el proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

Al mismo tiempo en que se trabajaba sobre el proyecto del código, la tarea de formular un Proyecto de Estatuto para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional fue asignada por la Asamblea General a la Comisión. La CDI debía examinar si era conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fuesen de competencia de ese órgano en virtud de convenios internacionales⁸⁹. Para marzo de 1950 el relator especial Alfaro presentaría su primer reporte a la CDI. En éste argumentaba que un Código Penal sustantivo debía complementarse con un estatuto para una Corte Penal Internacional. Contrario a la lógica, en la elaboración de este tipo de preestructuras jurídicas, los proyectos en cuestión quedaron intencionalmente separados⁹⁰.

Así, ese mismo año se nombró a otro relator (Sandstrum) para estudiar el ulterior desarrollo del asunto, resultando al final que ambos

⁸⁹ Resolución de la Asamblea General número 54/260, de 5 de mayo de 2000.

⁹⁰ Sobre la labor de la Comisión de Derecho Internacional, encomendada por la Asamblea General, de crear un Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, así como un Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional, puede verse al respecto: BASSOUNI CHERIF, M., *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, Dordrecht, Boston, 1987; BASSIOUNI M., C., (editor), *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, Toulouse, 1993, AMBOS, KAI, *Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint*, *European Journal of International Law*, 1996, Vol. 7, pp. 519-544, Scharf,

relatores expresaron opiniones divergentes sobre la oportunidad de crear un órgano judicial de las características planteadas⁹¹. No obstante la Asamblea General estableció una Comisión sobre la Jurisdicción Penal Internacional, compuesta por representantes de diecisiete Estados, con el propósito de redactar una convención para tal efecto, concluyendo en 1951. El proyecto sostenía que la Corte Penal Internacional habría de crearse por medio de un tratado internacional, sin embargo las discusiones y comentarios escritos, particularmente aquellos de las principales potencias, indicaron claramente que el proyecto no tenía oportunidad de aceptación y era políticamente prematuro⁹². Debido a ello, la Asamblea General decidió crear una segunda comisión que modificó el Proyecto para hacerlo más aceptable a los Estados y en 1953 se produjo un texto revisado⁹³.

La cuestión es que, el Proyecto de Corte se pospuso (¿retrasó?) hasta que el Proyecto del Código de Delitos -que consistía en cinco artículos que listaban trece crímenes internacionales separados- se terminara el 1954; empero, este también fue postergó hasta que se pudiera definir el crimen de

Michael P., The Draft Statute for an International Criminal Court, en BASSIOUNI M., C., (editor), *International Criminal Law*, Dobbs Ferry, Nueva York, 1999, pp. 637-653.

⁹¹ Alfaro apostaba por la relación necesaria entre el proyecto de Código de Crímenes y el propio a la creación de un órgano judicial internacional de carácter penal, mientras que Sandstrum se encontraba convencido de lo contrario.

⁹² BASSIOUNI M., C., *The History of the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, *op cit.*, p.17.

⁹³ Respecto a la actividad de la CDI en materia de jurisdicción penal internacional durante el periodo comprendido entre 1949 y 1950, obsérvese: *Informe de la CDI sobre su primer período de sesiones*, Suplemento No. 10 (A/925), parágrafo 32 a 34, e *Informe de la CDI sobre su segundo período de sesiones*, Suplemento No. 12 (A/1316), parágrafo 128 a 145. El Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional (Proyecto de 1951) figuraba como anexo I al *Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional*, Documentos Oficiales de Asamblea General, séptimo período de sesiones, Suplemento No. 11 (a/2136). El Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional (Proyecto de 1953) figuraba como anexo I al *Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional*, noveno período de sesiones, Suplemento No. 12 (A/2645). Una síntesis del contenido del mismo puede verse en GIANARIS, W., The New World Order and The Need for an International Criminal Court, *Fordham International Law Journal*, 1992, Vol. 16, pp. 94-95.

agresión⁹⁴. En 1978, la Asamblea retomó el tema de Proyecto del Código en su agenda, motivada por los esfuerzos de un buen grupo de Estados y de asociaciones no gubernamentales, procediendo en 1981 a ordenar a la CDI la reanudación de su labor en la materia, si bien no se hacía ninguna mención del Proyecto de Corte Penal Internacional debido a que el período de la guerra fría hacía imposible cualquier propuesta sobre el tópico. En 1982, un nuevo relator (Thiam) de la Comisión produjo su primer reporte, que contenía varias generalidades respecto al Derecho internacional penal, la responsabilidad individual y estatal, así como observaciones sobre los eventuales contenidos de tal código. Sin embargo, el desarrollo del trabajo todavía fue bastante lento, puesto que el texto articulado no tomó forma hasta 1991⁹⁵; y las observaciones de los gobiernos y definitiva adopción por la CDI se extendieron hasta 1996⁹⁶.

No obstante la renuencia inicial a abordar la creación de un órgano jurisdiccional internacional con competencias en materia penal, en 1989, la Asamblea General solicitó a la CDI que, en el marco de su estudio sobre la tipificación de los crímenes internacionales, se ocupase de la cuestión de

⁹⁴ La razón de esta incoherente situación fue que la Asamblea General en 1950 había retirado el tema de "Agresión" del mandato de la CDI para elaborar el proyecto, y le había dado la tarea a un Comité Especial dependiente de ella, al cual se le cambió el mandato en 1952 y luego en 1954, tomándole 20 años llegar a una definición del tema, en 1974.

⁹⁵ En 1981, la Asamblea General encargó a la CDI que reanudara la labor de crear el Proyecto de Código teniendo en cuenta los avances logrados en el proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional, nombrando un año después relator especial a D. Thiam, quien durante el período 1981-1991 redactó nueve informes sobre esta materia. El proyecto de Código de Crímenes fue aprobado en primera lectura en 1991. *Vid.*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1991, Vol. 2, segunda parte.

⁹⁶ En su 48 período de sesiones de 1996, la Comisión examinó el informe del Comité de redacción y aprobó el texto definitivo de 20 proyectos de artículos que constituyen el Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. En la declaración formulada en el momento de la aprobación, la CDI reconoce que con el fin de llegar a un consenso ha limitado considerablemente el proyecto de Código para que éste pueda ser aprobado y obtenga el apoyo de los gobiernos, entendiendo que la inclusión de ciertos crímenes en el Código no modifican la calificación de otros crímenes en Derecho internacional, y que la aprobación del Código no prejuzga en modo alguno el ulterior desarrollo de esta área del derecho. Obsérvese al respecto: Informe de la Comisión de Derecho Internacional Sobre la Labor Realizada en su 48 Período de Sesiones, parágrafo 48.

establecer un tribunal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional que tuviera jurisdicción sobre las personas que presuntamente hubieran incurrido en conductas reprochables internacionalmente⁹⁷. La iniciativa de Trinidad y Tobago marcó la pauta en dirección a la constitución de un tribunal penal internacional, en cuyo origen se encuentran las dificultades para hacer frente al tráfico de estupefacientes, pues finalmente la competencia de la Corte quedó sesgada a ese respecto. En esta dirección, se desplegaron un buen número de esfuerzos para dotar de contenido a dicho órgano⁹⁸. Finalmente, se estableció un Grupo de Trabajo encargado de elaborar un Proyecto de Estatuto que serviría de base para la tarea de la Conferencia de Plenipotenciarios que se convocaría más tarde⁹⁹.

2.2. La conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

La misma convocatoria de la Conferencia de Plenipotenciarios no resultó una tarea fácil. Algunos países propiciaron el debate prematuro sobre las circunstancias y la fecha en que habría de celebrarse la misma: mientras un pequeño grupo de Estados apostaban por una conferencia en 1995, otros

⁹⁷ Al respecto consúltese la Resolución 44/39 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1989, párrafo 1 de la parte dispositiva.

⁹⁸ Un Comité de expertos preparó un proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional que tendría jurisdicción sobre todos los crímenes de Derecho internacional. En 1993, la Comisión de Derecho Internacional prepararía un estatuto sistemático y de mayor cobertura, mismo que con posterioridad fue enviado a la Asamblea General. La Comisión de Derecho Internacional durante su 46 período de sesiones, siguiendo el mandato de la Asamblea General, convocó a los Estados a que presentaran sus observaciones por escrito sobre el Proyecto de 1993, a fin de complementar y mejorar el mismo. Paralelamente a la realización del Proyecto de Estatuto, en el mundo se estaban presentando varios hechos que impulsaron abiertamente el apoyo de este último por parte de la Comunidad Internacional, a saber: a) la guerra Bosnia-Herzegovina, las claras violaciones a la Convención del Genocidio, las Convenciones de Ginebra y la creación de un tribunal *ad hoc* para la ex-Yugoslavia (1993), b) la Declaración y el Programa de Acción de Viena (junio de 1993), c) el conflicto de Ruanda conduce al Consejo de Seguridad a establecer un segundo tribunal *ad hoc*.

(el grupo mayoritario) argumentaban que el año de 1995 debía ser empleado para erigir una ulterior discusión preparatoria, seguida de una conferencia plenipotenciaria a realizarse en 1996. La Asamblea General estableció un Comité Especial¹⁰⁰, en el marco de su Sexta Comisión, con el mandato de revisar la realización del Proyecto de Estatuto tanto sustantiva como administrativamente y considerar, a la luz de esa revisión, los arreglos para convocar la conferencia diplomática¹⁰¹. A principios de 1995 el comité *ad hoc* celebra tres reuniones de dos semanas en la sede de la ONU y en diciembre de ese año la Asamblea General establece un Comité Preparatorio¹⁰² (Prep-com) encargado de la redacción de un texto que pudiera obtener la aceptación general necesaria para proceder a su examen en la futura conferencia de plenipotenciarios, en la que, a su vez se consideraría el proyecto elaborado a la luz de los comentarios de los Estados, de las organizaciones competentes y de sus propios grupos de trabajos, a fin de realizar un tratado internacional que refiriera el citado Estatuto.

El texto redactado por el Prep-com correspondía en su estructura básica con el Proyecto de la CDI de 1994, aunque con ciertas modificaciones que lo hacían más completo, debido a que contemplaba distintas opiniones emanadas de varios Estados, de los representantes de los tribunales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda, así como de diversas organizaciones no gubernamentales. De esta forma el Prep-com celebró seis sesiones de trabajo: en 1996, del 25 de marzo al 12 de abril y del 12 al 30 de agosto; en 1997, del 10 al 21 de febrero, del 4 al 15 de agosto y del 1 al 12 de diciembre; y en 1998, del 16 de marzo al 3 de abril¹⁰³, estableciendo sendos

⁹⁹ Véase al respecto la Resolución 48/31 de la Comisión de Derecho Internacional, de 9 de diciembre de 1993.

¹⁰⁰ *Vid.*, Resolución 49/53 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1994.

¹⁰¹ BOS, Adriaan, From the International Law Commission to the Rome Conference (1994-1998) en *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary, op cit.*, pp. 36-37.

¹⁰² *Vid.*, Resolución 50/46 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1995.

¹⁰³ Un excelente estudio sobre los trabajos del Comité Preparatorio se puede consultar en HALL, C. K., Currents Developments, *American Journal of International Law*, 1997, Vol. 91 y 92.

pilares de un Proyecto de Estatuto consolidado que permitiría su negociación posterior en Roma¹⁰⁴. A saber: la jurisdicción e independencia de la corte, su composición y administración, la definición de los crímenes, la inclusión del crimen de agresión, el principio de complementariedad, el papel del Consejo de Seguridad, la relación de la Corte con la ONU, el financiamiento de la institución, lo relativo a la amnistía y perdón, las cláusulas finales¹⁰⁵. Asimismo, este Comité elaboró el Proyecto de Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, el Proyecto de Reglamento Provisional de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional y el Proyecto de Organización de los Trabajos de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional¹⁰⁶.

La Asamblea General mediante su Resolución 52/160, de 15 de diciembre de 1997, aceptó el ofrecimiento del gobierno de Italia de acoger la celebración de la conferencia diplomática y decidió que la misma tendría lugar

¹⁰⁴ En 1998 diversas circunstancias impulsaron la finalización y posterior adopción del Proyecto de Estatuto: a) en enero, los jefes de los grupos de trabajo y coordinadores del Prep-com se reúnen en Zutphen, Países Bajos (por la convocatoria del presidente del Comité, Adriaan Bos) en la que se elaboró un texto final a partir de todos los textos que ya se habían elaborado o que se habían presentado. El informe Zutphen, consolida los diferentes proyectos de texto en dos años de reuniones, b) en febrero, en Dakar, Senegal, representantes de 25 gobiernos africanos se reúnen para discutir la creación de una CPI. Deciden adoptar entonces la declaración de Dakar llamando a una Corte Penal Internacional eficaz e independiente, c) en mayo, en una carta a la Secretaria de Estado, Madeline Albright, el Presidente del Comité de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos, Jesse Helms, declara que cualquier estatuto de la CPI estará "muerto al llegar" al Senado, a menos que el Estado Norteamericano tenga poder de veto sobre la corte. Esto provocó una sólida reacción en contra por parte de la comunidad de Estados proclives a la instauración de una Corte Penal Internacional. Véase al respecto <http://www.un.org/law/icc/statute/.status.htm>, (sitio consultado por última vez el 10 de febrero de 2003).

¹⁰⁵ Con relación a los tópicos estudiados por el Comité Preparatorio para la creación de un Proyecto de Estatuto sobre la Corte Penal Internacional puede verse un excelente resumen en BOS, Adriaan, *From the International Law Commission to the Rome Conference (1994-1998)*, *op cit.*, pp. 46-65.

¹⁰⁶ Doc. A/CONF.183/2, de 14 de abril de 1998.

en Roma, del 15 de julio al 17 julio de 1998. La conferencia y específicamente las negociaciones del Estatuto se concentrarían en el edificio de la FAO en Roma¹⁰⁷. participando en la misma 160 Estados y 135 ONG´s, que en su rol de observadores jugaron un papel muy destacado ante las diferentes delegaciones diplomáticas.

Las negociaciones del Estatuto serían sumamente complejas debido a las posturas divergentes de varios Estados, así como al hecho de que el texto "consolidado" presentado en la conferencia, en palabras del embajador de España Yáñez Bernuevo, contenía 1700 pasajes controvertidos, encerrados entre corchetes o conteniendo distintas alternativas, opciones o variantes, que versaban sobre aspectos tanto cruciales como de detalle del proyecto de estatuto¹⁰⁸. Otro elemento a destacar vendría dado por la propia estructura del Estatuto, ya que éste equivale en términos de Derecho interno a la suma de varios códigos y leyes de gran importancia en el marco jurídico de cualquier país (una ley orgánica judicial, un código penal adjetivo y otro sustantivo, una ley de extradición, y una ley penitenciaria, entre otros), que al ser plasmados en el instrumento internacional presentaron la compleja labor de combinar el Derecho internacional con el derecho interno. Y si a esto se suman las diferencias existentes entre los diversos sistemas jurídicos del globo, se puede apreciar el esfuerzo consensualista cuyo resultado es el Estatuto de Roma, claramente diferenciado de los órganos jurisdiccionales internacionales de carácter penal que le han precedido en el tiempo, frecuentemente derivados de un *ius victoriae*.

¹⁰⁷ En palabras de Kirsch y Robinson: "...tanto diplomáticos como ministros, expertos en derecho, observadores, abogados, el *staff* de Naciones Unidas, y medios de comunicación se podían ver amontonados en los pasillos y salones de conferencia de la FAO, la atmósfera era al mismo tiempo excitante y aprensiva..." KIRSCH, Philippe and ROBINSON, Darryl, Reaching Agreement at the Rome Conference, en *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, *op cit.*, p. 67.

¹⁰⁸ YÁÑEZ BERNUEVO, Juan A., El Estatuto de Roma como Tratado y la Corte Penal Internacional como Institución, en *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, *op cit*, p. 145.

La diversificación de posturas estatales en la conferencia de Roma propició que las distintas delegaciones plenipotenciarias se asociaran en grupos, tanto regionales como de intereses¹⁰⁹. Sin embargo el 17 de junio, un total de 120 Estados miembros de la ONU votan abrumadoramente a favor del estatuto de Roma que establece una Corte Penal Internacional de carácter permanente y universal, con solamente 7 votos en contra y registrándose 21 abstenciones (entre los que se encuentra México). De los siete Estados que votaron en contra sólo se conoce con seguridad –puesto que la votación fue secreta- que tanto Estados Unidos como China e Israel inclinaron su fallo en ese sentido, sin embargo parece existir pocas dudas de que Libia, Irak y la

¹⁰⁹ Podemos hablar entonces de tres tipos de posiciones de parte de las delegaciones gubernamentales durante el desarrollo de la conferencia. Por una parte se encontraba el denominado "Like-Minded o Grupo Afín" conformado por más de sesenta países, liderados por Canadá y otros países miembros de la Unión Europea, cuya posición coincidía en la creación de una Corte Penal Internacional independiente del Consejo de Seguridad, que contara con un Fiscal que pueda iniciar investigaciones *motu proprio*, y que tuviera "jurisdicción automática" (la cual implica que la ratificación del Estatuto de la CPI por parte de un Estado conlleva la aceptación automática de la competencia de la Corte) sobre los delitos de su competencia. Dentro de los países latinoamericanos pertenecientes a este grupo, se pueden citar Chile, Argentina y Costa Rica los cuales mantuvieron una actitud protagónica en las discusiones del Estatuto, no obstante no jugaron un rol de liderazgo dentro de la región.

Una segunda posición, netamente obstruccionista, se encontraban los países árabes e India quienes mantuvieron una estrategia sostenida de dilatar las discusiones con el fin de frenar los avances en la discusión del Estatuto. La posibilidad de que se cree una CPI fue vista como un riesgo a la soberanía de los Estados y un nuevo mecanismo de control por parte del Consejo de Seguridad.

Finalmente en la tercera posición se encontraban encabezada por Estados Unidos y China, seguidos de Israel e Irak, entre otros, quienes veían con recelo la creación de una CPI independiente y eficaz. Éstos pugnaron por mantenerla bajo su control, y de no ser posible apostaron a que no fuera creada. Las delegaciones Norteamericana y China coincidían en su afán de mantener el control, fortaleciendo el papel del Consejo de Seguridad como activador de la Corte y sobredimensionando los "peligros" de un Fiscal que pueda iniciar una investigación por su propia iniciativa. Otro elemento que fue insistentemente defendido fue la necesidad de que la Corte pueda conocer un caso siempre y cuando cuente con el consentimiento del Estado de la nacionalidad del acusado. Obviamente Estados Unidos mostraba el temor de que sus soldados, que se encuentran en diversas latitudes del planeta, puedan ser juzgados sin la venia de su gobierno. Sobre la postura de las diferentes delegaciones estatales en la conferencia diplomática de Roma véase: LAWYERS COMMITTEE OF HUMAN RIGHTS, *International Criminal Court Briefing*, Volumen 2, No. 1, 1998; YAÑEZ BERNUEVO, Juan A., *El papel de Estados Afines en la elaboración y el desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Seminario sobre Justicia Penal Internacional, Universidad Iberoamericana, México, 2000.

India también votaron en contra del Estatuto de Roma¹¹⁰. Más dudas existen sobre los eventuales votos en contra de Qatar, Yemen, Argelia y Rusia¹¹¹.

Además, la resolución "F" de la Conferencia decidió establecer la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, que elaboró las reglas de procedimiento y prueba, así como los elementos de los crímenes, un acuerdo de relación entre la CPI y la ONU, el acuerdo de sede con los Países Bajos, el reglamento financiero, el acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la CPI, el reglamento de la Asamblea de los Estados Parte¹¹², y deberá proponer una definición del crimen de agresión en la Conferencia de Revisión del Estatuto, que deberá ser convocada por el Secretario General de Naciones Unidas, después del 17 de julio de 2005¹¹³.

¹¹⁰ Un sobresaliente estudio sobre lo acontecido en la conferencia diplomática de Roma se puede encontrar en JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Hacia una jurisdicción internacional obligatoria en el siglo XXI. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998*, *Studia Carande, Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 1993, pp. 103-106, CARRILLO SALCEDO, J., *La Cour Pénale Internationale: L'Humanité Trouve une Place dans le Droit International*, *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, No. 1 pp. 23-24, CASSESE, Antonio, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10, No. 1, pp. 144-145, CONDORELLI, L., *La Cour Pénale Internationale: un Pas de Géant (pourvu qu'il soit accompli)*, *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, Vol. 103, No. 1, pp. 7-8. YÁÑEZ BARNUEVO, Juan, *La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte General Internacional: Balance y Perspectivas*, ponencia presentada en las *Jornadas Sobre Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, organizada por la Escuela Diplomática y la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Mimeo, Madrid, 20 de marzo de 1999, BASSIOUNI M., C., *Negotiating the Treaty of Rome on the establishment of an International Criminal Court*, *Cornell International Law Journal*, 1999, Vol. 32, p. 443-469.

¹¹¹ CHARNEY, J., *Progress in International Criminal Law?*, *American Journal of International Law*, 1999, pp. 452-454 en ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El Establecimiento Convencional de la Corte Penal Internacional: Grandeza y Servidumbres*, en *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, *op cit*, p. 191.

¹¹² *Vid.*, Doc. A/CONF.183/10, de 17 de julio de 1998, pp. 8-9, y Res. AG 56/85, de 12 de diciembre de 2001.

¹¹³ *Vid.*, artículo 123 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, *op cit*.

2.3. El Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998.

El Estatuto de Roma es un tratado internacional multilateral, en el que se contemplan normas de conducta generales y abstractas en pro de poner fin a la inmunidad de los autores de los más graves crímenes del Derecho internacional y contribuir a la justicia internacional; colaborando de esta forma a garantizar la paz y la seguridad internacional en el globo.

El Estatuto consta de 128 artículos, referentes todos a lograr los objetivos antes mencionados. Las diferentes disposiciones, según LIROLA DELGADO Y MARTÍN MARTÍNEZ se pueden clasificar en cuatro ámbitos diferentes:

1. *Aspectos institucionales y orgánicos*, que son los referidos a la naturaleza jurídica, estructura y composición de la Corte Internacional Penal. Estos aspectos se contemplan en la parte I denominado: "Del establecimiento de la corte" que abarca del artículo 1 al 4, la parte IV denominada: "De la composición y administración de la corte" que abarca de los artículos 34 al 52, la parte XI denominada: "De la Asamblea de los Estados Parte" que contempla el artículo 112, y la parte XII con rubro: "De la financiación" establecida del artículo 113 al 118.

2. *Aspectos sustantivos penales*, que comprenden los relativos a la competencia de la corte, los cuales se contemplan en: la parte II intitulada: "De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable" que abrazan los artículos 5 al 21, y la parte III denominada: "De los principios generales del derecho penal" ubicada del artículo 22 al 32.

3. *Aspectos procesales penales*, que además de las disposiciones de la parte II, están desarrollados principalmente en la parte V denominada: De la investigación y el enjuiciamiento, artículos 53 a 61, la parte VI "Del juicio", contemplada en los artículos 62 al 80, la parte VIII "De la apelación y la revisión" artículos 81 a 85, y la parte X con rubro: "De la ejecución de la pena" señalada por los artículos 103 al 111.

4. *Aspectos relativos a la relación entre la Corte Penal Internacional y los Estados*, a los que alude de forma principal, aunque no exclusivamente, la parte IX denominada: "De la cooperación internacional y la asistencia judicial" que regulan los artículos 86 a 102¹¹⁴.

La valiosa aportación jurídica del Estatuto quedaba sin embargo incompleta, a pesar de la abrumadora mayoría que consintió su adopción. Y es que todo hacía pensar que los esfuerzos para su definitiva entrada en vigor durarían todavía algún tiempo, especialmente si se tienen en cuenta las iniciativas realizadas para que dicha vigencia no se produjera. No obstante, como preveía su artículo 126, el 11 de abril de 2002 se reunieron las 60 ratificaciones necesarias para ello, produciéndose esa entrada en vigor el 1 de julio de 2002.¹¹⁵

¹¹⁴ LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 52.

¹¹⁵ Hasta el 4 de marzo de 2004, 139 Estados han firmado el Estatuto de Roma y 92 la han ratificado. Los países que han ratificado el Estatuto son: Afganistán (10/02/2003), Albania (31/01/2003), Alemania (11/12/2000), Andorra (30/06/2001), Antigua y Barbuda (18/06/2001), Argentina (8/02/2001), Australia (1/07/2002), Austria (28/12/2000), Barbados (10/12/2002), Bélgica (28/06/2000), Belice (5/04/2000), Benín (22/01/2002), Bolivia (27/06/2002), Bosnia y Herzegovina (11/04/2002), Botswana (8/09/2000), Brasil (20/06/2002), Bulgaria (11/04/2002), Camboya (11/04/2002), Canadá (7/07/2000), La República Centroafricana (3/10/2001), Colombia (5/08/2002), Costa Rica (7/06/2001), Croacia (21/05/2001), Chipre (7/03/2002), República Democrática del Congo (11/04/2002), Dinamarca (21/06/2001), Djibouti (5/11/2001), Dominica (12/02/2001), Ecuador (5/02/2002), Eslovaquia (11/04/2002), Eslovenia (31/12/2001), Estonia (30/01/2002), España (24/10/2000), Fiji (29/11/1999), Finlandia (29/12/2000), Francia (9/junio/2000), Gabón (20/09/2000), Gambia (28/06/2002), Georgia (5/09/2003), Ghana (20/12/1999), Grecia (15/05/2002), Guinea (14/07/2003), Honduras (1/07/2002), Hungría (30/11/2001), Islandia (25/05/2000), Irlanda (11/04/2002), Italia (26/07/1999), Jordania

3. La refracción terminológica del articulado del Estatuto de Roma: Una desconfiguración de su espíritu y esencia.

3.1. Importantes cuestionamientos al Estatuto la Corte Penal Internacional.

A pesar de la labor desplegada para obtener un amplio consenso, se perciben en el horizonte algunos escollos a la tarea de la Corte Penal Internacional. Estos son de muy diferente índole, desde la afirmación de la jurisdicción universal por parte de algunos Estados, que puede repercutir en el desempeño de la jurisdicción de la CPI, hasta la postura de Estados, como China y Estados Unidos, empeñados en mantenerse al margen de un Derecho internacional que es percibido como un límite a sus aspiraciones de poder¹¹⁶.

(11/04/20002), Letonia (28/06/2002), Lesotho (6 09/2000), Liechtenstein (2/10/2001), Lituania (12/05/2003), Luxemburgo (8/09/2000), La República Anterior Yugoslava de Macedonia (6/03/2002), Malawi (19/09/2002), Malí (16/08/2000), Malta (29/11/2002), Mariscal Islandia (7/12/2000), Mauricio (5/03/2002), Mongolia (11/04/2002), Namibia (25/06/2002), Nauru (12/11/2001), Nueva Zelanda (7/09/2000), Niger (11/04/2002), Nigeria (27/09/2001), Noruega (16/02/2000), Países Bajos (17/07/2001), Panamá (21/03/2002), Paraguay (14/05/2001), Perú (10/11/2001), Polonia (12/11/2001), Portugal (5/03/2002), República de Corea (13/11/2002), Rumania (11/04/2002), San Vicente e Islas Granadinas (3/12/2002), San Mario (13/05/1999), Senegal (2/02/1999), Samao (16/09/2002), Serbia y Montenegro (6/09/2001), Sierra Leona (15/09/2000), Sudáfrica (27/11/2000), Suecia (28/06/2001), Suiza (12/10/2001), Tayikistán (5/05/2000), Tanzania (20/08/2002), Timor Oriental (6/09/2002), Trinidad y Tobago (6/04/1999) Uganda (14/06/2002), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (4/10/2001), Uruguay (28/06/2002), Venezuela (17/06/2000), Zambia (13/11/2002).

¹¹⁶ Tal es el caso de la recién invasión del ejercito estadounidense al territorio de Irak, pasando por alto cualquier decisión que pudiera tomar el Consejo de Seguridad sobre el asunto.

3.2. Jurisdicción universal *versus* Corte Penal Internacional.

Sin lugar a duda, una de las mayores contribuciones que presenta la CPI al desarrollo del Derecho internacional penal o penal internacional, es el aliento que otorga a los diferentes Estados a legislar, dentro de sus respectivos sistemas jurídicos nacionales, en lo referente a la tipificación, punición y establecimiento de jurisdicción de los *delicta iuris gentium*, gracias al carácter complementario de la Corte respecto de las jurisdicciones penales nacionales, ya que la CPI funciona en atención a uno de sus principios rectores: “el principio de complementariedad”, mismo que descansa sobre el pilar del *ius cogens*¹¹⁷ a través de la obligación *aut dedere aut iudicare*¹¹⁸.

Este principio de complementariedad hace que el Estatuto de Roma reconozca preferencia o prioridad a las jurisdicciones penales nacionales, que deberán contar con mecanismos capaces de punir las conductas criminales que conculcan el derecho de gentes, es decir, sólo en una forma subsidiaria la CPI ejercerá su jurisdicción¹¹⁹. No obstante, no se puede hablar de una primacía de los Tribunales nacionales, ya que en palabras del doctor ALCAIDE “...la CPI goza en principio de una cierta posición preeminente o facultad de tutela y supervisión sobre las jurisdicciones penales, en particular porque el

¹¹⁷ Una aproximación más cercana al tema del *ius cogens* se puede obtener en RAGAZZI, M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, *op cit.*, pp.200-203.

¹¹⁸ Así, para BASSIOUNI: “...El amplio uso de la fórmula “perseguir o extraditar”, sea establecida expresamente, explícitamente afirmada en un deber de extraditar, o implícita en el deber de perseguir o criminalizar, y el número de signatarios de estas numerosas convenciones, atestiguan la existencia de un principio general de *ius cogens*...” BASSIOUNI M., C., *International Extradition: United States Law and Practice*, Oceana Publications, Nueva York, 1987, p. 22., de igual forma consúltese para una mejor comprensión del principio *aut dedere aut iudicare*: BASSIOUNI M., C., y WISE, E.M., *Aut Dedere, Aut Iudicare. The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.

¹¹⁹ La CPI sólo accionará su mecanismo jurisdiccional cuando un Estado no pueda (a falta de legislación nacional idónea), o no desee juzgar a presuntos criminales (cuando contando con la normatividad nacional suficiente para juzgar a un criminal del derecho de gentes, no se realice su enjuiciamiento), o bien, cuando un Estado no juzgue en forma adecuada a un criminal (cuando las actuaciones nacionales fuesen simples acciones simuladas encaminadas a proteger la

*Estatuto le reconoce competencia sobre su competencia. De este modo, las jurisdicciones penales nacionales tienen una preferencia tutelada...*¹²⁰

De esta forma la obligación *aut dedere aut iudicare* inmersa en el Estatuto de la CPI bajo el principio de complementariedad suplementa las normativas punitivas nacionales de los diferentes Estados a fin de castigar los crímenes más atroces. Es así, como el principio de complementariedad impone a los Estados la obligación de juzgar o “entregar” a los presuntos criminales del *ius gentium* a la Corte Penal Internacional para que ésta los juzgue.

No obstante lo anterior, algunas conductas pueden quedar fuera del ámbito de competencia de la CPI, como aquellos que fueron cometidos antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, en el periodo de la reserva de los 7 años que prevé el artículo 124 de dicho instrumento o fuera del territorio de los Estados parte por individuos que no tienen la nacionalidad de ninguno de ellos, siempre y cuando el Consejo de Seguridad no actúe. Tratando de evitar la impunidad de los responsables de conductas claramente reprochables algunos Estados han hecho uso del principio de jurisdicción universal¹²¹, pero este loable intento puede esconder una forma de subvertir

impunidad, realizando un “teatro jurídico”). *Vid.*, Artículo 17 del Estatuto de Roma de 17 de Julio de 1998, *op cit.*

¹²⁰ ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, La Complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales: ¿Tiempos de «Ingeniería Jurisdiccional», en La Corte Penal Internacional: La Criminalización de la Barbarie, *op cit*, pp. 416-417.

¹²¹ Actualmente países con sistemas jurídicos desarrollados han implementado a sus respectivos *ius puniendis* la “jurisdicción universal”, pudiendo juzgar, en teoría, a cualquier criminal sin limitante alguna. Este es el caso de España (Caso Pinochet), Bélgica (Caso Yerodia Ndombasi) y Alemania, donde este último Estado ha abrazado la justicia universal tras una modificación a su código penal. *Vid.* UNDESRAT, *Gesetzentwurf der Bundesregierung* (Druckasche 29/02), 18.01.2002, *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, pp. 1-89.

Acerca del tópico de “Justicia Universal”, puede consultarse un completo y excelso estudio al respecto en SÁNCHEZ LEJIDO, Ángel, La Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional, En Prensa; y en BENAVIDES, A., The Universal Jurisdiction Principle, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2001, pp. 20 y ss., HENZELIN, M., *Le Principe de l'universalité en Droit Pénal International. Droit et Obligation pour les Etats de Poursuivre et*

la propia competencia de la CPI en casos que no se sitúen en las coordenadas anteriores. Dicho peligro deriva de la propuesta que presentó la delegación norteamericana al momento de negociar la estructura del Estatuto de Roma y se encuentra en la llamada "doble llave de la competencia del tribunal"¹²². De esta forma un Estado deseoso de cortocircuitar el funcionamiento de la CPI (Estados Unidos), puede emplear el principio de complementariedad en contra del Tribunal, invocando simplemente que está investigando o juzgando los hechos violatorios del derecho de gentes, cuestión que acabaría por derrumbar la eficacia de la CPI¹²³.

Juger selon le Principe de l'universalité, op cit., COWLES, W.B., Universality of Jurisdiction over War Crimes, *California Law Review*, 1945, Vol. 33, pp. 177 y ss.; GARCÍA ARÁN, M. Y LÓPEZ GARRIDO, D., (coords.) *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; FLAUSS, J. F., Droit des Immunités et Protection Internationale Des Droit de L'homme, *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, 2000, No. 304, pp. 35 y ss., RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, *op cit.*, pp. 170-178.

¹²² La doble llave de la competencia del Tribunal manifiesta la existencia de dos vías a través de las cuales cabe suscitar la inadmisibilidad de un asunto con base al principio de complementariedad. La primera vía contempla un procedimiento de impugnación de la admisibilidad, una vez que la Corte, a través de la Sala de Cuestiones Preliminares, ha autorizado la investigación y antes como regla general del inicio de juicio (artículo 19 del Estatuto), la segunda vía consiste en las llamadas "decisiones preliminares relativas a la admisibilidad" en virtud de la cual se obliga al Fiscal a notificar su intención de proceder a una investigación no sólo a todos los Estados Parte, sino también a aquellos otros que ejercieran normalmente la jurisdicción (aquellos Estados que en su legislación prevean Jurisdicción Universal, aquellos que han celebrado acuerdos de extradición, o aquellos que basados en principios de territorialidad y/o nacionalidad pudieran conocer del asunto), a fin de que cualquiera de ellos pueda reclamar la inhibición de la Corte por estar llevando a cabo, o haberlo hecho ya, una investigación de los hechos presuntamente criminales (artículo 18 del Estatuto). Véase de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, *op cit.*

¹²³ En esta hipótesis los Estados cuentan con cuatro distintas posibilidades de cortocircuitar la eficacia de la Corte, las cuales pueden observarse en los siguientes artículos del Estatuto de Roma: 18.2 (solicitud de inhibición en fase de decisiones preliminares), 18.4 (apelación contra una eventual decisión denegatoria de la inhibición en fase de decisiones preliminares), 19.2 (impugnación de la admisibilidad) y 19.6 (apelación contra una eventual decisión de admisibilidad). Respecto a esta última posibilidad, aunque literalmente el derecho de apelación sólo corresponde a las partes (véase el art. 82, al que se remite el 19.6) y, por tanto, no al Estado que hubiera impugnado la admisibilidad, todo parece indicar que se trata de un simple error. SÁNCHEZ LEJIDO, Ángel, *La Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional, op cit.*, pp. 163.

Lo anterior pudiera ser superado, si la Corte actuando en ejercicio de su "competencia para decidir sobre su propia competencia"¹²⁴ limita al Estado del lugar, al de la nacionalidad y al de detención o custodia del posible responsable, el alcance del derecho de enjuiciamiento preferente que deriva del principio de complementariedad; de esta forma la Corte podría especificar si existe un Estado que cuente con una jurisdicción preferente para conocer de un caso en concreto, eligiendo aquel que cuenten con el elemento de cercanía o conexión con el crimen a fin de que se desarrolle en mejor medida su observancia (*forum conveniens*)¹²⁵ y de existir éste la Corte podría inhibir su jurisdicción, para obtener mediante esta fórmula una aplicación del principio de complementariedad a la luz del espíritu del Estatuto de Roma.

En adición a lo antes vertido, resulta singular el criterio sostenido por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

¹²⁴ La facultad de la Corte de admitir con carácter obligatorio las diferencias que puedan surgir en cuanto a su competencia, incluyendo las cuestiones relativas a la admisibilidad, no sólo está expresamente reconocida en el propio Estatuto de Roma (artículos 4, 6, 17.1, 18.2 y 19.1), sino que puede ser considerado como un atributo inherente a todos los órganos judiciales internacionales. Al respecto véase el caso *Nottembohn* de la Corte Internacional de Justicia, de 18 de noviembre de 1953, CIJ 1953, pp. 119-120.

¹²⁵ Los Estados a considerar serán necesariamente aquéllos que estén más directamente conectados con el crimen (*forum conveniens*), parece que lo más lógico es abordar por una interpretación de carácter teleológico de las disposiciones del Estatuto relativas a la complementariedad a fin de asegurar el objetivo final que pretende el establecimiento de una CPI: asegurar la lucha contra la impunidad. LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M., *op cit.*, pp. 162-164. En un sentido similar la profesora LATTANZI se plantea si: ¿debe determinar la Corte la inadmisibilidad de una causa porque cualquier jurisdicción nacional sobre la base de cualquier título de jurisdicción, incluido el principio de la jurisdicción universal, esté investigando o enjuiciando el asunto, o sólo si lo hacen las jurisdicciones nacionales más directamente conectadas con el crimen («forum conveniens»), que son las que pueden efectivamente reunir las pruebas y testimonios y/o dar cumplimiento a una eventual condena del responsable? Si aceptamos la primera interpretación, el principio de complementariedad podría permitir que el acusado no fuera sometido a la justicia con la eficacia necesaria, en particular si el Estado en cuestión no puede detener al sospechoso y/o el crimen no se cometió sobre su territorio y no tiene relaciones de asistencia judicial con el Estado territorial o de detención, mientras que la Corte sí podría tenerlas. Por eso, concluye LATTANZI, la complementariedad debería tenerse en cuenta únicamente respecto de ciertas jurisdicciones nacionales y teniendo en cuenta también las relaciones que la Corte tenga con los Estados más estrictamente relacionados con el crimen. LATTANZI, F., *Competence de la Cour Pénale internationale et Consentement des États*, *Revue Générale de Droit Internationale Public*, 1999, No. 103, pp. 425-444 en

en el asunto Tadic. Caso en el cual, al Tribunal le fue planteado –como uno de los argumentos principales por parte de los promoventes del recurso- su incompetencia sobre la base del derecho “a un juez natural”, debiéndose cuestionar el mismo ¿sí no puede existir un juicio justo sin el juez natural?, a lo que resolvió: “...*El Tribunal internacional garantiza suficientemente los derechos del acusado, e incluso mejor que las jurisdicciones penales nacionales*¹²⁶...” Así las cosas, la CPI podría hacer suyo o compartir este criterio con la finalidad de resolver la admisibilidad de una causa, cuando se presentare paralelamente a su competencia la jurisdicción universal por parte de un Estado que no fuera el del *forum conveniens*, a fin de descartar la jurisdicción de éste sobre el caso; medida que evitaría la mala aplicación del principio de complementariedad, solucionando totalmente el problema que deriva de la justicia universal.

Muy probablemente esta sea la forma de interpretar el alcance de los artículos 18 y 19 del Estatuto de acuerdo al objeto y fin de este instrumento, permitiendo la coexistencia armónica de las estructuras jurídicas de la jurisdicción universal y el principio de complementariedad de la CPI, bajo el objetivo último de gestar un eficaz Derecho internacional penal o penal internacional que acabe con la impunidad.

3.3. El *forum shopping*.

La concurrencia de jurisdicciones que se puede presentar, ya sea en el plano nacional (entre 2 o más tribunales de un mismo Estado), en el plano nacional-internacional (entre un tribunal de un Estado y tribunal(es)

ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, *La Complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales: ¿Tiempos de «Ingeniería Jurisdiccional»?*, op cit., pp. 430.

¹²⁶ Decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY, relativa a la objeción preliminar sobre la competencia, de 2 de octubre de 1995, caso D. Tadic, párrafo 62.

extranjero(s) y/o un tribunal internacional), o en el plano netamente internacional (entre 2 o más tribunales internacionales), puede dar lugar al fenómeno conocido como *forum shopping*.

La existencia de varias jurisdicciones simultaneas para incoar responsabilidad penal subjetiva internacional deviene del hecho de que el Derecho internacional público contemporáneo reconoce y concede la posibilidad a cualquier Estado de punir y reprimir los crímenes de Derecho internacional, en atención a cuatro principios clásicos que han regido la materia, a saber: a) principio de territorialidad, b) principio de nacionalidad activa, c) principio de personalidad pasiva, d) principio de protección de intereses de Estado. Ahora bien, como recurso contra la impunidad y en aras de proteger aquellos valores que conjuntamente la Comunidad Internacional ha catalogado de indispensables para su adecuada convivencia (*ius cogens*)¹²⁷ los Estados han creado un quinto principio en este tenor: la jurisdicción universal¹²⁸, misma que complica en mayor medida y puede hacer frecuente el problema de la concurrencia de jurisdicciones.

¹²⁷ Al respecto DÍEZ SÁNCHEZ manifiesta que: "...Las infracciones protegidas por este principio se caracterizan por ser aquellos delitos en los cuales prima el reconocimiento de la idea de la comunidad de intereses, que proclama la garantía de bien jurídico en cuya salvaguarda penal está directamente interesada en cuanto tal la propia comunidad internacional..." DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., *El Derecho Penal Internacional (Ámbito Espacial de Ley Penal)*, Colex, Madrid, 1990, p.174. Véase de igual forma RAGAZZI, Maurizio, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon Press Oxford, Gran Bretaña, 1997, pp. 43-72 y 189-203. BERNARDINI, A., Qualche Riflessione su Norme Internazionali de *ius Cogens* e Giurisdizione della Corte nella Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, *Comunicazioni e Studi*, 1975, No. 14, pp. 81-100, CASADO RAIGON, R., Las Obligaciones "Erga Omnes" en el Derecho Internacional Contemporáneo, *La Ley*, 1985, No. 1120, pp. 1-4, ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, *Las Actividades Terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, España, 2000, pp. 342-343, PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Octava Edición, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 41-45. PELLET, Alain, Applicable Law, en *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 2, *op cit.*, p. 1082.

¹²⁸ Un prominente estudio sobre el tópico de "Jurisdicción Universal" se puede observar en SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *op cit.*

De esta forma se plantea que foros de distintos Estados encuentren legitimación para conocer de uno o varios de estos casos en similitud temporal, presentándose una concurrencia de jurisdicciones punitivas conveniente a todas luces a los perpetradores de los más graves crímenes (como los de *lesa humanidad*, genocidio, crímenes contra el Derecho internacional humanitario y agresión), ya que ante ellos se presenta un abanico de posibles tribunales con legítima jurisdicción para enjuiciarlos, pudiendo elegir al que más favorable resulte a sus intereses. De esta forma, una persona susceptible de ser enjuiciada por comportamientos cuestionables internacionalmente puede presentarse *motu proprio* al foro de su elección (a excepción de la CPI, pues el acusado no está legitimado para activar la competencia de la Corte [art. 13 del Estatuto de Roma]). A la vista de la disparidad de criterios de las jurisdicciones concurrentes, esa elección puede estar condicionada por elementos como un poder judicial endeble y manipulable, penalidades bajas, legislaciones ineficaces (a fin de montar un “teatro judicial”), o bien simplemente mayores beneficios penitenciarios¹²⁹.

Así, por lo que corresponde a la Corte Penal Internacional el profesor RODRÍGUEZ CARRIÓN entiende que el *forum shopping* no es una cuestión o problemática surgida a raíz del Estatuto de Roma, pues la misma se ha

¹²⁹ Al respecto DELMAS MARTY manifiesta que: “...una posición pura internacional sobre la jurisdicción de los Estados en la cual predomina la jurisdicción universal y la existencia de normas internacionales, tal como la de Bélgica y Alemania una vez que de este último sea aprobado su Código sobre crímenes internacionales (*Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*)... padece de diferentes problemas: entre otros, rompe con la equidad existen entre Estados favoreciendo a una especie de “*Forum Shopping*” en la que las víctimas eligen depositar sus denuncias en países que han adoptado jurisdicción universal y normas internacionales. El diluvio concurrente de denuncias por parte de los civiles ha respondido a la instauración de este tipo de procedimientos criminales en Bélgica, donde se está empezando a mostrar los efectos perversos del crecimiento gigantesco de las mismas, o la llana incompatibilidad de estas con conceptos jurídicos nacionales. El peligro de dejar que cada Estado sea el dirigente de su propio juego está incrementando la desigualdad entre Estados dándose el caso de que algunos imponen leyes a otros (por ejemplo la negativa de impunidad) de las cuales se excluyen ellos mismos...” (La traducción es propia). *Vid.*, DELMAS MARTY, Mireille, The ICC and The Interaction of International and National Legal Systems, en *The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary, op cit.*, pp. 1921-1923.

presentado con antelación entre distintos foros nacionales e internacionales preexistentes a éste¹³⁰. Sin embargo, el principio de complementariedad puede muy posiblemente agravar tal controversia jurisdiccional.

En este orden de ideas, tenemos que un criminal puede hacer llegar al Fiscal del órgano internacional en comento (ya que este último cuenta con legitimación para promover el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional [art.13, inciso a) y c) del Estatuto de Roma]) información para autoinculparse, y bajo esta hipótesis, al accionarse la competencia de la Corte se complicaría aún más el problema del *forum shopping* como consecuencia lógica del aumento en el número de posibles foros con capacidad de incoar responsabilidad penal internacional en el caso en concreto.

Pero, ¿por qué un criminal desearía someterse a la jurisdicción la CPI? ¿No es algo ilógico? Dentro del *forum shopping* encontramos factores que representan provecho a los criminales del derecho de gentes, existiendo a su vez otros que juegan un papel en oposición de ellos; como podría ser el supuesto de que un foro determinado, donde se contemple la pena capital o la cadena perpetua (Estados Unidos), quisiera juzgar a uno de estos criminales por la comisión de sus crímenes. O bien, puede llegarse a imaginar la hipótesis de la venganza, donde un Estado cualquiera, a través de sus tribunales sólo busca respecto de un presunto criminal ese fin, olvidando los principios del debido proceso que deben imperar en el actuar de todo foro, alejándose de toda justicia (situación que ha caracterizado a algunos de los juicios post conflictos étnicos nacionales y a otros de índole supranacional). De igual forma, al no quedar otra opción que el de ser adecuadamente juzgado por actos conculcadores de la norma internacional, un criminal -en

¹³⁰ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Antonio J., *Aspectos Procesales más Relevantes Presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: Condiciones para el Ejercicio de la Jurisdicción, Relación con las Jurisdicciones Nacionales*, Escuela Diplomática de Madrid, Madrid, 1999, pp. 1-18.

nuestro entender- optaría muy posiblemente por un foro que le garantizare plenamente sus derechos (la CPI) y que le proporcionare una estancia penitenciaria digna (seguramente no será lo mismo purgar una condena en las prisiones de países desarrollados que cooperen con la Corte en este sentido, que en una de África o Sudamérica, verbigracia).

Consecuentemente, el *forum shopping* se presenta como un complejo acontecer que deberá solucionar o evitar la Corte Penal Internacional en la medida en que la misma desarrolle su normatividad con su obrar, tal parece que la piedra angular para ello tendrá que corresponder a una adecuada interpretación del principio de complementariedad tras la que se acote la posibilidad de concurrencias simultáneas de jurisdicciones diversas mediante la priorización de las mismas. Así lo deja entrever el Estatuto de Roma al establecer las normas de conformidad con las cuales se debe conjugar el ejercicio de la jurisdicción, bien por los tribunales nacionales bien por la CPI¹³¹.

3.4. La falta de independencia de la Corte Penal Internacional respecto del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Una vez satisfechos los numerosos debates sobre la creación de una jurisdicción penal internacional en el seno de la Asamblea General a raíz de su Resolución 44/39, de 4 de diciembre de 1989, y después de que el Comité Preparatorio aprobó el texto del proyecto de Estatuto acordado en la

¹³¹ ALCAIDE al respecto a llegado a sostener que: "...los Estados no han podido aprovechar la oportunidad, no han adoptado las normas que rijan la prioridad de unas jurisdicciones penales nacionales sobre otras para investigar o enjuiciar un asunto...", lo que arroja que sea la CPI quien resuelva el problema del *forum shopping* con su futuro actuar. ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, La Complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales: ¿Tiempos de «Ingeniería Jurisdiccional» en La Corte Penal Internacional: La Criminalización de la Barbarie, *op cit.*, pp. 422-423.

Conferencia de Roma, se suscitó la polémica sobre la forma en que se debía vincular a la futura Corte con la Organización de Naciones Unidas. Distintas opciones fueron aportadas al respecto, destacándose de entre ellas 4: a) mediante una Resolución de la Asamblea General, b) mediante una Resolución del Consejo de Seguridad, c) mediante una enmienda a la Carta de San Francisco y, d) mediante un tratado internacional¹³². Mientras las dos primeras alternativas apostaban por convertir a la Corte en un órgano subsidiario de la Asamblea o del Consejo, respectivamente, la tercera sostenía la hipótesis de convertir a la Corte en un órgano principal de la Organización y, finalmente la cuarta alternativa relacionaba a la ONU con la CPI mediante un acuerdo o una Resolución de un órgano de Naciones Unidas.

De entre estas cuatro opciones se eligió debido a un mayoritario consenso –más no unánime- la última, es decir, establecer la relación mediante un acuerdo de tipo internacional¹³³. El acuerdo, entre otras cosas, desarrolla cuestiones como: la investigación del Fiscal, el financiamiento de la Corte, normas relativas a las prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, la protección de la confidencialidad, las competencias que se

¹³² Al respecto puede encontrarse un arduo estudio en: AMBOS, Kai, Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint, *European Journal of International Law*, 1996, pp. 521-523 y ss., ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rafael, *op cit.*, p. 188, BASSIOUNI M., C., Observations concerning the 1997-98 Preparatory Committee's Work, en BASSIOUNI M., C., The International Criminal Court: Observations and Issues before the 1997-98 Preparatory Committee; and Administrative and Financial Implications, *Nouvelles Études Pénales*, 1997, No. 21 y 29., FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., Jurisdicción Internacional y jurisdicción Universal Penal, *Cursos de Victoria Gasteiz*, 1999 (en prensa), pp. 27, 94-95. LATTANZI, F., *op cit.*, pp. 134-135, CASDEVANTE, C.F. y QUEL, F., (editores), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Madrid, 1997, pp. 152 y ss.

¹³³ Entre la doctrina también se ha reconocido la vía convencional como la más adecuada, aunque no tanto por convicción, sino por descarte entre todas las posibles, en especial la referida a la reforma de la Carta. REMIRO BROTONS, A., DÍEZ HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., PÉREZ PRAT DURBÁN, L., y RIQUELME CORTADO, R., *Derecho Internacional*, Macgraw Hill, Madrid, 1997, pp. 1004, 1269.

atribuyen al Secretario General de Naciones Unidas y los poderes que confiere el Estatuto de Roma al Consejo de Seguridad¹³⁴.

De esta forma, el Estatuto regula en sus artículos 13 inciso b) y 16 las competencias que posee el Consejo de Seguridad respecto de la Corte Penal Internacional, presentándose en este tenor sendas problemáticas a la hora de la praxis que pueden implicar la dependencia de este órgano jurídico de otro de ámbito político, como lo es el Consejo de Seguridad. Esta cuestión potencialmente permite el manejo de la Corte al antojo de aquellos Estados poderosos, miembros permanentes del Consejo, a través de las Resoluciones de este último. En otras palabras, a la luz de una incorrecta interpretación de los artículos del Estatuto que regulan la competencia del Consejo de Seguridad respecto a la CPI, se plantea el riesgo de que ésta carezca de independencia –elemento esencial de toda institución judicial-, pudiendo ser manipulada por aquellos Estados que se encuentran investidos de poder, a través del uso inapropiado de las Resoluciones de dicho órgano¹³⁵ o mediante el ejercicio del derecho de veto. De lograr su finalidad tales Estados, es decir, arrebatarse su independencia a la CPI, se propiciaría el lógico derrumbe de la misma.

¹³⁴ *Vid.*, Doc. PCNICC/2001/1/Add.1, relativo al Informe de La Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Adición. Parte I. Proyecto de Acuerdo de Relaciones entre la Corte y las Naciones Unidas, Nueva York, 26 de febrero a 9 de marzo de 2001, 24 de septiembre a 5 de octubre de 2001.

¹³⁵ Es así como el noble deseo, por parte de los creadores del Estatuto de Roma, de pactar una la relación sólida y estrecha entre la Corte Penal Internacional y la Organización de Naciones Unidas puede ser desconfigurado por la ambición de alguno de los Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

3.4.1. Puede el Consejo de Seguridad suspender la jurisdicción de la Corte de forma permanente?

Otro medular problema que plantea el Estatuto de Roma es el que plasma su artículo 16¹³⁶. Éste no es menos peligroso que los cuestionamientos abordados con anterioridad, sin embargo a diferencia ellos, éste posee una dimensión fáctica que ha restringido en gran medida el desempeño de la Corte, impidiéndole en algunos casos accionar su jurisdicción.

El artículo 16 del Estatuto permite que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una Resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo VII de la Carta, pida a la Corte que no inicie o que suspenda, por un plazo que no podrá exceder de 12 meses, la investigación o el enjuiciamiento que no haya o haya iniciado, ante lo cual, la Corte procederá a esa suspensión; pudiendo ser renovada dicha declarativa por el Consejo en las mismas condiciones¹³⁷. No obstante, dicho artículo no manifiesta el número de veces que podrá renovarse la solicitud, y a raíz de una equívoca interpretación del artículo 16 puede presentarse a la Corte una especie de orden de inhibitoria, renovable por un número infinito de veces que impediría

¹³⁶ La redacción final del artículo 16 del Estatuto de Roma, fue adoptada después de un largo debate, en la Conferencia Plenipotenciaria de Roma, tras una propuesta de Singapur. *Vid.*, UN Doc. Nom-Paper/WG.3/N.16, de 8 de agosto de 1997. Tanta polémica generó dicho artículo que una de las propuestas hacia referencia a su desaparición. *Vid.*, UN Doc.A/CONF.183/C.1/L.59, de 10 de julio de 1998.

¹³⁷ Puede consultarse al respecto: CONDORELLI, Luigi y VILLALPANDO, Santiago, Relationship of the Court with the United Nations, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, *op cit.*, pp. 230, BOURGON, Stéphane, Jurisdiction *Ratione Temporis*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, *op cit.*, pp. 544, 546, 553-554. LATTANZI, Flavia, Compétence de la Cour Pénale Internationale et Consentement des États, *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, No. 103, pp. 16, 443-444, CONDORELLI, Luigi y VILLALPANDO, Santiago, Referral and Deferral by the Security Council, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, *op cit.*, pp. 644-654, CASSESE, Antonio, The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections, *op cit.*, pp. 162-163, BOURGON, Stéphane, Jurisdiction *Ratione Loci*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, *op cit.*, pp. 563, 565-566, CONDORELLI, Luigi y VILLALPANDO,

permanentemente el ejercicio de su jurisdicción¹³⁸, menoscabando la independencia de su actividad judicial¹³⁹, cuestión que con certeza provocaría su desaparición.

Desde inicios de abril de 2002, Washington a través de la administración Bush intentó arduamente insertar en el interior del Consejo de Seguridad diversos postulados con la finalidad última de excluir de la competencia de la CPI a cualquier persona ciudadana de un Estado no parte del Estatuto de Roma, que haya sido contratada para Operaciones de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas, refiriéndose prioritariamente a las fuerzas estadounidenses¹⁴⁰. Aunque la mayoría de los Estados se habían

Santiago, Can The Security Council Extend The ICC's Jurisdiction?, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, *op cit.*, pp. 563.

¹³⁸ *Vid.*, Artículo 16 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, *op cit.* La versión en español de este artículo cita textualmente que: "...En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de La Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión..."; mientras que la versión en inglés manifiesta: "...En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de La Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que no haya iniciado o que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión...", esta última versión es mucho más completa y clara que la anterior, de ahí que sea la versión en inglés la que albergue el texto correcto del artículo 16.

¹³⁹ Actualmente, esta es la razón por la cual Alain Pellet fuertemente critica este artículo, tachándolo de inaplicable y sin efectos, pues después de comprobar la existencia de una real imposición de intereses netamente políticos sobre dicho precepto, concluye: que a su parecer las condiciones requeridas para una correcta aplicación de este numeral nunca serán satisfechas. (La traducción es propia). *Vid.*, PELLET, Alain, Pour la Cour Pénale Internationale, quand même! Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine, *L'Observateur des Nations Unies*, 1998, No. 45., p. 162.

¹⁴⁰ Véase al respecto: La Carta que fue enviada por Henry J. Hyde, Zell Miller, Tom Delay, Jesse Helms y Bob Stum al Secretario de Estado de los Estados Unidos Colin Powell, el 11 de abril de 2002. En la misma se argumenta la necesidad de que los miembros de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas gocen de inmunidad respecto de posibles juicios que pueda incoar la CPI en su contra, planteando por primera vez a modo de respuesta a tal situación, a la que catalogan literalmente de "problema", el actuar del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, con la intención de que dicho órgano mediante sus resoluciones dote de inmunidad a sus fuerzas militares que participan en este tipo de operaciones. En dicho documento se hace alusión al caso específico de las fuerzas militares estadounidenses en Bosnia, a las cuales se les dotó de inmunidad por el Acuerdo de Daytona, y planteando la posibilidad de que el Gobierno de Bosnia ratificara el Estatuto de Roma, se calificó de "perfectamente

pronunciado antes contra la propuesta norteamericana¹⁴¹, es decir, contra la posibilidad de que el Consejo de Seguridad cortocircuitara el funcionamiento de la CPI¹⁴², los Estados miembros del Consejo de Seguridad reunidos en su

razonable” la solicitud al Consejo de Seguridad de que otorgue amplia inmunidad a sus militares, a la luz de lo proveído en dicho acuerdo.

Posteriormente Estados Unidos, al no conseguir la inmunidad deseada para sus fuerzas militares, -en el seno del Consejo de Seguridad- votaría en contra de la renovación de la Misión para el Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas en Bosnia y Herzegovina, vetando la resolución. El resultado de la votación, el día 30 de junio de 2002, sería de 13 votos a favor y 1 en contra (Estados Unidos), consecuentemente Washington dejaría correr su suerte a los pueblos de los Balcanes. La Representación de Estados Unidos en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por medio del Embajador John D. Negroponte, expondría el 30 de junio de 2002 la razón de su voto (¿si es que existe razón en ello?), manifestando que los Estados Unidos: “...han aceptado los riesgos, que conlleva exponer a su gente a peligros y situaciones difíciles en aras del servicio de promoción de paz y estabilidad, sin embargo, nosotros no les hemos preguntado a ellos, si aceptan un riesgo más, el riesgo de incoarseles persecuciones penales politizadas ante una corte, cuya jurisdicción sobre nuestra gente el Gobierno de los Estados Unidos no acepta... Nuestra propuesta invita al establecimiento de inmunidad para las Misiones de Paz de Naciones Unidas. Esta será construida sobre inmunidades que están reconocidas en el Sistema de Naciones Unidas y reflejadas en SOFAS y SOMA’s. El propio Estatuto de Roma reconoce el concepto de inmunidad. Si el Consejo de Seguridad decide seguir habilitando estas misiones para mantener la paz y la seguridad internacional debe mejorar, proveyendo de inmunidad a las fuerzas de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas. Las bases del Tratado de la CPI con certeza no limitan la autoridad del Consejo de Seguridad en este ámbito. La consecuencia de proveer inmunidad a las Fuerzas de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas sólo puede conllevar a la creación de obligaciones legales imputables a los Estados respecto a la observación de dichas inmunidades. Por lo que toca al Artículo 98 de Estatuto de la CPI, la observancia de los Estados partes de la CPI de esta obligación es enteramente consistente con el Tratado... Los Estados Unidos votaremos en contra de esta resolución de muy mala gana. Esta decisión no es motivada por el pueblo de Bosnia... es una indicación de facto, de como estos serios aspectos acerca de los riesgos que corren nuestras fuerzas pacificadoras nos interesan...” (La traducción es propia). Véase al respecto: La Explicación del Voto sobre la Renovación del Mandato de la Misión de Ayuda de Naciones Unidas en Bosnia y Herzegovina, Realizada por El Representante de Estados Unidos en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Embajador John D. Negroponte, el 30 de junio de 2002.

¹⁴¹ Ante el caudal provocado por Estados Unidos en este sentido, Canadá solicitó por tres veces que se organizase una reunión abierta en el seno del Consejo de Seguridad, con la finalidad de debatir el tema de las inmunidades que planteaba dicho Estado. Así en Carta, con fecha 3 de julio de 2002, dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad, Canadá manifestó: “...Si el Consejo se limitara simplemente a debatir una renovación de la UNIMBH o su disolución organizada, el debate público no se revelaría tan necesario, pero toda tentativa de abordar una propuesta de las trascendentales consecuencias citadas requiere, a nuestro juicio y con carácter perentorio, la celebración de un debate público...” *Vid.*, S/2002/723, Carta de fecha 3 de julio de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente del Canadá ante las Naciones Unidas. Finalmente, después de haber recibido dos rechazos, esta sesión abriría el 10 de julio de 2002, dejándose escuchar la negativa de apoyo a la propuesta de Estados Unidos por parte de la mayoría de los Estados miembros de la ONU.

¹⁴² El texto de dicha propuesta, fue resultado de sucesivos proyectos presentados por Estados Unidos, con el apoyo del Reino Unido. Véase al respecto

457ª sesión -con la finalidad de restablecer la Misión de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas en Bosnia y Herzegovina, y con el afán de evitar la proliferación del veto de Estados Unidos en aquellas resoluciones del Consejo de Seguridad referentes a Misiones de Paz de Naciones Unidas, así como por el hecho de que algunos de ellos se encontraban influenciados por las presiones de Washington-, el 12 de julio de 2002, aprobarían por “unanimidad” la Resolución No. 1422 (2002) que pretendió ser un compromiso para normar una justicia a la carta y conceder la inmunidad absoluta por un período de un año a los nacionales de Estados no parte del Estatuto, que participen en operaciones de mantenimiento de la paz; dotándolos de inmunidad¹⁴³ para que no puedan ser juzgados por crímenes de guerra, genocidio o *lesa humanidad*, que tentativamente puedan cometer los llamados *peacekeepers* durante el desempeño de sus actividades. Decisión que manifiestamente a través de esta resolución se acordó renovar el 1 de julio de cada año, en forma indefinida¹⁴⁴, ello no con otra finalidad distinta a la de impedir los principios de justicia consagrados en la CPI.

http://www.iccnw.org/espanol/notas_prensa/np_consejo-seguridad.htm, (sitio consultado por última vez el 24 de diciembre de 2003).

¹⁴³ Es posible consultar un arduo y profundo estudio sobre el tema de “las inmunidades personales” en: FOX, H., *The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, Vol. 48, pp. 207 y ss.; OSOFSKI, H., *Foreign Sovereign Immunity from Severe Human Rights Violations: New Directions for Common Law Based Approaches*, *New York International Law Review*, 1998, Vol. 11, pp. 35 y ss.; FOX, H., *The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, Vol. 51, pp. 119 y ss.; SCHARF, M. P., *The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the ICC*, *Cornell International Law Journal*, 1998, No. 507; SCHARF, M. P., *The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes*, *Law and Contemporary Problems*, 1996, No. 41; DUGARD, J., *Dealing with Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option?*, *Leiden Journal of International Law*, 1999, No. 1001.

¹⁴⁴ La Resolución No. 1422 (2002), de 12 de Julio de 2002, del Consejo de Seguridad entre otras cosas manifiesta literalmente: “...El Consejo de Seguridad... 1.- Pide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1º de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario. 2.- Expresa la intención de renovar en

La decisión del Consejo de Seguridad tiene por objetivo que la Corte no dé curso a las denuncias a que se refiere su Resolución No. 1422, pero esta última no sólo se aplicaría al personal de los Estados no partes del Estatuto de Roma que participen en actividades de mantenimiento de la paz desarrolladas por la ONU, sino que incluiría también aquellas autorizadas por Naciones Unidas¹⁴⁵, como la misión de la OTAN¹⁴⁶ en Afganistán e Irak, agravando la complejidad de la situación.

A partir de la entrada en vigor de la Corte Penal Internacional, tan sólo 11 días serían necesarios transcurrir para que Estados Unidos y su principal aliado europeo en lucha contra la CPI, el Reino Unido, mediante la manipulación del Consejo de Seguridad, inhibieran su jurisdicción a través de la Resolución No. 1422¹⁴⁷. Este acto sería renovado cada año – “coincidentemente” en la fecha en que la CPI celebrase su aniversario– en tanto el Consejo de Seguridad no acordara lo contrario. Para junio del año 2003 se suscitó la previsible renovación, con una votación de 12–0 se aprobaría la Resolución No. 1487¹⁴⁸, bajo las abstenciones de Alemania, Francia y Siria. Ya iniciado agosto de ese mismo año el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución No. 1497¹⁴⁹ autorizando el despliegue de una fuerza de estabilización multinacional para Liberia, donde por insistencia de EE.UU., se

las mismas condiciones, el 1º de julio de cada año, la petición que se indica en el párrafo 1 para períodos sucesivos de doce meses durante el tiempo que sea necesario. 3.- Decide que los Estados Miembros no tomarán ninguna medida que no esté en consonancia con el párrafo 1 y con sus obligaciones de carácter internacional. 4.- Decide seguir ocupándose del asunto...”

¹⁴⁵ *Idem*.

¹⁴⁶ Par una mejor comprensión de las funciones y actividades de la OTAN puede consultarse: ORTEGA TEROL, Juan M., *La Intervención de la OTAN en Yugoslavia*, Septem Ediciones, S.L., Oviedo, 2001, RONZITTI, Natalino, ¿Es aceptable el non liquet del Informe Final del Comité Instituido para Examinar la Campaña de la OTAN en Contra de la República Federativa de Yugoslavia?, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2000, No. 840, pp. 1017-1027.

¹⁴⁷ Al respecto *Vid.*, STAHN Carsten, The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002), *European Journal of International Law*, 2003, Vol. 14, No. 1, pp. 85 y ss.

¹⁴⁸ *Vid.*, La Resolución S/RES/1487(2003) del Consejo de Seguridad de 12 de junio de 2003.

¹⁴⁹ *Vid.*, La Resolución S/RES/1497 (2003) del Consejo de Seguridad de 1 de agosto de 2003.

incluyó un lenguaje que concede amplias inmunidades y una jurisdicción exclusiva sobre crímenes cometidos supuestamente por su personal¹⁵⁰, situación que desafía no sólo al Derecho internacional de conformidad con el Estatuto de Roma, sino también a las legislaciones internas, lo que provocó la abstención de voto por parte de Alemania, Francia y México¹⁵¹.

El actuar del Consejo de Seguridad, relativo a la interpretación de artículo 16 del Estatuto, en su Resolución No. 1422, en primer lugar contraviene lo dispuesto por la propia Carta de San Francisco, por exceder las atribuciones que le concede ésta, tratando de modificar un tratado que se ajusta perfectamente a las disposiciones del instrumento en cita¹⁵². En segundo término, se debe observar los lineamientos del artículo 16 del Estatuto de Roma, que señalan que sólo de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas el Consejo de Seguridad esta facultado para solicitar a la CPI la inhibición de su jurisdicción por un plazo renovable de 12 meses; de ahí que el Consejo al aprobar su Resolución No. 1422 necesariamente se vio obligado a invocar dicho Capítulo sin que existiera una verdadera amenaza a

¹⁵⁰ "...Este lenguaje cubriría con el manto de la impunidad el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra...", afirmó Yvonne Terlingen, representante de Amnistía Internacional en Naciones Unidas. http://www.iccnw.org/espanol/notas_prensa/np_liberia.htm, (página consultada el 26 de diciembre de 2003). Igualmente se ha declarado que: "...en la Resolución de Liberia, lo que está en juego no es sólo la CPI sino el tema de la no-impunidad..." afirmó David Donat-Cattin del Programa de Derecho Internacional de Acción Mundial de Parlamentarios. http://www.iccnw.org/espanol/notas_prensa/np_liberia.htm, (página consultada por última vez el 6 de febrero de 2004).

¹⁵¹ La Resolución No. 1422 del Consejo de Seguridad trata de restar validez al Estatuto de Roma. Aunque en su texto se utilizan palabras próximas a las empleadas en el artículo 16 de dicho instrumento, éstas no son más que una mera cortina de humo ya que la resolución contraviene la letra, el espíritu y la trayectoria de la redacción de dicho numeral. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Corte Penal Internacional. La Concesión de Inmunidad a Miembros de las Fuerzas de Mantenimiento de la Paz, Retroceso para la Justicia Internacional, *Amnistía*, Agosto de 2002, No. 56, p. 27.

¹⁵² "...El Consejo de Seguridad no tiene la autoridad para reescribir un tratado internacional, y eso es lo que hace esta resolución...", afirmó Richard Dicker, Director del Programa de Justicia Internacional de Human Rights Watch. *Vid.*, http://www.iccnw.org/espanol/notas_prensa/np_cs2.htm, (sitio consultado el 3 de febrero de 2004).

la paz, calificando erróneamente de amenaza para la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión a la tentativa proliferación del veto, por parte de Estados Unidos, en todas aquellas resoluciones requerientes del empleo de contingencias armadas a fin de crear Misiones de Ayuda, con el objetivo ulterior de garantizar la paz y seguridad internacional. Aunado a lo anterior, por llana exclusión existe otra forma de interpretar la instauración de dicha resolución, implicando que en la misma se calificase de amenaza para la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión a la propia Corte Penal Internacional, lo que resulta totalmente inconcebible atendiendo a la esencia y naturaleza de ella misma, empero con independencia a la justificación que se sostenga, ésta será a todas luces errónea, porque lo único que busca la Resolución No. 1422 es despojar al artículos 16 del Estatuto de su sentido teleológico, aparejando consecuentemente la violación del artículo 27 del mismo tratado¹⁵³.

La interpretación que ha hecho el Consejo de Seguridad del artículo 16 del Estatuto de Roma, tras influencia de Estados Unidos, viola principios jurídicos generalmente aceptados, ya sea de derecho interno, ya sean de

¹⁵³ Así, el actual Secretario de la ONU, Cofi Annan, ha manifestado al Secretario de Estado de los Estados Unidos, Colin L. Powell, mediante una carta de fecha 3 de julio de 2002, que: "...Los Estados Unidos han puesto en marcha una propuesta que invoca el procedimiento posado en el artículo 16 del Estatuto de la CPI. Esta disposición significa que el Consejo de Seguridad puede intervenir para prevenir el actuar del Fiscal de la CPI en un caso en particular. El artículo, el cual es interpretado para una situación completamente diferente a la de su naturaleza, es ahora propuesto para ser usado por el Consejo de Seguridad a fin de crear una resolución general, con la intención de prevenir que el Fiscal inicie casos contra el personal de las misiones de paz. Contrariamente al sentido del artículo 16, el cual manifiesta que las resoluciones del Consejo pueden ser adoptadas por un periodo de 12 meses, y éste podrá renovarse, se busca que el propósito de la resolución sea su prolongación automática, a menos que la prohibición sea abandonada por el propio Consejo. Cualquier decisión en este sentido es objeto de una necesaria mejora en el Consejo de Seguridad.

Creo que en la historia de las Naciones Unidas, y con certeza durante el periodo en el cual he trabajado para la Organización, ninguna persona encargada del mantenimiento de la paz o cualquier otro personal de las misiones de paz ha estado, en cualquier lugar, cerca de cometer algún acto de la magnitud de aquellos crímenes que caen bajo la jurisdicción de la CPI..." (La traducción es propia). *Vid.*, Carta del Secretario General de las Naciones Unidas al Secretario de Estado de Los Estados Unidos de Norte América, Sr. Colin L. Powell, de fecha 3 de julio de 2002.

Derecho internacional, verbigracia: 1) el principio de igualdad de todas las personas ante la ley, ya que la norma penal nacional o internacional lo que busca es punir la comisión del acto sin importar el carácter del sujeto activo y no la punición de aquellos actos cometidos sólo por una categoría especial de individuos; 2) el principio de un tribunal autónomo e independiente, toda vez que tanto interna como internacionalmente se exige la existencia de órganos judiciales imparciales e independientes y al decidir el Consejo de Seguridad, el cual es un órgano netamente político, en que casos podrá actuar la Corte, entiéndase fracturado dicho postulado; 3) la obligación *erga omnes* de no frustrar el objeto y el fin de un tratado (artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), ya que Estados Unidos al firmar el Estatuto de Roma contrajo esta obligación y posteriormente ha venido desempeñándose a fin de que la CPI no actúe; 4) el principio de *ius cogens* de asumir los compromisos contraídos de buena fe, este se conculca por las mismas razones por las cuales se viola el principio anterior; 5) la obligación *erga omnes* de interpretar de buena fe un tratado y conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin (artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), se menoscaba tal precepto atendiendo a la interpretación impropia que realizan del artículo 16 del Estatuto de Roma los miembros del Consejo de Seguridad, específicamente Estados Unidos; 6) la obligación *erga omnes* que tienen los Estados de reprimir los crímenes de Derecho internacional, con independencia de quien los cometa, ya que al dotar de inmunidad respecto de la jurisdicción de la CPI, a los contingentes en Misiones de Paz de Naciones Unidas que sean nacionales de un Estado no parte del Estatuto de Roma, se contraviene la instrucción.

De esta forma, la esencia misma del artículo 16 del Estatuto de Roma ha sido deformada, si bien es cierto que en dicho artículo se plasmó la posibilidad de diferir las investigaciones o juicios que pudiera incoar la Corte, también lo es el hecho que, para poder realizar lo propio el Consejo de Seguridad se fijaron rigurosas condiciones impuestas por dicho artículo¹⁵⁴. Y en opinión de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional: “...esta disposición contiene en sí misma un mecanismo de protección a favor de la Corte... porque el accionar de la Corte puede ser iniciado tan pronto como la acción bajo el capítulo VII de la Carta termine...”¹⁵⁵, es decir, el artículo 16 no fue pensado para vetar permanentemente la jurisdicción de la Corte, por el contrario, el poder que se confiere al Consejo de Seguridad a través del artículo 16 debe ser usado sólo en circunstancias excepcionales caso por caso, y no intentando someter las investigaciones o enjuiciamientos de la Corte a una autorización previa del Consejo de Seguridad, ni se puede establecer por anticipado un privilegio general de inmunidad permanente a favor de los nacionales de aquellos Estados que no son parte en el Estatuto, que participan en operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Es viable en términos jurídicos el poder de veto que se ha concedido al Consejo de Seguridad a la luz del artículo 16 del Estatuto, sin embargo éste debe emplearse en casos muy particulares con la visión de permitir a la Corte accionar su jurisdicción una vez finiquitadas las acciones que realice el Consejo bajo el Capítulo VII de la Carta, desempeñadas estas últimas bajo el principio de celeridad. Ésta, fue la intención de la Comisión Preparatoria de la

¹⁵⁴ Al respecto el maestro CONDORELLI ha manifestado que: “...La limitación de jerarquía por parte del Consejo de Seguridad sobre la Corte está específicamente demostrada a través de las condiciones rigurosas impuestas al primero bajo el artículo 16, relativas a la posibilidad de frenar la investigación o persecución...” (La traducción es propia). *Vid.*, CONDORELLI, Luigi y VILLALPANDO, Santiago, Can The Security Council Extend The ICC’s Jurisdiction?, *op cit.*, p. 574.

¹⁵⁵ Artículo 23.3 del Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1994, Vol. 2, Part. 2, p. 45.

Corte Penal Internacional, manifestada a luz del artículo 17.2 del proyecto de Acuerdo de Relaciones entre la Corte y las Naciones Unidas y en el propio artículo 16; luego entonces cualquier aplicación del multicitado artículo contraria a la interpretación estipulada anteriormente aparejaría violación de *ius cogens*, debido a que los crímenes contemplados en Derecho internacional, como el genocidio, los crímenes de *lesa humanidad* y los crímenes de guerra (todos ellos competencia de la Corte Penal Internacional), así como la tortura, constituyen conculcaciones a este ámbito normativo.

Ahora bien, pese a la emisión por parte del Consejo de Seguridad de las Resoluciones 1422 y 1487, la CPI no está obligada a contener su jurisdicción respecto de aquellas personas que no sean ciudadanas de un Estado parte en el Estatuto de Roma por conductas relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por la ONU, debido a que dichas Resoluciones *per se* no son obligatorias respecto de la Corte. Lo anterior pudiera parecer a primera impresión descabellado, pero en nada lo es, ya que dichas resoluciones no obligan *ipso facto* a la Corte a inhibir su jurisdicción, ello de conformidad con el sentido corriente atribuible a la redacción del propio artículo 16 del Estatuto de Roma, el cual menciona que el Consejo de Seguridad puede «**pedir**» una suspensión a la Corte Penal Internacional, no que el Consejo «decida» o «determine» que la Corte debe proceder a la suspensión. El uso del término «**pedir**» en el artículo 16 es deliberado. El Consejo de Seguridad no está facultado para ordenar a la Corte Penal Internacional, órgano judicial internacional independiente, que ejerza o deje de ejercer su jurisdicción.

Ante la petición del Consejo de Seguridad, de no iniciar o suspender una investigación o un enjuiciamiento, a la CPI, la misma deberá determinar

si la petición es consecuente con el Estatuto de Roma en su conjunto y estar convencida de que tal decisión cumple con los requisitos establecido por las disposiciones del artículo 16: es decir, una petición excepcional en un caso concreto para una suspensión temporal. Además la Corte debe analizar que la petición encuentre fundamento en una Resolución adoptada en aplicación del Capítulo VII de la Carta de la ONU, que únicamente puede invocarse si el Consejo de Seguridad, previamente y en aplicación del artículo 39 de la Carta, ha determinado que existe una amenaza a la paz y la seguridad internacional. Requisitos todos ellos que en ningún momento son satisfechos por las Resoluciones 1422 y 1487, por lo que la Corte no está obligada a inhibir su jurisdicción en atención a las mencionadas Resoluciones del Consejo de Seguridad, ni a ninguna otra, esto depende sólo de ella misma.

Continuando con el tema de los esfuerzos norteamericanos dentro del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas por mantener a sus militares fuera de la jurisdicción de la CPI, el 19 de mayo de 2004, Estados Unidos presentó al Consejo de Seguridad un proyecto de resolución por el que se renovarían la Resolución No. 1487 del Consejo de Seguridad¹⁵⁶, a lo cual el Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, declaró: *"...en los últimos dos años, me he pronunciado firmemente contra la excepción (por parte de los militares norteamericanos frente a la jurisdicción de la CPI), y pienso que sería desafortunado que uno presione para ese tipo de excepción, dado abuso contra los prisioneros en Irak. Pienso en esta circunstancia que*

¹⁵⁶ Al respecto declaró el presidente de la *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Home*, Sidiki Kaba, que: "...¿Como puede Bush atreverse, cuando el mundo entero espera justicia para las víctimas de los crímenes cometidos por las fuerzas de la Coalición en Irak, de negociar de esta forma la futura impunidad de sus soldados?... El año pasado, Francia, Alemania y Siria se abstuvieron de votar esta resolución. Este año si siete países se abstienen de votar la resolución, ésta no pasará...". Vid., FIDH, *Comunicado. Bush Negocia la Futura Impunidad de los Soldados Americanos en Irak. Los Estados-Unidos Piden que Sea Renovada con Urgencia una Resolución que Eximiría a las Fuerzas Estadounidenses de la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional*, consultable en: http://www.iccnw.org/espanol/art98/fidh_2004sp.pdf (sitio consultado por última vez el 15 de junio de 2004).

sería imprudente presionar para una excepción, y sería aún más imprudente de parte del Consejo de Seguridad concederla. Desacreditaría al Consejo y a las Naciones Unidas [los cuales defienden] el Estado de Derecho y primacía del Imperio de la ley..."¹⁵⁷

Luego de semanas de negociaciones y de enfrentar una continua oposición, el gobierno de los EE.UU., el 23 de junio de 2004, retiró su solicitud para la renovación de la resolución del Consejo de Seguridad que eximía a sus fuerzas de mantenimiento de la paz de la jurisdicción de la CPI. Esto fue anunciado luego de consultas informales durante las cuales quedó claro que el texto de compromiso propuesto por EE.UU. a último minuto no conseguiría el apoyo requerido¹⁵⁸.

De esta forma se ha ganado un asalto a Estados Unidos en la lucha por el respeto y garantía de los derechos humanos y el imperio de la justicia a través de la CPI, aparentemente se pone fin a los esfuerzos norteamericanos de evadir sus compromisos internacionales y de cortocircuitar el funcionamiento de la CPI en el seno del Consejo de Seguridad, por el momento sólo queda esperar que Estados Unidos no vuelvan a utilizar su poder de veto, para detener las misiones de paz o aquellas autorizadas por Naciones Unidas, con la intención de ejercer nuevamente presión a fin de conseguir impunidad para sus fuerzas armadas.

¹⁵⁷ Nueva York, 17 Junio 2004- Encuentro de Kofi Annan con la prensa al momento de llegada a la Sede central de las Naciones Unidas (transcripción oficiosa), el artículo completo puede consultarse en su versión original en idioma inglés en: <http://www.un.org/apps/sg/offthecuff.asp> (sitio consultado por última vez el 1 de agosto de 2004).

¹⁵⁸ CNN en español agregó al respecto: “en el pasado, Washington ha amenazado con vetar misiones de paz de las Naciones Unidas si no se aprobaba la enmienda de inmunidad para sus soldados en el Tribunal Penal Internacional. Pero Cunningham no dijo si Estados Unidos cumpliría con dicha amenaza esta vez... y que rara vez Estados Unidos ha encontrado una oposición tan firme en el Consejo de Seguridad, con la excepción de cuando trató de convencer a los miembros del Consejo para que aprobaran una resolución que autorizara la invasión de Iraq el año pasado...” *Vid.*, <http://www.cnn.espanol.com/2004/americas/eeuu/06/23/desiste/index.html> (sitio consultado por última vez el día 19 de julio de 2004).

3.4.2. La carencia de una definición del crimen de agresión y sus consecuencias.

El principio de *prohibición del uso de la fuerza* es considerado un principio básico de Derecho internacional contemporáneo y una seria infracción a éste representa el principal ejemplo de la gama de las controversias de crímenes internacionales de Estado. Superada la ya obsoleta referencia a posibles ataques contra los estados enemigos durante la 2ª Guerra Mundial, hoy por hoy, tan sólo dos excepciones limitan a dicho principio. De una parte el inmanente derecho de legítima defensa, sólo en caso de ataque armado –con exclusión, pues, de la defensa preventiva- y con carácter provisional, hasta tanto el Consejo de Seguridad adopte las medidas oportunas. Y, de otra, la acción colectiva, decidida y dirigida por el Consejo de Seguridad, en el caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o agresión¹⁵⁹.

Tras la carencia de una definición del crimen agresión¹⁶⁰ el Consejo de Seguridad (actuando en su papel de guardián de la seguridad y la paz

¹⁵⁹ FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, ORTEGA TEROL, Juan M., TORRES GARCÍA, Carmen, *Guerra Ilegal, Guerra Criminal*. En prensa (Documento facilitado amablemente por uno de sus realizadores).

¹⁶⁰ No existe una definición del crimen de agresión como tal aún, sin embargo diversos intentos por encontrar una acepción se han realizado, de este modo la Asamblea General de Naciones Unidas se ha pronunciado al respecto, delimitando lo que puede ser considerado como agresión. De este modo la Asamblea ha establecido: "...Un individuo quien, como líder u organizador, active la participación de personas de esa organización con la finalidad de planear, perpetrar, iniciar o promover la comisión de agresión por un Estado será responsable por un crimen de agresión..." *Vid.*, Doc. Asamblea General /51/10, 28 noviembre 1997, parágrafo 83. (La traducción es propia). De igual forma el artículo 16 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad especifica que sólo los individuos quienes participen y lideren la agresión serán responsables del crimen. (La traducción es propia). La Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional en su informe adicional Parte II, relativo a las Propuestas sobre la Definición del Crimen de Agresión, ha sostenido que: "...una persona comete un crimen de agresión cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, esa persona intencionalmente y a sabiendas ordena o participa activamente en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas..." Pero la columna vertebral a una aproximación de definición del

internacional) se erige como el único capaz de decidir cuando se está en presencia de un crimen de este tipo, a la luz del Capítulo VII de la Carta¹⁶¹. Empero, obra de los vencedores en la 2ª Conflagración Planetaria, el sistema de respuesta institucional frente a las más graves violaciones del Derecho internacional estatuye el hecho de que Cinco Estados formarán parte siempre del Consejo de Seguridad, y estos tendrán derecho de veto y, consiguientemente, posibilidad de impedir su funcionamiento.

A raíz de esta deliberada facultad exclusiva de decidir en que momentos existe un crimen de agresión, el Consejo de Seguridad puede fallar en su actuar (a raíz de motivaciones político-internacionales de cualquiera de sus miembros permanentes), incluso, puede llegar a hacer las veces de legislador internacional estableciendo de forma indirecta los elementos que conforman el tipo.

Por lo que toca a la Corte Penal Internacional, por más que posibles temores de los dirigentes de Estados poderosos -enmascarados bajo supuestos problemas técnicos de definición del delito- llevaran a postergar el ejercicio de su competencia respecto del crimen de agresión a un momento ulterior¹⁶², el artículo 5 de su Estatuto le confiere competencia *ratione materiae* respecto de tal crimen. No obstante, al carecerse de una definición de agresión que haga las veces de tipo penal, el ejercicio de la competencia

crimen de agresión se ha establecido a raíz de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, tras un debate sobre el tema por más de 20 años y cualquier definición posterior sobre la agresión deberá realizarse bajo similares contenidos. Según esta Resolución "...La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición..." (La traducción es propia).

¹⁶¹ El artículo 39 de la Carta de San Francisco de 1945 establece: "El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales."

¹⁶² La definición de Agresión como tipo penal, respecto del cual tendrá competencia la Corte Penal Internacional, se llevará acabo hasta el año 2005, tras la primera revisión del Estatuto de Roma. *Vid.*, Artículo 123 del Estatuto de Roma de 17 de Julio de 1998, *op cit.*

de la CPI, al respecto, se halla constreñida al inciso b) del artículo 13 del Estatuto de Roma. Elevando a carácter de elemento *sine qua non* el pronunciamiento del Consejo de Seguridad por lo que toca a la jurisdicción de la Corte en tratándose de un crimen de agresión.

Lo anterior, plantea la posibilidad de que cualquier Estado miembro permanente del Consejo de Seguridad puede usar su poder de veto, bajo el artículo 27 de la Carta, para evitar que éste decida sobre la existencia de una agresión y consecuentemente paralizar el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre ese posible caso¹⁶³. Lo que en la praxis podría significar que ningún ciudadano de un Estado miembro permanente del citado órgano, o de sus aliados militares, sería jamás acusado por una conducta que, desde los Estatutos de los tribunales internacionales de Nüremberg y Tokio está generalmente aceptada, como grave conducta criminal que, en virtud del Derecho internacional, genera responsabilidad penal para sus autores¹⁶⁴.

¹⁶³ BOS, Adriaan, From the International Law Commission to the Rome Conference (1994-1998), *op cit.*, pp. 49-50, 56.

¹⁶⁴ Posiblemente sea el importante precedente establecido a partir de la Resolución sobre Unidad de Acción en Favor de la Paz, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1950, el que constituya la solución a este conflicto, en tanto no se cuente con una definición de agresión que permita a la CPI ejercer su jurisdicción en ese tenor, ya que la misma alberga en su alma una norma *status nascendi* que sostiene que en la hipótesis de que el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes dejara de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacional en un caso en que se detecte una amenaza a la paz, un quebrantamiento a la paz o un acto de agresión, la Asamblea General deberá examinar el tema y adoptar las recomendaciones del caso. La atribución de la responsabilidad primordial “no exclusiva” del Consejo, descansa en el supuesto de que, en efecto, ese órgano podría actuar eficazmente para mantener o restaurar la paz, pero al crearse en la práctica una situación de parálisis del Consejo (debido al veto, principalmente), debe la Asamblea General necesariamente asumir la responsabilidad subsidiaria en materia de paz y seguridad internacionales, pese al carácter no obligatorio de sus resoluciones. Luego entonces, debe aclararse que, como es lógico suponer, la Carta no habla del castigo de culpables de crímenes internacionales entre las facultades de sus órganos principales, pero es lógico suponer que si se examina una amenaza a la paz o acto de agresión, eso debe incluir la posibilidad de que Consejo de Seguridad o la Asamblea General, den vista de los hechos analizados a la Corte Penal Internacional para investigar y en su caso castigar a los individuos responsables de esos actos, por constituir ello norma de *ius cogens*.

La ansiada definición de agresión habrá de aportar los elementos necesarios para resolver en gran parte de la controversia en cita. Algunos Estados prefieren una definición de la agresión en un sentido general, mientras que otros apuestan por una definición suplementaria realizada a través de una lista que enumere los actos a ser considerados como agresión, y otros prefieren una definición detallada (que puede tener o no una lista de actos a considerarse como agresión)¹⁶⁵. Sin embargo, con independencia de cual de las anteriores opciones sea adoptada, es evidente que la acepción deberá basarse sobre la Resolución No. 3314 (XXIX) de la Asamblea General¹⁶⁶.

Otro aspecto, que sin cuestionamiento alguno auxiliará en la solución de esta controversia lo constituye la determinación exacta del rol que desempeñará el Consejo de Seguridad con relación al ejercicio de la jurisdicción de la CPI. Al respecto KIRSCH y OOSTERVELD manifiestan que algunos Estados se inclinan por que el Consejo de Seguridad tenga una mínima participación en las actividades de la Corte, y otros apuestan por que éste juegue un papel determinante en ello¹⁶⁷. ¿Adivina Usted qué Estados son los que abogan por esta última postura?

¹⁶⁵ Un excelente estudio sobre el crimen de agresión puede encontrarse en: GAJA, Giorgia, The Long Journey Towards Repressing Aggression, en *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, *op cit.*, pp. 427-441; STONE, J., Hopes and Loopholes in The 1974 Definition of Aggression, *American Journal of International Law*, 1997, pp. 224-225; CARPENTER, A., The International Criminal Court and The Crime of Aggression, *Nordic Journal of International Law*, 1995, 64, pp. 223 y ss; FERENCZ, B., Getting Aggression about Preventing Aggression, *Brown Journal of World Affairs*, 1999, No. 6, pp. 87 y ss.

¹⁶⁶ KIRSCH, Philippe, OOSTERVELD Valerie, The Post-Rome Conference Preparatory Commission, en *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, *op cit.*, pp. 101-102.

¹⁶⁷ A pesar de las dificultades que representa el tema del rol que deberá desempeñar el Consejo de Seguridad en lo relativo a la jurisdicción de la Corte respecto del crimen de agresión, algunos Estados ya han empezado a centrar sus esfuerzos para consolidar un proyecto de texto que abarque lo relativo a la agresión y brinde solución al problema, mediante la inclusión en él de principios aceptados por los Estados como: el hecho de que el crimen debe ser cometido por políticos o líderes militares de un Estado, y que la planeación, preparación, u orden de agresión debe ser punida sólo cuando el acto de agresión haya tendido lugar, *descartándose la tentativa de agresión*. *Idem*. (Las cursivas y la traducción son propias).

Una vez definida la agresión será la propia Corte a través de su fiscal quien decida sobre la existencia de actos de agresión y su posterior juzgamiento, liberándose del yugo del Consejo de Seguridad. No obstante, al respecto se enarbola como requisito indispensable la colaboración de los Estados Parte del Estatuto de Roma, ya que de conformidad con el artículo 121, fracción V del mencionado instrumento, las enmiendas realizadas al artículo 5 entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados Parte que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. A *contrario sensu*, la Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda (agresión), cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no la haya aceptado. Por lo que la ratificación u adopción de ésta por los Estados Parte, de conformidad con el artículo 121, fracción V, del Estatuto, es elevada a *requisitio sine qua non* para que la Corte pueda tener jurisdicción sobre la agresión.

3.5. El artículo 98 del Estatuto de Roma: Breve análisis de sus problemáticas de fondo.

La mayoría de las dificultades, aparejadas a raíz de la refracción terminológica del complejo articulado del Estatuto de Roma, que repercuten de forma directa en el desempeño de la Corte Penal Internacional constituyen, en su mayoría, potenciales obstáculos normativos de carácter teórico que en un futuro muy próximo podrían presentarse ante la misma. No obstante, como ya se ha expresado con antelación, la existencia de cuestiones fácticas en este tenor también soslayan la actividad de la Corte, tal

es el caso de la controversia suscitada a partir de una inadecuada interpretación del artículo 16 del Estatuto por el Consejo de Seguridad, hecho que arrojó la peligrosa Resolución 1422 y su consecuente renovación; desdeñable situación a la que se suman las derivadas del artículo 98 de dicho instrumento.

El artículo 98 plantea dos relevancias, atendiendo cada una de ellas a las partes en que se divide el mismo, respectivamente. En un primer aspecto, el artículo 98.1 revela una controversia suscitada entre las inmunidades personales y el principio de no-inmunidad soberana¹⁶⁸ –debate que a fines del siglo XX y comienzo del XXI revístese de importantes intereses políticos que la Humanidad palpó en asuntos como: *Pinochet*, *Yerodia Ndombasi* y *Ghaddafi*, entre otros, complicando más que nunca su discernión, pese al terreno ganado a la impunidad tras la celebración de los juicios de Nüremberg y la redacción de sus principios. Y, en un segundo aspecto, el artículo 98.2 sugiere la permisibilidad de celebración de acuerdos de inmunidad tendientes a evitar el ejercicio de jurisdicción por parte de la CPI, omitiendo señalar sí los mismo sólo aplican respecto de contingentes que participen en las Misiones de Paz creadas o autorizadas por la ONU, y su temporalidad celebrativa, es decir si se está en presencia de tratados pactados en forma *a priori* o *a posteriori* a la fecha de creación del Estatuto de Roma. Lo que puede conllevar a la desfiguración del principio de complementariedad, perneando la posibilidad de que actualmente EE.UU. esté realizando una campaña global pro-celebración de acuerdos de impunidad, principalmente, a favor de sus nacionales, poniendo en riesgo la eficacia y la propia vida de la Corte Penal Internacional¹⁶⁹.

¹⁶⁸ *Vid.*, Capítulo II la presente obra.

¹⁶⁹ Al representar este tópico el objeto de la presente investigación, consúltese para un mayor

CAPÍTULO II. EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 98.1 DEL ESTATUTO DE ROMA: ¿LAS INMUNIDADES COMO LÍMITE A LA COMPETENCIA DE LA CORTE?

1. Una aproximación a las inmunidades en Derecho internacional público.

1.1. Inmunidad soberana.

La inmunidad soberana va de la mano de la llamada “doctrina de acto de Estado”; ambas hayan origen y fundamento en el principio de soberanía de los Estados, dada la necesidad de que estos últimos respeten los actos realizados por los gobiernos extranjeros dentro del territorio de su Estado, en virtud del respeto y de las relaciones pacíficas en la Comunidad Internacional.

Estas doctrinas son diferentes e independientes, pero usualmente caminan de manera conjunta, en tanto son alegadas simultáneamente por los Estados cuando de inmunidad soberana se trata.

La doctrina de acto de Estado data de 1674; sus orígenes se gestan en Gran Bretaña, y la misma posteriormente aparece por primera vez en Estados Unidos de Norte América tras el caso “The Schooner Exchange *versus* M’Faddon”¹⁷⁰, donde se reconoció la inmunidad absoluta de jurisdicción del

abundamiento al respecto capítulos III y IV la presente obra.

¹⁷⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América, Caso Schooner Exchange *versus* M’Faddon 1812, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 3 L.Ed. 287 (1812). El Schooner Exchange era un barco privado de propiedad de un ciudadano norteamericano de nombre M’Faddon el cual fue expropiado por Francia y convertido en un barco de guerra. Fue reclamado por su antiguo

Estado extranjero, sentando el precedente para una posición que en el mundo perduraría hasta el siglo XIX¹⁷¹. El soberano era inmune e inatacable: *par in parem non habet imperium*¹⁷², entre iguales ninguno tiene más poder. La doctrina de la inmunidad absoluta nacía del erróneo criterio de suponer que el soberano era elegido por la divinidad y por consiguiente no podía hacer nada equívoco. Este fallo resume la posición de la inmunidad soberana¹⁷³.

La doctrina de acto de Estado tomaría arraigo en el *Common Law* de norte América tras el actuar de la Corte Suprema de Estados Unidos en "Underhill *versus* Hernández" de 1897; caso en el que la Suprema Corte, mediante una resolución desestimó y anuló un juicio en contra del gobierno del Estado de Venezuela instaurado por una detención errónea, dejando ver en sus considerandos la más palpable aplicación de la doctrina de acto de Estado, al manifestar que:

Cada Estado soberano está obligado a respetar la independencia de los demás Estados soberanos, y los tribunales de ningún país deben de tener jurisdicción para juzgar los actos de los gobiernos de los países llevados a cabo dentro de su propio territorio. La reparación de daños por razón de dichos actos debe ser obtenida a través de los conductos disponibles entre los poderes soberanos.

Esta expresión constituiría el sostén de la resolución de la Corte, al sentenciar: "...los actos del acusado fueron los actos del Gobierno de

propietario en ocasión de una visita a un puerto norteamericano. El Procurador General se opuso a la demanda argumentando que Francia no podía ser traída a las cortes de los Estados Unidos.

¹⁷¹ Hasta épocas recientes la tesis de la inmunidad absoluta contaba todavía con numerosos y firmes partidarios (particularmente los Estados Socialistas como la Unión Soviética, Hungría, Polonia, Checoslovaquia, Alemania, entre otros).

¹⁷² Este principio es de origen feudal, se consolidó a lo largo del siglo XIX a través de decisiones de tribunales internos, aunque durante el siglo XX han surgido discrepancias en cuanto a su ámbito de aplicación.

*Venezuela y, por tanto, no son apropiadamente sujetos de conocimiento y verificación por las Cortes de otro Estado...*¹⁷⁴

Dicha doctrina posteriormente sería enunciada y sostenida por el controvertido caso Sabbatino, dirimido, al igual que los anteriores casos, ante la Corte Suprema de aquel Estado, sólo que éste se suscitara en el año de 1964. En el referido caso, la Corte rehusó pronunciarse sobre la validez de una expropiación realizada por el gobierno revolucionario cubano sobre la propiedad de una empresa norteamericana productora y exportadora de azúcar, al establecer: "...permitir que la validez de los actos de un Estado soberano sean reexaminados y tal vez sancionados por las Cortes de otro Estado, pondría en peligro ciertamente las relaciones amistosas de los gobiernos y vejaría la paz entre las naciones..."¹⁷⁵

Consecuentemente, en esta sentencia, la Corte Suprema simplemente se adhirió a la doctrina de acto de Estado y no entró a conocer del fondo del asunto, por considerar que no era de su incumbencia la supuesta violación del Derecho internacional que argumentaba el demandante, evitando juzgar actos realizados por un gobierno extranjero. Es a partir de este precedente, cuando la doctrina de acto de Estado toma mayor fortaleza y es recurrentemente sostenida por los foros estadounidenses¹⁷⁶,

¹⁷³ ZUPPI, Alberto Luis, La Jurisdicción Universal para el Juzgamiento de Crímenes contra el Derecho Internacional, visible en <http://www.abogarte.com.ar/zuppi2.htm>, (sitio consultado el 4 de enero de 2004).

¹⁷⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América, Caso Underhill *versus* Hernández 1897, 168 U.S. (1897), párrafos 250 y 254, (la traducción es propia).

¹⁷⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América, Banco Nacional de Cuba *versus* Sabbatino 1964, 376 U.S. 398 (1964), citando en Oetjen *versus* Central Leather Co. 1918, 246 U.X. 297 (1918), párrafos 303-304, (la traducción es propia).

¹⁷⁶ Véase al respecto el caso Hunt *versus* Mobil Oil Corp. 1977, 550 f. 2D 68 (2º Circuito) 404 U.S. 984 (1977), en el que la Corte Suprema sostuvo que la intervención judicial en la nacionalización de las concesiones petroleras realizadas por el gobierno libio significaba un examen de las motivaciones de dicho gobierno y, por lo tanto, era equivalente a examinar la validez de dicho acto. Todo ello, a pesar de que el Departamento de Estado intervino calificando los actos del gobierno libio como actos de represión política en contra de los Estados Unidos, y de presiones políticas en contra de los ciudadanos norteamericanos en Libia. De igual forma,

provocando su férrea defensa, incluso hoy día, a pesar de constituir una norma anacrónica.

Ya finalizada la Segunda Guerra Mundial, la evolución del Derecho internacional clásico es inminente; dando cabida al Derecho internacional contemporáneo de hoy día. Esta transición en el Derecho internacional provocó la mutación progresiva de algunas normas, en especial de aquellas que refieren la protección de las libertades subjetivas públicas. De este modo comenzó a germinar la concepción de que el individuo era digno de protección y bajo este tenor se experimentaron importantes transformaciones en el reconocimiento de subjetividad en el individuo por el Derecho internacional. En palabras del maestro Carrillo Salcedo: “...*desde la primera Guerra Mundial el Derecho internacional presencia una importante evolución atribuible a tres fenómenos que actúan en interacción: un proceso de institucionalización, un proceso de socialización, un proceso de humanización...*”¹⁷⁷ Es a partir del proceso de humanización que a experimentado el Derecho internacional contemporáneo, especialmente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, como se crearon una variedad de normas jurídicas internacionales que aluden protección de derechos humanos, cuestión que llevó a restringir en gran medida la inmunidad de los actos de Estado en esta materia (realizados por Jefes de Estados, Jefes de Gobierno, Ministros de Relaciones Exteriores y/o Agentes Diplomáticos) respecto de las jurisdicciones de tribunales de terceros Estados¹⁷⁸.

obsérvese el caso *Arango versus Guzmán Travel Avisors Corp.*, 1980, 621 F.2d. 1371, 1380 (1980), en el que la Corte rechazó pronunciarse sobre la supuesta actuación de agresión y falso encarcelamiento imputadas a los empleados y autoridades de inmigración de la República Dominicana, basándose en que ello significaba inmiscuirse en juzgar si actuaron adecuadamente los que lo habían hecho al servicio de un Gobierno extranjero en un acto en su territorio, acogiéndose a la doctrina del acto de Estado. En este caso la Corte también invocó la inmunidad de la soberanía extranjera.

¹⁷⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Droit International et Souverainete des Etats, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1996-I, pp. 35 y ss.

¹⁷⁸ Sobre el tema de “doctrina de acto de Estado e inmunidades jurisdiccionales” se halla una magnífico estudio en VAN PANHUYS H. F., *In the Borderland between the Act of State*

Para 1957, sería la propia Corte Internacional de Justicia quien afirmara la restricción al principio de acto de Estado. La Corte rechazó la argumentación sostenida por Bulgaria, Hungría y Rumania de que la Asamblea General de Naciones Unidas había actuado *ultra vires* de su competencia. Los Estados alegaban que el órgano de Naciones Unidas al manifestarse en una Opinión Consultiva sobre el tema de la interpretación de los tratados de paz celebrados entre ellos, había cometido injerencia en un aspecto exclusivo de sus competencias: "el de los derechos humanos y a las libertades fundamentales". La CIJ afirmó al respecto que: "...*para los propósitos de la presente opinión, resulta suficiente notar que la Asamblea General justificó su Resolución invocando que las Naciones Unidas de conformidad al artículo 55 de la Carta, deberán promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, lenguaje o religión...*"¹⁷⁹

Posteriormente, la restricción al principio de acto de Estado seguiría siendo sostenida por la Corte Internacional de Justicia y al pronunciarse en su Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971, sobre el caso de "Namibia" declaró: "...*todas las discriminaciones basadas en raza, color u origen de los hombres constituyen flagrantes violaciones de los propósitos y principios de la Carta...*"¹⁸⁰ Sucesivamente la misma Corte confirmó la restricción a este principio en su sentencia de 24 de mayo de 1980, relativa a los rehenes norteamericanos en Teherán, caso en el que se estimó que, soslayar ilegítimamente la libertad de seres humanos y someterlos a graves condiciones físicas de detención resulta: "...*manifiestamente incompatible con*

Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities, en *International and Comparative Law Quarterly*, 1964, No. 13, p. 1193 y ss.

¹⁷⁹ Caso Interpretation of Peace Treaties, I.C.J. Rep., 1950, pp. 65 y 221, (la traducción es propia).

¹⁸⁰ Caso Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution No. 276 (1979), en I.C.J. Rep., 1971, p. 55, (la traducción es propia).

*la Carta de las Naciones Unidas y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de derechos humanos..."*¹⁸¹

Pero, serían los Estados quienes ratificaran esta postura con sus actos unilaterales, emprendiendo categóricamente una lucha contra aquellos actos que aparejaran violaciones graves a derechos humanos o comisión de crímenes de Derecho internacional; como en los juicios de Nüremberg, los juicios de los tribunales internacionales *ad hoc*, y particularmente en el caso Pinochet¹⁸².

Actualmente, por lo que toca al reconocimiento de la doctrina de inmunidad soberana respecto de tribunales extranjeros no existe una postura del todo uniforme por parte de los Estados. Sí se acepta comúnmente la existencia de una restricción al principio de inmunidad soberana absoluta, pero en pleno siglo XXI, no resulta claro cuales son los actos de Estado que conforman esa excepción o restricción; es seguro que dentro de estos últimos se encuentran los actos que el Estado comenta actuando en su calidad de particular, verbigracia, los llevados a cabo por los Estados dentro del terreno del comercio o lo privado¹⁸³, pero ¿pasara lo mismo en lo relativo a las graves violaciones derechos humanos o crímenes de Derecho internacional que se comentan a raíz de un acto realizado por un Jefe de Estado, Jefe de Gobierno, Secretario o Ministro de Asuntos Exteriores o un Agente Diplomático, como tal? En palabras del Magistrado-Juez del Juzgado Central No. 5 de la Audiencia Nacional de España, Baltasar Garzón: "*...la inmunidad soberana, antes absoluta [...] se ha visto restringida cada vez más en la mayor parte de las naciones y se refiere solamente a actos oficiales de naturaleza pública,*

¹⁸¹ Caso United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, en I.C.J. Rep., 1980, p. 42, (la traducción es propia).

¹⁸² Para una mejor comprensión sobre estos temas véase los apartados 1.2.5, 1.2.6.1, 1.2.6.2 y 2.2. de la presente obra.

¹⁸³ Sin embargo, si bien en alguno casos resulta calara la distinción entre actos públicos y actos privados que realiza el Estado, existen otros supuestos en que la diferenciación no es tan fácil.

*para distinguirlos de los de naturaleza privada...*¹⁸⁴ El Juez Garzón entiende que, la doctrina de inmunidad soberana constituye un mero acto de cortesía recíproca que ha sido establecida para impedir que los gobiernos extranjeros y sus propiedades sean sujetos a la jurisdicción de tribunales de otros países, sin embargo, la misma no obliga en Derecho internacional y únicamente se puede aplicar en aquellos casos en que la actividad sobre la cual recae el acto del Estado extranjero, se encuentre basada en un acto de carácter público¹⁸⁵.

En este tenor, la inmunidad soberana podría aplicarse cuando se trate de un acto gubernamental o de Derecho público en los cuales el Estado participa (*iure imperi*), y no cuando se está en presencia de un acto comercial o de negocios, en los cuales el Estado participa como sujeto de derecho (*iure gestionis*)¹⁸⁶; ello debido a que la tesis de la inmunidad soberana absoluta ya no se puede sostener como una norma de Derecho internacional general, porque ni existe en la actualidad una práctica uniforme (elemento material de la costumbre), y no cabe considerar tampoco que exista una *opinio iuris generalis* (elemento espiritual). Consiguientemente, el desconocimiento de la inmunidad de los casos de actos de *iure gestionis* no desencadena la responsabilidad internacional del Estado del tribunal que condene a un Estado

¹⁸⁴ GARZÓN REAL, B., *Cuento de Navidad. Es Posible un Mundo Diferente*, op. cit., pp. 74 y 75, (las cursivas son propias).

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ Este postulado es el que propiamente se gesta a raíz de la llamada teoría restringida de inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, la cual encuentra sus orígenes tras una línea jurisprudencial que habían iniciado en el siglo XIX los tribunales belgas e italianos, ganando mayor aceptación por parte de los Estados a raíz de “*The Tate Letter*”; carta que el entonces Secretario de Estado de los Estados Unidos de Norte América Jack Tate dirige al Procurador General, el 19 de mayo de 1952. La carta hace mención, entre otras, de la posición argentina, quien junto con Suecia y Holanda, a criterio del Secretario de Estado ya entonces aceptaba la distinción entre actos públicos y privados. *Vid.*, CARTER, Barry E. y TRIMBLE, Philip R., *International Law*, Little, Boston, 1991, p. 555. Actualmente, la teoría de la inmunidad restringida está ganando progresivamente adeptos especialmente entre los países occidentales. Sobre la práctica estatal *Vid.*, *Materials on Jurisdiction Immunities of States and their Property*, en *United Nations Legislative Series*, Nueva York, 1982. De igual forma véase, La Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados, de 16 de mayo 1972 (Convención inspirada en la tesis de inmunidad restringida, de la que hoy día son parte Reino Unido, Australia, Bélgica, Suiza, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos y Chipre).

extranjero¹⁸⁷; postura que no resulta tan clara de afirmar en lo relativo a actos de Estado de *iure imperi*, pese a que se trate de la realización de graves violaciones de derechos humanos o la comisión de crímenes de Derecho internacional.

Sin embargo, en atención a la interrogante antes formulada, cabe hacer notar que muchas autoridades de tribunales locales de varios países mantienen hoy en día que los actos de Estados extranjeros que representen una clara violación de Derecho internacional no tienen derecho a la protección de la doctrina del acto de Estado, entre otras cosas, porque la comunidad internacional no tiene ningún interés en proteger actos de Estado extranjeros que violen claramente las leyes internacionales¹⁸⁸. Y como bien ha afirmado la Comisión de Derecho Internacional al tratar de dar luz sobre el tema: "...*la inmunidad de Estado es limitada o restringida en el sentido de que no es "absoluta" ni hay que reconocerla en todo tipo de circunstancias sin tener en cuenta en qué calidad haya actuado el Estado o la clase de actividades atribuidas al mismo...*"¹⁸⁹ De ahí que en el desarrollo del presente capítulo nos demos a la labor, entre otras cosas, de comprobar la existencia de una restricción al principio de inmunidad soberana en lo relativo a la comisión de crímenes internacionales o de aquellos actos que vulneren severamente los derechos humanos, afirmando el reconocimiento y la aceptación por parte de la Comunidad Internacional del llamado principio de no inmunidad soberana o improcedencia del cargo oficial como tutelador de las normas de *ius cogens*; principio que hoy es retomado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional en sus artículos 27.1 y 27.2.

¹⁸⁷ PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, op. cit., p. 525.

¹⁸⁸ GARZÓN REAL, B., *Cuento de Navidad. Es Posible un Mundo Diferente*, op. cit., pp. 74.

¹⁸⁹ A/RES/46/55, de 20 de diciembre de 1991.

1.2. Inmunidad de Jefe del Estado/Gobierno.

Es lógico y correcto afirmar que el Estado es una persona moral, pero ¿cómo actúa un Estado siendo una persona moral? Un Estado ejecuta actos a través de sus respectivos órganos. El órgano supremo de todo Estado es el Jefe del Estado (que en determinados países, según normas constitucionales, puede ser también Jefe del Gobierno). Por consiguiente, los actos que realicen tanto el Jefe del Estado como el Jefe del Gobierno, en calidad de órganos del Estado, son considerados por el Derecho internacional como actos realizados a nombre de la entidad soberana que representan¹⁹⁰.

Por lo que respecta al tópico de las inmunidades de las cuales gozan el Jefe del Estado y el Jefe del Gobierno en el extranjero, en tanto órganos de Estado que son, hay que decir que el Derecho internacional sí reconoce las mismas; así como concede ciertos privilegios a aquellos. En el presente estudio no se abordará lo concerniente a los privilegios personales reconocidos por el Derecho internacional; sino sólo se analizará el tema de las inmunidades personales mencionadas, ello por consistir (este último aspecto) el objeto esencial del presente capítulo. Una vez realizada la aclaración anterior, hay que atender al fundamento jurídico de las inmunidades de las cuales gozan los Jefes del Estado y del Gobierno en el extranjero. Anteriormente en el Derecho internacional clásico esta categoría de inmunidades encontraba fundamento en una postura de tipo personal, atendiendo al cargo que desempeñaba el individuo como órgano primordial del Estado, postura que hallaba sustento en el principio de extraterritorialidad,

¹⁹⁰ Véase al respecto la sentencia de 20 de diciembre de 1974 que dictó la Corte Internacional de Justicia al resolver Caso de los Ensayos Nucleares, en *Récueil des Arrêts de la Cour Internationale de Justice*, 1974, pp. 254 y 268 y ss.

actualmente el Derecho internacional contemporáneo fundamenta las mismas a la luz del principio de igualdad soberana de los Estados¹⁹¹.

La inmunidad de la cual gozan el Jefe del Estado y el Jefe del Gobierno en un país distinto al suyo, en forma esencial, es la relativa a la inmunidad jurisdiccional respecto de los tribunales del Estado donde prestan o desarrollan sus funciones; ésta alude tanto al ámbito de lo civil como de lo penal.

La inmunidad jurisdiccional penal de la que disfrutaban el Jefe del Estado y el Jefe del Gobierno es completa¹⁹², sin embargo, por lo que toca a crímenes de Derecho internacional se encuentra restringida, ello en atención al principio de improcedencia del cargo oficial que se encuentra plenamente reconocido, incluso cuando se actúa en calidad de Jefe del Estado y/o del Gobierno. Tal situación se ha establecido en la Ley Número 10 del Consejo del Control Aliado, el Estatuto y la jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, y posteriormente ratificado por el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1954 (artículo 3), el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 (artículo 7), los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda (artículos 7 y 6 respectivamente), y hoy día se encuentra consagrado en el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 (artículos 27.1 y 27.2); principio en virtud del cual se exige la responsabilidad penal internacional de los Jefes del Estado y del Gobierno por la comisión de crímenes de Derecho internacional.

¹⁹¹ La inmunidad de jefe de Estado, que en el pasado estaba muy vinculada a la inmunidad soberana cuando el soberano era el Estado, actualmente sólo está parcialmente relacionada con la inmunidad soberana en el estricto sentido técnico. *Vid.*, GARZÓN REAL, Baltasar, *Cuento de Navidad. Es posible un Mundo Diferente, op. cit.*, p. 75.

¹⁹² Sir A. WATTS, The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Governments and Foreign Ministers, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1994, T. III, Vol. 247, pp. 13 y ss.; P. CAHIER, *Derecho Diplomático Contemporáneo*, Rialps S.A., Madrid, 1965, pp. 477 y ss.

En palabras resumidas, la inmunidad de jurisdicción penal que poseen los Jefes del Estado y del Gobierno en el extranjero es claramente reconocida por la Comunidad Internacional, pero en cuestión de crímenes de Derecho internacional ésta, en algunas circunstancias, no operará en atención al principio de improcedencia del cargo oficial¹⁹³.

Ante la restricción ya apuntada de la inmunidad de jurisdicción penal que poseen los Jefes del Estado y del Gobierno en el extranjero, habrá que cuestionarnos: ¿si aplica esta inmunidad al Jefe del Estado o del Gobierno cuando haya cesado el desempeño de sus respectivas funciones o cargo, particularmente, cuando estos hayan cometido crímenes de Derecho internacional durante el periodo en el que se desempeñaron como órganos del Estado? Éste es el caso del general Augusto Pinochet Ugarte, presidente de Chile durante la dictadura militar que comprendió de 1973 a 1990, mismo que fue detenido en Inglaterra (tras su visita a ese país por cuestiones de salud) a expensas de una solicitud de extradición del Juzgado Central No. 5 de la Audiencia Nacional de Madrid, que emitiera el Juez Baltasar Garzón con la finalidad de enjuiciar al ex-Jefe de Estado chileno por la comisión de crímenes de Derecho internacional que éste llevara a cabo durante su mandato¹⁹⁴.

La sentencia de la Cámara de los Lores afirmó la ausencia de inmunidad de jurisdicción penal por parte de senador vitalicio Augusto Pinochet, al opinar:

¹⁹³ Al respecto obsérvese el apartado 2.3. del presente capítulo.

¹⁹⁴ Vid., COSNARD M., Quelques Observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans L'affaire Pinochet, *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, No. 103, pp. 308 y ss.; FOX H., The Pinochet Case No. 3, *op cit.*, pp. 687 y ss.; BIANCHI A., Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case, *European Journal of International Law*, 1999, No. 10, pp. 237 y ss.; DOMINICÉ C., Quelques observations sur L'immunité de juridiction pénale de l'ancien Chef d'État, *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, No. 103, pp. 296 y ss.

De acuerdo con la decisión de los Lores, considero que la información que se me ha presentado con relación a las alegaciones presentadas con posterioridad al día ocho de diciembre de 1988, justifican la acción legal por un delito de torturas y de conspiración para la tortura, delitos por los que el senador Pinochet no goza de inmunidad¹⁹⁵.

Otro caso al respecto lo constituye el precedente que marcó el ya mencionado caso Milošević. Slobodan Milošević, de origen serbio, presidió la ex-Yugoslavia en la década de los noventa, y en el año 2001 fue entregado al tribunal internacional penal de la ex-Yugoslavia para su procesamiento por cargos que constituyen crímenes de Derecho internacional, y desde entonces permanece en prisión preventiva en La Haya¹⁹⁶.

De este modo, el citado principio de improcedencia del cargo oficial se encuentra visiblemente consolidado en el caso de los antiguos Jefes de Estado, y retomando las palabras del maestro Brotons, ello es así “...*en la medida en que la inmunidad estatal es ratione personae, y por tanto sólo se justifica en tanto que la persona ostente la posición oficial beneficiaria de la inmunidad, pero en modo alguno cubren los actos que hubiesen sido cometidos en razón de dicha posición...*”¹⁹⁷

Ahora, si bien el principio de improcedencia del cargo oficial se encuentra perfectamente reconocido por el Derecho penal internacional y

¹⁹⁵ *House of Lords v. Bartlett and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet. Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, 8 de octubre de 1999, Ronald David Bartle, parágrafo 48, (la traducción es propia). Lamentablemente a pesar de que la Sentencia se inclinó en contra de Augusto Pinochet el Ministro del Interior británico accedió a su liberación y regreso a Chile tomando en consideración “razones humanitarias”.

¹⁹⁶ *Supra.*, apartado 1.2.6.1 del capítulo I de la presente obra y específicamente véase nota al pie número 54.

confirmado por la práctica de los Estados respecto de ex-Jefes del Estado o ex-Jefes del Gobierno, su efectividad y alcance no se hayan claramente determinados, pues postura distinta a la anterior refiere la alegación de dicho principio en el caso de Jefes del Estado o del Gobierno que se encuentren en funciones o activos. De esta forma, la operatividad del principio de improcedencia del cargo oficial resulta mucho más compleja en el caso de Jefes del Estado o del Gobierno en funciones, en la medida en que en este caso la alegación de la inmunidad enlaza con el fundamento de esa institución basado en el ejercicio del principio de soberanía¹⁹⁸, por lo que los Jefes del Estado o del Gobierno en funciones gozan de esta inmunidad por la misma razón que el Estado extranjero goza de inmunidad soberana para actos de gobierno de naturaleza pública (*iure imperi*). Sin embargo, esta conclusión no se debe basar en la noción de que para los Jefes de Estado el requisito del *ne impediatur legatio* prevalece sobre las demandas de la justicia.

Llevar ante un tribunal a un Jefe de Estado puede comprometer la estructura y el funcionamiento del Estado extranjero, puesto que en él se descargan importantes y sensibles funciones constitucionales. Por lo tanto, con respecto al Jefe de Estado, existen dos valores que hacen contrapeso: por un lado, la necesidad de evitar cualquier conducta que pudiera conducir a la interrupción de funciones de las instituciones más altas de un Estado extranjero y, por otro lado, se encuentra la exigencia de asegurar la demanda mundial de justicia, procesando y juzgando a los criminales internacionales; cuestiones que sin duda alguna nos obligan *a fortiori* a tratar de lograr un equilibrio razonable entre ambas tesis, sin embargo hay que destacar necesariamente que la posibilidad de que un Jefe de Estado sea arrestado y procesado al exterior puede prestarse al abuso, y esto por supuesto podría

¹⁹⁷ REMIRO BROTONS, A., *El Caso Pinochet. Los Límites de la Impunidad*, Política Exterior-Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pp. 117 y ss.

¹⁹⁸ *Idem*.

poner en considerable peligro las relaciones de paz internacional, cuestión por la cual actualmente resulta sumamente difícil llevar a la praxis este supuesto.

En el caso Pinochet, algunos jueces de la Cámara de los Lores indicaron que si Pinochet hubiese sido, al momento en que se llevó a cabo el caso, Jefe de Estado, él habría gozado de inmunidades y por lo tanto de la exención personal de la detención y de la jurisdicción criminal en Gran Bretaña¹⁹⁹. De igual forma en el reciente caso, substanciado en la Corte de Casación francesa, concerniente a la alegación de complicidad en una acción terrorista de M. Ghaddafi, líder de *Socialist People's Libyan Jamahirija*, el Abogado General negó la naturaleza consuetudinaria del principio de improcedencia de inmunidad *ratione materiae* por cargos de crímenes de Derecho internacional, o a *contrario sensu* afirmó el predominio de inmunidad para Jefes del Estado en funciones en tratándose de este tipo de cargos²⁰⁰. Otro caso que podría confirmar el imperio de las inmunidades de Jefes de Estado en funciones sobre el principio de improcedencia del cargo oficial por comisión de crímenes de Derecho internacional se podría configurar tras la culminación del asunto Saddam Hussein, pues el ex-dictador del Estado iraquí al estar siendo juzgado hoy día por un Tribunal Especial en su país²⁰¹, por la

¹⁹⁹ Esta cuestión incidentalmente fue tratada a través de la referencia específica a la sección 20 del Documento referente a los actos inmunes del Estado británico de 1978 (véase en detalle la opinión de Lord Phillips, en el juicio de la Cámara de los Lores de 24 marzo 1999: si el senador Pinochet fuese aún el jefe de estado de Chile, él y Chile estaría en una posición para quejarse de que el proceso entero de extradición era una violación de los deberes garantizados bajo derecho internacional a una persona de su *status*. Un Jefe de Estado en una visita a otro país es inviolable. Él no puede ser arrestado o ser detenido, y él no puede ser sujeto a un proceso judicial, ya sea civil o penal, substanciado ante las cortes del Estado que él está visitando (la traducción es propia).

²⁰⁰ Un análisis crítico de la postura tomada por el Abogado General, así como de la decisión tomada por la Corte de Casación francesa el 13 de marzo de 2001, véase ZAPPALA S., *Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French Cour de Cassation*, *European Journal of International Law*, 2001, No. 12, pp. 595 y ss.

²⁰¹ Este Tribunal Especial posee características singulares, ya que a diferencia de los tribunales especial antes constituidos, como el de Sierra Leona y el Timor Oriental, éste sólo actuará bajo la base del Derecho iraquí, y el mismo se encuentra constituido exclusivamente por magistrados iraquíes, lo que hace dudar seriamente de su efectividad.

comisión de crímenes de orden internacional, ha opuesto como argumento base de su defensa el hecho de que él sigue gozando de las inmunidades que le otorga el cargo de Jefe de Estado *per se*, por considerar que no ha perdido tal función. El equipo legal de Hussein alega que la inmunidad de Estado sólo puede ser revocada por actos cometidos por el Jefe de Estado mientras estaba en el exilio o estuviera depuesto²⁰², por lo que, sí el juicio se resolviese a favor de este último argumento el caso Hussein se sumaría a la práctica de los Estados sobre el tópicó de inmunidades de órganos de Estado, confirmando nuevamente la imposibilidad de llevar ante un tribunal a un Jefe de Estado en funciones bajo cargos de crímenes de Derecho de gentes.

Así las cosas, y tras los casos relevantes discutidos hasta ahora es claro que la escasa práctica internacional al respecto indica una tendencia hacia el reconocimiento de las inmunidades personales de los órganos de Estado en funciones en el caso de crímenes internacionales (particularmente de los Jefes de Estado y/o de Gobierno). Pese a ello, hoy día resulta sumamente controvertida esta situación, debido a que el desarrollo progresivo del Derecho penal internacional o internacional penal parece mostrar un efecto generador de lo que algún día pudiese convertirse en una norma de Derecho internacional relativa a la jurisdiccionalización de órganos del Estado que se hallen en funciones (que tal vez, pudiera aplicar también respecto de

²⁰² Giovanni di Stefano, uno de los veinte abogados que integran el equipo defensor del ex líder iraquí, consideró en sus declaraciones desde París que: "...Hussein no puede ser procesado según la Constitución de Irak de 1969... Hussein debería estar en libertad y esperar el proceso en Suiza, Suecia o Austria porque goza de inmunidad para su procesamiento por actos cometidos cuando fue jefe de Estado, según explicó el abogado a la agencia Scottish Press Association... debería ser puesto en libertad bajo fianza hasta que el Tribunal Especial Iraquí pueda demostrar que tiene competencia para enjuiciarlo. El equipo legal de Hussein alega que la inmunidad de Estado sólo puede ser revocada por actos cometidos por el Jefe de Estado mientras estaba en el exilio o estuviera depuesto. Vid. <http://www.lanacion.com.py/noticias.php?not=79922&fecha=2004/07/12> (sitio consultado el día 16 de julio de 2004). "El artículo 40 de la Constitución estipula que el Jefe de Estado goza de inmunidad" declaró Al Rashdan al canal satélital árabe Al Jazeera. Vid. <http://www.ipsenespanol.net/interna.asp?idnews=29689> (página consulta por última vez el día 16 de julio de 2004).

los Jefes del Estado o Jefes del Gobierno), cuando los mismos cometan o hayan cometido crímenes de Derecho internacional, ya sea por tribunales penales internacionales o tribunales nacionales. Es decir, actualmente nos encontramos en el punto de partida de lo que un día puede ser una norma de Derecho internacional de carácter consuetudinario, relativa a la aplicación de no-inmunidad jurisdiccional penal de los órganos del Estado en funciones cuando estos con sus actuare encuadren alguno(s) de los tipos que marcan los *delicta iuris gentium*; ello a raíz de la afirmación de dicha posibilidad por el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional a través de sus artículos 27.1 y 27.2, puesto que el Derecho internacional no permite suponer que habiéndose establecido un crimen que atenta contra el *ius cogens* al mismo tiempo se otorgue una inmunidad, la cual tiene los mismos límites que la obligación que busca imponer²⁰³.

Una vez consolidada esta norma, que hoy se encuentra en *status nascendi* (relativa a la restricción de inmunidad jurisdiccional penal de los órganos del Estado en funciones), muy probablemente no existirá más la impunidad.

Ya para finalizar estas líneas, habrá que mencionar que lo que es irrefutable hasta ahora es que la inmunidad de jurisdicción penal de la cual gozan los órganos del Estado en funciones sigue imperando en la mayoría de los casos, y por lo tanto habrá que esperar el actuar de la CPI en este sentido, atendiendo a que el mencionado órgano jurisdiccional hará las veces de un parte aguas sumamente importante en este campo. Todo lleva a pensar que la Corte deberá actuar de conformidad con los artículos 27.1 y

²⁰³ House of Lords v. Bartlett and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet. Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), 8 de octubre de 1999, Lord Millett, en *International Court of Justice, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 14 de febrero de 2002, párrafo 56, (la traducción es propia).

27.2 de su respectivo Estatuto²⁰⁴, atendiendo a la naturaleza y fin de la misma; sin embargo, el obrar de la Corte en este sentido no será tarea fácil, pues existen normas que aluden a la operatividad de la inmunidad de los órganos del Estado en funciones fuertemente arraigadas en el Derecho internacional y que también yacen en el propio Estatuto de Roma: artículo 98.1, de ahí la complicación del asunto²⁰⁵, ¿podrá la CPI contradecir lo hasta ahora estipulado en la materia por el Derecho internacional consuetudinario?.

Pese a la titánica dificultad que apareja una respuesta positiva a la anterior interrogante existen grandes posibilidades de palpar la no-inmunidad de los órganos del Estado, en cualquier caso (estando en funciones o no), en tratándose de *delicta iuris gentium* como norma de Derecho internacional sostenida por la futura jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, ello gracias a la existencia de una fuerte base jurídica claramente consolidada en el Derecho internacional contemporáneo: “el principio de improcedencia del cargo oficial” y las normas de *ius cogens*, tópico que se abordará en el apartado 2.3.3. de este capítulo.

1.3. Inmunidad de Ministro de Asuntos Exteriores.

Los Secretarios o Ministros de Asuntos Exteriores al igual que los Jefes del Estado y del Gobierno poseen ciertos privilegios y también les son

²⁰⁴ Debido a la importancia que reviste a estos artículos, a continuación se citan textualmente. Art. 27.1.- El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

Art. 27.2.- Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o internacional, no obstará para que la Corte ejerza su competencia sobre ella. *Vid.*, Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, *op. cit.*

²⁰⁵ *Vid.*, apartados 1.4.5 y 1.4.5.1 del capítulo Primero y 2.2. del presente capítulo, todos ellos de esta obra.

reconocidas por el Derecho internacional ciertas inmunidades. Sin embargo, la comunidad doctrinaria no es unánime al aceptar esta situación²⁰⁶.

De esta forma, uno de los aspectos que ha influido en gran medida al imperio de las inmunidades de los órganos del Estado en funciones, en lo versante a la jurisdicción penal, lo constituye la consuetudinaria aceptación de las inmunidades que ostentan los Ministros o Secretarios de Asuntos Exteriores, por parte de la comunidad internacional. Un claro precedente de ello lo constituye el caso del tribunal estadounidense que, siguiendo la sugerencia del Departamento de Estado, reconoció la inmunidad de jurisdicción del Secretario de Asuntos Exteriores de Corea, durante su visita oficial al país en 1963²⁰⁷; mayor sustento de lo aquí afirmado se encuentra tras el análisis de la Resolución No. 259 (XXIV), de 8 de diciembre de 1969, de la Asamblea General de Naciones Unidas, a través de la cual se aprobó (sobre la base de un proyecto previamente elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en 1967) la Convención sobre Misiones Especiales de 16 de diciembre 1969²⁰⁸; su artículo 21.2 reconoce que el Ministro de Asuntos Exteriores y demás personalidades de rango elevado cuando se encuentren en una misión especial del Estado que envía, gozarán en el Estado receptor o en un tercer Estado, además de lo que otorga la Convención, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho internacional; de igual forma, la Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Incluidos los Agentes Diplomáticos, que fue aprobada a través de la Resolución No. 3.166 (XXVIII), de 14 de diciembre de 1973, de la Asamblea General de Naciones Unidas (misma que entró en vigor desde el 20 de febrero de 1977, y de la cual hoy

²⁰⁶ PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, op. cit., p. 477.

²⁰⁷ CAHIER, P., op. cit., p. 478.

²⁰⁸ Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General Status, 31 de diciembre de 1994, Naciones Unidas, Nueva York, 1995, p. 78. Al 31 de diciembre de 1994 eran 30 Estados partes y la convención está en vigor.

día se hayan 57 Estados Partes), reconoce a lo largo de su articulado una protección especial a los Secretarios o Ministros de Asuntos Exteriores²⁰⁹.

Ahora bien, este reconocimiento de inmunidades y privilegios de los Secretarios o Ministros de Asuntos Exteriores (y de los Jefes del Estado y del Gobierno, así como de los Agentes Diplomáticos) en forma convencional, consuetudinaria o a través de resoluciones de organismos internacionales es indudable, sólo que tales privilegios e inmunidades son conferidos sobre una base de carácter funcional y nunca personal²¹⁰, principio *ne impediatur legatio*. Las inmunidades y privilegios se conceden con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de los órganos del Estado.

Dentro de las inmunidades que posee el Secretario de Asuntos Exteriores se encuentran la inmunidad de tipo jurisdiccional penal, y al igual que la inmunidad de este tipo que ostentan los Jefes del Estado o los Jefes del Gobierno, es considerada con el carácter de plena o completa; hallándose restringida sólo en el supuesto de crímenes de Derecho internacional a raíz del principio de improcedencia del cargo oficial, como se ha demostrado en apartados anteriores²¹¹.

Partiendo de la idea de que las inmunidades conferidas a los órganos del Estado no son de tipo personal, sino se otorgan para facilitar sus funciones en el extranjero, es decir, éstas reflejan un carácter meramente funcional; la inmunidad jurisdiccional del tipo penal que poseen los Secretarios o Ministros de Asuntos Exteriores, al igual que la inmunidad de este ámbito que ostentan los Jefes del Estado o del Gobierno, encuentra restricción tras la comisión de crímenes de Derecho internacional a la luz del

²⁰⁹ Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General Status, 31 de diciembre de 1987, Naciones Unidas, Nueva York, 1988, p. 84.

²¹⁰ Al respecto véase *International Court of Justice, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *op. cit.*, parágrafo 53.

principio de improcedencia del cargo oficial, pero también al igual que el caso de los Jefes del Estado o del Gobierno, esta restricción sólo se halla claramente reconocida en el caso de los Ministros de Asuntos Exteriores que no se encuentren desempeñando sus respectivos cargos, siendo más ambigua su aplicación en el supuesto de que tales Ministros se encuentren en funciones²¹².

Entonces, ¿podrá la CPI juzgar a Ministros o Secretarios de Asuntos Exteriores en funciones por la comisión de cualquiera de los crímenes de los cuales posee jurisdicción *ratione materiae*? Para responder esta interrogante es requisito indispensable responder antes ¿sí el Derecho internacional contempla la posibilidad de anular la inmunidad de los Ministros de Asuntos Exteriores en funciones, para que los mismos puedan ser juzgados por la comisión de crímenes de Derecho internacional?

Atendiendo a la última cuestión formulada, la voluntad del Estado al cual el Ministro de Asuntos Exteriores representa juega un papel fundamental, igual que el plano en el que se pretenda substanciar el juicio. De esta manera se pueden presentar varios panoramas: a) que el juicio se libre en el plano nacional, es decir, que el Estado representado por el Ministro de Asuntos Exteriores desee juzgar a éste por la comisión de *delicta iuris gentium*; en esta hipótesis no existe complicación mayor para realizar lo propio que la de substanciar el trámite de desafuero en la esfera nacional, de conformidad con las respectivas reglas relevantes de la Ley doméstica; b) si se trata del plano internacional, es decir, que el deseo de juzgar a tal individuo emane de tribunales extranjeros, las cosas se complican, existiendo dos posibles vías o

²¹¹ Véase los apartados 2.1.1. y 2.1.2. del presente capítulo.

²¹² Al respecto véase BRÖHMER, *Diplomatic Immunity, Head of State Immunity, State Immunity: Disconceptions of a Notorious Human Rights Violator*, *Leiden Journal of International Law*, 1999, Vol. 12, pp. 361 y ss.; BIANCHI, A., *Denying State Immunity to Violators of Human Rights*, *Austrian Journal of Public and International Law*, 1993, No. 46, pp. 195 y ss.

alternativas entre las cuales un Estado puede optar libremente ante la comunicación del deseo de juzgar por un tercero a su respectivo Secretario o Ministro de Asuntos Exteriores; la primera de ellas refleja la venia o complacencia del Estado de que se lleve a cabo el juicio, para lo cual tendrá que levantar la inmunidad; por su parte, la segunda vía sería oponerse a ello y de realizarse lo propio todo parece indicar que actualmente no puede juzgarse a tales individuos mientras desempeñen sus funciones por tribunales domésticos extranjeros cuando el Estado al que representen no retire la inmunidad, pues la base fundamental para sostener la excepción al principio de inmunidad absoluta de jurisdicción penal por parte del Secretario o Ministro de Relaciones Exteriores en funciones en tratándose de crímenes de Derecho internacional es un tanto endeble, a menos que se trate de tribunales penales internacionales y los mismos tengan jurisdicción para conocer del asunto (Corte Penal Internacional).

Al respecto es particularmente clara la actitud del Tribunal de La Haya en su sentencia de 14 de febrero de 2002 (*caso relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000*, mejor conocido como *caso Yerodia Ndombasi*), suscitado entre la República Democrática del Congo y Bélgica a raíz de que el 13 de abril de 2000 un juez de instrucción del tribunal de primera instancia de Bruselas basándose en la llamada Jurisdicción Universal²¹³ emitió una "orden de arresto internacional *in absentia*" contra el Sr. Abdulaye Yerodia Ndombasi, imputándole autoría o coautoría en la comisión de delitos constitutivos de graves violaciones a las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales, y de crímenes de *lesa humanidad*²¹⁴, pero al tiempo en que la orden de arresto fue emitida, el Sr.

²¹³ Sobre el tema de jurisdicción universal véase al respecto el apartado 1.4.2. del primer capítulo de esta obra.

²¹⁴ En la orden de arresto el Sr. Yerodia es acusado de haber hecho varios discursos incitando al odio racial durante el mes de agosto de 1998. Los crímenes por los que es acusado el Ndombasi son punibles en Bélgica bajo la ley del 16 de junio de 1993, relativa al castigo de graves violaciones de las Convenciones Internacionales de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y de sus

Yerodia Ndombasi era el Ministro a cargo de las Relaciones Exteriores del Congo, por lo que este Estado alegó violación por parte de Bélgica de la regla de derecho consuetudinario internacional relativa a la absoluta inviolabilidad e inmunidad de ser sometido a proceso penal de los ministros extranjeros en funciones; cuestión que sostenía el Congo, apareja violación al principio de igualdad soberana de los Estados²¹⁵. La Corte al considerar el argumento belga, de que las inmunidades acordadas a los Ministros de Relaciones Exteriores en ningún caso pueden protegerlos cuando son sospechados de haber cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, se obligó a examinar cuidadosamente la práctica de los Estados, incluyendo la legislación nacional y los escasos fallos de las cortes supremas nacionales, tales como los de la Casa de los Lores y la de la Corte francesa de Casación en los casos *Pinochet* y *Ghaddafi* respectivamente, arribando a la conclusión de que:

Ha sido incapaz de deducir de esta práctica que exista bajo el derecho consuetudinario internacional cualquier forma de excepción a la regla que acuerda inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad a los ministros de relaciones exteriores en funciones, cuando sean sospechosos de haber cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad²¹⁶.

La Corte también examinó las reglas concernientes a la inmunidad o responsabilidad criminal de personas que tengan autoridad oficial contenidas en los instrumentos legales de los tribunales internacionales, así como cuáles son específicamente aplicables a estos últimos (Estatuto del Tribunal Militar

Protocolos Adicionales I y II del 8 de junio de 1977 (mejor conocida como Ley Belga). El artículo 7 de la Ley Belga establece que las cortes belgas tendrán jurisdicción con respecto a los crímenes establecidos en la presente Ley, dondequiera que los mismos hayan sido cometidos (jurisdicción universal).

²¹⁵ *International Court of Justice, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *op. cit.*, párrafos 12, 13, 15 y 16, (la traducción es propia).

²¹⁶ *Idem.*, párrafo 58, (la traducción es propia).

Internacional de Nüremberg, art. 7; Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio, art. 6; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, art. 7.2; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, art. 6.2; Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 27), llegando a la consideración de que:

Esas reglas tampoco permiten concluir que exista tal excepción en derecho consuetudinario internacional con relación a las cortes nacionales.

Finalmente el Tribunal Internacional de Justicia concluyó que la emisión y circulación de la orden de arresto del Sr. Yerodia Ndombasi constituyó una violación de una obligación de Bélgica hacia el Congo, en la que no supo respetar la inmunidad del Ministro a cargo de las Relaciones Exteriores del Congo, y más particularmente, infringió la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de la que éste gozaba bajo Derecho internacional, y como última consideración a la situación de las inmunidades apuntó:

Debe de notarse además, que las reglas que regulan la jurisdicción de los tribunales nacionales deben ser distinguidas cuidadosamente de aquellas que regulan las inmunidades de jurisdicción: jurisdicción no importa ausencia de inmunidad, mientras que ausencia de inmunidad no implica jurisdicción. De tal manera, a pesar de que varias convenciones internacionales sobre la prevención y castigo de ciertos serios crímenes, imponen a los Estados las obligaciones de perseguir o extraditar, lo que requiere que extiendan su jurisdicción criminal, tal extensión de la jurisdicción de manera alguna afecta las inmunidades bajo el derecho consuetudinario internacional, incluyendo aquellas de los ministros de relaciones exteriores. Estas continúan siendo oponibles

a los tribunales de un Estado extranjero, aún cuando ejercitan su jurisdicción bajo esas convenciones.

La Corte enfatiza, sin embargo, que la inmunidad de jurisdicción de la que gozan los Ministros de Relaciones Exteriores en funciones no significa que gocen de *impunidad* con relación a cualquier crimen que pudieran haber cometido, sin considerar su gravedad. Inmunidad de jurisdicción penal y responsabilidad individual penal son dos cosas diferentes. Mientras que la inmunidad jurisdiccional tiene naturaleza procesal, la responsabilidad criminal es una cuestión de ley sustantiva. La inmunidad jurisdiccional puede bien obstaculizar la prosecución durante un cierto período o por ciertos crímenes; no puede exonerar a la persona a quien se aplique de toda responsabilidad criminal.

Consecuentemente, las inmunidades gozadas bajo derecho internacional por un ministro de relaciones exteriores en funciones o anterior, no representan un impedimento para la prosecución penal²¹⁷.

De este modo la sentencia del Tribunal de La Haya supone una regresión peligrosa en la lucha por conseguir un espacio judicial regido por el principio de Justicia Universal, y en la lucha contra las inmunidades. La sentencia es clara, limita a las jurisdicciones de los tribunales nacionales de toda noción de Justicia Universal por lo que refiere a órganos del Estado en funciones y avala la inmunidad absoluta de las mismas, particularmente de los Ministros de Asuntos Exteriores, respecto de tales jurisdicciones. Sin embargo, lo rescatable es que también reafirma que en tanto una persona cese de mantener el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores (y por consiguiente cualquier otro cargo de órgano del Estado) no podrá gozar más de las inmunidades acordadas por el Derecho internacional en otros Estados; y tras la condición de que tenga jurisdicción bajo el Derecho internacional, el

²¹⁷ Idem., párrafos 59, 60 y 61, (la traducción es propia).

tribunal de un Estado puede juzgar a un Ministro de Relaciones Exteriores de otro Estado (u otro órgano del Estado), con respecto a actos cometidos, antes o después, de su período en funciones, también como con respecto a actos cometidos durante ese período en funciones en su capacidad privada (*iure gestionis*).

Pero, sin duda alguna lo mayormente benéfico de esta sentencia lo constituye el hecho que la misma avala el principio de improcedencia del cargo oficial aplicable por tribunales penales internacionales, es decir, consolida la posibilidad de aplicación del principio de no-inmunidad soberana por tribunales internacionales de carácter penal, y restringe a las inmunidades de los órganos del Estado en los casos de crímenes de Derecho internacional que se ventilen ante estas instancias judiciales²¹⁸. Y muy significativamente esta sentencia alude a la Corte Penal Internacional, afirmando que la misma cuando tenga jurisdicción podrá incoar procedimientos judiciales en contra de Ministros de Asuntos Exteriores en funciones, atendiendo a que el artículo 27.2 de su Estatuto le dota de tal posibilidad, una vez que entre en funciones²¹⁹; postulado con el cual sin duda alguna se atiende afirmativamente a la interrogante planteada en líneas anteriores, siempre que la CPI tenga jurisdicción para hacerlo; sin embargo, debemos apuntar que para que la CPI posea jurisdicción al respecto es necesario en algunos casos la cooperación de los Estados de conformidad con el artículo 98.1. del su Estatuto, pero de no hallarse tal cooperación la hipótesis de juzgar a un Ministro de Asuntos Exteriores (o algún Agente Diplomático) por la CPI se torna contradictoria²²⁰.

²¹⁸ Un interesante y excelente análisis crítico de la sentencia del Tribuna de La Haya, en el caso Yerodia Ndombasi, se puede observar en CASSESE, Antonio, When May Senior Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on *The Congo v. Belgium Case*, *European Journal of International Law*, 2002, No. 13, pp. 54 y ss.

²¹⁹ *Idem.*, párrafo 61, (la traducción es propia).

²²⁰ *Vid.*, apartados 1.4.5.1 y 2.2. del primero y segundo capítulo del presente estudio, respectivamente.

Ahora, si la CPI siempre que posea jurisdicción está facultada para enjuiciar a Secretarios o Ministros de Relaciones Exteriores, con independencia de que se encuentren en funciones o no, por la comisión de aquellos crímenes que recae bajo su jurisdicción, ¿pasará lo mismo en el caso de los Agentes Diplomáticos? Esta cuestión se dilucidará a continuación, en el siguiente apartado.

1.4. Inmunidad diplomática.

El Tribunal Internacional de Justicia ha manifestado sobre el régimen de las relaciones diplomáticas que:

es un edificio jurídico pacientemente construido por la humanidad en el curso de los siglos, cuya salvaguardia es esencial para la seguridad y bienestar de una comunidad internacional compleja como la actual²²¹.

Ciertamente las misiones diplomáticas permanentes se consolidan en la sociedad europea de Estados de los siglos XVI y siguientes, formándose así una práctica sobre las funciones y el *status* de las mismas que con el correr del tiempo y la adición de la *opinio iuris* originó un cuerpo de normas consuetudinarias en la materia. El establecimiento de las misiones diplomáticas está denominada por el principio general del *mutuo* acuerdo entre los Estados interesados y las mismas se encuentran integradas por personas físicas. Los integrantes de las misiones diplomáticas, según el artículo 1º de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas son las siguientes categorías de personas: el jefe de la misión, los miembros del personal diplomático, los miembros del personal administrativo y técnico y

los miembros del personal de servicio de la misión, pero sólo el jefe de la misión y los miembros del personal diplomático son agentes diplomáticos en el sentido de la Convención, precisión importante a efectos de los privilegios e inmunidades.

De conformidad con el artículo 1. a) de la citada Convención, es jefe de la misión: "...*la persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal...*" Y atendiendo al artículo 14 del mismo instrumento existe una clasificación de aquellos sujetos considerados jefes de una misión diplomática, enunciando al rubro:

Los jefes de la misión se dividen en tres clases:

- a) Embajadores o nuncios acreditados ante los jefes de Estado y otros jefes de misión de rango equivalente.
- b) Enviados, ministros o internuncios acreditados ante los jefes de Estado.
- c) Encargados de negocios acreditados ante los ministros de relaciones exteriores.

Aunado a esta categorización se encuentra el encargado de negocios *ad interim*; éste es otro cargo diplomático que contempla el artículo 19.1 del mismo instrumento y se refiere al desarrollo de las funciones de jefe de misión en carácter interina, para el caso de que quede vacante tal puesto o por si el mismo no puede desempeñar sus funciones.

Pero, pese a esta clasificación, la praxis del Derecho internacional en lo relativo a asuntos diplomáticos señala que no existen diferencias de funciones ni de estatuto privilegiado a la luz del principio de igualdad jurídica de Estados. La clasificación que enuncia la Convención de Viena de 1969 ha

²²¹ *Asunto del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán*, C.I.J., *Recueil*, 1980, p. 3.

sido tachada por un sector doctrinal de inadecuada y, por algunos, hasta de inútil y anacrónica²²².

Por otro lado, son miembros del personal diplomático, según el artículo 1. *d)* de la Convención de Viena de 1961: "*...los miembros del personal de la misión que posean la calidad de diplomáticos...*" Posen calidad de agentes diplomáticos aquellos sujetos que sean nombrados como tales, ya sea por su pertenencia a la carrera diplomática del Estado acreditante, ya sea por su llana designación como tal (pudiendo darse el caso de que militares o ex-funcionarios del Estado, entre otros, ocupen dicho cargo).

Atendiendo a los privilegios e inmunidades, así como a las delimitaciones que se han realizado sobre el tópicó en el presente estudio, se ha creado una diversidad de teorías acerca de la fundamentación de las mismas: a) una primera teoría es la que se apoya en el carácter representativo del Agente Diplomático; el embajador representaba a su soberano, y al estar éste exento de las leyes de otro Estado la exención debía alcanzar a su representante; b) una segunda teoría fue enunciada por GROCIO, misma que gozó de mayor difusión, y consistió en la ficción de que el Agente Diplomático no había abandonado el territorio de su Estado y de que la misión diplomática constituía territorio del Estado acreditante, ubicada en el Estado receptor; c) la teoría contemporánea sobre el fundamento de los privilegios e inmunidades diplomáticas atiende a la funcionalidad de las misiones diplomáticas. Esta es la teoría que recoge la Convención de Viena de 1961 en su preámbulo (principio *ne impediatur legatio*)²²³.

²²² Según Cahier la clasificación del artículo 14 de la Convención de Viena de 1961 es anacrónica e inútil, puesto que no se corresponde con diferencia de funciones ni de estatuto privilegiado... parece evidente que es un error haber mantenido subdivisiones... *Y ello se corrobora por el párrafo 2 del propio artículo 14*, según en cual, salvo por lo que respecta a la precedencia y etiqueta, no se hará ninguna distinción entre los jefes de misión por razón de su clase... *Vid.*, CAHIER, P., *op. cit.*, p. 121, (las cursivas son propias).

²²³ PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, *op. cit.*, p 489.

Por lo que respecta a los Agentes Diplomáticos, estos gozan de inviolabilidad personal²²⁴, y específicamente en el campo de las inmunidades disfrutan de: inmunidad de jurisdicción, inmunidad fiscal, inmunidad aduanera y exención de las leyes sobre seguridad social²²⁵.

La inmunidad de jurisdicción penal de los agentes diplomáticos es absoluta²²⁶; cuestión que es codificada a través del artículo 31.1 de la Convención de Viena de 1961. Consecuentemente si un Agente Diplomático comete un delito de orden común en el Estado receptor, lo único que puede realizar éste es declararle *persona non grata* y obligarle a abandonar el país. Sin embargo, si se tratare de comisión de crímenes de Derecho internacional la inmunidad del Agente Diplomático se restringe, y si éste ya no está desempeñando funciones, sí puede juzgársele por tales actos, por tribunales nacionales de un Estado extranjero, y desde luego por un tribunal de carácter internacional también.

Por lo que respecta a la substanciación de un juicio penal en contra de un Agente Diplomático por cargos que implican crímenes de Derecho internacional dirimido ante un tribunal domestico existen dos restricciones a las inmunidades que otorga el Derecho internacional, mismas que son sumamente discutidas y hoy por hoy se intentan sustentar a fin de combatir el riesgo de que impere la impunidad, ello a la luz de la noción de que las reglas internacionales de inmunidades personales no son absolutas por

²²⁴ En palabras del Tribunal Internacional de Justicia: "...el principio de la inviolabilidad de las personas de los agentes diplomáticos y los locales de las misiones diplomáticas constituye uno de los fundamentos de este régimen establecido de larga gata..." *Asunto del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán, C.I.J., op. cit., p. 40.*

²²⁵ PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, op. cit., p 489.*

²²⁶ *Vid., DUPUY, P. M., Crimes et Immunités ou dans quelle Mesure la Nature des Premiers Empêche l'Exercise des Secondes, Revue Générale de Droit International Public, 1999, No. 103, pp. 189 y ss.*

naturaleza. Dichas restricciones son: a) la hipótesis de que el órgano de un Estado extranjero (Agente diplomático o Ministros de Asuntos Exteriores), tenga la nacionalidad del Estado territorial o receptor (piense, por ejemplo, en un nacional mexicano actuando como diplomático de España en México)²²⁷, b) la autorización del argumento general de que las inmunidades personales deben dejar de funcionar siempre que los foros del Estado que envía carezcan de jurisdicción sobre los crímenes presuntamente cometidos por dicho órgano de Estado. Este asunto aplica *a fortiori* cuando los crímenes alegados han sido cometidos en el territorio del Estado receptor o anfitrión, puesto que este Estado tiene un interés particular en el procesamiento y el castigo de los crímenes en cuestión²²⁸.

Sin embargo, pese a las tradicionales restricciones aplicables a las inmunidades de los órganos de Estado, particularmente aquellas referidas a los Agentes Diplomáticos, difícilmente estando activo o en cargo a un Agente Diplomático podrá enjuiciársele por la comisión de crímenes de Derecho de gentes por tribunales nacionales²²⁹. Sin embargo, situación distinta acontece respecto de un tribunal internacional que cuente con jurisdicción para ello, es decir estamos frente a las mismas causas que operan en el caso de los Ministros o Secretarios de Relaciones Exteriores²³⁰, pues tanto estos últimos como los agentes diplomáticos son órganos secundarios del Estado.

²²⁷ Esta posibilidad no sólo aplica Agentes Diplomáticos, sino que también opera para otros órganos de Estado, como los Ministros o Secretarios de Asuntos Exteriores.

²²⁸ GAETA, Paola, Official Capacity and Immunities, en *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 986-987, (la traducción es propia).

²²⁹ Un caso de lo anterior lo constituye, el hecho ocurrido el 9 de marzo del año 2000, cuando el subsecretario del estado de los Estados Unidos, Sr. Thomas Pickering, paso por alto una alegación de tortura peruana, emitida en contra del Sr. Tomas Ricardo Anderson Kohatsu. Pickering sostuvo que Kohatsu fue investido de inmunidades diplomáticas debido a la posesión de una Visa G-2, por lo cual no podría ser arrestado y procesado por los actos de la tortura (referidos por la convención 1984) lo que redundo en que Kohatsu abandonara el territorio de los E.E.U.U. y no fuese llevado ante un Tribunal por crímenes de orden internacional. Al respecto véase <http://www.humanrightsnow.org/peruandel.htm> (página visitada por última vez el 15 de mayo de 2004).

²³⁰ *Vid.*, apartado 2.1.3. del presente capítulo. Se recomienda también consultar: *International Court of Justice, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v.*

2. El artículo 98.1: ¿un límite de la competencia de la Corte?.

En apartados anteriores se ha desarrollado lo propio a la inmunidad de jurisdicción penal de la cual gozan aquellas personas reconocidas por el Derecho internacional como órganos del Estado (Jefes del Estado, Jefes del Gobierno, Ministros de Asuntos Exteriores y Agentes Diplomáticos); se ha establecido su funcionalidad, fundamento y restricciones, así como se han analizado distintos casos judiciales de gran relevancia sobre el tópicos (substanciados ante tribunales nacionales e internacionales) a la luz del principio de improcedencia del cargo oficial por lo que toca a crímenes de Derecho internacional (casos Pinochet, Milošević, Ghaddafi y Yerodia Ndombasi entre otros), arribando a la conclusión de que existe un fuerte arraigo del reconocimiento de tal inmunidad en Derecho internacional, consolidada a raíz de su codificación en diversos instrumentos internacionales ya mencionados²³¹. Sin embargo, tratándose de crímenes de Derecho internacional han sido los propios Estados quienes han reconocido una restricción a la misma, bien tras el actuar de sus respectivas cortes, bien tras la creación por parte de la comunidad internacional de tribunales internacionales, pero siempre bajo el fin último de reprimir y sancionar los crímenes más atroces que conoce el hombre, cuestión que ha gestado, cristalizado y codificado el llamado principio de improcedencia del cargo oficial, el cual es entendido como límite a tales inmunidades en materia de crímenes contra el Derecho de gentes atendiendo a su naturaleza protectora de normas de *ius cogens*. No obstante, su alcance aún no se halla del todo definido, cuestión por la cual contemporáneamente se eleva una fuerte pugna sobre jerarquización, sostenida entre tal principio y dichas inmunidades.

Belgium), *op. cit.*, así como ORREGO VICUNA, F., *Diplomatic and Consular Immunities and Consular Rights*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1992, No. 41, pp. 848 y ss.

²³¹ *Supra.*, epígrafe 2.1. del presente capítulo.

Es claro que en materia de órganos del Estado que no se encuentran en funciones, sus respectivas inmunidades de jurisdicción penal no se aplican ante la comisión de *delicta iuris gentium* frente a la CPI, pero en el caso de que los mismos se hallen en funciones es cuando surge la pugna antes señalada²³².

Esta controversia también ha afectado al Estatuto de Roma de la CPI limitando en apariencia la competencia de la Corte, pues si bien el citado tratado consolida, a través de sus artículos 27.1 y 27.2²³³, el principio de improcedencia del cargo oficial y plasma la posibilidad de que su principal órgano ejerza competencia sobre personas que desempeñan funciones de órganos de un Estado y que, en consecuencia, gozan de inmunidad de jurisdicción de carácter penal, también a través de su artículo 98.1²³⁴ se reconoce el gran peso que conlleva la inmunidad de jurisdicción penal de los órganos del Estado, exigiendo al parecer como requisito *sine qua non* para que la CPI pueda ejercer jurisdicción sobre aquellas personas en activo en el cargo, la cooperación del Estado correspondiente, relativa a la renuncia a la inmunidad de los órganos que lo representan en el extranjero.

²³² *Vid.*, apartado 2.1. del presente capítulo. Se recomienda también consultar: *International Court of Justice, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *op. cit.*

²³³ El artículo 27 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, manifiesta: 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 persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

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

²³⁴ El artículo 98.1 del Estatuto de Roma textualmente manifiesta que: La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que obtenga la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad. *Vid.* Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, *op. cit.*

Luego entonces, el entramado jurídico del artículo 98.1. constituye una parte del paquete de reglas que rigen el aspecto de la cooperación con la Corte, ya que prohíbe a la misma dar curso a peticiones de entrega o asistencia siempre que se requiriera a un Estado, a fin de ejecutar tales peticiones, violar sus obligaciones legales internacionales *vis a vis* respecto a un tercer Estado en el área relativa a inmunidades, específicamente en lo que toca a las inmunidades personales. Sin embargo, la Corte puede proceder a dar curso a una solicitud de entrega o de asistencia sólo después de haber obtenido la renuncia, por parte de ese tercer Estado, a las inmunidades referidas. Si es así, el Estado solicitado está legalmente obligado a cumplir con la petición de la Corte y deberá cooperar con ella²³⁵; en caso contrario ¿limitan estas inmunidades la competencia de la CPI?

Esta interrogante alberga un problema sumamente complejo. Por un lado, el artículo 27.2 prevé que la Corte pueda ejercitar su jurisdicción incluso sobre aquellos individuos quienes, bajo el Derecho internacional, disfrutaran de inmunidades personales o inmunidades diplomáticas y, por otro lado, el artículo 98.1 parece contener un parte aguas al principio de improcedencia del cargo oficial o de no-inmunidad soberana, consagrado en los artículos 27.1 y 27.2. Ello, se debe a que el artículo 98.1, posiblemente señale que la Corte puede encontrar un considerable impedimento para el ejercicio de su jurisdicción sobre aquellos individuos que desempeñan funciones oficiales en un Estado extranjero, disfrutando de inmunidades personales de Estado en virtud del Derecho internacional, a pesar de que, en un supuesto hipotético, hallan cometido crímenes contra el derecho de gentes. No obstante, el principio de improcedencia del cargo oficial es una norma protectora del *ius cogens*, por tanto, posee mayor peso que la norma que intenta limitarla (art. 98.1). Así las cosas, es decir, contemplada la existencia de dos cuestiones

²³⁵ GAETA, Paola, Official Capacity and Immunities, en *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 975-990.

reconocidas por el Derecho internacional y demostrado que las mismas pueden tener consecuencias opuestas o contrarias (inmunidad de jurisdicción penal de los órganos del Estado y el principio de improcedencia del cargo oficial), en los siguientes apartados del presente capítulo se abordan algunas pautas y razonamientos que señalan que las inmunidades deben ser inoperantes ante la comisión de crímenes de Derecho internacional (con independencia del hecho de que, quienes las ostentan se encuentren en funciones o no), y por tanto deben claudicar frente a la violación de normas de *ius cogens*; así como se desarrollará el tema de la gestación del principio de improcedencia del cargo oficial, a través del cual se plasma la protección de tales normas; cuestiones todas ellas que nos ayudan a sostener que las inmunidades reconocidas por el Derecho internacional, particularmente las de jurisdicción penal, no tienen porque constituir un impedimento o limitante a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

3. La justicia internacional *versus* inmunidad: la gestación del principio de improcedencia del cargo oficial en torno al *ius cogens* internacional.

3.1. El respeto a los derechos fundamentales como norma de *ius cogens*.

Ya en Derecho internacional clásico, surgido en la Paz de Westfalia (1648) y consolidado entre el Congreso de Viena (1815) y la Primera Guerra Mundial (1914 a 1918), existían normas que se preocupaban por la suerte y el bienestar de los individuos (piénsese en las normas relativas al trato de los extranjeros y las que aludían la protección de la persona humana contra

prácticas odiosas como la esclavitud, trata de blancas y otras), pero es a raíz del proceso de humanización llevado a cabo en el orden internacional²³⁶ como el Derecho internacional contemporáneo reconoce y pugna por la creación de un cúmulo de normas supranacionales que tienen como beneficiarios directos a los individuos, específicamente en el área del respeto y protección de sus derechos y libertades fundamentales.

Tras la proclamación de la dignidad intrínseca de todo ser humano en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y posteriormente en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la prevalencia de los Estados soberanos y la situación de dependencia de la persona respecto del Estado en el orden internacional se han visto, simultáneamente, confirmadas y al menos parcialmente puestas en cuestión.

La precaria situación jurídica de la persona y de los pueblos ante el orden internacional fueron puestas en cuestión. La posición de la persona comenzó a cambiar sustancialmente porque la proclamación de su dignidad intrínseca y de los derechos que le son inherentes en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos constituyó, incluso desde una perspectiva exclusivamente técnico-jurídica, una importante transformación del Derecho internacional en la medida en que junto al clásico principio de soberanía aparecía otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo: el de los derechos humanos²³⁷.

²³⁶ El proceso de humanización del orden internacional se debió a que el Derecho Internacional comenzó a dar entrada a la persona y a los pueblos, rompiendo así progresivamente el exclusivismo de los Estados como únicos sujetos del Derecho Internacional.

²³⁷ CARRILLO SALCEDO, Juan A., Módulo 1: Introducción al Derecho Internacional (Estructura del Derecho Internacional, Primera Parte) de la *Primera Maestría sobre Jurisdicción Penal Internacional: La Represión Nacional e Internacional de los Delitos Contra el Derecho de Gentes*. Universidad Internacional de Andalucía, campus La Rábida, 16 de septiembre de 2002.

Al poco tiempo de creación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la misma se consolidó progresivamente en la práctica internacional como una especie de modelo o estándar de referencia²³⁸, con innegable significado y valor jurídico, en tanto que interpretación auténtica de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos²³⁹, pese a las carencias de la misma existentes hasta antes de 1976, por cuanto hace a mecanismos de protección que tutelen los derechos subjetivos públicos que reconoce.

Una vez que la Declaración Universal de Derechos Humanos fue integrándose en el Derecho de las Naciones Unidas como parte esencial de la estructura constitucional de la Comunidad Internacional, el respeto y protección de los derechos fundamentales pasó a considerarse por los Estados como *lege ferenda*, elevando a tales aspectos a obligaciones imperativas que debían ser respetadas por la comunidad de estados, en su conjunto. La Corte Internacional de Justicia ha apoyado esta afirmación, pues en un célebre *obiter dictum* contenido en su sentencia de 5 de febrero de 1970, relativa al *caso Barcelona Traction* (Bélgica versus España), y con el propósito de caracterizar determinado tipo de obligaciones jurídicas de los Estados (a las que calificó de obligaciones *erga omnes*), habló de "obligaciones de los Estados hacia toda la Comunidad Internacional en su

²³⁸ Acertadamente ha señalado los profesores Buergenthal, Grossman y Nikken, cómo la Declaración Universal de Derechos Humanos «pasó a ser el modelo de lo que la comunidad internacional entendía por derechos humanos, reforzándose la convicción de que todos los Estados tenían la obligación de asegurar el goce efectivo de los derechos proclamados en la Declaración.» Vid., *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 26.

²³⁹ Sir Humphrey Waldock (presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y más tarde de la Corte Internacional de Justicia) en 1956 puso de manifiesto que la continua utilización de la Declaración Universal de Derechos Humanos por la Organización de las Naciones Unidas permite sostener que aquella fue aceptada como interpretación legítima de las normas relevantes de la Carta de las Naciones Unidas, en especial las relativas a la obligación jurídica de los Estados de promover la observancia de los derechos humanos. Vid., WALDOCK, Humphrey, *Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention of Human Rights*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1965, No. 11, p. 114.

conjunto” y sostuvo que en Derecho internacional contemporáneo estas obligaciones resultan, por ejemplo:

La prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud, el comercio de esclavos y la discriminación racial²⁴⁰.

Asimismo, el Tribunal, poco tiempo después, en su Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971 sobre las consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de África del Sur en Namibia –Sudoeste africano- pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, el Tribunal sostuvo que:

El antiguo mandatario se había comprometido a observar y respetar, en un territorio con status internacional, los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza. El hecho de establecer e imponer distinciones, exclusiones y limitaciones basadas únicamente sobre la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, que constituyen una denegación de los derechos fundamentales de la persona, es una violación flagrante de los propósitos de la Carta²⁴¹.

Finalmente, la Corte Internacional de Justicia se refirió por primera vez a la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su sentencia de 24 de mayo de 1980, relativa al caso del Personal diplomático y Consular de los Estados Unidos de América en Teherán, en la que confirmó la tesis que Sir Humphrey Waldock había sostenido en 1965 (según la cual la Declaración

²⁴⁰ C.I.J., *Recueil*, 1970, parágrafo 34 de la sentencia.

²⁴¹ C.I.J., *Reports*, 1971, párrafos 129-131 del dictamen de la Corte.

Universal es una interpretación auténtica de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas a derechos humanos), al decir explícitamente que:

El hecho de privar abusivamente de la libertad a seres humanos y someterles en condiciones penosas a coacción física, es manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁴².

Tras esta sentencia el Tribunal ampliaba su idea de protección de derechos fundamentales, la cual ya había manifestado por primera vez en su sentencia de 9 de abril de 1949, relativa al caso del Estrecho de Corfú, caso en el que la Corte se refirió a:

La existencia de ciertos principios generales bien reconocidos, tales como elementales consideraciones de humanidad, más absolutos en tiempos de paz que en tiempos de guerra²⁴³.

Con tal declaración el tribunal estaba extendiendo la aplicabilidad de la ya conocida "Cláusula Martens" a los tiempos de paz.

Ahora bien, al quedar firme la existencia de una obligación *erga omnes* por parte de los Estados, relativa a respetar los derechos fundamentales, y al entender a estos como aquellos que son absolutos e inderogables por ninguna circunstancia (como los enunciados, por ejemplo, en el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949, y algunos de los proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos), por constituir el núcleo duro de los derechos humanos, es como los mismos han

²⁴² C.I.J., *Reports*, 1980, párrafo 91 de la sentencia de la Corte.

²⁴³ C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 29.

contribuido a dar concreción y precisión jurídicas a las normas de *ius cogens*; precisamente aquí es donde se halla la importancia del respeto a los derechos fundamentales en la actualidad en un plano internacional, ya que los mismos han sido considerados por la propia comunidad de Estados como norma de *ius cogens*, en tanto expresión jurídica de una convicción legal universal que no admite acuerdo en contrario, salvo por otra norma posterior de igual rango o jerarquía.

Al respecto el profesor Carrillo Salcedo ha manifestado, desde 1968, que:

los principios de Derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens* por responder al mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa en cuanto tal, así como a las exigencias morales de nuestro tiempo, son los siguientes: 1) la igualdad soberana de los Estados y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados; 2) la prohibición del recurso a la fuerza en las relaciones internacionales; 3) el principio de la libre determinación de los pueblos sujetos a dominación colonial; 4) los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona, que todo Estado tiene el deber de proteger y respetar²⁴⁴.

En conclusión habrá que señalar que cualquier violación a este núcleo duro de derechos fundamentales, constituye conculcación de una norma de *ius cogens* internacional, debido al carácter prioritario que posee la misma, pues *en ella radica el único fundamento posible del orden internacional así como el gran principio civilizador de que el poder está al servicio del Hombre, que es un ser de fines y no un mero instrumento*²⁴⁵. Y en este sentido, la progresiva cristalización de la *opinio iuris* por parte de los

²⁴⁴ CARRILLO SALCESO, Juan A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 108, (el subrayado es propio).

Estados, de que las violaciones sistemáticas o generalizadas de los derechos fundamentales son contrarias a Derecho internacional, ha venido a producir un efecto declarativo respecto a un tipo de normas imperativas de Derecho internacional general: las que prohíben las violaciones graves de derechos fundamentales.

3.2. Gestación del principio de improcedencia del cargo oficial.

3.2.1. Fase Pre-Nüremberg.

Tradicionalmente, las reglas consuetudinarias internacionales de Derecho sólo autorizaban la remoción de inmunidades en tiempo de guerra por la perpetración de crímenes de misma índole, pero sólo en el caso de miembros de bajo nivel o bajo cargo militar. De manera contrastada, se podía ver cómo los altos cargos militares disfrutaban de inmunidades funcionales. Inicialmente el poder de un Estado beligerante para juzgar criminales de la guerra era limitado, éste se constreñía al tiempo en que durara el conflicto armado, y en cualquier caso, podía ser ejercitado sólo si existía ocupación territorial. Este poder de jurisdicción que poseían los Estados beligerantes continuamente era evadido por medio de tratados de paz o de amnistía, los cuales podían contener una cláusula por medio de la cual el Estado victorioso de la contienda imponía al Estado derrotado la obligación de renunciar a la alegación de crímenes de guerra ante tribunales²⁴⁶.

Pero es hasta el comienzo del año 1919 cuando surge la doctrina de la responsabilidad penal de los órganos de Estado en atención a dos cuestiones, los crímenes de guerra y la nueva categoría de "crímenes contra

²⁴⁵ *Idem.*

las leyes de humanidad". Con la terminación de la Primera Guerra Mundial, se dio vida a la Comisión sobre Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre el Establecimiento de Penas, a la cual le fue encomendada la labor de realizar un informe sobre la responsabilidad derivada de la guerra²⁴⁷. La Comisión presentó sus conclusiones el 19 de marzo de 1919, y en ellas proponía entre otras cosas: que todas las personas pertenecientes a países enemigos, *sin consideración de las altas posiciones que puedan tener, sin distinción de rango, incluyendo Jefes de Estado*, quienes fueran culpables de ofensas contra las leyes y costumbres de la guerra o el derecho humanitario, serían sujetos a juicios de orden penal²⁴⁸.

Tras estas líneas la Comisión refería que la responsabilidad penal individual por violación a las leyes y costumbres de la guerra debían extenderse a toda la cadena de mando, con independencia del rango o del hecho de ejercer la soberanía, no sólo por actos positivos de violación de las normas sino también por conductas omisivas²⁴⁹, con ello se ampliaba la posibilidad de fincar responsabilidad penal internacional a aquellos sujetos que tuviesen conocimiento de los acontecimientos y se encontraran en posibilidad de impedir la realización de los crímenes contra el derecho de gentes, absteniéndose de haberlo hecho, en ellos se incluía a los *altos mandos del gobierno e inclusive al propio Jefe de Estado* (ya que, de otro modo, se daría la paradoja de que se juzgaría a los que habían cumplido las órdenes y no al que las dictó). De este modo la Comisión establece las

²⁴⁶ Véase al respecto: UNITED NATIONS WAR CRIME COMMISSION, *op cit.*, pp. 29-30 y ss.

²⁴⁷ La cual se encontraba integrada por quince miembros, los cuales a su vez, se encontraban divididos en dos grupos, el primero de ellos compuesto por: Estados Unidos de Norte América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón, cada uno de ellos contaban con dos representantes; el segundo grupo estaba compuesto por las potencias con intereses especiales: Bélgica, Grecia, Polonia, Rumania y Servia, las cuales, cada una de ellas, sólo tenía un representante. Al respecto véase apartado 1.2.3. del capítulo primero de esta obra.

²⁴⁸ Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement's Penalties. Report Presented to the Preliminary Peace Conference, *op. cit.*

²⁴⁹ PETIT GABRIEL, E., *op cit.*, p. 75.

responsabilidades básicamente en dos categorías: a) actos que provocan una guerra mundial y su inicio y b) actos que suponen violación de las Leyes y Costumbres de la Guerra y Las Leyes de la Humanidad²⁵⁰.

El informe fue aceptado por Inglaterra, que participó en su elaboración y no cuestionó el principio establecido de reclamar responsabilidad y juzgar a los Jefes de Estado, sin embargo, Japón y específicamente Estados Unidos de Norte América se opusieron rotundamente al informe de la Comisión, formulando sendas reservas al mismo. Estados Unidos sostenía el principio de inmunidad del Jefe de Estado en cargo e impugnaba la instauración del tribunal, argumentando violación al principio de legalidad penal y al de un tribunal preconstituido²⁵¹. Debido a la inmóvil postura de estas delegaciones, la idea de instaurar dicho tribunal no llegó a concretarse y tampoco la máxima de improcedencia del cargo oficial. Sin embargo, ambos postulados siguieron vivos y posteriormente fueron sostenidos emblemáticamente como ideal de justicia internacional que a la postre fructificarían en el Estatuto de Roma de la CPI.

3.3. La evolución: Nüremberg y Tokio.

El giro de ciento ochenta grados que toma la cuestión se dio tras la finalización de la segunda conflagración mundial. Es perfectamente observable cómo después de estos sucesos las inmunidades que poseían los altos cargos militares, los Jefes de Estado, así como los funcionarios a cargo de Departamentos del Gobierno, después de haber sido consideradas plenas y absolutas, en aquella época sufren una notable transformación confrontadas con crímenes de orden internacional. Un cambio a todas luces progresivo en

²⁵⁰ Vid., GARZÓN REAL, B., *Cuento de Navidad. Es posible un Mundo Diferente*, op cit., p. 70.

materia de derechos subjetivos públicos y de Derecho penal internacional, que reflejó la conciencia de la comunidad internacional ante los horrores vividos en la guerra y que arrojó como finalidad última la severa restricción de operatividad de dichas inmunidades frente a los delitos que se habían perpetrado.

Precisamente, mediante el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, es como se preveía el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional por las potencias Aliadas, el cual estaría encargado de juzgar a los grandes criminales de la guerra por la comisión de determinados delitos²⁵². El artículo 7 del Estatuto de este tribunal manifiesta: "...*El cargo oficial de los acusados, ya sean Jefes de Estado o funcionarios a cargo de Departamentos de Gobierno no les exonerará de responsabilidad ni servirá para atenuar la pena...*"²⁵³ El tribunal formuló una declaración general en el sentido de que su Estatuto era "*la expresión del derecho internacional existente en el momento de su creación*"²⁵⁴. De esta forma, se consolida de manera clara la excepción a las inmunidades por improcedencia del cargo oficial en la persecución de presuntos responsables de crímenes internacionales.

Este artículo clara y perfectamente fue el hacedor de la doctrina de Derecho internacional que refiere que las inmunidades no son aplicables en tratándose de aquellos crímenes de orden internacional que refiere el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg. Tras la plasmación de este numeral es como surge el principio de improcedencia del cargo oficial. De igual forma

²⁵¹ Commission on the responsibility of the authors of the war and on enforcement's penalties. Report presented to the preliminary peace conference, *op. cit.*, pp. 127-151.

²⁵² Al respecto véase el apartado 1.2.5. de la presente obra.

²⁵³ Artículo 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 8 de agosto de 1945, *op cit.*

²⁵⁴ FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, *Derecho Internacional Público, Casos y Materiales*, Quinta Edición, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2002, p. 759.

la Ley Número 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania²⁵⁵, también hacía alusión al principio de improcedencia del cargo oficial. La referencia se encuentra realizada por el artículo II (4) (a), que a la letra cita: “...*La posición oficial de cualquier persona, ya sea la de Jefe de Estado o la de un funcionario a cargo de departamentos de Gobierno, no lo libera de responsabilidad por un crimen ni lo acredita para atenuar la pena...*”²⁵⁶

El mismo principio, con tenues cambios (relativos a la atenuación de la pena), fue confirmado por el Estatuto del Tribunal Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio). Su artículo 6 a la letra manifiesta: “...*Ni el cargo oficial de un Acusado, en cualquier tiempo, ni el hecho de que el Acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior, constituirán por sí mismas circunstancias suficientes para exonerar a tal acusado de responsabilidad por cualquiera de los crímenes que se le imputan, si bien tales circunstancias podrán considerarse una atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige...*”²⁵⁷

Más tarde, ambos tribunales mediante sus resoluciones, creando una rica jurisprudencia, estatuyeron que el principio de improcedencia del cargo oficial era producto de la aplicación del propio Derecho consuetudinario internacional, al sostener que:

El principio de derecho internacional, el cual bajo ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede ser aplicado a

²⁵⁵ La principal función de esta Ley consistió en establecer una serie de reglas y principios mediante los cuales pudieran regirse todos los tribunales internos establecidos en los distintos países Aliados en donde se hubieren cometido los crímenes de guerra -o contra los nacionales de éstos aún que las atrocidades no fueran cometidas dentro de sus territorios- por el partido nazi.

²⁵⁶ *Vid.*, El artículo II (4) (a) de la Ley Número 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania el 20 de diciembre de 1945, (la traducción es propia).

²⁵⁷ *Vid.*, Artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente de 19 de enero de 1946 (la traducción es propia). El Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Tokio es el único instrumento jurídico que indicó la posibilidad de considerar el carácter oficial de la persona como circunstancia atenuante, si así lo exigía la equidad.

actos que son condenados como criminales por el derecho internacional. Los autores de estos actos no pueden refugiarse asimismo bajo sus posiciones oficiales con la intención de ser eximidos de juicios penales con procedimientos apropiados. El artículo 7 del Estatuto expresamente declara: 'El cargo oficial de los acusados, ya sean Jefes de Estado o funcionarios a cargo de Departamentos de Gobierno no les exonerará de responsabilidad ni servirá para atenuar la pena'. Por otro lado, la esencia del Estatuto es precisamente que los individuos tengan obligaciones internacionales que trasciendan por encima de la obligación nacional de obediencia impuesta por un Estado. Aquel que viole el derecho de guerra no puede obtener inmunidad por haber actuado en obediencia a la autoridad del Estado, si el Estado que autoriza la acción se sale de la competencia que le confiere el derecho internacional²⁵⁸.

Con estos precedentes, echa a andar el principio largamente citado en estas líneas. No obstante, de la cristalización del mismo en el Derecho internacional dan buena cuenta una importante pléyade de subsiguientes instrumentos internacionales de igual relevancia al respecto, los cuales servirían para delimitar definitivamente los perfiles y la eficacia del principio de improcedencia del cargo oficial.

3.3. Fase post-Nüremberg.

Tras el periodo de Nüremberg, el principio al cual hemos venido aludiendo fue retomado por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, adoptada en Nueva York el 9 de diciembre de 1948, específicamente su artículo número 4 plasma lo que innegablemente constituye la esencia del principio de improcedencia del cargo oficial creado

²⁵⁸ Nuremberg Judgment, pp. 52y 53, visibles en GAETA, Paola, Official Capacity and Immunities, en *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, *op. cit.*, p. 981, (la traducción es propia).

en Nüremberg, mismo que a la letra reza: *"...Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares..."*²⁵⁹

Casi inmediatamente después a la Convención contra el Genocidio de 1948, tocaría el turno a la Comisión de Derecho Internacional de reconocer el carácter consuetudinario del principio de improcedencia del cargo oficial, el cual empezaba a revestirse de aceptación general, desarrollo uniforme, de cierta duración y del reconocimiento jurídico por parte de la Comunidad Internacional. Tras la encomienda que le otorgare la Asamblea General mediante su Resolución número 177 (II) de 1947, con motivo de formular los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, la Comisión de Derecho Internacional cristalizó mediante el Principio III de estos principios, llamados comúnmente principios de Nüremberg adoptados en 1950, la improcedencia del cargo oficial en lo relativo a crímenes de Derecho internacional, elevando dicho postulado a la categoría de "principio de Derecho internacional". El principio tercero de los principios de Nüremberg manifiesta: *"...El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional..."*²⁶⁰

Transcurrirían tan sólo cuatro años para que la Comisión de Derecho Internacional nuevamente volviera a pronunciarse respecto al principio, sólo que esta vez sería dentro del tópico del Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1954. En dicho proyecto se

²⁵⁹ Artículo 4 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948.

contempla una disposición que ratifica nuevamente la codificación del principio referido. El artículo 3 de dicho proyecto refiere: “...*El hecho de que una persona haya actuado como Jefe de Estado o funcionario responsable del Gobierno no lo libera de responsabilidad de cometer cualquiera de los delitos definidos en el código...*”²⁶¹

Para 1973 serían los propios Estados quienes confirmarían la existencia de una *opinio iuris generalis* como elemento espiritual del principio consuetudinario de impropiedad del cargo oficial (se maneja el término “confirmar”, puesto que tal elemento ya se encontraba previamente inmerso tanto en la Convención contra el Genocidio de 1948, como en los anteriores instrumentos de carácter internacional antes enunciados), tras la adopción de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, adoptada bajo la Resolución Número 3068 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 30 de noviembre de 1973. El artículo 3 de dicha convención literalmente sostiene:

Se considerarán criminalmente responsables en el plano internacional, cualquiera que sea el móvil, los particulares, los miembros de las organizaciones e instituciones y los representantes del Estado, tanto si residen en el territorio del Estado en que se perpetraron los actos como en cualquier otro Estado que: a) Cometan los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, o que participen en su comisión, la inciten directamente o se confabulen para ella; b) Alienten o

²⁶⁰ Al respecto véase *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, Vol. 2. También puede consultarse los Principios de Núremberg en: FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, *Derecho Internacional Público, Casos y Materiales*, *op cit*, pp. 757 y ss.

²⁶¹ *Vid.*, Artículo 3 del Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954 de la Comisión de Derecho Internacional.

estimulen directamente la comisión del crimen de apartheid o cooperen directamente en ella²⁶².

Más recientemente los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda, en sus artículos 7.2 y 6.2 respectivamente, también retoman el principio citado, demostrando su positivación. Los instrumentos internacionales coinciden por cuanto a la redacción que enuncia el postulado, manifestando: “...*El cargo que desempeñe el inculpado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno o funcionario respectivamente del gobierno, no lo eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena...*”²⁶³ Posteriormente el principio sería confirmado por la propia jurisprudencia de estos tribunales; la Segunda Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia sostendría en el caso *Furundzija* que: “...*los artículos 7(2) y 6(2) de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc, respectivamente, son indisputablemente declaración de Derecho internacional consuetudinario...*”²⁶⁴

Seguidamente, el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, particularmente su numeral 7, recogería el principio de improcedencia del cargo oficial gestado desde Nüremberg, considerando a tal como un principio de Derecho internacional que ha venido forjándose desde los albores del Derecho internacional contemporáneo; así la Comisión de Derecho Internacional entendió que el funcionario público que participe en la perpetración de este tipo de crímenes puede incluso ser considerado más culpable que el subordinado que de hecho comete el acto criminal, por que estos crímenes requieren el poder de utilizar o autorizar el

²⁶² Véase el artículo 3 de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, adoptada bajo la Resolución Número 3068 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 30 de noviembre de 1973.

²⁶³ *Vid.* Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda.

uso de los medios esenciales de destrucción y de movilizar el personal requerido para ejecutar esos crímenes, poder con el que sólo cuentan este tipo de funcionarios públicos de alto cargo.

El artículo 7 del Proyecto literalmente cita: "...*El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluso si actuó como Jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal ni atenuará su castigo...*"²⁶⁵

La Comisión de Derecho Internacional, tras la realización de sus comentarios al artículo antes expuesto, expresó que este artículo reafirma el principio de la responsabilidad penal individual en virtud del cual una persona es considerada responsable de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad pese a su carácter oficial en el momento de la comisión del crimen. El texto de este artículo es semejante a las disposiciones correspondientes del Estatuto de Núremberg y de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda. Las palabras "incluso si actuó como Jefe de Estado o de Gobierno" reafirman la aplicación del principio contenido en el presente artículo a los individuos que ocupen las posiciones oficiales más altas y, por tanto, tengan los mayores poderes de decisión²⁶⁶.

La Comisión de Derecho Internacional ha mencionado que este tiene por objeto impedir que un individuo que haya cometido un crimen contra la

²⁶⁴ Véase al respecto *Prosecutor Versus Anton Furundzija*, IT-95-17/1, Sentencia de 10 de Diciembre de 1998, parágrafo 140, (el subrayado es propio).

²⁶⁵ *Vid.*, Artículo 7 del Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, consultable en: Asamblea General de Naciones Unidas, Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/51/10), Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° periodo de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996.

²⁶⁶ Comentario al Artículo 7 del Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, *idem*.

paz y la seguridad de la humanidad invoque su carácter oficial como circunstancia que le exima de responsabilidad o le confiera cualquier inmunidad, incluso si alega que los actos constitutivos del crimen fueron ejecutados en el desempeño de sus funciones. Siguiendo este orden de ideas, la Comisión utiliza para reforzar su argumento un extractó de la jurisprudencia del tribunal de Nüremberg manifestando: “...*Como reconoció también el Tribunal de Nüremberg en su sentencia, el autor de un crimen de derecho internacional no puede invocar su carácter de oficial para evitar ser castigado en el procedimiento correspondiente...*” Seguidamente vuelve a afirmar la Comisión que la ausencia de toda inmunidad procesal frente a la persecución o castigo en el procedimiento judicial correspondiente es una consecuencia esencial de la ausencia de cualquier inmunidad o excepción sustantivas. La Comisión ha basado este asunto en razonamientos lógicos al manifestar que sería paradójico impedir a un individuo que invoque su carácter oficial para evitar la responsabilidad por un crimen y, en cambio, permitirle que invoque el mismo argumento para evitar las consecuencias de esa responsabilidad. Finalmente la Comisión aclara que el procedimiento judicial ante un tribunal penal internacional sería el arquetipo de procedimiento judicial pertinente en el que el individuo no podrá alegar una inmunidad de fondo o una excepción de procedimiento basada en su carácter oficial, para evitar la persecución y el castigo²⁶⁷.

Pero, la Comisión fue más allá de estipular la improcedencia de inmunidad por lo que respecta a crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Dicho órgano decidió que sería inapropiado considerar el carácter oficial como circunstancia atenuante, habida cuenta de la posición que ocupa la responsabilidad particular del individuo en los crímenes previstos en el Código. Por consiguiente, en el presente artículo se reafirma expresamente la

²⁶⁷ *Idem.*

exclusión del carácter oficial como circunstancia atenuante²⁶⁸.

Ahora, el punto culminante de la gran pirámide construida bajo la base del principio de improcedencia del cargo oficial se vislumbra; idealizado o generado culminada la Primera Guerra Mundial en el Tratado de Versalles de 1919, codificado en Nüremberg, cristalizado tras su consagración en un cúmulo de instrumentos internacionales que van desde 1948 hasta 1973 y desarrollado a raíz de la labor de los Tribunales Penales Internacional *ah doc*, así como sostenido por las resoluciones de distintos foros nacionales -tal es el caso del asunto *Eichmann*²⁶⁹ y más recientemente los asuntos *Pinochet*²⁷⁰ y *Milošević*²⁷¹-. El principio de improcedencia del cargo oficial contemporáneamente se halla vivo y positivado; tal principio se encuentra consagrado en el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, que da vida a la Corte Penal Internacional, particularmente en sus artículos (artículos 27.1 y 27.2).

Con los anteriores precedentes, no resultará extraño que el artículo 27.1 del Estatuto de Roma manifieste: "*...El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal no constituirá per se motivo para reducir la pena...*"²⁷² De igual forma el artículo 27.1. del mismo instrumento en cita, manifiesta: "*...Las inmunidades y las*

²⁶⁸ *Idem*.

²⁶⁹ El argumento de haber actuado en nombre del Estado Alemán, que fue argumentado por los procesados, fue rechazado por ambos tribunales nacionales, la Corte Distrital de Jerusalén y la Suprema Corte de Israel. Véanse las Decisiones de la Corte Distrital de Jerusalén de 1961 y la Decisión de la Corte Suprema de Jerusalén en: *International Law Revue*, 1968, No. 36, pp. 44-48 y 308-311.

²⁷⁰ *Vid.*, apartado 2.1.2 del presente capítulo.

²⁷¹ *Idem.*, específicamente consúltese nota 52.

²⁷² *Vid.*, Estatuto de Roma de 17 de Julio de 1998.

*normas de procedimiento especiales que conlleven el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella..."*²⁷³

- 3.3. La naturaleza del principio de improcedencia del cargo oficial: la llave para una posible restricción a las inmunidades de Derecho internacional.

En líneas pasadas, se ha hecho referencia a la extrapolarización que reflejan ciertos tópicos de Derecho internacional que versan directamente con la temática analizada en el presente capítulo. Por un lado, hallamos la existencia de inmunidades de los órganos de Estado. Y por otro, la justiciabilidad del principio de improcedencia del cargo oficial en materia de crímenes de Derecho internacional²⁷⁴. Ambas cuestiones son reconocidas por el Derecho internacional, pero cada una posee naturaleza antagónica respecto de la otra, debido a que afirman ser tesis opuestas (la teoría de acto de Estado²⁷⁵ y la norma de *ius cogens* de respetar los derechos humanos²⁷⁶, respectivamente). Esta pugna, hoy día se observa muy claramente en el interior del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁷⁷, de ahí que se enarbole la necesidad de encontrar respuesta al dilema, particularmente ahora que ya se cuenta con un tribunal penal internacional permanente constituido y en atención a que tal paradigma puede repercutir severamente en su adecuado desempeño.

En este apartado trataremos de esclarecer esta situación al proponer la viabilidad jurisdiccional de la corte respecto de personas que gozan de

²⁷³ *Idem.*

²⁷⁴ *Vid.*, apartado 2.2. del presente capítulo.

²⁷⁵ *Vid.*, apartado 2.1.1. del presente capítulo.

²⁷⁶ *Vid.*, apartado 2.3.1. del presente capítulo.

inmunidades de órgano de Estado, sin importar si las mismas se encuentran en pleno desempeño de sus funciones o no, siempre que se esté en presencia de crímenes de orden internacional.

Una vez mencionadas las aclaraciones pertinentes, es menester abordar el tema referido por el título del presente apartado. Para ello debemos recordar lo dicho por el Tribunal Internacional de Justicia en su célebre *obiter dictum* contenido en la sentencia de 5 de febrero de 1970, relativa al *caso* Barcelona Traction, ocasión donde el tribunal no tan sólo afirmaría la existencia de ciertas "obligaciones de los Estados hacia toda la Comunidad Internacional en su conjunto", sino que también las ejemplificaría al sostener que las mismas son: la prohibición de los actos de agresión y genocidio, el deber de respetar los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales -comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud, el comercio de esclavos y la discriminación racial-²⁷⁸.

De modo semejante, el Dr. Carrillo refiere que los principios de Derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens* por responder al mínimo jurídico esencial que la Comunidad Internacional precisa como tal, entre otros, son: "...los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona, que todo Estado tiene el deber de proteger y respetar..."²⁷⁹

Lo anterior constituye sustento de que toda violación al núcleo duro de derechos humanos -como lo son los enunciados, por ejemplo, en el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949, y algunos de los

²⁷⁷ Vid., apartado 2.2. del presente capítulo.

²⁷⁸ C.I.J., *Recueil*, 1970, parágrafo 34 de la sentencia, *op. cit.*

²⁷⁹ CARRILLO SALCESO, Juan A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, *op. cit.* (el subrayado es propio).

proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos- constituye violación de normas imperativas de *ius cogens* internacional²⁸⁰.

Ahora bien, vertida la tesis de que cualquier acto violatorio de las normas consideradas dentro del citado núcleo duro de los derechos humanos aparejan conculcación de aquellas que el Derecho internacional cataloga de supremas o jerárquicamente superiores a cualquier otra y que las mismas no admiten acuerdo en contrario (salvo por otra de igual jerarquía), es decir, las llamadas normas de *ius cogens*, debemos considerar que el principio de improcedencia del cargo oficial se encuentra en el entorno de estas últimas, ya que su creación en Nüremberg²⁸¹, su posterior desarrollo paulatino y final consagración como principio general de Derecho internacional²⁸² le otorgan, nada menos que, la posibilidad de pugnar por su respeto efectivo. Ello atiende a que tal principio mantiene como fin último reprimir los actos de barbarie cometidos por individuos que se encuentran revestidos de poder y que usan la armadura del Estado para complacer sus deseos más viles arremetiendo contra la existencia misma del hombre, conculcando valores preciosos que son indispensables para el desarrollo de la vida humana, los cuales el Derecho internacional se ha dado labor de proteger institucionalizando normas supremas de protección de derechos subjetivos públicos.

En resumen, el principio de improcedencia del cargo oficial refleja el estado del Derecho internacional general al intentar proteger la norma de *ius cogens* del respeto y garantía de los derechos humanos mediante un acto esencial para ello: la punición de todos aquellos hechos que vulneren dicha norma gravemente (genocidio, crímenes de *lesa humanidad*, crímenes de guerra y el crimen de agresión). Precisamente, es aquí dónde radica el elemento clave que puede aportar una significativa restricción a las

²⁸⁰ Para mayor abundamiento al respecto consúltese el apartado 2.3.1. del presente capítulo.

²⁸¹ Al respecto véanse los apartados 2.3.2.1. y 2.3.2.2. del presente capítulo.

inmunidades reconocidas por el Derecho internacional. Es decir, ese intento de protección de la norma de *ius cogens* de tutela y salvaguarda a los Derechos humanos que guarda el principio de improcedencia del cargo oficial en tratándose de comisión de *delicta iuris gentium* puede ser utilizado en un futuro como la "llave que permita abrir la hermética puerta de dichas inmunidades", permitiendo sencillamente hacer posible el trazo de una parte del camino que dirija a la humanidad hacia una verdadera justicia internacional.

Como ya se ha mencionado a lo largo de la presente obra, la Corte Penal Internacional constituye un elemento clave en la lucha por un mundo más justo, un mundo donde exista el respeto y la garantía de los derechos humanos, un lugar alejado del imperio de la impunidad; pero, para que la Corte actúe en forma efectiva debe utilizar la mencionada llave que abra el candado de las inmunidades; mecanismo jurídico que permite la consecución del respeto pleno de las normas de *ius cogens*. De esta forma, en líneas subsiguientes se refieren algunas premisas que refuerzan la palpable posibilidad de que la CPI, a la hora de ejercer jurisdicción, dé prioridad a la aplicabilidad de la improcedencia del cargo oficial por encima del reconocimiento de las inmunidades de los órganos de Estado, inclinándose por la aplicación correcta del artículo 98.1 a la luz de la literalidad del artículo 27 de su Estatuto. Cuestión que sin duda cristalizaría la claudicación de cualquier alegación de inmunidad reconocida por el Derecho internacional frente al principio de responsabilidad penal internacional individual por comisión de *delicta iuris gentium*, llevando a la superación del tan complicado problema que hoy aborda al Derecho internacional. Dichos razonamientos se externan a continuación:

²⁸² Para mayor abundamineto sobre el tema obsérvese el apartado 2.3.2.3. del presente capítulo.

1. El respeto y garantía de ese núcleo esencial de normas jurídicas apelativas de derechos y libertades mínimas de orden público constituye norma de *ius cogens* internacional y como tal no admite acuerdo en contrario (salvo lo dispuesto por otra norma de igual jerarquía).
2. Esta norma de *ius cogens* al encontrarse por encima de la voluntad de los Estados, exige una obligación de resultado (el respeto y garantía de los derechos humanos) que no sólo deben cumplir los funcionarios de bajo nivel dentro del Estado, sino también aquellos que desempeñen los más altos cargos (verbigracia, órganos de Estado) dentro de toda entidad soberana. Por lo cual, resulta antijurídico en materia de Derecho internacional la interposición o alegación de cualquier tipo de inmunidad para evadir la responsabilidad penal que apareja la comisión de crímenes de Derecho internacional como actos violatorios al referido núcleo duro de derechos humanos, pese a que dichas inmunidades estén reconocidas por el Derecho internacional consuetudinario, pues se repite, sobre las normas de *ius cogens* no existe una de mayor rango o jerarquía, y por tanto, no admiten acuerdo en contrario.
3. Si bien es cierto que el Derecho internacional contemporáneo ha restringido en gran medida el reconocimiento de inmunidades en materia de crímenes de orden internacional, limitando la concesión de las mismas al punto en que éstas sólo son reconocidas y benefician a sus portadores exclusivamente cuando los mismos se encuentran en pleno desempeño de sus funciones y una vez finalizadas éstas pueden ser responsabilizados penalmente por sus actos, también es cierto, que conceder "inmunidades plenas" a favor de los órganos de Estado en

funciones alienta la existencia de criminales del Derecho de gentes, pues, es tanto como sí el Derecho internacional otorgare una licencia, vigente por el periodo en que un individuo se desempeñe como órgano de Estado, para cometer genocidio, crímenes de *lesa humanidad*, crímenes de guerra y agresión; de ahí que la única solución para evitar la comisión de crímenes de Derecho internacional y garantizar el respeto a los derechos humanos resulta de la rigurosa, pero también cautelosa aplicación del principio de improcedencia del cargo oficial.

4. Se habla del respeto y garantía de los derechos humanos como norma de *ius cogens*, y no hay duda que la misma es una obligación de resultado para los Estados, de ahí la necesidad de exigir el respeto pleno de aquellos mecanismos que garanticen la eficacia de tal norma, mecanismos tales como el principio de improcedencia del cargo oficial.

5. Actualmente, debido a la progresividad y desarrollo del Derecho internacional contemporáneo, particularmente a través de una de sus ramas como lo es el Derecho internacional penal o penal internacional, se pone en tela de juicio que las inmunidades reconocidas por este Derecho en forma general sean amparadas consuetudinariamente, ello debido a que es la propia Comunidad Internacional quien ha ido transformado paulatinamente dicha costumbre. Específicamente, resulta difícil comprobar la existencia de los elementos que integran una costumbre internacional que avale la inmunidad de jurisdicción penal de los órganos de Estado ante la comisión de *delicta iuris gentium*. Ello debido a que, ya iniciado ya el siglo XXI, no es claro hallar un reconocimiento general de dicha costumbre, ni una práctica uniforme de la misma, así como tampoco es clara la existencia de una

opinio iuris o convicción de la obligatoriedad jurídica de la práctica. Basta recordar, como sustento de lo anterior, los casos *Eichmann*²⁸³, *Pinochet*²⁸⁴ y *Milošević*²⁸⁵, los cuales contradicen la existencia *stricto sensu* de esta aludida costumbre.

6. Esta evolución eminentemente progresista de limitar a las inmunidades reconocidas por el Derecho internacional parece referir una modificación de la costumbre internacional clásica que dotaba anteriormente a dichas inmunidades de un carácter pleno, moldeándola hoy día con una corporeidad humanista que apunta hacia el respeto y garantía de los derechos humanos, al grado en que si las obligaciones *erga omnes* constituyen la admisión de la idea de que el consentimiento de los Estados no tiene un papel tan decisivo como en el pasado, ya que existen obligaciones que vinculan jurídicamente al margen de su voluntad, e incluso contra su voluntad, y que las mismas son exigidas para lograr el respeto de reglas imperativas de Derecho internacional general que no pueden ser modificadas por la voluntad unilateral de los Estados (normas de *ius cogens*), podemos afirmar que el principio de improcedencia del cargo oficial como principio general de Derecho internacional tutelador derechos humanos muy posiblemente puede ser equiparado actualmente a una obligación de carácter *erga omnes*.
7. En suma, una sensible y racional solución al problema de sí las inmunidades personales deben ser denegadas en caso de crímenes internacionales puede ser alcanzada logrando un balance entre los dos valores en conflicto: la seguridad del ejercicio de los poderes de

²⁸³ Véanse las Decisiones de la Corte Distrital de Jerusalén de 1961 y la Decisión de la Corte Suprema de Jerusalén en: *International Law Revue*, *op. cit.*

²⁸⁴ *Vid.*, apartado 2.1.2. del presente capítulo.

²⁸⁵ Véase apartado 1.2.6.1. del capítulo I de la presente obra, particularmente consúltese nota 52.

soberanía al exterior, y la aplicabilidad de la justicia en el caso de violaciones atroces de la dignidad humana. No se deben confundir las cosas, no se trata de pugnar por un debate entre las normas que establecen dichos valores, sino por el contrario, se busca la armonización de las mismas aplicando las reglas establecidas por el propio Derecho internacional. Por lo que, precisamente, si las normas del *ius cogens* constituyen aquellas reglas supremas de tal Derecho y las mismas no admiten acuerdo en contrario (salvo por otra de igual jerarquía), éstas se deben respetar logrando y cumpliendo las exigencias que imponen a la comunidad de Estados, entre las cuales se encuentra el respeto y garantía de las libertades y derechos subjetivos públicos; exigencia que indiscutiblemente sólo se puede realizar (en el supuesto de existir tales violaciones en el territorio de un Estado) si se juzga penalmente a todos los autores de los crímenes más atroces que existen en el mundo, incluidos aquellos que gocen de cualquier tipo de inmunidad, mediante la aplicación del principio de improcedencia del cargo oficial. De esta forma, con base en estas reglas de Derecho internacional uno debe dar prioridad al primer valor (la aplicabilidad de la justicia en el caso de violaciones atroces de la dignidad humana) en la medida en que no exista riesgo alguno de impunidad.

Por todos estos razonamientos de *iure* es viable afirmar que el principio de improcedencia del cargo oficial hace las veces de un mecanismo pro cumplimiento efectivo de la norma de *ius cogens* de garantía y protección de derechos fundamentales, la cual no puede claudicar frente a otro tipo de normas de Derecho internacional, como lo es el reconocimiento consuetudinario de ciertos tipos de inmunidades. Y así, tomando en cuenta que el principio de improcedencia del cargo oficial entraña una importancia

enorme, por encontrarse muy posiblemente equiparado a una obligación de carácter *erga omnes*, simplemente su observancia debe ser respetada por toda la comunidad de Estados so pena de incurrir en responsabilidad de tipo internacional. Es así, como la jurisdicción de la Corte Penal Internacional atendiendo al espíritu de su estatuto y al objeto que persigue *per se* debe subsistir frente a las inmunidades reconocidas por el Derecho internacional a la hora de perseguir y juzgar a aquellos individuos que desempeñen altos cargos en un Estado por la comisión de crímenes de orden internacional, puesto que si el principio de improcedencia del cargo oficial es un principio de Derecho internacional general que gira en torno al *ius cogens*, y este último no admite acuerdo en contrario, se debe necesariamente cumplir con la obligación, o el cúmulo de ellas, que permitan conseguir el logro efectivo del respeto de tal norma suprema, puesto que sería ilógico haber creado la norma referida de *ius cogens* y no alcanzar los fines que exige la misma por no considerar arduamente obligatorios los mecanismos jurídicos que buscan la consecución de aquella, como el principio de improcedencia del cargo oficial.

CAPÍTULO III. LA CAMPAÑA ESTADOUNIDENSE CONTRA LA CPI: ESPECIAL ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS BILATERALES DE IMPUNIDAD DEL ARTÍCULO 98.

1. EE.UU. *versus* Corte Penal Internacional: los esfuerzos norteamericanos por conseguir impunidad.

1.1. El fundamento de la campaña norteamericana contra la CPI.

Desde el 17 de julio de 1998, día en el que los Estados Unidos votaron en contra del Estatuto de lo que hoy constituye la primera Corte Penal Internacional de carácter permanente²⁸⁶, este país ha ido creando un arsenal jurídico y político complejo que pretende garantizar que no sólo sus ciudadanos, sino también cualquier persona, sea cual sea su nacionalidad, que trabaje bajo mando norteamericano, no sean nunca entregados, enjuiciados o juzgados por la CPI²⁸⁷, pese a la comisión y falta de enjuiciamiento de actos que constituyan crímenes internacionales, como el genocidio, los de *lesa humanidad*, los crímenes de guerra y la agresión.

La postura norteamericana respecto a la CPI encuentra sustento, por una parte, tras pensar equívocamente que la Corte juzgará y truncará esencialmente las carreras profesionales de los militares y que ello contradice y atenta contra el propio corazón del sistema militar estadounidense. Sin embargo, la esencia del fundamento que devela la postura norteamericana se

²⁸⁶ *Vid.*, epígrafe 1.3.2. del capítulo primero de esta obra.

²⁸⁷ Así el poder militar estadounidense es empleado con más eficacia cuando sus acciones son respaldadas con normas internacionales, y objetivos ampliamente compartidos, y cuando los Estados Unidos realizan sus despliegues militares en la coalición y junto con naciones e instituciones que emprenden esfuerzos políticos, sociales, y económicos. *Vid.*, NASH S., William, *The ICC and the Deployment of U.S. Armed Forces* en B. SEWALL, Sarah, KAYSEN, Carl, *The United States and the International Criminal Court: National Security and International Law*, American Academy of Arts and Sciences, Rowman & Littlefield Publishers, Nueva York, 2000, p. 146. (la traducción es propia).

halla bajo el temor de que dicho órgano jurisdiccional sea utilizado como un foro para instaurar procesos basados en motivos políticos contra militares y nacionales estadounidenses²⁸⁸. En este sentido, Estados Unidos argumenta que:

las fuerzas armadas estadounidenses se encuentran en casi 100 naciones de todo el mundo, por ejemplo, realizando operaciones de mantenimiento de la paz y humanitarias y luchando contra la inhumanidad. Debemos asegurarnos que nuestros soldados y funcionarios públicos no están expuestos a la posibilidad de ser sometidos a enjuiciamientos e investigaciones con motivación política. Nuestro país está firmemente comprometido con el mundo a defender la libertad ya derrotar el terror; no podemos permitir que la Corte Penal Internacional desbarate esa misión vital²⁸⁹.

Para Estados Unidos su compromiso internacional activo significa que los ciudadanos americanos son expuestos sobre muchos frentes. Según la visión norteamericana, sus soldados (y diplomáticos) desplegados pueden ser abatidos por fuego enemigo, tomados de rehén, o atacados por terroristas en el curso de sus deberes, pero la mayoría de los líderes estadounidenses y algunos ciudadanos entienden esto como parte integrante de la carga de responsabilidad que le es asignada a las fuerzas norteamericanas; y mientras ellos toman estos riesgos cada día, los líderes estadounidenses también se

²⁸⁸ Un excelso defensor de la postura norteamericana sostiene que: "...la idea que las leyes de guerra, tan claramente y diligentemente inculcado en doctrina militar estadounidense y formación, podrían ser reinterpretadas por un forastero es inquietante..." *Idem*.

Un excelso estudio al respecto se puede consultar en: ZWANENBURG, Marten, The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers under Fire?, *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10, No. 1; WEDGWOOD, Ruth, The International Criminal Court: An American View, *European Journal of international Law*, 1999, Vol. 10, No. 1.

²⁸⁹ Al respecto véase el Anexo, relativo a la declaración de la Delegación de los Estados Unidos, de la Resolución No. 1929 (XXXIII-O/03), del 10 de junio de 2003 sobre "Promoción de la Corte Penal Internacional" de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

esfuerzan por minimizar aquellos riesgos a como de lugar, vulnerando en algunos casos las leyes internacionales.

Como fundamento de su campaña contra la Corte Penal internacional los Estados Unidos ha manifestado que no ha ratificado el Tratado de Roma y no tiene la intención de hacerlo por considerar que la CPI: a) es un órgano fundamentalmente defectuoso, b) atenta contra la soberanía nacional de los Estados al declarar su competencia sobre nacionales de países que no son parte del Estatuto, c) posee el potencial de socavar el papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en cuanto al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, d) no está sujeta a frenos ni a equilibrios adecuados, e) mantiene una estructura que se presta a correr el gran peligro de llevar a cabo enjuiciamientos y adoptar decisiones con motivación política, f) tiene el potencial de socavar los esfuerzos legítimos de los Estados Miembros para lograr la reconciliación y la responsabilidad interna por medios democráticos, g) atenta contra las operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU al ejercer un control sobre estas actividades, h) viola los intentos de reconciliación y de consolidación democrática de países que se encuentran en transición al querer juzgar a personas que hayan recibido indultos o amnistías, e i) al incluir el aún por definir delito de agresión en su estatuto crea la posibilidad de contradecir la Carta de las Naciones Unidas, la cual dispone que el Consejo de Seguridad decide cuando un Estado ha cometido un acto de agresión²⁹⁰.

La preocupación estadounidense de que se produzcan enjuiciamientos motivados políticamente contra sus ciudadanos carece de todo fundamento, pues el Estatuto de Roma contiene salvaguardias

²⁹⁰ *Idem.*

sustantivas y garantías para la celebración de juicios justos por las que se asegura que tal situación no pueda nunca plantearse.

A pesar de los diferentes fundamentos expuestos por Norteamérica y su excelsa argumentación jurídica para desacreditar a la corte penal internacional, es claro que esta institución atiende por natura a fundamentos basados en el respeto y garantía de los derechos humanos y en la lucha por la impunidad, además hay que recordar que su Estatuto es un tratado internacional concienzudamente negociado por años, y que la corte está protegida a través del poder del Consejo de Seguridad -del cual los Estados Unidos de Norteamérica es un miembro permanente- de suspender un caso que está siendo investigado o enjuiciado por la CPI; así como a través de las funciones de vigilancia de los Estados Parte del Estatuto, cuestiones todas ellas que le otorgan legitimidad e imparcialidad a la Corte y la reviste de plena credibilidad. Y ante el hecho de que es precisamente esta Corte, hasta ahora, la única vía efectiva para acabar con la impunidad de los poderosos en el mundo, a todas luces resulta obvio el porqué del temor del principal Estado alentador de conflictos armados internacionales²⁹¹ y su intención de aniquilar a dicha institución²⁹².

²⁹¹ Según un Nash (reconocido general militar estadounidense): Los Estados Unidos han demostrado su poder militar - letal y no letal- "...a un grado sin precedentes en la década pasada. El Ejército estadounidense estima que su ritmo operacional ha aumentado en el trescientos por ciento y esto ha respondido a más de veinte contingencias verdaderas mundiales (comparado a siete durante la Guerra Fría entera)...” *Vid.*, NASH S., William, *The ICC and the Deployment of U.S. Armed Forces op cit.*, p. 145, (la traducción es propia).

²⁹² Los fundamentos que utiliza, hoy en día, Estados Unidos para desacreditar a la CPI resultan contradictorios a las afirmaciones que hiciera el propio Bill Clinton al momento de firmar el Estatuto de Roma, a saber: "...Los Estados Unidos firman hoy el Tratado de Roma de 1998 sobre la Corte Penal Internacional. Al emprender esta acción, nos unimos a más de otros 130 países que han firmado dentro del plazo de 31 de diciembre de 2000 previsto en el Tratado. Damos este paso para reafirmar nuestro firme apoyo a la responsabilidad internacional y al enjuiciamiento de los perpetradores de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Damos también este paso porque deseamos mantener nuestros compromiso de hacer de la CPI un instrumento de justicia imparcial y eficaz en los años venideros... El Tratado requiere que la CPI no se superponga o interfiera con, los sistemas judiciales nacionales en funcionamiento; esto es, el Fiscal de la CPI está autorizado a iniciar el procedimiento contra un sospechoso solamente si el país de la nacionalidad del mismo carece de voluntad o no es capaz

1.2. Cronología de la campaña norteamericana contra la CPI: ¿libertad duradera o impunidad duradera?

Todo comenzó el **31 de diciembre de 2000** con la firma del Estatuto de la CPI por parte de Estados Unidos, bajo la administración Clinton. Sin embargo, pese a la firma por parte de Estados Unidos, el entonces presidente declararía:

No obstante, esta firma no supone un abandono de nuestra preocupación sobre significativos defectos del Tratado. Concretamente, nos preocupa que cuando la Corte empiece a funcionar, ésta no sólo ejercerá su competencia sobre el personal de los Estados que hayan ratificado el Tratado, sino también sobre el de los Estados que no lo hayan hecho. Firmando, sin embargo, estaremos en disposición de influir en la evolución de la Corte. Sin firmar no podremos hacer tal cosa. [...] La competencia de la Corte sobre el personal de los Estados Unidos ha de producirse sólo en caso de que los Estados Unidos ratifiquen el Tratado. Los Estados Unidos debieran tener la oportunidad de observar y evaluar el funcionamiento de la Corte, en el tiempo, antes de optar por someterse a su jurisdicción. En vista de estas inquietudes, no recomiendo ni recomendaré a mi sucesor que presente el Tratado al Senado para someterlo a su deliberación y acuerdo, hasta que nuestras preocupaciones fundamentales hayan sido salvadas²⁹³.

de investigar las alegaciones de crímenes atroces cometidos por sus nacionales. La delegación de los Estados Unidos en la Conferencia de Roma trabajó arduamente para conseguir estas limitaciones, que creemos son esenciales para la credibilidad internacional y el éxito de la CPI... De hecho, en las negociaciones que siguieron a la Conferencia de Roma, hemos trabajado efectivamente en el desarrollo de procedimientos que limiten la posibilidad de enjuiciamientos politizados. Por ejemplo, los negociadores civiles y militares de los Estados Unidos coadyuvaron a garantizar una mayor precisión en las definiciones de crímenes que son competencia de la Corte...” Vid., *Declaración Oficial del Presidente de Los Estados Unidos sobre la Firma del Estatuto de Roma*, 31 de diciembre de 2000, consultable en <http://www.abogarte.com.ar/euucpi2.htm> (sito consultado por última vez el día 8 de abril de 2004).

²⁹³ *Declaración Oficial del Presidente de Los Estados Unidos sobre la Firma del Estatuto de Roma, op cit.*

Más tarde, con el pretexto de la lucha contra el terrorismo, los Estados Unidos de Norte América emprendieron una férrea ofensiva, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, contra la Corte Penal Internacional (lucha que aún hoy día siguen manteniendo).

El **11 de septiembre de 2001** fue decisivo al respecto; tras los atentados en Nueva York y Washington, el Secretario de Defensa Donald Rumsfeld develaba al mundo la ofensiva norteamericana contra el terrorismo denominada “*Operation Enduring Freedom*” (operación libertad duradera)²⁹⁴, sin embargo, poco tiempo después sería del conocimiento público que dicha campaña es utilizada por Bush, entre otras cosas, para sustentar sus intenciones de dotar (principalmente) a las fuerzas armadas de Estados Unidos de absoluta impunidad.

El **11 de abril de 2002** sería enviada una carta por Henry J. Hyde, Zell Miller, Tom DeLay, Jesse Helms y Bob Stum al Secretario de Estado de los Estados Unidos Colin Powell, en la que se argumenta la necesidad de que los miembros de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas gocen de inmunidad respecto de posibles juicios que pueda incoar la CPI en su contra, planteando por primera vez a modo de respuesta a tal situación, a la que catalogan literalmente de “problema”, el actuar del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, con la intención de que dicho órgano mediante sus resoluciones indeterminadamente dote de inmunidad a sus fuerzas militares que participan en este tipo de operaciones. En dicho documento se hace alusión al caso específico de las fuerzas militares estadounidenses en Bosnia, a las cuales se les dotó de inmunidad por el

²⁹⁴ El presidente norteamericano en una conferencia de prensa en la Casa Blanca declaró: “*This crusade, this war on terrorism, is going to take a while*” (esta cruzada, esta guerra contra el terrorismo, va a tomar un rato). Sobre el tópico de la operación “libertad duradera” véase al respecto: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/americas/1563722.stm>, http://beqiraj.com/usa/enduring_freedom/index.asp, (sitios consultados por última vez el día 13 de abril de 2004, la traducción es propia).

Acuerdo de Daytona, y planteando la posibilidad de que el Gobierno de Bosnia ratificara el Estatuto de Roma, se calificó de “perfectamente razonable” la solicitud al Consejo de Seguridad de que otorgue amplia inmunidad a sus militares, a la luz de lo proveído en dicho acuerdo²⁹⁵.

Para el **6 de mayo de 2002** se esfumarían todas las dudas sobre las intenciones norteamericanas de no apoyar, y sí oponerse a la CPI. En esta fecha el Subsecretario de Estado de los Estados Unidos para el Control de Armamentos y la Seguridad Internacional, John Bolton, envió una carta al Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, anunciando la decisión de los Estados Unidos, bajo la presidencia de George W. Bush, de anular su firma del Estatuto de Roma; manifestando que por lo tanto, no se consideraban parte de él, ni se sometían a su jurisdicción, ni se consideraban jurídicamente sometidos a ninguna obligación por la firma de diciembre del año anterior²⁹⁶. Este acto sin precedentes violó la regla específica de Derecho internacional que obliga a un Estado a abstenerse de cometer actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor, cuando dicho Estado haya firmado ese tratado²⁹⁷.

El **9 de mayo de 2002** la Cámara Mayoritaria del parlamento norteamericano acepta súbitamente la propuesta del Senador Tom DeLay de

²⁹⁵ Para profundizar al respecto véase el epígrafe 1.4.4.2. del primer capítulo de esta obra.

²⁹⁶ La carta del Secretario John Bolton dirigida al Secretario General de Naciones Unidas, en fecha 6 de mayo de 2002, puede observarse en su versión original en idioma inglés en: <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2002/9968.htm> (sitio visitado el 12 de junio de 2004). Sobre el abandono del proyecto de instauración de una Corte Penal Internacional de carácter Permanente por parte de Estados Unidos puede observarse un magnífico estudio en MALANCZUK, Peter, *The International Criminal Court and Landmines: ¿What Are the Consequences of Leaving the US Behind?*, *European Journal of International Law*, 2000, Vol. 11, No. 1, pp. 77 y ss.

²⁹⁷ *Vid.*, Artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo 1969, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

la *American Servicemembers' Protection Act* (ASPA) como una enmienda a la *Supplemental Appropriations Act* de 2002 (HR 4775)²⁹⁸.

El **23 de mayo de 2002** la Cámara Representativa del parlamento norteamericano aprueba la enmienda HR 4775, incluida la *American Servicemembers' Protection Act* (ASPA).

El **6 de junio de 2002** una enmienda es realizada por el Senador Dodd (S.AMDT.3787) e incorporada al texto de la ASPA, a saber: "...*Nada de lo dispuesto en este título prohibirá que Estados Unidos brinde asistencia a los esfuerzos internacionales para llevar a la justicia a Saddam Hussein, Slobodan Milosovic, Osama bin Laden, otros miembros de Al Queda, líderes del Jihad islámico, y otros nacionales extranjeros acusados de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de contra la humanidad...*"²⁹⁹

Posteriormente, el **30 de junio de 2002**, Estados Unidos al no conseguir la inmunidad deseada para sus fuerzas militares, -en el seno del Consejo de Seguridad- votaría en contra de la renovación de la Misión para el Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas en Bosnia y Herzegovina (UNMIBH), vetando la resolución del Consejo de Seguridad que proponía lo propio. El resultado de la votación sería de 13 votos a favor y 1 en contra (Estados Unidos), consecuentemente Washington dejaría correr su suerte a los pueblos de los Balcanes con tal de ejercer una gran presión de índole

²⁹⁸ Al respecto puede consultarse un magnífico estudio en: <http://www.endgenocide.org/ceg-icc/aspafinal/houseaspa.htm>, <http://www.wfa.org/issues/wicc/archives/2002/aspaction.html>, (sitios consultados por última vez el 12 de junio de 2004).

²⁹⁹ La propuesta del senador Dodd se puede encontrar en su versión original en idioma inglés en la sección 2015, ASSISTANCE TO INTERNATIONAL EFFORTS (asistencia para esfuerzos internacionales) del texto final de la *American Servicemembers' Protection Act of 2002* (de la traducción es propia).

internacional bajo el objetivo de conseguir, a toda costa, su cometido: dotar de inmunidad jurisdiccional respecto de la CPI a sus militares³⁰⁰.

Julio 3 del 2002. La fuerte desaprobación de la intención estadounidense de excluir a sus militares de la jurisdicción de la CPI mediante el empleo del Consejo de Seguridad sería manifestada por el Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, tras una carta enviada al Secretario de Estado norteamericano, Colin Powell³⁰¹.

La Comisión Preparatorio de la CPI citó a una sesión de emergencia para discutir la situación. Las delegaciones condenaron fuertemente la postura norteamericana.

El **10 de julio de 2002** después de haber recibido dos rechazos, la propuesta de Canadá de que se organizase una reunión abierta en el seno del Consejo de Seguridad, con la finalidad de debatir el tema de las inmunidades que planteaba Estados Unidos, sería escuchada y dicha reunión se abriría en esta fecha, dejándose escuchar la negativa de apoyo a la propuesta de Estados Unidos por parte de la mayoría de los Estados miembros de la ONU.

El **12 de julio de 2002** los Estados miembros del Consejo de Seguridad reunidos en su 457ª sesión -con la finalidad de restablecer la Misión de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas en Bosnia y Herzegovina, y con el afán de evitar la proliferación del veto de Estados Unidos en aquellas resoluciones del Consejo de Seguridad referentes a

³⁰⁰ Para mayor abundamiento al respecto obsérvese el epígrafe 1.4.4.2. de capítulo primero de esta obra.

³⁰¹ En dicha carta Kofi Annan manifiesta, entre otras cosas, que el artículo 16 del Estatuto de la Corte Penal Internacional es interpretado por Estados Unidos para una situación completamente diferente a la de su naturaleza, ahora es propuesto para ser usado por el Consejo de Seguridad a fin de crear una resolución general, con la intención de prevenir que el Fiscal inicie casos contra el personal de las misiones de paz. La traducción completa de la carta se puede observar en el epígrafe 1.4.4.2 del capítulo primero de esta obra.

Misiones de Paz de Naciones Unidas, así como por el hecho de que algunos de ellos se encontraban influenciados por las presiones de Washington-, aprobarían por unanimidad la Resolución No. 1422 (2002) que dotaba de inmunidad -respecto de la jurisdicción de la CPI- a los militares y personal norteamericano, así como de cualquier Estado no parte del Estatuto de Roma que participaran en operaciones de paz de Naciones Unidas, y al final de dicha resolución se anunciaba la férrea intención norteamericana de renovar anualmente por tiempo indeterminado dicha resolución³⁰².

El embajador Negroponte anunciaba que la Resolución No. 1422 del Consejo de Seguridad era apenas el primer paso de los esfuerzos estadounidenses de mantener fuera de la jurisdicción de la corte penal internacional a los norteamericanos.

Julio 23-24 de 2002, ambas Cámaras del Parlamento norteamericano aprobarían, sin ningún cambio a partir de la enmienda propuesta por el senador Dodd, el reporte conferencial 107-593 sobre la enmienda HR 4775 (incluida la ASPA 2002)³⁰³.

El 1 de agosto de 2002 Rumania Sería el primer Estado en firmar con Estados Unidos un acuerdo bilateral de no-entrega (llamados comúnmente acuerdos del artículo 98)³⁰⁴. Tales acuerdos consisten en la celebración de un acuerdo de impunidad de carácter bilateral, por medio del

³⁰² Al respecto véase el epígrafe 1.4.4.2 del capítulo primero de la presente obra.

³⁰³ Puede observarse el texto completo del House Rpt.107-593 -Making Supplemental Appropriations for Further Recovery from and Response to Terrorist Attacks on the United States for the Fiscal Year Ending September 30, 2002, and for Other Purposes- en su versión original en idioma inglés en: [http://thomas.loc.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp107:FLD010:@1\(hr593\)](http://thomas.loc.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp107:FLD010:@1(hr593)). (página de internet consultada por última vez el 10 de julio de 2004).

³⁰⁴ Al respecto véase http://216.239.39.104/search?q=cache:ii-h_TWO3JQJ:www.mediosparalapaz.org/index.php%3Fidcategoria%3D826+Rumania+y+ESTADOS+uNIDOS+1+de+agosto+de+2002,+acuerdos+del+art%C3%ADculo+98+&hl=es&ie=UTF-8 (sitio consultado por última vez el día 7 de junio de 2004).

cual el Estado distinto a los Estados Unidos de América queda obligado, entre otras cosas, a: 1) no entregar a ningún nacional norteamericano que sea requerido por la CPI a la misma, y 2) extraditar a dicho nacional a los Estados Unidos.

El **2 de agosto de 2002** el presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, George W.. Bush, firma la Ley de Presupuesto H.R 2500 que prohíbe la utilización de los fondos asignados a la cooperación, o asistencia de todo tipo a la Corte Penal Internacional o a su Comisión Preparatoria. Con este acto la *American Servicemember´s Protection Acts of 2002* (ASPA) pasaría a formar parte del Derecho positivo interno de los Estados Unidos.

Algunos funcionarios estadounidenses comienzan a advertir que la administración será obligada por el ASPA a retener la ayuda militar de Estados que no firmen acuerdos del artículo 98 (propuestos por los E.U). Algunos aspirantes de la OTAN son amenazados bajo el hecho que de no firmar tal acuerdo podrían poner a su candidatura en peligro³⁰⁵. Estados Unidos manifiesta a miembros de la OTAN que sin tales acuerdos, los Estados Unidos deberían reevaluar su relación con la organización.

Para el **20 de septiembre de 2002** la administración Bush revela su Política de Estrategia de Seguridad Nacional. Con relación a la CPI mencionaba:

Tomaremos las acciones necesarias para asegurar que nuestros esfuerzos tendientes a lograr nuestros compromisos de seguridad global y protección de los americanos no sean perjudicados por potenciales

³⁰⁵ Las nuevas restricciones incluyen 47 millones de dólares en financiación para fuerzas armadas extranjeras y 613.000 dólares en educación y entrenamiento militar, al respecto obsérvese: <http://www.cnnenespanol.com/2003/americas/eeuu/07/01/corte.internacional/> y http://www.iccnw.org/espanol/notas_prensa/np_eua2.htm (consultados el día tres de marzo de 2004).

investigaciones, pesquisas, o procesamientos de la Corte Penal Internacional (CPI), cuya jurisdicción no se extiende a los americanos y que no aceptamos. Trabajaremos juntos con otras naciones para evitar complicaciones en nuestras operaciones militares y cooperación, a través de mecanismos como acuerdos multilaterales y bilaterales que protegerán a los ciudadanos estadounidenses de la CPI. Pondremos en práctica total la American Servicemember´s Protection, cuyas provisiones intentan asegurar y realzar la protección de personal estadounidense y funcionarios³⁰⁶

El **27 de septiembre de 2002** el Consejo de la Unión Europea sedería en parte ante las arduas presiones de Washington -relativas a la celebración de acuerdos del artículo 98- al poner de manifiesto una posición común aceptando que los acuerdos que estaba negociando Estados Unidos podrían celebrarse bajo ciertos principios rectores³⁰⁷.

El **12 de junio de 2003** sería renovada la Resolución No. 1422 del Consejo de Seguridad, con una votación de 12-0, dando a luz a la Resolución No. 1487, con las abstenciones de Alemania, Francia y Siria. Kofi Annan y los representantes de aproximadamente 60 países hablarían claro contra la resolución y contra su renovación, argumentando que la misma era

³⁰⁶ El discurso lanzado por el Presidente Bush el día 20 de septiembre de 2002 puede hallarse en su versión original en idioma inglés en: <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss9.html> (la traducción es propia, el sitio de internet fue consultado el día 3 de agosto de 2003).

³⁰⁷ El 30 de septiembre de 2002, la UE adoptó una serie de “principios rectores”, afirmando que los acuerdos propuestos por los E.U. eran claramente incompatibles con el Estatuto de Roma y con las obligaciones que surgen de otros tratados internacionales. Los “principios rectores” hacen un llamado a los países a considerar los acuerdos de impunidad existentes a fin de establecer los estándares según los cuales deberían ser redactados tales acuerdos. “...La Posición Común adoptada por la UE es de suma importancia...” afirmó Irune Quijera-Aguirrezabal, Coordinadora para Europa de la Colación de ONG´s por la CPI. “...Sin el firme compromiso de la Unión Europea y sus 15 Estados miembros, y, en particular, sin su extraordinario éxito en sumar esfuerzos a través de una Posición Común sobre la Corte Penal Internacional, probablemente no estaríamos denode nos encontramos ahora...”, expresó. Al respecto *Vid.*, http://www.iccnw.org/espanol/notas_prensa/np_ue2.htm (consultada por última vez el día 15 de mayo de 2003)

innecesaria, inadecuada e ilegal conforme al Estatuto de Roma, la Carta de Naciones Unidas, y el Derecho internacional general³⁰⁸.

El **1 de julio de 2003** el presidente G. W. Bush anuncia la suspensión de la ayuda militar a 35 Estados Parte del Estatuto de la CPI. La ayuda militar seguirá otorgándose a aquellos Estados que han concluido, o están en el proceso de conclusión, un acuerdo del artículo 98³⁰⁹.

En **1 de agosto de 2003** el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución No. 1497, que autoriza el despliegue de una fuerza de estabilización multinacional para Liberia. En la cual, por insistencia de EE.UU.,

³⁰⁸ *Vid.*, epígrafe 1.4.4.2. del capítulo primero de esta obra.

³⁰⁹ El artículo 2007 de la *American Service Members' Protection Act (ASPA)* prohíbe que se proporcione ayuda militar estadounidense a los Estados que ratifiquen el Estatuto de Roma, si bien la prohibición no es aplicable a los países miembros de la OTAN y a ciertos otros aliados, entre ellos Argentina, Australia, Egipto, Israel, Japón, Jordania, Nueva Zelanda y la República de Corea. El presidente puede, no obstante, decidir que esa prohibición no se aplique a otros Estados, si antes han firmado acuerdos de impunidad con Estados Unidos, o si el presidente considera que ello redundaría en el interés nacional. El artículo 2007 dice lo siguiente:

a) **PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA MILITAR.** A reserva de lo dispuesto en los párrafos b) y c), y entrando en vigor 1 año después de la fecha en que, conforme a lo dispuesto en su artículo 126, el Estatuto de Roma entre, a su vez, en vigor, Estados Unidos no proporcionará ninguna asistencia militar a los gobiernos de países que sean partes en la Corte Penal Internacional.

b) **CLÁUSULA DE RENUNCIA POR INTERÉS NACIONAL.** El presidente puede, sin que precise notificarlo con antelación al Congreso, renunciar, con respecto a un país en concreto, a la aplicación de la prohibición establecida en el párrafo a), si determina y así lo comunica a los oportunos comités del Congreso, que ello es de importancia para el interés nacional de Estados Unidos.

c) **CLÁUSULA DE RENUNCIA POR EL ARTÍCULO 98.** El presidente puede, sin que precise notificarlo con antelación al Congreso, renunciar, con respecto a un país en concreto, a la aplicación de la prohibición establecida en el párrafo a), si determina y así lo comunica a los oportunos comités del Congreso, que tal país ha alcanzado un acuerdo con Estados Unidos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 98 del Estatuto de Roma, por el que se impide a la Corte Penal Internacional actuar contra personal estadounidense presente en ese país.

d) **CLÁUSULA DE EXENCIÓN.** La prohibición del artículo a) no se aplicará al gobierno de:

- 1) un país miembro de la OTAN;
- 2) un aliado de especial importancia no perteneciente a la OTAN (entre ellos Australia, Egipto, Israel, Japón, Jordania, Argentina, la República de Corea y Nueva Zelanda); o
- 3) Taiwán.

American Service Members' Protection Act (ASPA), *Public Law 107-206*, firmada el 2 de agosto de 2002, artículo 2007. La traducción es propia.

se incluyó un lenguaje que concede amplias inmunidades y una jurisdicción exclusiva sobre tentativos crímenes cometidos por su personal³¹⁰.

El **19 de mayo de 2004**, E. U. presentó al Consejo de Seguridad un proyecto de resolución por el que se renovarían la Resolución No. 1487 del Consejo de Seguridad.

El **17 de junio de 2004** el Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, declararía:

en los últimos dos años, me he pronunciado firmemente contra la excepción (por parte de los militares norteamericanos frente a la jurisdicción de la CPI), y pienso que sería desafortunado que uno presione para ese tipo de excepción, dado abuso contra los prisioneros en Irak. Pienso en esta circunstancia que sería imprudente presionar para una excepción, y sería aún más imprudente de parte del Consejo de Seguridad concederla. Desacreditaría al Consejo y a las Naciones Unidas [los cuales defienden] el Estado de Derecho y primacía del Imperio de la ley³¹¹.

El 23 de junio de 2004, luego de semanas de negociaciones y de enfrentar una continua oposición, el gobierno de los EE.UU. retiró su solicitud para la renovación de la resolución del Consejo de Seguridad que eximía a sus fuerzas de mantenimiento de la paz de jurisdicción de la CPI. Esto fue anunciado luego de consultas informales durante las cuales quedó claro que el texto de compromiso propuesto por EE.UU. a última hora no conseguiría el apoyo requerido³¹².

³¹⁰ *Vid.*, epígrafe 1.4.4.2. del capítulo primero de esta obra.

³¹¹ *Vid.*, epígrafe 1.4.4.2. del capítulo primero de esta obra.

³¹² *Idem.*

El **02 de julio de 2004** El gobierno de Estados Unidos ha informado que retirará a parte de su personal de las misiones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas³¹³.

Después de **agosto de 2004** se relata que más de 50 países han firmado el acuerdo del artículo 98 propuesto por EE.UU. La mayor parte de países deben ganar todavía la aprobación parlamentaria de estos acuerdos de hacerse la encuadernación. Muchos estados poderosos, incluso Canadá y Alemania, han indicado en público que ellos con poca probabilidad firmarán. Más estados vulnerables como Croacia, Colombia y los estados de CARICOM se han negado también. El subsecretario para Control de Armas y Seguridad Internacional el equipo de John Bolton en el Ministerio de Asuntos Exteriores sigue sus esfuerzos mundiales para obtener estos acuerdos³¹⁴.

A pesar de su intención expresada de respetar las decisiones de naciones que han decidido unirse a la CPI, los EE.UU. siguen haciendo esfuerzos específicos para desalentar a los gobiernos de ratificar el Estatuto de Roma y de participar constructivamente en la CPI.

³¹³ Vid., <http://www.iccnw.org/pressroom/factsheets/FS-AMICC-USTimeline.pdf> (sitio consultado por última vez el día 3 de junio de 2004), *op cit*.

³¹⁴ *Idem*. Respecto de la campaña estadounidense de celebración de los “acuerdos del artículo 98” puede consultarse: COALICIÓN DE ESTUDIANTES INDEPENDIENTES POR LA CPI, *Los Estados Unidos Lanzan Campaña Mundial para Conseguir Inmunidad Frente a la CPI. Solicitan a Más de 100 Naciones Firmar Acuerdos Bilaterales*, consultable en http://www.iccnw.org/espanol/art98/EEUU_CPI.pdf (sitio consultado por última vez el día 9 de octubre de 2003), así como AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los Esfuerzos Estadounidenses por Conseguir Inmunidad para el Genocidio, los Crímenes Contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra*, consultable en internet en: http://216.239.39.104/search?q=cache:U_pi2O0deOMJ:www.edai.org/centro/tematico/cpi/I4002502.pdf+inmidades+del+art%C3%ADculo+98.1+del+Estatuto+de+Roma&hl=es&ie=UTF-8 (sitio visitado por última vez el día 28 marzo de 2004).

- 1.3. El *American Service Members' Protection Act* (ASPA). La Ley de invasión de La Haya.

8-9 de mayo de 2001: La *American Service Members' Protection Act* (Ley de protección para los soldados y nacionales estadounidenses) es presentada ante la Cámara de Representantes y el senado por los parlamentarios Tom DeLay y Jesse Helms.

Durante el **verano de 2001** y hasta los atentados terroristas (en Washington y Nueva York) del **11 de septiembre**, los miembros del parlamento norteamericano decidieron vincular la autorización del senado, sobre el pago de los atrasos que los EE.UU. debían a la ONU, a la *American Service Members' Protection Act* (ASPA), la cual es una ley por natura contraria al Estatuto de Roma y la CPI.

El **13 de septiembre de 2001**, dos días después de los ataques terroristas, el diputado Tom DeLay finalmente decidió renunciar a oponerse al pago de los atrasos y los diputados aceptaron así el pago sin ningún tipo de condicionamiento.

El **10 de septiembre de 2001**, la ASPA estaba revisada para incluir las prerrogativas presidenciales, que permiten eliminar algunas de las prohibiciones consideradas en el proyecto inicial de dicha ley.

El **25 de septiembre de 2001**, una carta del Departamento del Estado informó al senador Jesse Helms sobre el apoyo del gobierno a la ASPA revisada.

El **28 de noviembre de 2001** el senador republicano Henry Hyde hace aprobar en el último momento una enmienda a la ley de finanzas para defensa de 2002, que prohíbe cualquier cooperación con la CPI. Después de muchas enmiendas, la versión final de la ley incluye una gran autoridad de exención para el Presidente, e insiste en el hecho de que ninguna de sus disposiciones pueden interferir con la autoridad constitucional del Presidente para decidir sobre la política extranjera.

El **9 de mayo de 2002** la Cámara Mayoritaria del parlamento norteamericano acepta súbitamente la propuesta del senador Tom DeLay de la *American Servicemembers' Protection Act* (ASPA) como una enmienda a la *Supplemental Appropriations Act* de 2002 (HR 4775). Ésta fue adoptada por el Comité de Aprobación por una votación de 38 a 18. Este proyecto fue calificado de menos virulento que la versión que fuera presentada en septiembre de 2001 ante el senado norteamericano, este texto contiene una extensa renuncia de autoridad presidencial, la cual ha sido endosada a la administración³¹⁵.

El **23 de mayo de 2002** la Cámara Representativa del parlamento norteamericano aprueban la enmienda HR 4775, incluida la *American Servicemembers' Protection Act* (ASPA).

El **6 de junio de 2002** el Senador Wamer propone una enmienda (S.AMDT.3597) a la versión aprobada por el senado de la *Supplemental Appropriations Act*. El texto es idéntico al elaborado en el senado el 9 de mayo de 2002, sin embargo, por consenso unánime, una segunda enmienda (S.AMDT.3787) realizada por el Senador Dodd es incorporada a al texto de la ASPA, a saber: "...*Nada de lo dispuesto en este título prohibirá que Estados*

³¹⁵ *Vid.*, nota el pie número 288.

Unidos brinde asistencia a los esfuerzos internacionales para llevar a la justicia a Saddam Hussein, Slobodan Milosovic, Osama bin Laden, otros miembros de Al Qaeda, líderes del Jihad islámico, y otros nacionales extranjeros acusados de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de contra la humanidad...³¹⁶

El **2 de agosto de 2002**, George W. Bush firmó el conjunto de leyes que constituyen el ASPA. Por lo tanto, se convirtió en derecho positivo norteamericano. De este modo la doctrina norteamericana opositora de la CPI se inscribe así en el derecho interno. Pero los Estados Unidos deben también cerciorarse de que ninguno de sus nacionales, civil, diplomático o militar, que esté fuera del territorio americano, podrá ser "molestado" por la Corte. Esta es la razón por la que se ha negociado una resolución del Consejo de Seguridad (Res. No. 1422) para limitar la competencia de la CPI y por la que se promueve el establecimiento de acuerdos bilaterales para evitar que se entregue a la CPI a nacionales americanos (acuerdos del artículo 98). De este modo, se materializa una ASPA a ámbito internacional.

La *American Service Members' Protection Act* (ASPA) constituye la doctrina pública de los Estados Unidos con respecto a la CPI. Atendiendo al preámbulo de dicha ley, las razones de su oposición a la Corte radican en el hecho de que: "...*un tratado internacional no puede crear obligaciones hacia un Estado no parte...* y por lo tanto ...*los Estados Unidos rechazan cualquier competencia de la Corte para con sus nacionales...*"

Ahora bien, se ha venido afirmando a lo largo de esta obra que la ASPA es una ley *per se* contraria al objeto y fines perseguidos por la CPI, sin embargo ello atiende a que dicha ley en sustancia:

³¹⁶ *Vid.*, nota al pie número 289.

- 1.** Prohíbe cualquier cooperación americana con la CPI (Sección 2004): Esta prohibición general de cooperación con la CPI se aplica a los tribunales americanos, a los gobiernos locales y al gobierno federal. Incluye la prohibición de transferir ante la CPI a cualquier persona, ciudadano americano o extranjero residente en los Estados Unidos, presente en el territorio; la prohibición de cualquier investigación de la CPI en el territorio de los Estados Unidos; la prohibición de asignar fondos del gobierno americano para las detenciones, arrestos, extradiciones o el enjuiciamiento de un ciudadano americano o un extranjero residente permanentemente en los Estados Unidos por la CPI; la prohibición de aplicar en el territorio de los Estados Unidos cualquier medida de instrucción relacionada con una denuncia preliminar, una investigación, un enjuiciamiento o cualquier otro procedimiento de la CPI.
- 2.** Evita la transferencia ante la CPI de los documentos relativos a la seguridad nacional (Sección 2006).
- 3.** Prohíbe cualquier ayuda militar aunque la mayoría de Estados ratifiquen el Estatuto de Roma (Sección 2007). El principio general de este título dispone que, un año después de la entrada en vigor de la CPI, no se proporcionará ninguna ayuda militar americana a un Estado parte de la CPI. Sin embargo la ley prevé que ciertos Estados se pueden eximir de acuerdo con el interés nacional americano. Así, la cláusula de la no-ayuda no es aplicable a los Estados miembros de la OTAN, los aliados esenciales, aunque no miembros, de la OTAN (incluyendo Australia, Egipto, Israel, Japón, Jordania, Argentina, República de Corea, Nueva

Zelanda y Taiwán). De la misma manera, el Presidente puede reexaminar la prohibición si el Estado en cuestión tuviera un acuerdo con los Estados Unidos de conformidad con el artículo 98 del Estatuto de Roma, que prohibiría explícitamente la entrega de un americano a la CPI.

- 4.** Restringe la participación americana en ciertas operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU (sección 2005): Se espera que el Presidente utilice la voz y el voto americano dentro del Consejo de Seguridad para garantizar que todas las resoluciones tomadas en el marco del capítulo VI o VII de la Carta de las Naciones Unidas, las cuales autorizan respectivamente la puesta en marcha de operaciones de mantenimiento de la paz y de restablecimiento de la paz, consideren una exención permanente para los miembros del ejército americano. Se trata de evitar el enjuiciamiento internacional penal ante la CPI de los nacionales americanos en lo que se refiere a las acciones desarrolladas en conexión con las operaciones de cascos azules. La participación del ejército americano sólo sería posible si ocurriese en el territorio de un Estado no parte del Estatuto, más el Presidente de los Estados Unidos puede permitir la participación de las tropas americanas en tales operaciones, independientemente del territorio, si se respeta una de las cuatro condiciones siguientes: si el Consejo de Seguridad garantiza por resolución la inmunidad de las fuerzas armadas americanas; si la CPI no puede ejercer sus competencias en el campo de las operaciones militares, si hay un "acuerdo del artículo 98" entre los Estados Unidos y el país en donde se desarrollen las operaciones militares, o si el interés nacional justifica tal operación.
- 5.** Presentación de informes ante el Congreso. En esta sección de la ASPA

se prevé que el Presidente debe proporcionar al Congreso un informe que detalle cada alianza militar en la que los Estados Unidos participe, también debe especificar hasta qué punto podrían los miembros de las fuerzas armadas americanas, en el contexto de una operación militar dirigida por esta alianza, ser colocados bajo el control operacional de oficiales extranjeros sometidos a la CPI (por ser nacionales de un Estado parte de la Corte) y evaluar su riesgo para las fuerzas armadas americanas (Sección 2009).

6. *The Hague Invasion Act* (la ley de invasión de La Haya) autoriza al Presidente a utilizar "todos los medios necesarios y adecuados" para liberar a un ciudadano americano retenido por la CPI, de ahí proviene el apodo de "*Hague Invasion Act*" (Sección 2008).

- 1.4. El actuar de EE.UU. contra la CPI en el seno del Consejo de Seguridad: la Resolución No. 1422.

El Estatuto de Roma en su artículo 16 permite que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una Resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda, por un plazo que no podrá exceder de 12 meses, la investigación o el enjuiciamiento que no haya o haya iniciado, ante lo cual, la Corte puede proceder a esa suspensión; pudiendo renovarse dicha petición por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones; desafortunadamente en dicho artículo no se manifiesta el número de veces que podrá renovarse tal, y a raíz de una interpretación del artículo 16 contraria a toda norma de Derecho internacional por parte de un Estado con intenciones de destruir a la CPI (Estados Unidos), puede presentarse a la

Corte una especie de orden de inhibitoria, renovable por un número infinito de veces que impediría el ejercicio de su jurisdicción, menoscabando la independencia de su actividad judicial, cuestión que con certeza provocaría su desaparición.

Con esta intención Estados Unidos ejercería presiones arduas sobre los miembros del Consejo de Seguridad, que reunidos en su 457ª sesión, el 12 de julio de 2002, aprobarían por “unanimidad” la Resolución No. 1422 (2002), la cual entre otras cosas manifiesta literalmente:

El Consejo de Seguridad [...] 1.- Pide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex-funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1º de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario. 2.- Expresa la intención de renovar en las mismas condiciones, el 1º de julio de cada año, la petición que se indica en el párrafo 1 para períodos sucesivos de doce meses durante el tiempo que sea necesario. 3.- Decide que los Estados Miembros no tomarán ninguna medida que no esté en consonancia con el párrafo 1 y con sus obligaciones de carácter internacional. 4.- Decide seguir ocupándose del asunto³¹⁷.

³¹⁷ El tópico relativo a la Resolución 1422 del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional se encuentra pormenorizadamente desarrollado en el epígrafe 1.4.4.2. del capítulo primero del presente trabajo.

1.5. La doctrina norteamericana del artículo 98.2 del Estatuto de Roma.

Lamentablemente el texto del artículo 98.2 del Estatuto de Roma no es claro y debido a ello en la actualidad carece de una homogeneidad interpretativa, aparejando múltiples controversias. Para algunos simplemente este artículo no debía haberse incorporado nunca al texto final del Estatuto de Roma, sin embargo, debido a presiones norteamericanas y a la buena intención por parte de la Comunidad Internacional de que Estados Unidos no quedara excluido de la ansiada CPI y que también se comprometiera a participar en el proceso de su elaboración, éste artículo se incluyó (a raíz de una aportación estadounidense) en la propia Conferencia Diplomática de Roma³¹⁸.

El mencionado artículo provee que:

La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con la obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega³¹⁹.

La doctrina norteamericana realiza una interpretación particular del artículo 98.2 del Estatuto bajo la finalidad de dotar de impunidad a sus nacionales y militares respecto de la CPI.

Como ya se ha mencionado el artículo 98.2 plantea varios puntos poco específicos, enarbolando controversias. El primer punto controvertido de

³¹⁸ Para mayor abundamiento al respecto véase epígrafe 4.1.2. del capítulo IV de esta obra.

³¹⁹ *Vid.*, Artículo 98.2 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, *op cit.*

este artículo atiende a la omisión de una delimitación respecto de la clase de acuerdos internacionales a los cuales se refiere. Mientras los redactores de este artículo consideran que el término "acuerdo internacional" se incluyó en referencia exclusiva a los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas (CEF), los cuales no son acuerdos de extradición sino acuerdos en los que se detallan las circunstancias en las que un Estado habrá de entregar a una persona a otro Estado para ser sometida a investigación y procesamiento³²⁰, Estados Unidos manifiesta que el término "acuerdo internacional" refiere a una variedad de acuerdos sin exclusividad para los CEF. Un segundo punto de debate dentro de éste artículo radica en sí el mismo sólo se refiere a acuerdos celebrados *a priori* de la entrada en vigor del Estatuto de Roma o sí también contempla acuerdos realizados después de esa fecha³²¹. Nuevamente, para la mayoría de los redactores del Estatuto, el artículo 98 se instauró con objeto de abordar la cuestión de la relación entre las obligaciones de los Estados Parte al amparo del futuro Estatuto de Roma y las obligaciones existentes de esos Estados en el Derecho internacional, por lo que el apartado segundo de dicho artículo es aplicable a los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas existentes y vigentes, no a los que se establezcan *a posteriori* de que un Estado pasa a ser parte en el Estatuto de Roma, pero para los Estados Unidos la interpretación atribuible al artículo en cita al respecto es la que permite la existencia de acuerdos internacionales de nuevo cuño o nueva creación, o

³²⁰ El ejemplo por excelencia de los CEF lo constituye el CEF de la OTAN, su artículo 7 establece como exclusiva la jurisdicción del Estado de origen sobre los miembros de una fuerza o de un elemento civil y las personas dependientes de los mismos. Este ha sido el modelo durante años para los CEF bilaterales de Estados Unidos. *Vid.*, Organización del Tratado del Atlántico Norte, Estatuto de las Fuerzas de los Estados Partes, *op cit*, p. 27470, artículo 7, párrafos 4 a 6. Otro ejemplo de CEF los constituyen los Acuerdos de la ONU sobre el Estatuto de las Misiones con Países Anfitriones (SOMA's, en sus siglas en inglés), los cuales rigen la aportación de fuerzas a las operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU, y establecen que los tribunales del Estado que aporta personal a tales operaciones tienen jurisdicción exclusiva sobre los crímenes cometidos por ese personal en el Estado anfitrión; véase al efecto el modelo de acuerdo, de 1990, Documento ONU: A/54/594 (1990), y el informe afín, *Modelo de Acuerdo entre las Naciones Unidas y Estados Miembros que aportan personal y equipo a operaciones de las Naciones Unidas de mantenimiento de la paz*, Documento ONU: A/46/185 (1991).

³²¹ Véase el epígrafe 1.4.5.2. del capítulo I de la presente obra.

aquellos que si bien existían antes de la entrada en vigor del Estatuto fueron renovados en forma posterior a este acontecimiento. El último tercer aspecto debatible deriva del primero, es decir, en la hipótesis de que los acuerdos internacionales a los que hace referencia el artículo 98.2 sean acuerdos distintos a los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas, entonces ¿cuál será el alcance de dichos convenios?, o en otras palabras ¿a qué tipo de personas se aplicarán? La mayoría de los expertos jurídicos sobre el tópico creen que el artículo 98.2 es aplicable celosamente a los CEF, por lo que sólo tales acuerdos aplicarían respecto de aquellas personas que envíe el Estado de origen y sean recibidas por el Estado receptor a la luz de dichos acuerdos, sin embargo Estados Unidos, al considerar que el artículo 98.2 no se refiere únicamente a los CEF, da otra respuesta a la interrogante planteada, este Estado simplemente alega que el término "personas" utilizado en dicho artículo abarca a todos sus funcionarios del gobierno (actuales o pasados), empleados (incluidos los contratistas), personal militar o ciudadanos de una de las partes que celebren un acuerdo del tipo del artículo 98.2³²².

La redacción del artículo 98.2 no especifica si excluye o no a los acuerdos de celebración futura respecto a la entrada en vigor del Estatuto, por lo que Estados Unidos hoy día -por medio de una interpretación del artículo 98.2 no acorde con el objeto y fin del Estatuto- está celebrando *vis a vis* acuerdos de impunidad tanto con Estados Parte, como no parte del Estatuto, por medio de los cuales pretende evitar que la CPI ejerza su jurisdicción sobre cualquiera de sus nacionales y militares³²³ (pese a la comisión de crímenes de genocidio, crímenes *lesa humanidad*, crímenes de guerra y crímenes de agresión).

³²² AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los Esfuerzos Estadounidenses por Conseguir Inmunidad para el Genocidio, los Crímenes Contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra*, op cit.

Se ha denominado, durante el desarrollo de este trabajo, a los acuerdos propuestos por Estados Unidos: "acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98", debido a que los mismos no contienen ningún compromiso de que este Estado investigará y, si existen pruebas admisibles suficientes, procesará las personas acusadas por la Corte Penal Internacional ante tribunales estadounidenses, o de que, si Estados Unidos no puede o no quiere investigar o procesar a esas personas, las entregará a la Corte Penal Internacional o las devolverá al Estado en el que han sido halladas. De hecho, en determinados casos, la legislación estadounidense es deficiente, pues sus leyes penales no incluyen como actos criminales muchos de los crímenes de Derecho internacional incluidos en el Estatuto de Roma³²⁴.

Estos acuerdos responden a una presión más de Estados Unidos respecto de la Comunidad Internacional, con la intención de cortocircuitar el funcionamiento de la CPI y con ello eximir a sus militares y nacionales de la jurisdicción de dicho organismo. La doctrina norteamericana del artículo 98.2 se ubica dentro de su política de unilateralismo creciente por acabar con la CPI.

En resumidas cuentas, el artículo 98.2. se presenta hoy día como un problema verdaderamente crucial, que necesita ser examinado a la luz de los trabajos preparatorios de dicho artículo, del sentido corriente de su contexto, de la opinión y subsecuente práctica de los Estados Parte del Estatuto (análisis que se puede observar en el siguiente capítulo), por poner en riesgo la existencia misma de la CPI³²⁵.

³²³ Sobre la postura norteamericana respecto del artículo 98.2 del Estatuto de Roma puede consultarse un estupendo análisis en: WEDGWOOD, Ruth, *The International Criminal Court: An American View*, *op cit*.

³²⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los Esfuerzos Estadounidenses por Conseguir Inmunidad para el Genocidio, los Crímenes Contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra*, *op cit*.

³²⁵ Al respecto véase los epígrafes 4.1, 4.1.1, 4.1.1.1, 4.1.1.2, 4.1.1.3, 4.1.1.4, 4.1.2 y 4.1.2.1. del capítulo cuarto de esta obra.

2.2. Los principios rectores de la Unión Europea: límite o reconocimiento a los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98?

Frente a las férreas presiones norteamericanas, respecto a la celebración de acuerdos de impunidad del artículo 98, ejercidas a todos los gobiernos de las distintas regiones, la postura de la Unión Europea (UE) sobre el tópico iba cobrando cada vez más importancia, pues muchos gobiernos estaban esperando a que la UE decidiera al respecto para después actuar³²⁶.

Del 25 al 27 de septiembre del 2002, el Comité Político y de Seguridad de la UE se reunió en Bruselas para debatir su decisión sobre la petición de Estados Unidos de celebrar acuerdos de impunidad del artículo 98 con Estados miembros de la UE (para no entregar a la Corte Penal Internacional a los ciudadanos estadounidenses acusados de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y agresión). La idea de una respuesta en bloque surgió como medida a las arduas presiones norteamericanas ejercidas, *vis a vis*, desde Washington hacia cada país europeo y ante el temor de que aquellos países que en un inicio apoyaron con gran ímpetu la creación de la CPI, posteriormente le dieran la espalda a dicho organismo, coaccionados por Estados Unidos.

³²⁶ Según los informes, el 2 de octubre del 2002 el portavoz del Ministerio de Asuntos Exteriores de Bulgaria, Lyubomir Todorov, declaró que, basándose en la decisión, firmaría un acuerdo con Estados Unidos. Rumania ha indicado que revisará el acuerdo de impunidad que ha firmado con Estados Unidos teniendo en cuenta los principios rectores de la UE y luego lo presentará al Parlamento. Altos cargos del Reino Unido han manifestado que su país está tratando de negociar un acuerdo de impunidad con Estados Unidos basado en la decisión de la UE. *Vid.*, AMNISTÍA INTERNACIONAL, Corte Penal Internacional. *La Necesidad de que la Unión Europea Tome Más Medidas Efectivas para Evitar que sus Miembros Firmen Acuerdos de Impunidad con*

Los quince Estados que integran EU, consientes de que estaban frente al país más poderoso del mundo y de las diferentes repercusiones que puede acarrearles el ofrecimiento de un "no" a Estados Unidos, tomaron la decisión de encarar conjuntamente al gobierno de Bush.

En septiembre 27 de 2002 el Consejo de la Unión Europea adoptó la esperada decisión, misma que se compondría de dos partes: un proyecto de conclusiones sobre la CPI (proyecto de conclusiones) y una serie de principios rectores en relación con los acuerdos entre un Estado Parte del Estatuto de Roma de la CPI y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte (principios rectores). 13 Delegaciones llegaron a un acuerdo *ad referendum* sobre el proyecto de conclusiones y 14 Delegaciones sobre los principios rectores³²⁷.

Dentro del proyecto de conclusiones se confirma, entre otras cosas, que la Unión Europea: a) está firmemente comprometida a respaldar el pronto establecimiento y funcionamiento efectivo de la Corte Penal Internacional y a velar por que se respete en su integridad el Estatuto de Roma, b) reafirma su determinación de promover el apoyo internacional más amplio posible a la CPI mediante la ratificación o adhesión al Estatuto de Roma, c) se esforzará por garantizar que la Corte tenga el máximo nivel de competencia, imparcialidad, garantías procesales y justicia internacional, d) hará todo lo posible para garantizar que los jueces y fiscales que se nombren sean candidatos altamente cualificados, e) propone intensificar el diálogo

Estados Unidos, consultable en <http://web.amnesty.org/library/print/ESLIOR400302002> (sitio consultado por última vez el 1° de marzo de 2004).

³²⁷ La delegación italiana formuló reservas por lo que respecta a los párrafos 5 y 6 del proyecto de conclusiones. En cuanto a los principios rectores, expresó una reserva sobre la utilización de los términos "principios rectores" y pidió que los dos primeros guiones se trasladen al primer párrafo del texto. Por su parte la delegación alemana formuló una reserva sobre el párrafo 6 de las conclusiones.

entre la Unión Europea y los Estados Unidos en todos los asuntos relativos a la CPI, incluidas las futuras relaciones entre los Estados Unidos y la Corte, a fin de que los Estados Unidos: vuelvan a involucrarse en el proceso de la CPI, puedan participar como observador en la Asamblea General de Estados Miembro, establezcan una relación que comporte una cooperación con la Corte en casos particulares, apliquen excepciones presidenciales a las principales disposiciones de la ASPA, en particular, frente a los Estados miembros de la UE y sus países asociados³²⁸.

Por su parte los principios rectores adoptados de conformidad con la posición común de la UE refieren que: a) deben tomarse en consideración los acuerdos internacionales existentes, en particular entre un Estado Parte en la CPI y los Estados Unidos, como los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y los acuerdos sobre cooperación judicial en materia penal, incluidos los de extradición, b) celebrar acuerdos propuestos por los Estados Unidos, tal como están redactados en la actualidad, sería incompatible con las obligaciones de los Estados Parte de la CPI en virtud del Estatuto de la CPI y puede ser incompatible con otros acuerdos internacionales en los que los Estados Parte de la CPI son Parte, c) toda solución debe contener las disposiciones prácticas pertinentes que garanticen que las personas que hayan cometido crímenes que sean competencia de la Corte no queden impunes. Dichas disposiciones deben garantizar que se pueda investigar convenientemente y, cuando existan pruebas suficientes, que las jurisdicciones nacionales sometan a la acción de la justicia a las personas reclamadas por la CPI, d) toda solución debe incluir únicamente a personas que no sean nacionales de un Estado Parte en la CPI, e) toda solución debe tomar en consideración que algunas personas gozan de Estatuto o inmunidad diplomáticos en virtud del Derecho

³²⁸ Consejo de la Unión Europea, Bruselas 27 de septiembre de 2002, Resolución No. 12386/02, Anexo: principios rectores en relación con los acuerdos entre un Estado Parte del Estatuto de Roma de la CPI y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte.

internacional (apartado 1 del artículo 98 del Estatuto de Roma), f) toda solución debe englobar únicamente a personas presentes en el territorio del Estado porque hayan sido enviadas por un Estado que envíe (apartado 2 del artículo 98 del Estatuto de Roma), g) la entrega a la que se hace referencia en el artículo 98 del Estatuto de Roma no incluirá el tránsito mencionado en el apartado 3 del artículo 89 del Estatuto de Roma, h) en el acuerdo podría incluirse una cláusula de suspensión o de revisión que limite el período en el que el acuerdo vaya a estar en vigor, i) la aprobación de todo nuevo acuerdo o de toda modificación de un acuerdo existente debe ajustarse a los procedimientos constitucionales de cada Estado³²⁹.

El apoyo de la Unión Europea a la CPI brinda aspectos positivos, como el compromiso para mantener la integridad del Estatuto de Roma y la intención de renovar el diálogo con Estados Unidos, así como el hecho que la UE haya concluido que los acuerdos tal como los propone Estados Unidos son contrarios al Estatuto de Roma y a los compromisos contraídos por los Estados miembros de la UE a través de tratados³³⁰. La decisión reconoce además que no debe haber impunidad para los ciudadanos estadounidenses acusados de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de *lesa humanidad* o del crimen de agresión (aún faltante por definir)³³¹.

Por desfortunio, la decisión de la UE prevé la posibilidad de que los Estados miembros establezcan acuerdos con Estados Unidos bajo ciertas

³²⁹ Consejo de la Unión Europea, Bruselas 27 de septiembre de 2002, Resolución No. 12386/02, Anexo: Proyecto de Conclusiones sobre la Corte Penal Internacional.

³³⁰ De hecho, se han citado palabras del ministro de Asuntos Exteriores alemán, Joschka Fischer, que el 30 de septiembre de 2002, después de alcanzada la decisión, dijo: "...Nos habría gustado que se rechazaran claramente los acuerdos. Gracias a los principios, estamos muy cerca de esa postura..." *Vid.*, AMNISTÍA INTERNACIONAL, Corte Penal Internacional. *La Necesidad de que la Unión Europea Tome Más Medidas Efectivas para Evitar que sus Miembros Firmen Acuerdos de Impunidad con Estados Unidos*, *op cit.*

³³¹ Al respecto puede encontrarse un excelente artículo sobre la postura común de la Unión Europea en: AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los Esfuerzos Estadounidenses por Conseguir Inmunidad para el Genocidio, los Crímenes Contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra*, *op cit.*

condiciones³³². De esta forma, los principios rectores hacen un llamado a la Comunidad Internacional para considerar viables los acuerdos de impunidad del artículo 98, a fin de establecer aquellos estándares bajo los cuales pueden redactarse, con lo cual la UE consintió directamente la celebración de tales acuerdos e indirectamente aceptó la interpretación errónea que formula la doctrina norteamericana del artículo 98.2. del Estatuto de Roma, cuando la intención de esa disposición, a todas luces, no es permitir que los Estados establecieran nuevos acuerdos para eximir a personas de la jurisdicción de la CPI³³³, tal como se puede apreciar en lo estipulado por el apartado 4.1.1 del siguiente capítulo.

2. Los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98.

2.3. Los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 constituyen acuerdos contrarios a Derecho internacional.

A la luz del artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un Estado deberá abstenerse de cometer actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado; textualmente la mencionada Convención dispone al respecto:

Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

³³² Algunos países se están apresurando a firmar esos acuerdos de impunidad con Estados Unidos, citando como justificación la luz verde de la UE. *Idem*.

³³³ BOUCHER, Richard, Comunicado de Prensa del Departamento de Estado Estadounidense, 1 de octubre de 2002; Agence Europe, "...US judges European position "constructive" but want more concessions..." (Estados Unidos considera la postura europea "constructiva" pero quiere más concesiones), (la traducción es propia), información consultable en: <http://usinfo.state.gov/espanol/> (sitio consultado por última vez el día 13 de julio de 2004).

a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o

b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente³³⁴.

No existe duda alguna de que el objeto y fin del Estatuto de Roma es acabar con la impunidad respecto de los *delicta iuris gentium*. En distintos párrafos del preámbulo de dicho instrumento claramente se puede observar este propósito, específicamente cuando se destaca que:

los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean afectivamente sometidos a la acción de la justicia [...] Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes [...] es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales³³⁵.

Y si a ello se aúna lo estipulado por los artículo 27, 28 y 29 de dicho instrumento es manifiesto que nadie está por encima de la ley en tratándose de los *delicta iuris gentium*, y que cualquier posible excepción del Estatuto (como lo es el artículo 98.2.), por lo tanto, debe ser interpretada minuciosamente, de buena fe y con apego a su objeto y fin. De este modo,

³³⁴ Artículo 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, *op cit*.

³³⁵ *Vid.*, párrafos 4º, 5º y 6º del preámbulo del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, *op cit.*. (las negritas son propias).

cualquier acuerdo que impida a la CPI ejercer su jurisdicción (respetando el principio de complementariedad), cuando un Estado no pueda, no tenga la voluntad de hacerlo o realice un teatro jurídico, frustra el objeto y el propósito del Estatuto y por ende contraviene lo dispuesto por el artículo 18 de la Convención de Viena.

Al respecto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en fecha septiembre 25 del 2002 adoptó una resolución mediante la cual declarararía que:

sentía honda preocupación por los esfuerzos de algunos Estados para socavar la integridad del Tratado de la CPI y, especialmente, para alcanzar acuerdos bilaterales destinados a eximir a sus funcionarios, personal militar y ciudadanos de la jurisdicción de la Corte... estos "acuerdos" de exención no son admisibles en virtud del Derecho internacional que gobierna los tratados, en especial la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual los Estados deben abstenerse de cualquier acción que no sea compatible con el objeto y el propósito de un tratado³³⁶.

De igual forma, cualquier Estado que ratifique acuerdos bilaterales de impunidad del art. 98 con Estados Unidos violaría sus obligaciones no sólo respecto de la Convención de Viena, sino de diversos tratados internacionales de protección de derechos humanos, como los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y su Primer Protocolo Adicional, la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, la Convención contra Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, la Convención contra al

³³⁶ Estos acuerdos de exención no son admisibles en virtud del derecho internacional que gobierna los tratados, en especial la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual los Estados deben abstenerse de cualquier acción que no sea compatible con el objeto y el propósito de un tratado. *Vid.*, Resolución 1300 (2002) de la Asamblea Parlamentaria

Apartheid³³⁷, así como del propio Estatuto de Roma (en la hipótesis de haya ratificado dichos instrumentos).

Al respecto, los artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro del Convenios de Ginebra, respectivamente establecen: *"...Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes..."*³³⁸, el artículo 6º de la Convención sobre el Genocidio establece: *"...Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción..."*³³⁹, el artículo 7.1 de la Convención contra la Tortura pronuncia: *"...El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento..."*³⁴⁰, y finalmente el artículo 5º de la Convención contra el Apartheid dispone: *"...Las*

del Consejo de Europa. Peligros para la integridad del Estatuto de la Corte Penal Internacional, del 25 de septiembre de 2002, párrafo 9.

³³⁷ Es menester al respecto destacar que, hoy día casi la mayoría de Estados que conforman la Comunidad Internacional por lo menos han ratificado alguno de dichos instrumentos.

³³⁸ *Vid.*, artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenio de Ginebra, respectivamente.

³³⁹ *Vid.* Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948.

³⁴⁰ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

*personas acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Parte que hayan reconocido su jurisdicción..."*³⁴¹

Cualquier Estado que sea Estado Parte de alguno de los anteriores tratados internacionales y que a su vez ratifique un acuerdo bilateral de impunidad del artículo 98 podrían contravenir tales tratados, incumpliendo con sus obligaciones de conformidad con el principio consuetudinario del Derecho internacional *aut dedere aut iudicare*, el cual constriñe a los Estados ya sea a juzgar las graves violaciones al Derecho internacional o a extraditar a los responsables de tales crímenes a una jurisdicción que se encuentre facultada para ello y que así lo hará³⁴².

En general, los Estados no pueden proporcionar impunidad disfrazada de inmunidad por la comisión de estos crímenes, debido a que son los más graves que ha contemplado la humanidad, intentarlo hacer, como hoy trata Estados Unidos por medio de los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98, viola las normas consuetudinarias y convencionales del Derecho internacional.

³⁴¹ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 3068 (XXVIII) de 30 de noviembre de 1973.

³⁴² Al respecto véase el epígrafe 1.4.2. del capítulo primero de esta obra.

2.2. Acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98: su incompatibilidad con el Estatuto de Roma.

Los diferentes Estados a la hora de ratificar el Estatuto de Roma de la CPI contraen un sin número de obligaciones tendientes al buen funcionamiento de la Corte y a la realización de los fines para los cuales ésta fue creada. Al respecto la cooperación de los Estados con la Corte es fundamental, para el embajador YÁÑEZ (buen conocedor de todos los trabajos preparatorios del Estatuto y convencido defensor de la institución) todo depende en último término de la actitud de los Estados en su colaboración con la CPI: desde la adopción del Estatuto, como su firma y ratificación y, una vez en funcionamiento, su cooperación activa con ella³⁴³.

Contraer acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98, de conformidad con las disposiciones y el contenido de tales acuerdos, *per se* merma las obligaciones de cooperación que debe guardar todo Estado Parte con la Corte en observancia de su Estatuto (partes IX y X).

Bajo esta idea, los miembros de la Unión Europea organizaron una reunión de expertos jurídicos a fin de analizar las disposiciones y el contenido de tales acuerdos con miras a adoptar una "posición común"³⁴⁴ sobre el tópico; los expertos concluyeron que los acuerdos, tal como estaban redactados, eran incompatibles con el Estatuto de Roma, y expusieron tres motivos principales del porqué, a saber: a) Los acuerdos proporcionan impunidad para el genocidio, los crímenes de *lesa humanidad* y los crímenes de guerra; b) Algunos acuerdos eran recíprocos, y establecían que Estados Unidos no entregaría a ciudadanos de otro Estado a la Corte Penal

³⁴³ YÁÑEZ BERNUEBO, Juan A., De la utopía a la realidad: el Tribunal Penal Internacional, *Jornadas conmemorativas del cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Fundación El Monte, Sevilla, 1998.

Internacional si se le pedía que lo hiciera; c) El tipo de personas protegidas por estos acuerdos era demasiado amplio: Estados Unidos quiere que abarquen a todos los ciudadanos estadounidenses, y en dado caso sólo deberían aplicarse a las personas “enviadas” por Estados Unidos al territorio de un país en virtud de un Acuerdos de Estatuto de las Fuerzas³⁴⁵.

De esta forma los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 resultan incompatibles con las obligaciones de los Estados Parte del Estatuto de Roma, particularmente con las obligaciones que se tienen contraídas a raíz del principio de complementariedad, tal y como está reflejado a lo largo del Preámbulo (parágrafos 4º, 5º, 6º, 10º y 11º), artículo 1 y artículo 17 de dicho instrumento.

Un Estado Parte del Estatuto, de conformidad con los artículos 86, 87, 89, 93 y 103, tiene la obligación general de cooperar plenamente con la Corte en la investigación, en el procesamiento de los crímenes que sean de su competencia y en la ejecución de las penas, así como de aplicar en forma igual a todas las personas el Estatuto, sin distinción alguna basada en el cargo oficial, de conformidad con el artículo 27. Los acuerdos del artículo 98 a todas luces también resultan incompatibles con estas disposiciones, tal como a continuación se expone.

En el Estatuto se establecen diferentes obligaciones para los Estados Parte de cooperación con la Corte: a) una obligación general de cooperación con la CPI, b) una obligación de detención y entrega, c) obligaciones accesorias) y d) obligación de cooperación en la ejecución de penas. Por cuanto hace a una obligación general de cooperación con la CPI el artículo 86

³⁴⁴ Para una mayor comprensión respecto a la Posición de la Unión Europea véase el epígrafe 3.2.5.1. del presente capítulo.

³⁴⁵ Posición Común del Consejo, que enmienda la Posición Común 2001/443/CFSP sobre la Corte Penal Internacional, 9836/02, 11 de junio de 2002.

establece la obligación general de cooperación por parte de los Estados Parte, tanto para la investigación como para el enjuiciamiento de los crímenes competencia de la Corte, y para los Estados no Parte también se considera en el artículo 87 que los mismos, así como las Organizaciones Internacionales pueden ser invitados a cooperar con la CPI (en el caso de un Estado no Parte la cooperación se brindará a partir de un acuerdo especial que ese Estado celebre con la CPI. Por el contrario en tratándose de Organizaciones Internacionales no se prevé ningún tipo de acuerdos, siendo más fluida la cooperación al respecto [artículo 87.6])³⁴⁶. Seguidamente, por cuanto a la obligación de detención y entrega, los Estados asumen (a solicitud de la CPI) una obligación de esa naturaleza respecto de aquellos presuntos criminales que pudieran hallarse en su territorio, obligación que se plasma en el artículo 89. Y en atención a otras obligaciones de cooperación que pudieran aparentar ser accesorias, pero que de igual forma son imprescindibles para asegurar el eficaz actuar de la CPI, se hallan las establecidas por el artículo 93, las cuales refieren una obligación de los Estados Parte (y en virtud de una solicitud de asistencia presentada a la Corte también de Estados no Parte) de cooperar con la CPI en relación a investigaciones o enjuiciamientos realizando tareas de similares a las de un policía judicial. Finalmente, por lo que hace a las obligaciones de cooperación de los Estados con la Corte en lo relativo a la ejecución de las penas, los artículos 103 y sucesivos regulan lo propio, realizando una distinción notablemente práctica (penas privativas de libertad, multas y órdenes de decomiso). Sin embargo, pese a la obligación general de cooperación de todos los Estados Parte con la Corte, en la ejecución de penas es necesaria la emisión de una manifestación de voluntad adicional. Aquellos Estados que hayan manifestado estar dispuestos a albergar condenados en sus sistemas penitenciarios formarán parte de una lista y de entre ellos la

³⁴⁶ Este tipo de Estados son los que denomina el Profesor Jiménez García “Estados cooperantes”. *Vid.*, JIMÉNEZ GARCÍA, F., *op cit.*, p. 127.

Corte elegirá discrecionalmente en cada caso el Estado de purgación de la sanción.

Ahora bien, una vez esclarecidas las diferentes obligaciones de cooperación con la CPI impuestas a los Estados por el Estatuto de Roma, es claro que de celebrar un Estado Parte del Estatuto de Roma un acuerdo bilateral de impunidad del artículo 98 incumpliría en todas y cada una de las obligaciones anteriormente analizadas, simple y llanamente por el hecho de que tales acuerdos tienden a evitar el juzgamiento de criminales de orden internacional en el foro de la CPI o cualquier otro, pugnano por el imperio de la impunidad.

Los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 actualmente buscan proveer únicamente impunidad a individuos o grupos de individuos respecto de Corte Penal Internacional. Como tales, estos acuerdos son contrarios al propósito de artículo 98.2 del Estatuto y no encuadran legítimamente dentro de su alcance³⁴⁷. Ello es apreciable de conformidad con el lenguaje manejado en el propio artículo 98.2 del Estatuto y en la historia de su negociación³⁴⁸, pues el mismo se incluyó para garantizar que los existentes Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas no quedaran anulados por el Estatuto de Roma, no se concibió como licencia para actuar impunemente con respecto a la Corte dejando que los Estados firmasen después entre ellos subsiguientes Convenios bilaterales que socavasen el conjunto de la estructura estatutaria³⁴⁹. En breve, estos acuerdos vulneran el Estatuto de

³⁴⁷ Citando la conclusión de los expertos jurídicos de la UE de que los acuerdos bilaterales propuestos por Estados Unidos no están abarcados por el artículo 98. Una parte contratante del Estatuto concluye que un acuerdo de este tipo con Estados Unidos es contrario al objeto y el propósito del Estatuto. *Vid.*, BECKER, Elizabeth, *U.S. Issues Warning to Europeans in Dispute Over New Court*, en: AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los Esfuerzos Estadounidenses por Conseguir Inmunidad para el Genocidio, los Crímenes Contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra*, *op cit.*

³⁴⁸ *Vid.* epígrafe 4.1. del cuarto capítulo de esta obra.

³⁴⁹ *Vid.*, epígrafe 3.1.5. del capítulo tercero de esta obra.

Roma a la luz de una errónea interpretación del artículo 98.2, porque sus disposiciones impiden a los Estados Parte respetar sus obligaciones respecto de la CPI, estipuladas conforme al Estatuto de Roma, lo que recae en una violación flagrante de artículos 1, 17, 27, 86, 87, 89, 93, 98.2 y 103 de dicho instrumento.

- 2.3. Los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 vulneran normas constitucionales de Derecho interno y contravienen los tratados de extradición celebrados por los Estados.

Si la soberanía es el atributo jurídico-político esencial de todo Estado, la noción de jurisdicción, en sentido amplio y referida al Estado en su totalidad, haría referencia al conjunto de competencias inherentes a la soberanía³⁵⁰. En este sentido amplio de soberanía estatal, la noción de jurisdicción abarca diversos tipos de competencia diferenciadas en atención a un criterio funcional, de esta forma -a la luz de la teoría tripartita- todo Estado cuenta con tres tipos de jurisdicciones o competencias a través de las cuales, el mismo ejecuta sus funciones y ejerce su soberanía, a saber: una jurisdicción legislativa (*legislative jurisdiction* o *jurisdiction to prescribe*), una jurisdicción contenciosa o judicial (*judicial jurisdiction* o *jurisdiction to adjudicate*) y una jurisdicción ejecutiva (*executive jurisdiction* o *jurisdiction to enforce*)³⁵¹.

Enfocándose con exclusividad al plano de la jurisdicción judicial, por así requerirlo el presente estudio, habrá que decir que la misma está

³⁵⁰ SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, *op cit.*, p. 11.

³⁵¹ Sobre la teoría tripartita de la jurisdicción estatal, véase, entre otros: AKEHURST, M., *Jurisdiction in International Law*, *British Yearbook of International Law*, 1972-1973, Vol. 46, pp 145 y ss.; SCHACHTER, O., *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht-Boston-Londres, 1991, pp. 253 y ss.

relacionada con las facultades estatales de resolver controversias relativas a la aplicación del Derecho, y si dentro de ésta atendemos específicamente al área del Derecho penal encontramos que el *ius puniendi*, en palabras del Dr. SÁNCHEZ LEGIDO: "...constituye uno de los atributos considerados más íntima y directamente vinculados a la noción de soberanía, la única legislación penal que, con carácter general, pueden aplicar los tribunales de un Estado, es la propia *lex fori*..."³⁵²

Luego entonces, cualquier Estado que firme los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 renuncia también a su Derecho soberano de que sus tribunales ejerzan la correspondiente jurisdicción contenciosa a fin de conocer, estudiar y resolver un asunto que a todas luces impactaría en forma trascendental en el ámbito nacional e internacional, por tratarse "sencillamente" del juzgamiento o el otorgamiento de impunidad de aquellos actos considerados como los más graves y atroces que el hombre puede llegar a cometer³⁵³.

De igual forma, un Estado al ratificar uno de los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 renuncia a su derecho de poder decidir qué foro –ya sea nacional, el de un Estado extranjero por virtud de la institución de la

³⁵² En su obra Legido expone certeramente que: "...el Principio de legalidad penal no sólo exige la tipificación previa, sino también que esa tipificación se haga por ley, es decir, por el parlamento, la atribución al poder judicial de las facultades de enjuiciamiento criminal e imposición de penas está relacionada con la necesidad de evitar la arbitrariedad y de garantizar los más esenciales derechos de los individuos..." SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, *op cit.*, p. 12.

³⁵³ A diferencia de los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, a la luz del principio de complementariedad, otorga a sus Estados Parte el derecho a ejercer en forma primaria su jurisdicción contenciosa sobre aquellos casos que encuadren dentro de la competencia *ratione materiae* de la Corte, mientras que los acuerdos de impunidad obligan, a aquellos Estados que los hallan ratificado, a renunciar al derecho de ejercer su jurisdicción contenciosa sobre cualquier persona (considerada como tal por dichos acuerdos) que se encuentre en su territorio y sea sospechada de haber cometido aquellos *delicta iuris gentium* competencia de la CPI, otorgando jurisdicción exclusiva a los Estados Unidos sobre ella, sin que medie alguna obligación por parte de este último Estado a juzgar a tal individuo por sus actos.

extradición o el de la Corte Penal Internacional por virtud de la entrega- debe ejercer su jurisdicción sobre personas que se hallen en su territorio acusadas de la comisión de *delicta iuris gentium*, incluido los crímenes cometidos en su propio territorio, conculcando con ello el principio básico de soberanía consagrado en su propia Carta Magna.

De haberse firmado y ratificado un acuerdo bilateral de impunidad del artículo 98 con Estados Unidos y si dicho Estado decide no investigar o no perseguir al acusado, el Estado que ha entregado a dicha persona a ese país, no tendrá ningún medio para obligar a que el acusado pueda ser investigado y, de corresponder, sea juzgado por sus tribunales nacionales, por los tribunales de Estados Unidos u de otro Estado, o para asegurar la entrega del acusado a la CPI, lo cual redundaría en una renuncia al ejercicio de su soberanía que contribuiría al imperio de la impunidad.

Además, cualquier Estado que ratifique dicho acuerdo deberá re-negociar todos los tratados de extradición vigentes, que de forma previa halla celebrado con otros Estados, para que dicho acuerdo sea efectivo. Esto en cumplimiento del llamado principio de especialidad que regula la figura de la re-extradición³⁵⁴, ya que si un Estado "X" extradita a una persona que pueda ser juzgada por la CPI al territorio de un Estado "Y", el cual ha ratificado un acuerdo bilateral de impunidad del artículo 98 con Estados Unidos y éste a su vez, cumpliendo con las obligaciones que le impone el acuerdo bilateral de impunidad del artículo 98 re-extradita o entrega a dicha

³⁵⁴ Según Manzanares Samaniego la re-extradición consiste, como su propio nombre indica, en la ulterior extradición del reclamado, desde el Estado requirente, que obtuvo la entrega, a un tercer país. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *El Convenio Europeo de Extradición*, Barcelona, 1986, p. 190.

Dicho de otro modo, la re-extradición es la extradición pasiva acordada por un Estado que recibió al reclamado a virtud de entrega extradicional de otro Estado. Por ejemplo, Alemania extraditó a México a una persona para enjuiciamiento de un determinado delito y, una vez efectuada la entrega, Argentina pide a México la extradición de la misma persona para enjuiciamiento de otro delito o cumplimiento de pena por delito diferente.

persona a los Estados Unidos sin el consentimiento previo del Estado que dio inicio a la primera extradición (Estado "X"), violaría el tratado de extradición celebrado con este último Estado. En este supuesto constituye *conditio sine qua non* la accesibilidad del Estado "X" para realizar la re-extradición a Estados Unidos. En la medida en que esa primera extradición requirió una decisión del Estado inicialmente requerido sobre procedencia de la entrega, este Estado debe también pronunciarse sobre la re-extradición, esto es, que como el Estado requerido, con la entrega, produjo la posibilidad de esa segunda extradición o entrega, debe poder constatar la regularidad de la misma (principio de especialidad)³⁵⁵.

Por lo tanto, si un Estado ratifica un acuerdo bilateral de impunidad del artículo 98 a parte de violentar sus normas constitucionales, en especial el principio de soberanía, estaría obligado a re-negociar *vis a vis* todos y cada uno de los tratados de extradición que halla celebrado con anterioridad al acuerdo pactado con Estados Unidos, a fin de estipular en cada uno de estos tratados la renuncia, por parte de los Estados signatarios de tales tratados, a hacer valer el principio de especialidad que es el que rige la figura de la re-extradición, so pena de incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento o violación a los tratados de extradición.

³⁵⁵ CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos, *Derecho Extradicional*, Dickinson, Madrid, 2003, pp. 27 y 273.

2.4. La sistematización de los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 en la praxis internacional.

2.4.1. Tipología.

Los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98.2 se encuentran elaborados en *stricto sensu* sobre la base del artículo 98.2 del Estatuto de Roma, estos citan palabras y términos jurídicos empleados por dicho numeral, el demás articulado y el preámbulo del Estatuto a la luz de una retórica sofista que intenta ocultar el verdadero objetivo de dichos acuerdos: la impunidad de los crímenes de orden internacional (lo que resulta discordante con el verdadero propósito, objeto y fin del Estatuto). Estos acuerdos bilaterales contienen un apartado preámbular, en el cual se reafirma la importancia de llevar a la justicia a aquellos que han cometido crímenes de Derecho internacional y se hace referencia al Estatuto de Roma, en particular el principio de complementariedad para concluir que Estados Unidos expresa su intención de investigar y enjuiciar cuando proceda aquellos actos que caen bajo la competencia *ratione materiae* de la CPI en tratándose de crímenes presuntamente cometidos por sus funcionarios, empleados, personal militar u otros ciudadanos estadounidenses. También los acuerdos proveen una definición de las personas respecto de las cuales los mismos aplican, y en términos generales estipulan que las personas de un Estado Parte que se encuentren en el territorio del otro Estado Parte no serán entregadas o transferidas a la Corte Penal Internacional, así como tampoco serán entregadas o transferidas a un tercer Estado bajo el propósito de entregarlas a la CPI posteriormente, sin el previo consentimiento del primer Estado³⁵⁶ (con lo cual se suprime el derecho soberano del otro Estado a determinar qué

³⁵⁶ Esta hipótesis podría constituir una modalidad *sui generis* de la figura de la re-extradición, puesto que la segunda extradición (realizada a favor de la CPI por el Estado al cual le fue otorgada *prima facie* la extradición) propiamente no lo es, es decir, la transferencia realizada a la

tribunales investigarán y procesarán los crímenes cometidos en su territorio y/o aquellas personas que los hallan cometido en el extranjero pero que se encuentre en él)³⁵⁷.

El modelo estándar de aquellos acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 que Estados Unidos está celebrando *vis a vis* con otros Estados ha sido difundido entre varios Organismo No Gubernamentales. Según informes de Amnistía Internacional, ésta en conjunto con la Colación para la Corte Penal Internacional ha logrado allegarse de este modelo, el cual se transcribe a continuación.

**Modelo Estándar de Acuerdo Bilateral
de Impunidad del Artículo 98.**

A. Reafirmando la importancia de poner en manos de la justicia a quienes cometen genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra;

B. Recordando que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, tiene como objeto ser complementaria, y no sustitutoria, de las jurisdicciones penales nacionales;

C. Considerando que el gobierno de Estados Unidos de América ha expresado su intención de investigar y procesar, cuando proceda, los actos de la competencia de la Corte Penal Internacional presuntamente cometidos por sus funcionarios, empleados, personal militar u otros ciudadanos estadounidenses;

D. Teniendo presente el artículo 98 del Estatuto de Roma;

E. Conviene en lo siguiente:

1. A los efectos del presente acuerdo, la expresión "persona[s]" significa funcionarios del gobierno actuales o pasados, empleados (contratistas incluidos), personal militar o ciudadanos de una de las Partes.

CPI no constituye propiamente una re-extradición, puesto que en términos del Estatuto Roma se habla de "entrega", figura que es si bien es parecida a la extradición propiamente no lo es.

³⁵⁷ Un brillante ensayo que aborda el tópico de referencia con afinidad a las conclusiones aquí expresadas se puede consultar en: ZAPPALÀ, Salvatore, The Reaction of the US to the Entry in Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements, *Journal of International Criminal Justice*, 2003, Vol. 1, No. 1., pp. 114-134.

2. Las personas de una de las Partes presentes en el territorio de la otra, sin el consentimiento previo y expreso de la primera Parte, no serán:

- a) entregadas ni transferidas por ningún medio a la Corte Penal Internacional por ningún motivo, ni
- b) entregadas ni transferidas por ningún medio a ninguna otra entidad o tercer país, ni expulsadas a un tercer país, para los fines de su entrega o traslado a la Corte Penal Internacional.

3. Si Estados Unidos extradita, entrega o de algún otro modo transfiere a una persona de la otra Parte a un tercer país, Estados Unidos acordará con ese tercero que, sin el consentimiento previo y expreso del gobierno de [X], no se entregará ni transferirá a esa persona a la Corte Penal Internacional.

4. Si el gobierno de [X] extradita, entrega o de algún otro modo transfiere a una persona de Estados Unidos de América a un tercer país, el gobierno de [X] acordará con ese tercero que, sin el consentimiento previo y expreso del gobierno de Estados Unidos, no se entregará ni transferirá a esa persona a la Corte Penal Internacional.

5. El presente Acuerdo entrará en vigor tras el intercambio de las notificaciones de confirmación de que cada Parte ha concluido la tramitación de los pertinentes procedimientos legales nacionales para que el Acuerdo entre de forma efectiva en vigor. El presente Acuerdo no expirará hasta un año después de la fecha en que una de las Partes haya notificado a la otra su intención de darlo por extinguido. Las disposiciones del presente Acuerdo continuarán siendo válidas en relación con cualquier acto que tenga lugar, o con las denuncias de que presuntamente ha tenido lugar, antes de la fecha efectiva de expiración³⁵⁸.

De conformidad con esta fuente (Amnistía Internacional), la tipología del acuerdo de impunidad estadounidense presenta al menos tres formas. La primera de ellas es el formato estándar o **Tipo 1** (transcrito con antelación), por medio del cual se estipula que los Estados Parte acuerdan no entregar a la CPI, sin el previo consentimiento de su contra parte, a una amplia variedad de ciudadanos de uno y otro Estado³⁵⁹; la segunda modalidad en que se han celebrado este tipo de acuerdos es la que hemos denominado **Tipo 2**; al parecer ésta es idéntica al **Tipo 1**, salvo que en ella se deja abierta la posibilidad de que Estados Unidos entregue a la CPI ciudadanos del otro

³⁵⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los Esfuerzos Estadounidenses por Conseguir Inmunidad para el Genocidio, los Crímenes Contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra*, op cit.

³⁵⁹ Este tipo de acuerdos ha sido firmado por Rumania, Israel y Tayikistán, *Infra.*, epígrafe 3.1.6.4.2. del presente capítulo.

Estado Parte; y la tercera formalidad en la que se han celebrado estos acuerdos corresponde al **Tipo 3**, concebido para el caso de aquellos Estados que no son Parte del Estatuto de Roma. Esta modalidad de acuerdos prácticamente se constituyeron con el sólo hecho de incluir a los acuerdos del **Tipo 1** un apartado donde se establece que los Estados no deben colaborar con terceros Estados para la entrega de personas a la CPI³⁶⁰. Este apartado ha sido también obtenido por las ONG´s en mención y reza al siguiente tenor:

Cada una de las Partes acuerdan, a reserva de sus respectivas obligaciones legales internacionales, no facilitar, consentir ni colaborar, a sabiendas, con los esfuerzos que realicen terceras partes o países a los efectos de extradición, entrega o transferencia a la Corte Penal Internacional de una persona de la otra Parte³⁶¹.

2.4.2. Estados que los han suscrito.

El proceso de celebración de los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 que Estados Unidos esta realizando *vis a vis* con diferentes Estados es un mecanismo político que debido la magnitud que intrínsecamente contiene (el sí a la impunidad de los peores crímenes que el hombre puede cometer) la mayor de las veces se establece de forma no pública.

Estos acuerdos son de realización oculta, lo que indubitablemente favorece a la carencia de un conocimiento certero respecto al número de Estados que los han pactado. No obstante, en algunas situaciones muy particulares ha sido la propia secretaría de comunicación estadounidense quien ha develado la celebración de los mismos.

³⁶⁰ El ejemplo modelo de esta gama de acuerdo es el que ha sido suscrito por Timor Oriental, *Idem*.

³⁶¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los Esfuerzos Estadounidenses por Conseguir Inmunidad para el Genocidio, los Crímenes Contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra*, *op cit*.

Consecuentemente, al ser dichos acuerdos de realización oculta (al menos de inicio en su gran mayoría) y al existir poco material probatorio que sustente la celebración de los mismos, en el presente apartado nos hemos dado a la labor de intentar identificar aquellos Estados que los han suscrito. Bajo este fin, se propone una esquematización que distingue aquellos entes soberanos que son parte o no del Estatuto de Roma y que hallan firmado y/o ratificado un acuerdo bilateral de impunidad del artículo 98 con Estados Unidos, así como también se especifica el tipo de acuerdo pactado, la fecha de celebración, las autoridades representantes de cada Estado que firmaron el instrumento, y datos característicos del mismo³⁶².

³⁶² El presente esquema, fue realizado bajo información obtenida de las siguientes fuentes: FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME, *Report de Position n. & Cour Pénale Internationale*, at 11, visible en: <http://www.fidh.org> (sitio consultado por ultima ocasión el 3 de agosto de 2004); COALICIÓN PARA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, EEUU amenaza con cortar asistencia militar a países que apoyan a la Corte Penal Internacional. *Ley presiona a países que no son aliados de EEUU a firmar pactos de inmunidad*, Nueva York, 2003, visible en: http://www.iccnw.org/espanol/notas_prensa/np_eua2.htm (consultada por ultima vez el día 4 de marzo de 2003); CNN, US Cuts Funding to 50 Nations (Estados Unidos Corta Fondos a 50 Naciones), 1 Julio de 2003, visible en: <http://www.cnn.com/2003/US/07/01/us.icc.aid/> (sitio consultado el 3 de septiembre de 2003, la traducción es propia); The American Non-Governmental Organizations Coalition for the International Criminal Court, visible en: <http://www.amicc.org/docs/CGStableBIA.pdf> (consultado el día 9 de septiembre de 2004); Coalition for the International Criminal Court, visible en: http://www.iccnw.org/documents/otherissues/impunityart98/BIADB_current.xls (sitio consultado por última vez el 9 de septiembre de 2004); International Criminal Court, visible en: <http://www.icc-cpi.int/> (consultada por última ocasión el día 11 de septiembre de 2004).

Lista de Países que Han Firmado los Acuerdos Bilaterales de Impunidad del Artículo 98.

80 Estados hasta el 11 de septiembre de 2004.

Número	Estado	Relación con el Estatuto de Roma	Estado que Guarda el Acuerdo y Fecha de la Firma y/o Ratificación	Autoridad Firmante por Parte de EE.UU.	Autoridad Firmante por Parte del Otro Estado.	Tipo de Acuerdo Celebrado
1	Afganistán	Estado Parte	Signado (Septiembre 20 de 2002)	No estatuido	No estatuido	Tipo 1
2	Albania	Estado Parte	Signado (Mayo 2 de 2003) y Ratificado (Junio 19 de 2003)	Secretario de Estado (Colin Powell)	Primer Ministro (Fatos Nano)	
3	Antigua y Barbuda	Estado Parte	Signado (Septiembre de 30 2003)			
4	Azerbaiján	Estado No Parte	Signado (Febrero 26 de 2003)	Asistente de la Secretaría de Estado para asuntos Europeos y Asiáticos (Elizabeth Jones)	Enviado Especial a Estados Unidos en la presidencia de Heydar Aliyev (Hafiz Pasayev)	Tipo 1

5	Bahrein	Estado Signatario	Signado (Febrero 6 de 2003)			
6	Bangladesh	Estado Signatario	Signado (Agosto 17 de 2003)	Secretario de Estado (Colin Powell); Embajadores (Mary Ann Peters y Harry K. Thomas)		Tipo 1
7	Belice	Estado Parte	Signado (Fecha desconocida)			Tipo 1
8	Bhután	Estado No Parte	Signado (Mayo 2 de 2003) y Ratificado (Agosto 12 de 2004)			Tipo 1
9	Bolivia	Estado Parte	Signado (Mayo 19 de 2003) y Ratificado (en el mes de Mayo de 2003)			
10	Bosnia-Herzegovina	Estado Parte	Signado (Mayo 16 de 2003) y Ratificado (Junio 6 de 2003)	Embajador (Clifford Bond); Enviado de la Secretaría de Defensa (Paul Wolfowitz)	Ministro de Asuntos Exteriores (Mladen Ivanic); Ministro de Justicia (Slobodan Kovac)	Tipo 2

11	Botswana	Estado Parte	Signado (Junio 30 de 2003)			
12	Brunei	Estado No Parte	Signado (sólo ha reportado haber firmado)			
13	Burkina Faso	Estado Parte	Signado (Mayo 25 de 2004)			
14	Camboya	Estado Parte	Signado (Junio 27 de 2003)	Embajador (Charles A. Ray)	Ministro de Asuntos Exteriores (Hor Manhong)	
15	Chad	Estado Signatario	Signado (Julio 21 de 2003)			
16	Colombia	Estado Parte	Signado (Septiembre 16 de 2003). Este acuerdo es de carácter auto-ejecutivo por lo que no es necesaria la ratificación.	Subsecretario de Estado para Asuntos Políticos (Marc Grossman)	Presidente (Alvaro Uribe)	
17	Congo-Brazzaville	Estado Parte	Signado (Agosto de 2004)			
18	Costa de Marfil	Estado Signatario	Signado (Junio 30 de 2003)			
19	Djibuti	Estado Signatario	Signado (Enero 24 de 2003)	Secretario de Estado (Colin Powell)	Ministro de Asuntos Exteriores (Ali Abdi Farah)	

20	Dominica	Estado Parte	Signado (Mayo 25 de 2004)	No revelado	Embajador en Naciones Unidas (Gregoire Crispin)	
21	Egipto	Estado Firmante	Signado (Marzo 5 de 2003)			
22	El Salvador	Estado No Parte	Signado (Octubre 25 de 2002) y Ratificado (Abril 29 de 2004)			
23	Eritrea	Estado Signatario	Signado (Julio 8 de 2004)		Embajador de Eritrea en Estados Unidos (Girma Asmeron)	
24	Fiji	Estado Parte	Signado (Noviembre de 2003)			Tipo 2
25	Filipinas	Estado Firmante	Signado (Mayo 14 de 2003)	Embajador (Francis Ricciardone)	Departamento de Asuntos Exteriores	Tipo 1 (Sin embargo, éste posee ciertas peculiaridades: 1.- Se omiten los párrafos "B" y "D" del preámbulo, lo recalca el deseo de EE.UU. de no entregar a sus nacionales a ningún tribunal.

26	Gabón	Estado Parte	Signado (Abril 15 de 2003)			
27	Gambia	Estado Parte	Signado (Octubre 5 de 2003) y Ratificado (principios de Julio de 2003)			
28	Georgia	Estado Parte	Signado (Febrero 10 de 2003) y Ratificado (Mayo 7 de 2003)			Tipo 1
29	Ghana	Estado Parte	Signado (Abril 17 de 2003) y Ratificado (Octubre 30 de 2003)			
30	Guinea	Estado Parte	Signado (Abril 6 de 2004)			
31	Guyana	Estado Firmante	Signado (Diciembre 13 de 2003) y Ratificado (Mayo 17 de 2004)	Enviado de la Secretaría de Estado (Stephen Rademaker)	Ministro de Asuntos Exteriores (Rudy Insanalli)	
32	Haití	Estado Signatario	Signado (Junio 14 de 2004)			

33	Honduras	Estado Parte	Signado (Septiembre 19 de 2002) y Ratificado (Mayo 30 de 2003) la ratificación se aprobó tras una votación parlamentaria de 65 a 62 votos.			
34	India	Estado No Parte	Signado (Diciembre 26 de 2002) En ésta fecha entró en vigencia por omitirse el proceso de aceptación del parlamento	Embajador en India (Robert Blackwill)	Secretario de Asuntos Exteriores (Kanwal Sibal)	Tipo 1
35	Islas Marshall	Estado Parte	Signado (Septiembre 10 de 2002)			
36	Islas Mauricio	Estado Parte	Signado (Junio 25 de 2003)			
37	Islas Palau	Estado No Parte	Signado (Septiembre 13 de 2002)			

38	Islas Salomón	Estado Signatario	Signado (Septiembre 20 de 2003)			
39	Israel	Estado Firmante	Signado (Agosto 4 de 2002)	Subsecretario de Estado (John Bolton)	Ministro de Asuntos Exteriores (Simon Peres)	Tipo 1
40	Kazajstán	Estado No Parte	Signado (Septiembre de 2004) y pendiente de Ratificación por el senado			
41	Kuwait	Estado Signatario	Ha sido confirmada su Firma (pero no existen reportes de ello)			
42	Kyrgyzstan	Estado Signatario	Signado (Diciembre 8 de 2003)	Embajador en Kyrgyzstan (Steven Yang)	Ministro de Asuntos Exteriores (Askar Aitmatov)	
43	Laos	Estado No Parte	Signado (Diciembre 24 de 2003)	Embajador en Laos (Douglas A. Hartwick)	Representante del Primer Ministro (Somsavat Lengsavad)	
44	Liberia	Estado Signatario	Signado (Octubre 8 de 2003)			

45	Macedonia	Estado Parte	Signado (Junio 30 de 2003) y Ratificado (Octubre 26 de 2003)	Representante ante de la Secretaría de Defensa (Paul Wolfowitz)	Ministro de Asuntos Exteriores (Linka Mitreva)	
46	Madagascar	Estado Signatario	Signado (Abril 23 de 2003)			
47	Malawi	Estado Parte	Signado (Septiembre 20 de 2003)			
48	Maldivas	Estado No Parte	Signado (Abril 9 de 2003)			
49	Mauricio	Estado Parte	Signado (Junio 25 de 2003)			
50	Mauritania	Estado No Parte	Signado (Septiembre 17 de 2002) y ha sido reportado como Ratificado	Subsecretario de Estado de Asuntos Políticos (Marc Grossman)	Ministro de Asuntos Exteriores (Dah Ould Abdi)	Tipo 1
51	Marruecos	Estado Signatario	Ha sido repostado como Firmado			
52	Micronesia	Estado No Parte	Signado (Septiembre 24 de 2002)			
53	Mongolia	Estado Parte	Ha sido reportado como Firmado			

54	Mozambique	Estado Firmante	Ha sido reportado como Firmado en secreto (Julio de 203)			
55	Nauru	Estado Parte	Signado (Febrero 26 de 2003)	Se ha reportado el uso de Intermediarios (Washington lo niega)	Presidente (Bernard Dowiyogo)	Tipo 1
56	Nepal	Estado No Parte	Signado (Diciembre 31 de 2002)	Embajador en Nepal (Michael E. Malinowski)	Secretario del Exterior (Madhu Raman Acharya)	Tipo 1
57	Nicaragua	Estado No Parte	Signado (Junio 4 de 2003) y Ratificado (Julio 9 de 2003) Observando la Constitución todo tratado bilateral debe ser ratificado con 15 días de trabajos previos, antes de este período fue Ratificado			Tipo 1

58	Nigeria	Estado Parte	Signado (se tiene reportes de fue en secreto)			
59	Pakistán	Estado No Parte	Signado (Julio 12 de 2003)			Tipo 1
60	Panamá	Estado Parte	Signado (se tienen reportes de que fue en Junio 24 de 2003)			
61	República Centroafricana	Estado Parte	Signado (se tienen reportes de que fue en Abril 6 de 2003)			
62	República Democrática del Congo	Estado Parte	Signado (Marzo 18 de 2003)			
63	República Dominicana	Estado Firmante	Signado (Septiembre 13 de 2002)		Presidente (Hipolito Mejía)	

64	Reino Unido	Estado Parte	Signó un tratado de extradición con EE.UU., y una Carta Unilateral donde afirma su compromiso a no extraditar a la CPI nacionales de ese Estado sin su previo consentimiento (Signado en Marzo 31 de 2002, pero aún falta la aprobación del parlamento)			Tratado de Extradición y una Carta Unilateral
65	Ruanda	Estado No Parte	Signado (Marzo 4 de 2003)	Secretario de Estado (Colin Powell)	Ministro de Asuntos Exteriores (Charles Murigande)	Tipo 1

66	Rumania	Estado Parte	Signado (Agosto 1 de 2002) sin embargo, el Ministro del Exterior, Mincea Geona, declaró que: "...Rumania no va a ratificar a menos que EE.UU. acepte la posición común de la UE	John McCain; Fred Thompson	Primer Ministro (Adrian Nastase)	Tipo 2
67	Senegal	Estado Parte	Signado (se tienen reportes de que fue en Junio 21 de 2003)			
68	Seychelles	Estado Firmante	Signado (se tienen reportes de que fue firmado en secreto en Junio de 2003)			

69	Sierra Leona	Estado Parte	Signado (Marzo 31 de 2003) y Ratificado (Mayo 6 de 2003). Fue presentado para su ratificación pocos días después de su firma	Designado de la Secretaría de Estado para Asuntos Africanos (Walter Kansteiner)	Ministro de Justicia (Eke Ahmed Halloway)	Tipo 1
70	Sri Lanka	Estado No Parte	Signado (Noviembre 22 de 2002)	Embajador (Ashley Wills)	Ministro de Asuntos Exteriores (Tyronne Fernando)	Tipo 1
71	Tailandia	Estado Signatario	Signado (Junio 3 de 2003)			
72	Tayikistán	Estado Parte	Signado (Agosto 27 de 2002) y Ratificado (Octubre 9 de 2003)			Tipo 1

73	Timor Oriental	Estado Parte	<p>Signado (23 de Agosto de 2002) Y la Aprobado por el Consejo de Ministros (Octubre de 2003)</p> <p>Su Derecho constitucional obliga a la ratificación por el Parlamento y posterior promulgación presidencial para la entrada en vigor de todo tratado, no obstante el Gobierno sólo abrió un debate parlamentario.</p>			
74	Togo	Estado No Parte	Signado (Junio 13 de 2003)			
75	Tonga	Estado No Parte	Signado (Marzo 21 de 2003)			

76	Túnez	Estado No Parte	Signado (se tienen reportes de que ha sido firmado en secreto)			
77	Tuvalu	Estado No Parte	Signado (Enero 30 de 2003)			(No está claro si es del Tipo 1 o del Tipo 2)
78	Uganda	Estado Parte	Signado (Junio 12 de 2003)			Tipo 1
79	Uzbekistán	Estado Firmante	Signado (Septiembre 18 de 2002)			
80	Zambia	Estado Parte	Signado (Julio 1 de 2003)			

2.4.3. Estados que están en negociación.

La esquematización predecesora refleja claramente el terreno que en materia de impunidad ha ido ganando paulatina pero celerilmente los Estados Unidos frente a la Corte Penal Internacional. Sin embargo, de su llana observancia se advierte que la mayoría de los Estados firmantes y/o ratificantes son países pequeños, en vías de desarrollo, con poca fuerza económica y política (en nivel internacional), lo que los hace ser blancos fáciles de la influenciabilidad norteamericana tendiente a la pactación de acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 (la cual tiene como pilares el veto o la dotación de apoyo en cualquier materia, la que varía en atención a las necesidades de cada Estado, verbigracia, la suspensión u otorgamiento de ayuda económica, militar, política, entre otras).

Pero no todos los Estados poseen las mismas características, algunos cuantos son considerados Estados desarrollados, que su distingo es prácticamente no depender de la ayuda otorgada por otros países, otros más, si bien no son naciones poderosas, tampoco lo son asténicas, pero con independencia de que se trate de una u otra situación, la virtuosidad de tales Estados radica en que a ellos (al menos en teoría) se les permite acudir a la objetividad a la hora de escuchar el intimidante discurso político estadounidense pro celebración de acuerdos de impunidad. Algunos Estados haciendo uso de esa virtud se han negado a otorgar *ipso facto* una respuesta a las presiones norteamericanas, no obstante ello no significa una negativa, es más bien una necesidad de análisis del tratado, por lo que la mayoría de las negociaciones al respecto siguen en pie.

También es cierto que la negociación sostenida por un Estado no

puede ser símil en perfección a la realizada por otro. En este complejo y delicado procedimiento fluye una amplia gama de intereses subjetivos estatales, lo que posibilita o no, en mayor o menor medida la celebración de un acuerdo de este tipo.

En este tenor, a continuación se aporta una esquema de aquellos países que actualmente se hallan en negociaciones pro celebración un acuerdo bilateral de impunidad del artículo 98 con Estados Unidos, la cual con independencia de lo anterior otorga una visión de la tendencia de cada Estado (que se encuentre en esta situación), es decir, sí es o no muy probable que éste contraiga una obligación internacional de tal carácter, así como refleja datos de sumo interés como la relación que guarda cada uno de estos Estado con el Estatuto de Roma, la fecha en que se iniciaron las negociaciones, las autoridades de cada Estado que realiza la negociación, el tipo de acuerdo propuesto y otros datos característicos del mismo³⁶³.

³⁶³ La presente esquematización fue realizada con la información obtenida de distintos sitios de internet referentes al tópico, *Idem*.

Lista de Países que se Encuentran en Negociación de un Acuerdo Bilateral de Impunidad del Artículo 98.

29 Estados hasta el 11 de septiembre de 2004.

Número	Estado	Relación con el Estatuto de Roma	Probabilidad de Celebración y Fecha de Inicio de la Negociación	Autoridad Negociante por Parte de EE.UU.	Autoridad Negociante por Parte del Otro Estado.	Tipo de Acuerdo Propuesto
1	Australia	Estado Parte	Bajo Consideración , Probabilidad Desconocida, (Julio de 2003).			
2	Bahamas	Estado Firmante	Bajo consideración. Su decisión depende de la postura que adopte CARICOM. (Julio 8 de 2003).			
3	Barbados	Estado Parte	Bajo Consideración , Probabilidad Desconocida, (Julio de 2003).			
4	Benin	Estado Parte	Bajo Consideración , Probablemente No Firme, (Julio de 2003).			

5	Bulgaria	Estado Parte	Bajo Consideración , Probablement e Firme, (la Secretaría del Exterior declaró que hay intención de firmar siempre que se respeten los lineamientos marcados por la posición común de la Unión Europea), (Agosto de 2002).	Delegado de la Secretaría de Estado. (Lincoln Bloomfield).	Enviado de la Secretaria de Asuntos Exteriores (Petko Draganov), Primer Ministro (Simeon Saxe-Coburg-Gotha, y el Ministro de Asuntos Exteriores (Solomon Passy).	Tipo 1
6	Chile	Estado Firmante	El Consejo de Ministros decidió poner el asunto Bajo Consideración , Probablement e Firme, (Mayo 13 de 2003).			
7	Comoros	Estado Firmante	Bajo Consideración , Probabilidad Desconocida. (Junio 13 de 2003).			
8	Eslovaquia	Estado Parte	Bajo Consideración , Probablement e Firme, (Octubre de 2002).		Ministro de Asuntos Exteriores (Eduard Kukan).	Tipo 1

9	Hungría	Estado Parte	Bajo Consideración , Probabilidad Desconocida, (Octubre de 2002).			
10	Italia	Estado Parte	Bajo Consideración , Probablement e No Firme, (Agosto de 2002).			
11	Jamaica	Estado Firmante	Bajo Consideración , Probabilidad Desconocida, (Estados Unidos está ejerciendo una ardua presión),			
12	Jordani a	Estado Parte	Ha rechazado firmar de inicio, pero está Bajo Consideración (la presión norteamerican a incrementa), Probablement e Firme, (Noviembre de 2003).	Delegado de la Secretaría de Estado. (Lincoln Bloomfield)		
13	Kenia	Estado Firmante	Bajo Consideración (periódicamen te bajo presión), Probabilidad Desconocida, (Julio de 2003).			

14	Lebanon	Estado No Parte	Bajo Consideración , Probablemente No Firme.			
15	Lesotho	Estado Parte	Bajo Consideración , Probabilidad Desconocida, (Septiembre de 2002).			
16	Liechtenstein	Estado Parte	Bajo Consideración , Probabilidad Desconocida.			
17	Malta	Estado Parte	Bajo Consideración , Probabilidad Desconocida.			
18	México	Estado Firmante	Bajo Consideración , Probabilidad Desconocida.			
19	Niger	Estado Parte	Bajo Consideración , Probabilidad Desconocida.			
20	Noruega	Estado Parte	Bajo Consideración , aún no responde, pero Probablemente No Firme, (Principios de Agosto de 2002).			
21	Polonia	Estado Parte	Bajo Consideración , Probablemente No Firme, (Octubre de 2002).			

22	Portugal	Estado Parte	Bajo Consideración (actualmente Portugal debate internamente ante un comité consultivo general si debe o no firmar), (Abril de 2003).			
23	Rusia	Estado Firmante	Bajo Consideración , Probabilidad Desconocida (sin embargo, actualmente las buenas relaciones entre ambos países se debilitan).			
24	San Vicente y Granadinas	Estado Parte	Bajo Consideración , Probabilidad Desconocida.			
26	Serbia y Montenegro	Estado Parte	Bajo Consideración , Probabilidad Desconocida, (Agosto 8 de 2002).	Embajador en Belgrado.	Ministro de Asuntos Exteriores (presumiblemente Ministro Goran Svilanovic).	
27	Surinam	Estado No Parte	Bajo Consideración .			

28	Ucrania	Estado Firmante	Bajo Consideración (condiciona su firma al otorgamiento de apoyo para entrar en la OTAN), Probabilidad Desconocida, (Agosto de 2002).			
29	Uruguay	Estado Parte	Bajo Consideración , Probabilidad Desconocida.			

2.4.4. Estados que han negado suscribirlos.

Así como refieren las esquematizaciones anteriores la existencia de algunas entidades soberanas que han firmado y/o ratificado los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 ofertados por Estados Unidos y el hecho de que algunos Estados, motivados por intereses subjetivos, actualmente sostienen negociaciones pro celebración de este tipo de acuerdos, también es dable referir la existencia de naciones que se han negado a celebrar dichos acuerdos.

Este hecho, es decir, la negativa de celebración de acuerdos de impunidad del artículo 98 sostenida por diversos Estados refleja, entre otras cosas, la preocupación e intención de gran parte de la Comunidad Internacional de impedir que el artículo 98 del Estatuto de Roma sea despojado su espíritu y esencia, corrompiendo la intención original para el cual fue creado (la de referir su aplicación exclusivamente a los preexistentes Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas o SOFA's), tal y como se puede observar en forma pormenorizada en el apartado 1.4. del siguiente capítulo. La mayoría de estos Estados formó parte del grupo de Estados que desde sus inicios y particularmente en la conferencia diplomática de Roma comulgó con la idea de estatuir un tribunal internacional penal de carácter permanente que tuviese competencia para juzgar crímenes de Derecho internacional (*Like-Minded* o "Grupo Afín"). Por desfortunio los Estados que han otorgado una negativa a Estados Unidos en este sentido, en forma general constituyen Naciones de las consideradas desarrolladas; esta virtuosidad, es decir, su desarrollo les permite hacer frente a las presiones internacionales estadounidenses sin que existan grandes repercusiones para ellos (lo cual, a todas luces representa una ventaja en comparación con los Estados no

desarrollados), no obstante existe un puñado de pequeños Estados (en vías de desarrollo) que pese a sus grandes carencias y necesidades han rechazado firmar, cuestión que a nuestro entender no representa cosa distinta a un gran ejemplo latente de convicción por la lucha contra la impunidad.

En los apartados finales del presente capítulo se han aportado un conjunto de esquemas tanto de aquellos Estados que han contraído acuerdos del artículo 98 con Estados Unidos, como de aquellos que se encuentran negociando la celebración de los mismos. Atentos con ello, ahora toca el turno de realizar una investigación que nos permita identificar aquellos Estados que han rechazado la celebración de tales acuerdos, para lo cual a continuación se aporta un esquema que señala: aquellos países que han rechazado la oferta estadounidense de celebrar un acuerdo bilateral de impunidad del artículo 98, la relación que guarda cada uno de estos Estados con el Estatuto de Roma, la fecha en que se rechazó la negociación, las autoridades estatales que realizaron la infructuosa negociación, el tipo de acuerdo propuesto, así como otros datos característicos³⁶⁴.

³⁶⁴ La siguiente esquematización de Estados que han negado celebrar un acuerdo bilateral de impunidad del artículo 98 con Estados Unidos fue realizada con información obtenida por de importantes organismos no gubernamentales especializados en la materia, *idem*.

Lista de Países que Han Negado Suscribir un Acuerdo Bilateral de Impunidad del Artículo 98.

33 Estados hasta el 11 de septiembre de 2004.

Número	Estado	Relación con el Estatuto de Roma	Fecha de Rechazo de la Negociación	Autoridad Negociante por Parte de EE.UU.	Autoridad Negociante por Parte del Otro Estado.	Tipo de Acuerdo Propuesto
1	Alemania	Estado Parte	Cerca de Agosto de 2002.			Tipo 2
2	Argentina	Estado Parte	(Marzo 6 de 2003). El senado por unanimidad declaró el rechazo.	Jefe de la Sección Política (Embajador James Walsh, Jefe del Departamento Militar (Michael Borders).	Ministro de Defensa (Horacio Jaunarena), Ministro de Asuntos Exteriores (Carlos Ruckauf)	Tipo 2
3	Australia	Estado Parte		Embajador Lyons Brown.	Ministro de Asuntos Exteriores.	

4	Bélgica	Estado Parte	Se unió a la respuesta en bloque dada por la Unión Europea.			
5	Brasil	Estado Parte	(Septiembre 4 de 2002)	Embajador en Brasil (Donna Hrinka).	Ministro de Defensa (Geraldo Quintao)	
6	Canadá	Estado Parte	(Agosto de 2002)			
7	Costa Rica	Estado Parte				
8	Croacia	Estado Parte	(Julio de 2002) De forma no oficial rechazado	Delegado de la Secretaría de Defensa para Euro-Asia (Mira Ricardel), Secretario de Estado para Europa y Euro-Asia (Paul Jones), y Delegado de la Secretaría para la OTAN y Política de Seguridad (Robert Bradtke).	Presidente (Stipe Mesic), Primer Ministro (Ivica Ranca), Ministro de Asuntos Exteriores (Tonino Picula), Delegado del Ministerio de Asuntos Exteriores (Ivan Simonovic).	Tipo 2

9	Eslovenia	Estado Parte	Se unió a la respuesta en bloque dada por la Unión Europea.	Delegación Congresista Republicana (Henry Hyde)	Primer Ministro (Janez Drnovsek), Ministro de Asuntos Exteriores (Dimitrij Rupel), Presidente (Milan Kucan).	
10	España	Estado Parte	Se unió a la respuesta en bloque dada por la Unión Europea.	Secretario de Estado (Colin Powell)	Secretario del Exterior (Ana Palacio)	
11	Estonia	Estado Parte	Se unió a la respuesta en bloque dada por la Unión Europea.		Primer Ministro (Siim Kallas), Ministro de Asuntos Exteriores (Kristiina Ojuland), Primer Ministro (Uue Riisalu).	Le fueron propuestos diversos tipos de acuerdo.

12	Francia	Estado Parte	Se unió a la respuesta en bloque dada por la Unión Europea.			
13	Grecia	Estado Parte	Se unió a la respuesta en bloque dada por la Unión Europea.			

14	Indonesia	Estado Firmante	Ha manifestado su negativa a Estados Unidos, pero ésta ha sido de forma muy tímida. El Ministro de Asuntos Exteriores (Hassan Wirayuda) ha manifestado que Indonesia no tiene prisa por firmar un acuerdo con EE.UU., especialmente porque aún no a ratificado el Estatuto de Roma.			Tipo 1
15	Irlanda	Estado Parte				

16	Japón	Estado No Parte	Al parecer ha rehusado la celebración	Subsecretario de Estado John Bolton	Vice-Ministro de Asuntos Exteriores (Yukio Takeuchi).	
17	Latvia	Estado Parte	Se unió a la respuesta en bloqueada por la Unión Europea			Tipo 2
18	Lituania	Estado Parte	Se unió a la respuesta en bloqueada por la Unión Europea	Subsecretario de Defensa (Dov Zakheim)	Secretario del Ministerio de Asuntos Exteriores (Giedrius Cekoulis).	Tipo 2
19	Luxemburgo	Estado Parte				

20	Malí	Estado Parte	El Primer Ministro (Mohamed Ag Hamani) informó que Malí no celebraría un acuerdo con EE.UU. (Julio 24 de 2003).			
21	Namibia	Estado Parte	(Julio de 2003)			Tipo 2
22	Nueva Zelanda	Estado Parte				
23	Países Bajos	Estado Parte	(Julio 30 de 2002)			Tipo 2
24	Paraguay	Estado Parte				
25	Perú	Estado Parte	(Julio de 2003)	Asistente de la Secretaría de Estado para Latinoamérica (Roger Noriega)		
26	Samoa	Estado Parte				

27	Santa Lucía	Estado Firmante	Se ha negado a firmar pero de forma no oficial (Julio de 2003)			
28	Sudá frica	Estado Parte	(Julio de 2003)			
29	Sueci a	Estado Parte				
30	Suiza	Estado Parte	Ha rechazado la celebració n de forma no formal (Agosto 14 de 2003). Se unió a la respuesta en bloque dada por la Unión Europea.			
31	Tanz ania	Estado Parte			Primer Ministro (Patrick Manning)	
32	Trini dad y Toba go	Estado Parte	(Mayo de 2003)			
33	Vene zuela	Estado Parte				

CAPÍTULO IV. LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DEL ARTÍCULO 98.2 DEL ESTATUTO DE ROMA: UNA SOLUCIÓN AL CONFLICTO EN MANOS DE LA PROPIA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

1. El artículo 98.2 del Estatuto de Roma y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

La adecuada interpretación del art. 98.2 del Estatuto de Roma constituye una dificultad, como se ha apuntado con antelación a lo largo de esta obra, que extrapolado a un ámbito fáctico ha desencadenado, ya a principios del cambio de milenio, una aluvión de acuerdos bilaterales de impunidad a favor principalmente de EE.UU. bajo el objeto ulterior de soslayar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. En este orden, la necesidad de comprobar que dicho artículo ha sido objeto de una dolosa falta interpretativa, que intenta despojarlo de la naturaleza y objeto para el cual fue creado, revístese, desde luego, de un carácter más que esencial, a fin de poder frenar esta cuestión, que al igual que el descenso de una pequeña piedra en la nieve, en un corto periodo se ha acrecentado a niveles tales, capaces de propiciar el derrumbe de la CPI.

El llamado *Tratado de tratados*, tomando en cuenta la importancia cada vez mayor de los instrumentos internacionales como fuente formal del Derecho internacional y los aspectos básicos del Derecho de tratados plasmados en una codificación que es declarativa e innovadora a la vez, a través de sus artículos 31 y 32 es quien, junto con las normas de Derecho internacional general en este ámbito, marca las pautas para realizar una correcta interpretación del artículo 98.2 del Estatuto de Roma, estudio que se

desarrolla a continuación. No obstante, como bien dijo la Comisión de Derecho Internacional al preparar el proyecto de artículos que sirvió de base a la Convención de Viena de 1969, "...la interpretación de tratados es hasta cierto punto un arte, no una ciencia exacta..."³⁶⁵.

1.1. El artículo 98.2 del Estatuto de Roma a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La Comisión de Derecho Internacional al momento de codificar la cuestión referente al Derecho de tratados comenzó a percatarse de la existencia entre los juristas de tres criterios básicos en orden a la interpretación de los instrumentos internacionales, a saber: a) un *criterio objetivo*, b) un *criterio subjetivo* y c) un *criterio teleológico*³⁶⁶. Ya, en plena Conferencia de Viena la inclinación por un criterio objetivo completado por uno de índole teleológica sostenido por la Comisión fue elemento contundente en la adopción de las reglas generales, que estipuladas en el artículo 31 de

³⁶⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. II, 1996, P. 240.

³⁶⁶ Coincidiendo con la explicación del maestro PASTOR RIDRUEJO, estas posturas respectivamente consisten en: "...1.º El criterio objetivo, en el que el texto del tratado aparece como expresión auténtica de la voluntad de las partes, haciendo hincapié en la primacía del mismo para la interpretación, aunque admite en cierto grado la prueba extrínseca de las intenciones de las partes y de los objetivos y fines del tratado.

2.º El criterio subjetivo, que acude a la intención de las partes como elemento distinto del texto, y que admite con liberalidad el recurso a los trabajos preparatorios y a cualquier otra manifestación de la intención de los Estados contratantes.

3.º El criterio teleológico, que atribuye importancia fundamental a los objetos y fines declarados y manifiestos del tratado y que es propenso, sobre todo en el caso de tratados multilaterales, a interpretaciones del texto que van más allá de las intenciones originales de las partes, tal como han sido expresadas en el texto, o que incluso difieren de esas intenciones..." PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, op cit., pp. 116. En los debates que precedieron a la Convención de Viena los especialistas de cada criterio ofrecieron fuertes críticas de las demás posturas, al respecto Vid., JACOBS, Varieties of Approach to Treaty Interpretation: with Special Reference to the Draft Convention on the Law of Treaties before the Vienna Diplomatic Conference, *International and Comparative Law Quarterly*, 1969, No. 18, pp. 318, 338-343. Para un análisis crítico de por qué cada posición contradice a sus similares, véase: KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, Finnish Lawyers' Publishing Company, Helsinki, 1989, pp. 291-302.

dicha Convención, habrían de regir la interpretación de los tratados, pese al intento de dar alguna entrada a un criterio subjetivo. De esta forma, dicho artículo quedó redactado bajo la rúbrica “Regla general de interpretación”, manifestando:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:
 - c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes³⁶⁷.

De ahí, como bien dice PASTOR RIDRUEJO: “...*los elementos para interpretar un tratado son el sentido corriente de los términos, el contexto, el objeto y fin del tratado, el acuerdo entre las partes (interpretación auténtica), la conducta de éstas (interpretación cuasiauténtica) y las normas de Derecho internacional...*”³⁶⁸. Concebidos todos ellos bajo un primordial requisito: la buena fe.

³⁶⁷ Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *op. cit.*

³⁶⁸ *Idem.*, p. 117.

1.1.1. El principio de la Buena Fe.

La interpretación *de buena fe* emana directamente del principio *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La interpretación forma parte de la aplicación de todo tratado, pero, claro está, lo que de ello se sigue es que todo proceso de análisis del material pertinente y de su evaluación debe hacerse de buena fe. Incluso en el caso de que la redacción del tratado sea clara, si su aplicación conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (por adoptar aquí la fraseología de la propia Convención de Viena en su artículo 32, inciso b), las partes en el tratado de que se trate han de buscar otra interpretación³⁶⁹.

Los tratados han de ser interpretados y cumplidos de buena fe, puesto que por su propia naturaleza, son actos realizados de buena fe. Sin embargo, en un sentido más estricto, el principio de la interpretación de buena fe anuncia reglas subordinadas, tales como la de que los errores obvios de redacción o de reproducción no han de ser considerados; que se supone que las partes hayan querido significar algo en vez de nada; que el tratado debe leerse, en cierto sentido, como un todo, de modo que una cláusula pueda invocarse para ayudar explicar la ambigüedad de otra; que no debe considerarse que las partes hayan pretendido algo absurdo; entre otras.

Perfectamente conocidas son las iniciativas de mermar la jurisdicción de la CPI por parte de Estados Unidos. Los intentos han sido varios y se ha atacado desde distintos medios; desde una firma fraudulenta del Estatuto de Roma y su correspondiente anulación, pasando por la manipulación del Consejo de Seguridad (Resoluciones 1422/02 y 1497/03) y la posterior

³⁶⁹ Vid., AUST, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 187, (la traducción es propia).

creación de la ASPA, hasta la plural celebración de acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98.2.³⁷⁰ Actos, todos ellos, que corroboran el irrefutablemente deseo de EE.UU. por derrumbar la Corte, al tiempo que demuestran su mala fe al interpretar el artículo 98.2 del Estatuto.

Así, todo argumento que pretenda esgrimir que los acuerdos bilaterales de impunidad estadounidenses son consecuentes con lo dispuesto en el artículo 98.2 incumple el requisito básico mínimo de una interpretación de buena fe. Tal interpretación contradice frontalmente lo que los Estados pretendían en Roma (como se verá en los subsiguientes epígrafes) y, por consiguiente, el principio preponderante en la interpretación de los tratados conforme al Derecho internacional.

1.1.2. La interpretación auténtica del artículo 98.2.

1.1.2.1. El sentido corriente de los términos.

En el entendimiento tradicional de la interpretación del Derecho, la tarea del intérprete es averiguar y aplicar las órdenes o decisiones de las instituciones que redactaron el instrumento interpretado -Estados en Derecho internacional, legislaturas en la ley doméstica-. Los intérpretes deben limitarse a lo que el *texto normativo significa*, confiando en su lengua, estructura e historia³⁷¹.

La interpretación según el texto no indica interpretación literal; en tanto implica que la interpretación judicial no puede intentar «reescribir» el

³⁷⁰ Para una evaluación de la campaña estadounidense contra la Corte Penal Internacional véase el capítulo III de esta obra.

³⁷¹ SUNSTEIN, Cass, *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, *Harvard Law Review*, 1989, No. 103, pp. 405-415, (las cursivas son propias).

texto del tratado o acuerdo. En materia de interpretación el sentido corriente de los términos de un texto refleja el hecho de que ningún texto, tomado por sí tiene un "sentido corriente". Las palabras que contienen tendrán, cada una de ellas, varios significados que pueden cambiar según pasa el tiempo. Algunas palabras tendrán a la vez un significado común y un sentido técnico (de modo que resulte común cuestionar si las partes tuvieron en cuenta el significado popular o el técnico). El significado de una palabra por sí sola es posible que quede alterado por la siguiente. Tal vez se descubra que dos cláusulas, al ser interpretadas "literalmente", se opongan entre sí. Por lo tanto, cualquier texto, aún cuando se conceda que represente la expresión auténtica de la intención de las partes, tiene que leerse imparcialmente y en conjunto, y sus cláusulas deben leerse en todo su contexto y a la luz de sus objetos y propósitos.

Para DUNCAN MACNAIR "...*Si bien es cierto que un término puede resultar 'claro' en términos absolutos, lo que todo tribunal intenta determinar cuando delibera sobre el significado de un tratado es el significado de ese elemento en términos relativos, es decir, en relación con las circunstancias en las que se elaboró ese tratado...*"³⁷²

Al respecto, el Tribunal Internacional de Justicia tuvo ocasión de opinar, cuando resolvió:

El Tribunal considera necesario de decir que el primer deber de un tribunal que es visitado para interpretar y aplicar las provisiones de un tratado es esforzarse por darles el efecto en su sentido natural y ordinario en el contexto en el cual ellos ocurren. Si las palabras relevantes en su sentido natural y

³⁷² MCNAIR, Arnold, *The Law of Treaties: British Practice and Opinions*, Clarendon Press, Oxford, 1938, p. 175.

ordinario tienen sentido en su contexto, esa es la finalidad última de la materia³⁷³.

El Tribunal respalda estrictamente la doctrina ortodoxa, sustentada en un criterio objetivo de la interpretación³⁷⁴, manifestando que el trabajo del intérprete, es averiguar el sentido de las palabras del redactor y darles su efecto correspondiente. Y, si el artículo 31.1 de la Convención de Viena de 1969 manifiesta que un tratado deberá interpretarse “...conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin...”, los términos del artículo 98.2 del Estatuto de Roma, lejos están de interpretarse bajo una óptica estrictamente legalista o literal, por el contrario, tal como manifiesta el propio artículo 31.1, a ellos se les debe interpretar tanto “...en el contexto de estos...”, como “...teniendo en cuenta su objeto y fin...”

De ahí, precisamente, que el sentido corriente de los términos del artículo 98.2 deba buscarse tras un estudio pormenorizado del contexto, y objeto y fin de Estatuto de Roma, rubros que se analizan a continuación.

1.1.2.2. El contexto.

El artículo 31.2 de la Convención de Viena de 1969 señala que:

para los efectos de interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos sus preámbulos y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más

³⁷³ I.C.J. Reports (1950) 1, 8, (la traducción es propia).

³⁷⁴ *Supra.*, epígrafe 4.1.1. del presente capítulo.

partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

El artículo en mención, producto de la adopción del criterio objetivo y teleológico de la interpretación de tratados, estatuye claramente por Regla de Ley que el intérprete debe seguir las órdenes de los redactores plasmadas en los textos normativos. Los Estados y los tribunales que aplican un tratado deben realizar, *lato sensu*, las órdenes o acuerdos contenidos en los instrumentos, actuando consecuentemente con ellos a la luz de un sentido teleológico del texto a interpretar. Una interpretación que aplica textos según su sentido natural u ordinario, o de conformidad con los objetivos o las intenciones del redactor como elemento distinto del texto (criterio subjetivo), constituye una guía inadecuada y una descripción incompleta del comportamiento interpretativo³⁷⁵. Dentro de ese espacio, un mismo término puede recibir diferentes acepciones, según el contexto. No se puede, por ejemplo fijar de modo abstracto y general el término elegido y aplicarlo después mecánicamente todas las veces en que aparezca. En unas, el contexto sugerirá la ampliación y en otras deberá tomársele en sentido más restrictivo.

La interpretación que hay que formular del artículo 98.2 jurídicamente obliga a respetar el sentido objetivo y teleológico del Estatuto de Roma. Al respecto, dicho artículo manifiesta textualmente:

³⁷⁵ Tal como MCNAIR ha explicado, cada una de las diversas normas de interpretación «no es más que una orientación *prima facie* y no puede permitirse que desvirtúe el objeto esencial de la aplicación de los tratados, *verbi gratia*, la búsqueda de la intención real de las partes contratantes al utilizar el lenguaje que emplearon.» MCNAIR, Arnold, *op cit.* pp. 185. E insiste: «La norma fundamental consiste en que el tribunal busque determinar, de entre todas las pruebas disponibles, la intención de las partes al utilizar la palabra o frase que se trata de interpretar. La multitud de normas y máximas que han cristalizado y abundan en los manuales y otros textos especializados no son más que orientaciones *prima facie* sobre la intención de las Partes, que deben siempre ceder el paso a las pruebas en contrario manifiestas sobre la intención de las partes en un caso concreto. Si se les permite regirnos más que servirnos, estas orientaciones pueden acabar siendo muy engañosas.»

La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido debe actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega.

El término "acuerdo internacional" evocado por el citado numeral se refiere a los Convenios sobre Estatutos de las Fuerzas³⁷⁶ (CEF) -mejor conocidos por sus siglas en inglés como SOFA's (Status of Forces Agreement)- existentes y vigentes antes de la positivación y entrada en vigor del Estatuto de Roma. Consecuentemente, a dicho término no cabe atribuirle una interpretación *ratione materiae* distinta, en tanto no alude a tratados de extradición o de cualquier otro tipo.

El artículo 98, en su entera composición, se redactó con el objeto de abordar la cuestión de la relación entre las obligaciones de los Estados Partes

³⁷⁶ Según O. Everett, los Convenios Sobre el Estatuto de las Fuerzas se redactaron tras la Segunda Guerra Mundial: «para reducir al mínimo la posibilidad de que funcionarios y personal estadounidenses desplegados en Europa y Asia fueran juzgados ante tribunales extranjeros. En aquellos momentos estaba claro que centenares de miles de esos funcionarios y personal estadounidenses, y buen número de familiares o personas dependientes de ellos, iban a vivir estacionados fuera de territorio nacional durante largos periodos de tiempo; y, en muchos casos, sus países de acogida tendrían sistemas de justicia muy distintos del sistema con el que estaban familiarizados los estadounidenses. Pese a que los tribunales militares estadounidenses hurtan al acusado algunas de las garantías procesales que ofrecen los tribunales civiles, sí ofrecen por el contrario algunos elementos protectores que, en ciertos aspectos, superan a los que pueden encontrarse en tribunales extranjeros. Lo que entonces se temía era que a los funcionarios y personal estadounidenses les resultara peor ser juzgados por tribunales extranjeros que por tribunales militares. Este temor era aún mayor cuando se consideraba la posibilidad de que la víctima del presunto delito cometido por uno de esos funcionarios fuera un ciudadano del país de acogida. Por otra parte, si las víctimas del delito de uno de estos funcionarios fueran sólo de nacionalidad estadounidense, y si además el único argumento para que un tribunal extranjero tuviera que ejercer su jurisdicción fuera que el delito se había cometido en el territorio de su país, un fiscal extranjero podría tener escaso interés en tal causa, con lo que un grave crimen podría quedar impune.» *Vid* O. EVERETT, Robinson, *American Servicemembers and the ICC*, en B. SEWALL, Sarah, KAYSEN, Carl, *op cit.*, pp. 137-138.

al amparo del *futuro* Estatuto de Roma y las obligaciones *existentes* de los Estados Partes en el Derecho internacional. La preocupación de los Estados por no incumplir en obligaciones contraídas fue fundamental en la elaboración del Estatuto, tras esta dialéctica se redactan los artículos 90, 93.9 y el propio artículo 98, cuestión que sustenta una interpretación teleológica de este último. Por un lado, el artículo 98.1 alberga la idea de evitar los muy posibles conflictos que pudieran surgir a raíz de la obligación de cumplir cabalmente los preceptos del Estatuto de Roma y las obligaciones impuestas por el Derecho consuetudinario o convencional internacional en lo referente a inmunidades de órganos de Estado. Por otro, el artículo 98.2 se concibió, en armonía con el espíritu general del Estatuto de Roma de acabar con la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional (parágrafos 4º, 5º, 6º, 10º y 11º del preámbulo del Estatuto de Roma), a través del principio de complementariedad (parágrafo 10º del preámbulo, y artículos 1, 17 a 20, todos del Estatuto de Roma)³⁷⁷, del principio de improcedencia del cargo oficial (consagrado en los artículos 27.1 y 27.2 del Estatuto de Roma)³⁷⁸ y el derecho de los tratados, con objeto de que se tuviera en cuenta la asignación de prioridades entre los Estados que envíen y reciban en virtud de los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas existentes. El Estatuto de Roma, conforme al régimen del Derecho internacional, no puede *per se* anular obligaciones preexistentes de sus Estados Parte hacia Estados No Parte a la luz de otros tratados³⁷⁹.

³⁷⁷ Para ALCAIDE: «el principio de complementariedad expresa la filosofía del Estatuto de Roma. Al negociar y adoptar el Estatuto los Estados han puesto de manifiesto su voluntad política de mejorar la eficacia del Derecho Penal Internacional a través de la división del trabajo entre los Tribunales nacionales y la propia CPI en un difícil equilibrio entre la salvaguarda de su soberanía y la protección de las víctimas». ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, La Complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales: ¿Tiempos de «Ingeniería Jurisdiccional»? en La Corte Penal Internacional: La Criminalización de la Barbarie, *op cit.*, pp. 420.

³⁷⁸ Para un análisis evolutivo del principio de cargo oficial consúltese al respecto capítulo cuarto de la presente obra.

³⁷⁹ Al respecto LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ afirman: «Así, aunque el Estatuto es taxativo en cuanto al régimen aplicable s la CPI ejerce su competencia, es evidente que no puede *per se* cambiar otros regímenes existentes en Derecho internacional. Por ello, la

El artículo 98.2 debe entenderse de conformidad con la regla intertemporal de interpretación de los tratados, la cual refiere que el texto debe leerse a la luz del concepto jurídico de las partes. Sobre ésta tubo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Permanente de Justicia Internacional el 7 de septiembre de 1910. Así en el caso *North Atlantic Coast Fisheries Arbitration*, el Tribunal se negó a interpretar que un tratado concluido en 1818 excluyese a los pescadores de Estados Unidos de "bahías" de la costa británica de Norteamérica, lo cual presuponía la aceptación de una regla consuetudinaria aducida, según la cual el termino "bahía" comprendía cualquier bahía que no tuviese más de diez millas de ancho; y para determinar tal aspecto, se basó en que tal regla (que por cierto el Tribunal Internacional de Justicia habría de negar en el caso *Anglo-Norwegian Fisheries*, como regla de Derecho internacional) no había hecho su aparición hasta un cuarto de siglo después de haberse firmado el tratado³⁸⁰.

Posteriormente, el Tribunal Internacional de Justicia estudiaría la regla intertemporal, al tratar el tópico de la prescripción o pérdida de la validez de títulos originales en virtud de una nueva ley aplicable. En el Caso *Minquiers y Ecrenos*, la Corte Internacional de Justicia declaró: "*...El Tribunal considera que aun si los Reyes de Francia tuvieran realmente un título feudal original respecto de las Islas Anglonormandas, dicho título debe haber prescrito como una consecuencia de los acontecimientos del año 1204 y subsiguientes años...*"³⁸¹ La misma doctrina había sido expresada en el Caso *Palmas*. El juez HUBER declaró: "*...en cuanto a la pregunta de si sistemas*

Corte no podrá obligar a un Estado a colaborar con ella, si tal colaboración implica forzar a ese Estado a incurrir en responsabilidad internacional por la violación de una obligación contraída con un tercer Estado» LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena, *op cit.*, pp. 1445.

³⁸⁰ Al respecto obsérvese: COMENTARIO EDITORIAL, *The North Atlantic Coast Fisheries*, *op cit.*

³⁸¹ C.I.J. *Reports*, 1953, p. 56, (la traducción es del autor).

*legales diferentes que prevalecen en períodos sucesivos deben ser aplicados en un caso particular (la llamada "ley intertemporal"), debe realizarse una diferencia entre la creación de derechos y la existencia de derechos. El mismo principio que sujeta el acto otorgador de un derecho a la ley vigente en tiempo en que esta se crea, demanda la existencia de ese derecho, en otras palabras, su manifestación continuada obliga a seguir las condiciones requeridas por la evolución de la ley...*³⁸²

En 1953, el JUEZ GROS declaró: *"...un hecho legal debe ser visto a la luz de la ley contemporánea con ello (...) Cuando el sistema legal en virtud del cual el título ha sido válidamente creado desaparece, el derecho puede ser ya no reclamado bajo el nuevo sistema legal a menos que esto se conforme a las condiciones requeridas por aquel sistema..."*³⁸³ Ya para 1975, el Juez DE CASTRO, comentando sobre la decisión del Tribunal sobre este tópico, declaró: *"...el Tribunal así juzgó que el título original deja de ser válido si hay nuevos hechos para ser considerados sobre la base de la nueva ley..."*³⁸⁴

La Dimensión intertemporal ha sido igualmente respaldada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así en su décima Opinión Consultiva (1989), la Corte señaló que se debería analizar el valor y la significación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre no a la luz de lo que se pensaba en 1948, cuando se adoptó, sino más bien *"...en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano de*

³⁸² Naciones Unidas, *Los Informes de los Premios Arbitrales Internacionales*, volumen. II, p. 845.

³⁸³ C.I.J., Súplicas, Caso Minquiers y Ecrenos (Reino Unido Versus Francia), volumen. II, p. 375.

³⁸⁴ C.I.J. *Reports*, 1975, p. 168. Al respecto también obsérvese la Resolución del Instituto de la Ley Internacional adoptada en 1975 y los comentarios sobre esta resolución en: *Annuaire Francais de Droit International*, 1975, volumen. XXI, pp. 1313-1317.

protección...”, teniendo en consideración la “...evolución experimentada desde la adopción de la Declaración...”³⁸⁵

El artículo 98.2 se refiere a los CEF y no a otro tipo de tratados como los de extradición, pues al respecto se estatuyó el artículo 90.6, el cual nítidamente establece una permisibilidad hacia los Estados Parte de dar prioridad, en aplicación de acuerdos de extradición ya vigentes, a las solicitudes de extradición de Estados que no son Partes en el Estatuto, y en las que se pide la extradición de ciudadanos propios, sobre las solicitudes de entrega concurrentes de la Corte sobre esas mismas personas y mismas conductas que constituyen la base de crimen en razón del cual la Corte ha pedido la entrega, siempre cumpliendo con ciertos criterios que indican que el acatamiento de la solicitud de extradición no conducirá a la impunidad del posible criminal (incisos a) y b) de dicho artículo).

Los CEF fueron creados para otorgar jurisdicción preferente a los tribunales del Estado que envía, respecto de los foros del Estado receptor, para incoar procesos judiciales en contra de aquellos individuos, que actuando como fuerzas armadas del Estado que envía, hallan transgredido normas tanto nacionales como internacionales (*verbi gratia* las del *ius in bello*) en el territorio del Estado receptor, a fin de respetar las garantías del debido proceso (puesto que con los mismos se evita el inicio de procesos punitivos que otorguen escasos derechos), sin perder de vista la no-impunidad de los crímenes³⁸⁶. Coincidiendo con WIRTH, los CEF tipo OTAN no procuran

³⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, de 14 de julio de 1989, pp. 20-21, parágrafo 37.

³⁸⁶ Entre los Convenios sobre Estatutos de las Fuerzas más conocidos encontramos los de la OTAN (modelo durante años para los CEF bilaterales de Estados Unidos), y los Acuerdos de la ONU sobre el Estatuto de la Misiones (SOMA's) con países anfitriones, que rigen la aportación de fuerzas a las operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU. Estos últimos, establecen que los tribunales del Estado que aporta personal a tales operaciones tienen jurisdicción exclusiva sobre los crímenes cometidos por ese personal en el Estado anfitrión; véase al efecto el

inmunidad sino únicamente un derecho preferente del Estado de origen a ejercer la jurisdicción sobre cierta clase de delitos, como los cometidos en el ejercicio de actos de servicio oficial. Este enfoque es muy similar al régimen de complementariedad existente en el Estatuto de Roma. La doctrina señalada menciona: “...*hay que interpretar tales CEF de modo similar a lo prescrito en el artículo 17 del Estatuto: los juicios farsa que tienen como único propósito blindar al sospechoso contra toda responsabilidad penal son*

modelo de acuerdo, de 1990, Documento ONU: A/54/594 (1990), *op cit.*, y el informe afín *Modelo de Acuerdo entre las Naciones Unidas y Estados Miembros que aportan personal y equipo a operaciones de las Naciones Unidas de mantenimiento de la paz*, Documento ONU: A/46/185 (1991), *op cit.*

Por su parte, el artículo 7 del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de las Fuerzas, referido a la jurisdicción sobre los miembros de una fuerza o de un elemento civil y las personas dependientes de los mismos del Estado de origen, establece la asignación de la jurisdicción entre el Estado de origen y el Estado receptor. De una parte se estipula que, los Tribunales castrenses de EE.UU. poseen *jurisdicción exclusiva* sobre sus fuerzas armadas responsables de conductas que supongan una infracción de su propia legislación militar, no así de las normas del Estado receptor. De otra, que los tribunales del Estado receptor poseen *jurisdicción exclusiva* respecto de contingentes estadounidenses responsables de infracciones a la legislación del Estado receptor, pero no de la legislación militar estadounidense. No se trata de un acuerdo de extradición, sino de un acuerdo en el que se detallan las circunstancias en las que un Estado habrá de entregar a una persona a otro Estado para ser sometida a investigación y procesamiento. De esta forma, los párrafos 4, 5 y 6 del citado artículo 7 establecen las obligaciones mutuas básicas sobre investigación y procesamiento, a saber:

4. Las precedentes disposiciones de este artículo no implicarán derecho alguno por parte de las autoridades militares del Estado de origen a ejercer jurisdicción sobre personas que sean nacionales de dicho Estado receptor, o residan ordinariamente en el mismo a menos que sean miembros de la fuerza del Estado de origen.

5.a Las autoridades de los Estados receptor y de origen se prestarán mutua asistencia para el arresto de miembros de una fuerza o elemento civil o de las personas dependientes de los mismos en el territorio del Estado receptor y para entregarlos a la autoridad que deba ejercer jurisdicción de acuerdo con las disposiciones precedentes.

5.b Las autoridades del Estado receptor notificarán con la debida diligencia a las autoridades militares del Estado de origen el arresto de cualquier miembro de una fuerza o elemento civil o de una persona dependiente de los mismos.

5.c La custodia de un acusado, miembro de una fuerza o elemento civil, sobre el que deba ejercer jurisdicción el Estado receptor y que esté en poder del Estado de origen, continuará a cargo de dicho Estado hasta que el Estado receptor formule la acusación.

6.a Las autoridades de los Estados receptor y de origen se prestarán asistencia mutua para efectuar todas las investigaciones necesarias de los delitos, y para el acopio y presentación de pruebas, incluidas la incautación y, en su caso, la entrega de objetos relacionados con un delito. La entrega de dichos objetos podrá, sin embargo, efectuarse con la condición de su devolución del período de tiempo especificado por la autoridad que los entregue.

6.b Las autoridades de las Partes Contratantes se notificarán mutuamente la resolución de todos los casos en los que hubiera concurrencia de derechos para ejercer la jurisdicción.

*incompatibles con el objeto y fin de las disposiciones jurisdiccionales de los CEF tipo OTAN...*³⁸⁷.

Los CEF no plantean problema alguno de conformidad con el artículo 98.2 del Estatuto de Roma, ya que fueron creados para juzgar respetando u otorgando garantías judiciales, por el contrario resultan acordes con el objeto y el fin del Estatuto de Roma, al atribuir al Estado receptor, y no al de origen, la decisión sobre cuál de los dos puede ejercer la competencia en casos de interés público. Mientras, que los acuerdos bilaterales de impunidad celebrados por EE.UU., al omitir en su estructura toda cláusula que refiera alguna obligación de juzgar o extraditar a los culpables de los crímenes (principio *aut dedere aut iudicare*)³⁸⁸, violentan disposiciones diversas del Estatuto de Roma, *verbi gratia* la obligación de cooperar con la Corte y brindar asistencia judicial (capítulo IX). Toda interpretación que se dé a ese artículo pro-celebración de acuerdos bilaterales de impunidad conduce a un resultado manifiestamente absurdo e irrazonable, puesto que el Estatuto es aplicable por igual a todos sin distinción, no cabiendo la existencia de inmunidades (artículo 27 y 28), a fin de acabar con la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional y de prevenir nuevas conductas delictivas (parágrafo 4º, 5º, 6º, 10º y 11º del preámbulo), a través del esfuerzo conjunto por parte de los Estados -pragmatizado tanto en el ámbito nacional, como internacional- de llevar a la justicia a los peores criminales, traducción del principio de complementariedad (parágrafo 10º del preámbulo, y artículos 1, 17 a 20).

Está claro, que los acuerdos ahora propuestos por Estados Unidos no son similares a los CEF, y más claro aún, que los mismos no satisfacen los

³⁸⁷ WIRTH, Steffen, Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute, en: AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los Esfuerzos Estadounidenses por Conseguir Inmunidad para el Genocidio, los Crímenes Contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra*, op cit.

³⁸⁸ Vid., epígrafe 3.1.6.4.1 del capítulo tercero de esta obra.

requisitos estipulados en el artículo 98.2³⁸⁹. Bajo esta idea, el ámbito de aplicación *ratione personae* de los CEF comprende, precisamente, aquellas personas que sean combatientes y ciertos acompañantes civiles que estén permaneciendo en el territorio de un Estado receptor, *requisito sine qua non* opposito al de los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98, al referir estos un elemento *ratione personae* sumamente amplio, favoreciendo la impunidad, por abarcar a todos sus funcionarios del gobierno (actuales o pasados), empleados (incluidos los contratistas), personal militar o ciudadanos de cualquiera de los Estados que celebren un acuerdo de este tipo³⁹⁰. Los acuerdos bilaterales del artículo 98 fueron concebidos a la luz de la impunidad pese a señalar que EE.UU. juzgará “cuando proceda” la comisión de crímenes internacionales por sus nacionales; ello se ubica en una dialéctica falaz, en muchas situaciones la legislación estadounidense es asténica respecto a los crímenes competencia de la CPI³⁹¹.

³⁸⁹ Diversos análisis jurídicos arriban a esta conclusión, *Vid.*, Human Rights Watch *United States Efforts to Undermine the International Criminal Court: Article 98 (2) Agreements*, 9 de julio de 2002; MURPHY, Sean D., Efforts to obtain immunity from ICC for U.S. peacekeepers, *American Journal of International Law*, 2002, Vol. 96, No. 3, p. 725.

³⁹⁰ *Vid.*, epígrafe 3.1.5 del capítulo tercero de esta obra.

³⁹¹ «Estados Unidos no puede investigar ni procesar a todas esas personas por todos los delitos que son competencia de la Corte establecida por el Estatuto de Roma. La legislación estadounidense autoriza a este país a investigar y procesar a soldados estadounidenses y a ciudadanos enemigos en tribunales militares generales por delitos del derecho consuetudinario internacional cometidos fuera de su territorio, y a ciudadanos enemigos por crímenes de guerra ante comisiones militares (que son órganos ejecutivos, esto es, que no son tribunales competentes, independientes ni imparciales). No está del todo claro si la legislación estadounidense puede permitir a este país investigar y procesar a soldados estadounidenses y a ciudadanos enemigos en tribunales militares generales, y a ciudadanos enemigos ante comisiones militares, por crímenes contra la humanidad tal y como se definen en el Estatuto de Roma: ante semejantes tribunales u órganos ejecutivos no se han celebrado juicios por cargos relacionados con crímenes contra la humanidad desde después de la Segunda Guerra Mundial. Por otra parte, Estados Unidos no tiene una jurisdicción clara sobre todos esos delitos cometidos por civiles estadounidenses o sobre el genocidio cometido fuera del territorio nacional por miembros de las fuerzas armadas de Estados Unidos que no son ciudadanos estadounidenses o por civiles extranjeros. Por ejemplo, no todos los crímenes de guerra tipificados en el Estatuto de Roma están expresamente definidos como delito en la legislación federal estadounidense cuando se cometen en el extranjero. Los crímenes contra la humanidad cometidos en el extranjero, aparte de la tortura, no son delito según la legislación federal. Los tribunales estadounidenses pueden negarse a juzgar a personas por delitos del derecho consuetudinario internacional que no estén expresamente tipificados como tales según la legislación de Estados Unidos. Los tribunales federales son competentes sobre el genocidio cuando se comete en el extranjero, pero sólo si los

1.1.2.3. El objeto y fin del tratado.

El objeto y fin de un tratado guarda el espíritu y esencia de la voluntad de las partes que lo crearon. Al igual que cualquier norma jurídica de ámbito domestico, un tratado se crea bajo un objetivo y una finalidad, o varios de ellos, lo que atiende propiamente a la razón de ser de toda norma. La interpretación auténtica de un tratado necesariamente debe tomar en consideración el objeto y fin del mismo, evadirlos o no tomarlos en cuenta aparece violación a los principios del Derecho de tratados.

La necesidad de superar la interpretación literal mediante el recurso al objeto y fin del tratado fue constatada por el Tribunal Internacional de Justicia en los Asuntos del Suroeste Africano. Caso en el que el Tribunal descartó la tesis sostenida por África del Sur, que negaba el *ius standi* o, en general, la facultad de apelar a la jurisdicción del TIJ de cualquier Estado porque, desaparecida la Sociedad de la Naciones, ninguno podía probar tener la condición de Estado Miembro. Así, el TIJ concluyó:

la interpretación según el sentido natural y ordinario de las palabras empleadas no era una regla absoluta, y que ninguna confianza podría ser colocada sobre esto, ello causó un sentido incompatible con el espíritu, objetivo y contexto de la provisión para ser interpretada³⁹².

Tras este significativo fallo, el Tribunal afirma la necesidad de acudir a la valoración del objeto y fin de todo tratado a la hora de su interpretación

inculpados son ciudadanos estadounidenses, que no sean ni miembros de las fuerzas armadas de Estados Unidos ni las personas protegidas por los acuerdos estadounidenses de impunidad cuando no sean ciudadanos de Estados Unidos.» AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los Esfuerzos Estadounidenses por Conseguir Inmunidad para el Genocidio, los Crímenes Contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra*, op cit.

aplicando un criterio teleológico, que atribuye importancia fundamental a los objetivos y propósitos declarados y manifestados en él, superando la postura textualista de la interpretación.

Respecto al Estatuto de Roma, su objeto y fin se hallan claramente establecidos en su preámbulo, específicamente en los siguientes párrafos:

4.- *Afirmando* que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

5.- *Decididos* a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

6.- *Recordando* que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, [...]

10.- *Destacando* que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales,

11.- *Decididos* a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera.

Atentos con lo anterior, el objeto y fin de Estatuto de Roma radica en la aplicación de una justicia penal –mediante la aplicación independiente e imparcial de la Ley, bien en la órbita nacional, bien en la órbita internacional– a fin de acabar con la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, a través de una efectiva cooperación judicial estatal que refleja la aplicación del principio *aut dedere aut iudicare* (con la desaparición de formalismos inútiles), traducción del

³⁹² Tribunal Internacional de Justicia, Asuntos del Suroeste Africano, Objeciones Preliminares, Sentencia del 12 de diciembre de 1962, la traducción es propia.

principio de complementariedad³⁹³; contribuyendo en forma paralela a la prevención de tales conductas bárbaras³⁹⁴.

De tal modo, que al artículo 98.2 del Estatuto de Roma a la luz de una interpretación teleológica, tomando en cuenta el objeto y fin de dicho instrumento, no cabe aplicarle referencia alguna a cualesquiera tratados o acuerdos que socaven los propósitos del instrumento que lo consagra: la lucha contra la impunidad y la prevención de crímenes internacionales en

³⁹³ En atención al tópico de la traducción de la regla *aut dedere aut iudicare* como principio de complementariedad consagrado en el Estatuto de la CPI, se puede observar que: «...una de las mayores contribuciones que presenta la Corte Penal Internacional... al desarrollo del Derecho penal internacional o internacional penal, es el aliento que otorga a los diferentes Estados a legislar, dentro de sus respectivos sistemas jurídicos nacionales, en lo versante a la tipificación, punición y establecimiento de jurisdicción de los delicta iuris gentium, gracias al carácter complementario de la Corte respecto de las jurisdicciones penales nacionales... en atención a uno de sus principios rectores; “el principio de complementariedad”, mismo que descansa sobre el pilar del ius cogens a través de la obligación *aut dedere aut iudicare*...

En esta tesitura, claro resulta observar, que la regla *aut dedere aut iudicare* se encuentra inmersa en el alma del Estatuto de Roma, a la luz del principio de complementariedad -que el Estatuto enuncia desde su preámbulo (párrafo 10), el artículo 1 y encontrándose básicamente regulado en los artículos 17 a 20- por lo que la CPI sólo accionará su mecanismo jurisdiccional cuando un Estado no pueda (a falta de legislación nacional idónea), o no desee juzgar a presuntos criminales (cuando contando con la normatividad nacional suficiente para juzgar a un criminal del Derecho de gentes no se realice su enjuiciamiento), o bien, cuando un Estado no juzgue en forma adecuada a un criminal; o sea, cuando las actuaciones nacionales fuesen simples acciones simuladas encaminadas a proteger la impunidad, realizando un “teatro jurídico”; de esta forma la obligación *aut dedere aut iudicare* inmersa en el Estatuto de la CPI bajo el principio de complementariedad suplementa las normativas punitivas nacionales de los diferentes Estados a fin de castigar los crímenes más atroces. Es así, como el principio de complementariedad impone a los Estados la obligación de juzgar o “entregar” a los presuntos criminales del *ius gentium* a la Corte Penal Internacional para que ésta los juzgue». SERVÍN RODRÍGUEZ, Christopher, La internacionalización de la Responsabilidad Penal del Individuo: El Principio Aut Dedere Aut Iudicare como Suplemento de los Ordenamientos Jurídicos Nacionales, *Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comprados*, Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 2004. visible en: <http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa4/111s.pdf> y de igual forma consultable en su versión *full text* en: http://www.iccnw.org/espanol/articulos/servin_rodriguez.pdf (sitios consultados por última ocasión el 23 de octubre de 2004).

³⁹⁴ Al respecto Koffi Annan manifestó que el Estatuto de Roma: «tiene por objeto poner fin a la "cultura" mundial de la impunidad, gracias a la cual ha sido más fácil procesar a quien mató a una persona que a quien mató a 100.000». *Vid.*, <http://64.233.161.104/search?q=cache:MCOLdXcqcwJ:www.upaz.edu.uy/informes/docs/memoriou5.htm+el+objeto+y+fin+del+Estatuto+de+Roma&hl=es> (sitio consultado por última ocasión el 24 de octubre de 2004).

forma complementaria. Todo acuerdo no previsto expresamente en el Estatuto de Roma y que descarte la posibilidad de que la Corte Penal Internacional pueda ejercer su función complementaria de actuación cuando un Estado no pueda o no desee ejercerla, contradice el objeto y el fin del Estatuto.

Precisamente, los acuerdos de impunidad que hoy celebra EE.UU. tienen como propósito lo anterior, y no se encuentran contemplados dentro de los tres tipos de acuerdo, que el propio Estatuto contempla, para que la Corte pueda detener su jurisdicción (excepciones), a saber: a) tratados de extradición *a priori* (artículo 90.6); b) tratados sobre inmunidades de órganos de Estado (artículo 98.1); c) tratados sobre el Estatuto de las Fuerzas *a priori* (artículo 98.2.); de ahí su incompatibilidad con el objeto y fin del Estatuto de Roma.

El principio de complementariedad (consagrado en el párrafo 10º del preámbulo, y en los artículos 1, 17 a 20); y el principio de improcedencia del cargo oficial (visible en el artículo 27), respaldan una interpretación del artículo 98.2 armoniosa con el objeto y fin del tratado.

1.1.2.3.1. Los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98: ¿una reserva al Estatuto de Roma?

El artículo 120 del Estatuto de la Corte Penal Internacional consagra otro precepto más que sugiere la interpretación teleológica del artículo 98.2, a saber: la no-admisión de reservas³⁹⁵.

³⁹⁵Vid. Artículo 120 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, *op. cit.*

Una reserva es: "...una declaración de voluntad de un Estado que es o va ser parte en un tratado en el momento de la firma, en el de la ratificación o en el de la adhesión, y una vez que ha sido autorizado expresa o tácitamente por lo demás contratantes forma parte integrante del tratado mismo..."³⁹⁶. Dicha definición concuerda en sus elementos esenciales con la contenida en el artículo 2.1 inciso d) de la Convención de Viena de 1969, la cual manifiesta:

se entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado

Las posibilidades de un tratado en cuanto a la *política de reservas* son cuatro: 1) prohibir todas las reservas; 2) prohibir las reservas a ciertas disposiciones, en cuyo caso se entienden autorizadas implícitamente las no prohibidas; 3) autorizar únicamente determinadas reservas, en cuyo supuesto hay que considerar prohibidas las reservas no autorizadas; 4) la aquiescencia sobre la cuestión, pudiendo formularse entonces las reservas compatibles con el objeto y fin del tratado.

La inserción de una cláusula que refiere la no-admisión de reservas en un tratado, cae en la primera hipótesis antes señalada y, no es otra cosa que un mecanismo de seguridad del mismo instrumento, consagrado bajo el principio de integridad del Derecho de tratados con la intención de mantener

³⁹⁶ DÍEZ DE VELAZCO, M., El Séptimo Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia: Las Reservas a la Convención de Genocidio, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1951, No. 3, Tomo IV, pp. 1032. Sobre el tópico de las reservas véase particularmente: HORN, F., *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, North-Holland, 1988.

intocado su objeto y fin³⁹⁷. De esta forma el artículo 120 del Estatuto es una norma de trascendencia destinada a preservar la unidad e integridad del texto (cuestiones que, tratándose de un órgano judicial, adquieren una gran relevancia). Sin embargo, la interpretación del artículo 98.2 que EE.UU. realiza, a fin de celebrar acuerdos bilaterales de impunidad, rompe con el objeto y fin del Estatuto, en tanto dicha interpretación busca la admisión de impunidad donde no cabe, ya que el Estatuto fue creado (según se desprende de su objeto y fin) para acabar con la impunidad y la comisión de los peores crímenes, y no para efecto opuesto. De esta forma, la interpretación estadounidense del artículo 98.2 contraviene, de manera particular, el artículo 120 del Estatuto de Roma, pues precisamente los redactores del Estatuto insertaron en él la prerrogativa de no-admisión de reservas, a fin de que los propósitos buscados no fueran cercenados tras la reservas de los Estados; cuestión esta última a la que conlleva la interpretación americana del artículo 98.2.

Una exégesis del artículo 98.2 proclive con la celebración de acuerdos bilaterales de impunidad estadounidenses genera efectos equiparables a los que produciría una reserva al Estatuto de Roma, lo que va en contra del objeto y fin del tratado. Una reserva a un tratado multilateral coincidiendo con PASTOR RIDRUEJO apareja una posible descomposición de las obligaciones del tratado en varios círculos e incluso su extinción, a saber:

- 1) entre el Estado que hace una reserva y el Estado o Estados que la aceptan rige el tratado, debiendo considerarse modificadas las disposiciones objeto de la reserva en el sentido

³⁹⁷ La cuestión de las reservas se sitúa entre dos polos de atracción, representados, de una parte, por el principio de integridad del tratado, y de otra, por el principio de su universalidad. La integridad del tratado postula una política muy restrictiva en materia de reservas, que se traduce jurídicamente en la necesidad de que la reserva sea aceptada por la unanimidad de los Estados interesados. Por su parte, la universalidad del tratado proporciona una política más liberal en el

de la misma; 2) entre el Estado que hace la reserva y el Estado o Estados que la objetan sin manifestar la intención inequívoca de considerar al primer Estado como no parte en el tratado, rigen sólo las disposiciones del tratado que no han sido objeto de la reserva; 3) entre el Estado que hace la reserva y el Estado o Estados que la objetan, expresando la intención inequívoca de no considerar parte en el tratado al primer Estado, el tratado no rige; 4) entre el resto de los Estados rige el tratado en su integridad³⁹⁸.

Mismos efectos que de interpretar al artículo 98.2 desde una postura subjetiva se causarían al Estatuto de Roma.

No obstante, la misma convención de Viena de 1969 reconoce un caso en el que la integridad de un tratado tiene primacía cuando así lo exige la consecución del objeto y fin para el cual fue creado. El parágrafo 2 de su artículo 20 manifiesta: *"...cuando un número reducido de Estados negociadores y del objeto y fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes..."* En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado de manera ejemplar su opinión en relación con las reservas, sustentando que la interpretación a las mismas debe hacerse en forma tal que no conduzca *"...de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención..."* y siempre teniendo en cuenta el objeto y fin de la misma, por constituir *"...la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos..."*³⁹⁹ Todo ello, claro,

problema de las reservas. Dentro de la cual cada Estado negociador puede por separado aceptar o rechazar las reservas.

³⁹⁸ PASTOR RIDRUEJO, José A., *op cit.*, pp. 111.

³⁹⁹ Corte I.D.H., Opinión Consultiva 4/84; 19 de enero de 1984, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana [arts. 74 y 75]*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24-IX-1982, serie A, No. 2, parágrafo 29.

sin causa de menoscabo al consenso y propio *package deal* o arreglo global que se guardó a la hora de la negociación del Estatuto de Roma; visión que hoy resguarda su artículo 120, tras albergar la primacía del principio de integridad del tratado. Finalmente, el propio Tribunal Internacional de Justicia en su Dictamen, de 5 de mayo de 1951, relativo a las reservas de la Convención sobre el Genocidio consideró que el contenido imperativo de la norma en el plano internacional exige su cumplimiento universal y obligatorio (*erga omnes*). Lo anterior implica que el contenido de una norma, en el ámbito sustantivo, implica la superación del relativismo tradicional del Derecho internacional que negaba la existencia de las normas vinculantes con carácter universal; y en el procesal, legitima a todos los Estados para reclamar el cumplimiento de esta obligación. Abundando en estos argumentos, el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya tiene establecido que los principios en que se basa el Convenio contra el Genocidio son principios reconocidos por las naciones civilizadas, como obligatorios para los Estados incluso al margen de todo vínculo tradicional como pudiere significar una reserva⁴⁰⁰.

1.1.2.4. El acuerdo entre las partes.

El artículo 31.3, inciso a) de la Convención de Viena de 1969 menciona: “...*todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones...*” habrá de tenerse en cuenta conjuntamente con el texto del tratado para su interpretación. Este elemento de interpretación de todo instrumento forma parte de la llamada “interpretación auténtica”, de ahí su ubicación

⁴⁰⁰ Al respecto véase la Opinión Consultiva, de 28 de mayo de 1951, del Tribunal Internacional de Justicia, relativo a las Reservas sobre la Convención para Prevenir y Sancionar el Delitos de Genocidio de 1948. Específicamente obsérvese las respuestas a las cuestiones I II y III ahí formuladas.

metodológica dentro de la presente investigación, no obstante su desarrollo y análisis correspondientes se realizan en forma conjunta con el tópico intitulado "conducta de las partes", dentro del epígrafe 4.1.1.3.1 de esta obra. Lo anterior, motivo de la intrínseca relación que guardan estos temas a la luz de nuestro estudio central: el artículo 98.2. del Estatuto de Roma, y a fin de facilitar una mejor comprensión al lector.

1.1.3. La interpretación cuasiauténtica del artículo 98.2.

1.1.3.1. La conducta de las partes.

Al iniciar este rubro, hay que partir de la idea que los actos posteriores son modificaciones de los derechos y deberes originarios. Ello, atiende a la propia naturaleza mutante del derecho, que lo actualiza y llena de nuevos y mejores bríos tras los cambios o evolución de toda sociedad, en un ámbito, ya sea nacional o internacional.

Ya con antelación, se ha mencionado la realización de una inserción en este epígrafe del tópico manifiesto por el artículo 31.3, inciso a) de la Convención de Viena de 1969, así como las consideraciones que a ello atienden⁴⁰¹, luego entonces dentro de este rubro, en una primera parte, se analizará lo respectivo "al acuerdo entre las partes, y en una segunda, lo referente a "la conducta de ellas" (las partes), finalizando con una delimitación de ambos elementos interpretativos de la norma supranacional a la luz del artículo 98.2 del Estatuto de Roma.

⁴⁰¹ *Supra.*, epígrafe 4.1.1.2.4. del presente capítulo.

Las normas que configuran un acuerdo internacional tienden a evolucionar y a adaptarse a las circunstancias cambiantes que acaso el mismo acuerdo tradicional contribuyó a inducir. Las partes son las mejor calificadas para introducir los cambios necesarios que esa adaptación postula y, así lo expresa la regla del art. 31.3, inciso a), de la Convención de Viena, tanto si el problema se plantea en el plano de la interpretación como si lo hace en el de la ejecución o aplicación del acuerdo. Con precisión técnica laudable el texto aclara que se trata de un acuerdo (no se exige que se trate de un acuerdo formal) ulterior entre las partes (no necesariamente por todas) acerca de la interpretación del tratado.

Estos términos tienen su base en la jurisprudencia de ambos Tribunales de La Haya. La no exigencia de un acuerdo formal en este sentido fue enarbolada por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) en varias ocasiones, rechazando por inadecuado el argumento que pretendía deducir criterios interpretativos de acuerdos concertados por los mismos Estados sobre materias diferentes a aquella de la que se ocupa el acuerdo sometido a interpretación. En el asunto de las Tomas de Aguas del río Mosa (1937) el TPJI lo rechazó categóricamente a pesar de que había coincidencia de Partes en los tres tratados, coincidencia de fechas en la conclusión y de protocolización de la ratificación en un solo instrumento. Por su parte, el Tribunal de Justicia Internacional (TJI), en el caso de las Pesquerías del Atlántico Norte de 1951 (Reino Unido *Vs* Noruega), sostuvo en opinión disidente que una norma de un tratado anterior podía ser interpretada a través de otros tratados posteriores concertados por la misma nación y sobre la misma materia⁴⁰².

⁴⁰² Para una análisis del caso “Pesquerías del Atlántico Norte” véase COMENTARIOS DE LA EDITORIAL, *The United States at The Hague Court of Arbitration, The North Atlantic Coast Fisheries Arbitration*, *American Journal International of Law*, 1910, No. 4.

Ahora, el comportamiento ulterior de las partes es un elemento sumamente valioso en la determinación del contenido de los derechos y obligaciones de los Estados Partes en todo tratado. Así lo ha dejado ver el propio TIJ en el asunto de la Sentencia Arbitral dada por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 (1960), caso en que el Tribunal percibió que el tratado entre Honduras y Nicaragua de 1894 no contenía regla alguna sobre su entrada en vigor, pero de las medidas tomadas de común acuerdo para designar al Rey de España como árbitro y la presencia de los dos Gobiernos en el procedimiento arbitral, se mostraba que la intención de las Partes había sido que el tratado entrara en vigor con la fecha del canje de las ratificaciones⁴⁰³.

Bien es verdad que, a diferencia de lo que ocurre con el acuerdo expresado en forma ulterior entre las partes sobre la interpretación de un tratado o de la aplicación de sus disposiciones, el recurso a la práctica o conducta ulterior no permitirá determinar fácilmente si ese posterior comportamiento es una interpretación y/o aclaración del sentido originario de lo acordado, por el contrario, los actos posteriores son modificaciones de los derechos y deberes originarios.

En esta tesitura se encuentra el artículo 98.2 del Estatuto de Roma, ya que, como bien sabido es, EE.UU. realiza contemporáneamente una interpretación subjetiva del mismo que avala la celebración de acuerdos bilaterales de impunidad. Y, si la realización de acuerdos o conductas entre las partes juega un papel preponderante a la hora de interpretar un tratado o alguna(s) de sus disposiciones, como se ha establecido con antelación, hay que analizar como *requisitio sine qua non* el hacer de la Comunidad Internacional en el caso que nos acontece.

⁴⁰³ Véase Sentencia Arbitral del Rey de España, de 23 de diciembre de 1960, (Honduras C. Nicaragua, Recueil des Arrêts, pp. 192-217.

Para fines de septiembre del 2002, tanto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como el Parlamento Europeo adoptarían sendas resoluciones en oposición a cualquier modalidad de acuerdo celebrado con Estados Unidos que diera lugar a impunidad. Por una parte, el 25 de septiembre de 2002, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó una resolución declarando que:

- a) guardaba [...] *honda preocupación por los esfuerzos de algunos Estados para socavar la integridad del Tratado de la CPI y, especialmente, para alcanzar acuerdos bilaterales destinados a eximir a sus funcionarios, personal militar y ciudadanos de la jurisdicción de la Corte [...];*
 - b) [...] *los 'acuerdos' de exención no son admisibles en virtud del derecho internacional que gobierna los tratados, en especial la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual los Estados deben abstenerse de cualquier acción que no sea compatible con el objeto y el propósito de un tratado [...];*
 - c) los Estados Partes en el Estatuto de Roma "...*tienen la obligación general de cooperar plenamente con la Corte en la investigación y el procesamiento de los delitos que sean de su competencia (artículo 86) y que el Tratado se aplica igualmente a todas las personas, sin distinción alguna basada en el cargo oficial (artículo 27) [...]* y que los [...] *acuerdos de exención son incompatibles con estas disposiciones [...];*
 - d) reiteraba su recomendación de 1999, en la que pedía al Comité
-

de Ministros del Consejo de Europa que invitara a los Estados miembros y a los observadores a [...] *negarse a establecer con Estados que no sean partes en el Estatuto acuerdos destinados a impedir que se entregue a la Corte a los ciudadanos de su país que sean acusados de crímenes contra la humanidad*⁴⁰⁴.

Por otra parte, el 26 de septiembre del 2002, el Parlamento Europeo adoptó una resolución en la que manifestaba:

- a) [...] *la presión política a escala mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos para persuadir a los Estados Partes y a los Estados Signatarios del Estatuto de Roma, así como a Estados no signatarios, de que celebren acuerdos bilaterales de inmunidad que, sirviéndose indebidamente de su artículo 98, impidan que funcionarios y empleados del Gobierno, personal militar o ciudadanos de los Estados Unidos sean entregados a la Corte Penal Internacional, no debería dar resultados en ningún país [...];*
- b) *la futura posición común adoptada por Unión Europea [...] no debe reflejar ni un paso atrás en el apoyo a la plena efectividad de la CPI [...]*
- c) [...] *ningún acuerdo de inmunidad debe permitir la posibilidad de impunidad de ningún acusado de crímenes de guerra, crímenes contra la Humanidad o genocidio [...]*
- d) *los Estados Partes y los Estados signatarios del Estatuto de Roma [...] están obligados por el Derecho internacional a no frustrar el objeto y el propósito del Estatuto de Roma [...]*

⁴⁰⁴ Resolución 1300 (2002) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *op cit.*, párrafos 9 a 11, (la traducción es propia).

- e) esperaba que los Estados miembros de la UE, los Estados asociados y otros Estados [...] *se abstengan de aprobar cualquier acuerdo que vaya en detrimento de la aplicación efectiva del Estatuto de Roma*⁴⁰⁵.

No obstante, el paso decisivo sería dado el 27 de septiembre del 2002, cuando los ministros de Asuntos Exteriores de la Unión Europea (UE) se reunieron en Bruselas, a fin de adoptar un acuerdo sobre la petición de Estados Unidos de formular *vis a vis* pactos bilaterales de impunidad del artículo 98. La decisión de la UE concluyó que los acuerdos tal como los propone Estados Unidos son contrarios al Estatuto de Roma y a los compromisos contraídos por los Estados miembros de la UE a través de los tratados; ésta reconoce además que no debe haber impunidad para los ciudadanos estadounidenses acusados de genocidio y crímenes contra la humanidad⁴⁰⁶.

Sin embargo, la decisión acordada deja abierta la posibilidad de que los Estados establezcan acuerdos con Estados Unidos bajo ciertas condiciones, aceptando implícitamente una interpretación del artículo 98.2 parcialmente acorde con la visión norteamericana, es decir, con este acuerdo los europeos concluyen que el artículo en cita no se refiere exclusivamente a los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas⁴⁰⁷, aceptando que el término "acuerdo internacional" empleado en dicho numeral puede caber para distinto tipo de acuerdos o tratados, incluidos los que EE.UU. propone cuando los

⁴⁰⁵ Resolución del Parlamento Europeo, P5_TA-PROV(2002)0449, de 26 de septiembre de 2002.

⁴⁰⁶ Consejo de la Unión Europea, Bruselas 27 de septiembre de 2002, Resolución No. 12386/02, Anexo: principios rectores en relación con los acuerdos entre un Estado Parte del Estatuto de Roma de la CPI y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte, *op cit*.

⁴⁰⁷ Al respecto véase epígrafe 4.1.1.2.2. del presente capítulo.

mismos se celebren bajo ciertas condiciones⁴⁰⁸, opinión que desfigura la interpretación objetiva y teleológica de dicho artículo⁴⁰⁹.

Además, el acuerdo pactado no precisa elementos indispensables para evitar impunidad a raíz de la celebración de acuerdos bilaterales del artículo 98, pues: 1) el acuerdo menciona que los pactos del artículo 98 celebrados con EE.UU. deben incluir el requisito de que este Estado investigue y procese a las personas acusadas de delitos, pero sólo "cuando sea adecuado"; 2) no incluye ninguna obligación por parte de EE.UU. de entregar a las personas implicadas a la Corte Penal Internacional en el supuesto de que los tribunales nacionales estadounidenses no puedan o no deseen investigar y procesar, o devolver a esas personas al Estado que los transfirió a Estados Unidos.

Este acuerdo tuvo significativas repercusiones en la conducta de los Estados Parte y no Parte del Estatuto de Roma, varios países estaban en su espera para continuar con las negociaciones propuestas por la unión

⁴⁰⁸ Para un análisis sobre la problemática planteada por el acuerdo tomado por la Unión Europea el 27 de septiembre de 2002, obsérvese el epígrafe 3.1.5.1 del capítulo tercero de esta obra.

⁴⁰⁹ STIG MOLLER, Ministro de Asuntos Exteriores de Dinamarca (Estado que ocupaba la presidencia de la UE hasta el 31 de diciembre del 2002), justificó la decisión diciendo: «nuestro objetivo político» era «preservar la integridad de la Corte Penal Internacional y, al mismo tiempo... solventar nuestras diferencias con Estados Unidos respecto a la CPI... Considerando las alternativas, el resultado que hemos alcanzado era la mejor manera de defender la Corte. Cualquier otra solución habría dado lugar a una división y un debilitamiento de la energética postura de la UE en apoyo de la Corte Penal Internacional. Por otra parte, un no rotundo a la propuesta de Estados Unidos sobre los acuerdos bilaterales habría tenido efectos muy perjudiciales en las relaciones transatlánticas. Además, habría puesto en peligro la esencial participación de Estados Unidos en operaciones de mantenimiento de la paz en todo el mundo. El enfoque de la UE debe reconocer la especial responsabilidad que Estados Unidos lleva sobre sus hombros y el importante papel que ese país desempeña en la escena internacional actual. La Unión Europea da gran importancia a las importantes y constantes contribuciones de Estados Unidos a las misiones de mantenimiento de la paz en el mundo entero. Al llevar a cabo esta tarea, Estados Unidos persigue objetivos y valores plenamente compartidos por la Unión Europea».

Concluyendo que: «rechazar a Estados Unidos no habría sido una vía aceptable» y «no contar con una postura común en la UE habría sido aún peor», ya que «el daño causado a la CPI habría

americana, otros tantos, una vez difundido el mismo se apresuraron a celebrar convenios del artículo 98 con EE.UU.⁴¹⁰. Pero sin duda alguna, hoy por hoy, este acuerdo celebrado ulteriormente entre los Estados europeos Parte del Estatuto de Roma propicia grandes adversidades interpretativas al artículo 98.2 que pueden finalizar en la desintegración el objeto y fin del instrumento en mención.

1.1.4. La estructura del Derecho internacional en la interpretación del artículo 98.2.

La regla del artículo 31.3, inciso c), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados equilibra lo que de unilateral pudiera parecer tener la interpretación objetiva. Es una manifestación de ese aspecto irreductible que el Derecho internacional presenta a toda concepción estrictamente consensualista. Si el Derecho internacional es sistema jurídico, claro está que las reglas convencionales, insertas en él, evolucionan al compás de todo el conjunto normativo; relevante, en la interpretación de normas convencionales tiene que ser toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes, de ahí su necesaria observancia, que se desarrolla a continuación.

sido irreparable». *Vid.*, STIG MOLLER, Per, A Good Decision on the ICC, *Wall Street Journall*, 2 de octubre de 2002.

⁴¹⁰ *Vid.*, AMNISTÍA INTERNACIONAL, Corte Penal Internacional. *La Necesidad de que la Unión Europea Tome Más Medidas Efectivas para Evitar que sus Miembros Firmen Acuerdos de Impunidad con Estados Unidos*, *op cit.*

1.1.4.1. Efectos de los tratados posteriores sobre los anteriores: el principio *nullus commodum capere de sua injuria propria*.

Un Estado No Parte que incite a otro Estado a violar las obligaciones que, como Estado Parte o Signatario de un tratado, tiene contraídas en virtud del Derecho internacional celebrando un nuevo acuerdo, viola por ende el Derecho internacional habida cuenta de la obligación general de obrar de buena fe⁴¹¹.

Los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 que EE.UU. contemporáneamente celebra con Estados Parte, Signatarios o No Parte del Estatuto de Roma, producen efectos trascendentales para este último. Particularmente, al pugnar por la impunidad de cierta categoría de personas (principalmente nacionales estadounidenses) respecto de la competencia de la Corte Penal Internacional tales acuerdos generan un efecto vinculante con el Tratado multilateral en cuestión que desvirtúa su objeto y fin. Y, en un plano paralelo a esto, hay que tener presente que si la finalidad última de tales acuerdos es lograr la impunidad, el empleo de cláusulas que constriñen (a los Estados que los celebran) a incumplir con las obligaciones que impone el Estatuto de Roma es *a fortiori* de lógica consecuencia, cuestión que aparece *per se* violación al principio capital de buena fe y al Derecho internacional.

EE.UU. no sólo como Estado No Parte del Estatuto de Roma, sino como “destructor persistente” de la CPI ha emprendido una campaña global para persuadir/obligar a los Estados Parte (y No Parte) de dicho instrumento a conculcar sus compromisos contraídos a favor de un eficaz derecho penal internacional, violando la norma de Derecho internacional. Y, en este orden

⁴¹¹ Al respecto, BIN CHENG, *Principles of International Law*, Cambridge, Londres, 1953, pp. 149-160.

de ideas, al tenor del principio *nullus commodum capere de sua injuria propria* Estados Unidos difícilmente podrá reclamar derecho alguno en aplicación de sus acuerdos de impunidad, puesto que los mismos derivan de una errónea interpretación del artículo 98.2 del estatuto de Roma.

El aforismo jurídico *nullus commodum capere de sua injuria propria* (no puede permitírsele a nadie obtener provecho de su propio error), fue sostenido en diversos momentos por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional. De una parte, en su Opinión Consultiva el No. 15 (1928), donde dejó claro tal situación, al manifestar: "*Polonia no podía servirse de una objeción que [...] podría implicar la alegación del incumplimiento de una obligación impuesta sobre ella por un acuerdo internacional*"⁴¹². De otra, en el Caso de Fábrica Chorzów (Fondo, 1928), asunto donde sostuvo:

éste es, además, un principio generalmente aceptado en la jurisprudencia del arbitraje internacional, así como por tribunales estatales, por una parte, no puede beneficiarse a sí mismo por algún acto, por otro, no puede cumplir alguna obligación o no puede recurrir a alguna forma de reparación, si la antigua parte, por algún acto ilegal ha impedido a éste realizar la obligación en cuestión, o de tener el recurso al tribunal que habría estado abierto, a él⁴¹³.

Tal precepto, fuente de Derecho internacional a la luz del apartado primero, inciso c), del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, está aceptado como principio general de Derecho por las naciones civilizadas y por la propia jurisprudencia internacional, así como por la jurisprudencia estatal. Y, hoy por hoy, constituye una categoría normativa común a los Derechos Internos y al Derecho internacional que puede

⁴¹² Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Jurisdicción de los Tribunales de Danzig, (1928), (la traducción es propia).

⁴¹³ Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Fábrica de Chorzow (Fondo, 1928), la traducción es propia).

significar una valiosa herramienta al analizar los efectos producidos por los acuerdos de impunidad sobre el Estatuto de Roma a fin de hallar una interpretación de su artículo 98.2 acorde con el objeto y fin del tratado.

1.1.4.2. Las obligaciones *erga omnes* y el *ius cogens* internacional como guía de interpretación del artículo 98.2.

Durante la permanencia del Derecho internacional clásico se eleva un debate doctrina sobre si los Estados eran completamente libres al celebrar tratados o si, por el contrario, estaba limitada su libertad en virtud de ciertas normas imperativas o de *ius cogens*. De una parte, los juristas voluntaristas proclamaban el arbitrio de la soberanía del Estado y consiguientemente la validez de cualquiera tratado con independencia de la licitud o ilicitud de su objeto y fin. De otra, los autores objetivistas asignaban al Derecho internacional un fundamento objetivo superior a la voluntad soberana, afirmando que los tratados con objeto ilícito o incompatibles con la categoría de normas imperativas o de *ius cogens* eran nulos⁴¹⁴.

Si las normas imperativas de derecho interno -normas constitucionales- actúan acusadamente en pro de la protección de los derechos humanos y los intereses sociales, es desde 1945, tras los procesos de humanización y socialización⁴¹⁵ que sufre el Derecho internacional, como la

⁴¹⁴ PASTOR RIDRUEJO, José A., *op cit.*, p. 41.

⁴¹⁵ «El Derecho Internacional ha experimentado un proceso de socialización en la medida en que comenzó a regular relaciones sociales y humanas más complejas y amplias que las tradicionales relaciones políticas entre Estados soberanos, con lo que el Derecho Internacional dejaba de ser un Derecho de la paz y de la guerra, regulador de las relaciones diplomáticas y consulares entre Estados, los tratados celebrados por estos últimos, la distribución de competencias entre Estados soberanos, y la conducción de las hostilidades y la neutralidad en tiempo de conflicto armado. El proceso de humanización se debió a que el Derecho Internacional... tras la proclamación de la dignidad intrínseca de todo ser humano en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y

noción de existencia de normas imperativas o de *ius cogens* adquiere importancia⁴¹⁶.

A fines de los años setenta, inicio de los ochenta, la Comisión de Derecho Internacional tras la codificación de la Convención de Viena de 1969 dio luz en la materia; serían los Estados quienes aceptaran la existencia del *ius cogens* y su jerarquización sobre distinta norma de Derecho internacional y la propia voluntad de los Estados.

El artículo 53 de la Convención de Viena dispone:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Y el artículo 64 del mismo instrumento cita:

Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

posteriormente en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)... comenzó a dar entrada a la persona y a los pueblos, rompiendo así progresivamente el exclusivismo de los Estados como únicos sujetos de Derecho internacional.» Vid. CARRILLO SALCEDO, J. A., *Droit International et Souveraineté des Etats, op cit.*, pp. 35 y ss, (la traducción es propia).

Por lo que, en nuestros días es de amplia aceptación el hecho de que el Derecho internacional no reposa en la voluntad de los Estados, sino que hay en él normas que prevalecen incondicionalmente sobre ella⁴¹⁷. Dicho de otra forma, el carácter absoluto de la autonomía de la voluntad ya no puede ser invocado ante la existencia de normas de *ius cogens*⁴¹⁸. Un tratado contrario a tales normas sería nulo *ab initio* o terminaría con la instauración de una norma de *ius cogens superveniens*⁴¹⁹.

En este sentido, si una obligación *erga omnes* -de conformidad con el con el *dictum* establecido por el Tribunal Internacional de Justicia al resolver el caso de la *Barcelona Traction*⁴²⁰- la constituye la puesta fuera de la

⁴¹⁶ La existencia de normas imperativas del Derecho Internacional data de antes del siglo XIX, como bien apunta el Profesor AGO. *Vid.*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. I, 1963, p. 80.

⁴¹⁷ PASTOR RIDRUEJO, José A., *op cit.*, p. 42.

⁴¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Blake versus Guatemala* (Fondo), Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C, No. 36, Voto Razonado del Juez Cañado Trindade A.A., párrafo 28.

⁴¹⁹ El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 contempla efectivamente el caso de un tratado que en el momento de su celebración fuese incompatible con una norma imperativa de Derecho Internacional, lo que provocaba su nulidad, el artículo 64 del mismo instrumento trata del llamado *ius cogens superveniens*, que no hace el tratado nulo *ab initio*, sino sólo desde la fecha en que aparezca la nueva norma imperativa.

⁴²⁰ Determinar cuales son en concreto las normas de *ius cogens* es labor compleja, ya que si bien la Comisión de Derecho Internacional se preocupó al respecto, cuando preparó el proyecto de artículos de la Convención de Viena de 1969, finalmente en forma razonada omitió cualquier ejemplificación de éstas, dejando su determinación a la praxis y la jurisprudencia internacional. Una enumeración casuística podría significar un límite a esta categoría de normas. En este tenor, fue el propio Tribunal Internacional de Justicia, al emitir sentencia el 5 de febrero de 1979, en el caso *Barcelona Traction* quien aportara una excelsa orientación para precisar cuales pueden ser las normas de *ius cogens*. En la sentencia se halla un *dictum* que alude a una categoría de «obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto» (denominadas obligaciones *erga omnes*), «esta obligaciones –apunta el tribunal- resultan, por ejemplo, en el Derecho Internacional Contemporáneo de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial» CIJ, *Recueil*, 1970, p. 31, (la traducción es propia). El concepto de obligaciones *erga omnes* ya ha marcado amplia presencia en la jurisprudencia internacional, como lo ilustra, en lo que concierne a la Corte Internacional de Justicia, sus sentencias en los casos: *Barcelona Traction* (1979), *Ensayos Nucleares* (1974), *Nicaragua versus Estados Unidos* (1986), *Timor Oriental* (1995), *Bosnia-Herzegovina versus Yugoslavia* (1996), y los argumentos de las partes en los casos del *Camerún Septentrional* (1963) y *África del Sudoeste* (1996), así como su Opinión Consultiva sobre *Namibia* (1971) y los argumentos (escritos y orales) atinentes

ley de aquellas graves violaciones a los derechos humanos fundamentales, como el genocidio, observable es que, los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 incumplen con tal compromiso persiguiendo legitimar a los crímenes de Derecho internacional (incluido el genocidio) de forma indirecta otorgando impunidad para una categoría de personas que puedan cometerlo. Y si, como ha dicho MIAJA DE LA MUELA, "...*las obligaciones erga omnes son en realidad las derivadas del ius cogens...*", tales acuerdos de impunidad poseen un objeto ilícito o incompatible con las normas imperativas del Derecho internacional, cuestión que los hace nulos.

Las normas de *ius cogens* guían a una interpretación teleológica y objetiva del artículo 98.2 del Estatuto de Roma, ya que, al referirse tal numeral a los Convenios Sobre el Estatuto de las Fuerzas, se ha entendido que los mismos no garantizan inmunidad absoluta a los ciudadanos de un Estado de origen, puesto que no puede excluirse la posibilidad de un argumento fundado en el *ordre public* de la comunidad internacional. De esta forma, los tribunales nacionales de los países de acogida de los Estados Partes en el Estatuto de Roma podrían aducir que deben conferir preferencia a las normas de la comunidad internacional derivadas de las obligaciones del *ius cogens*, tales como la prohibición de genocidio o tortura, sobre obligaciones específicas de los tratados establecidas por Convenios Sobre el Estatuto de las Fuerzas⁴²¹.

a las dos Opiniones Consultivas sobre las *Armas Nucleares* (1994-1995). *Vid.*, RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, *op cit.*, pp. 12-13; ANNACKER C., *The Legal Regimen of Erga Omnes Obligations in International Law*, *Australian Journal of Public and International Law*, 1994, No. 46, pp. 132-133.

⁴²¹ *Vid.*, DANILENKO, Gennady, *ICC Statute and Third States*, en CASSESE A., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, *op cit.*, pp. 1887-1888, (la traducción es propia). Obsérvese de igual forma SWART B., SLUITER G., *The ICC and International Criminal Co-operation*, en HEBEL H., LAMMERS G. J., SCHUKKING J., *Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honor of Adriaan Bos*, Asser Press, La Haya, 1999.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue creado precisamente con el objeto y fin de terminar con las violaciones del *ius cogens*, traducidas como crímenes de Derecho internacional bajo un carácter eminentemente complementario de la norma doméstica. Dicho instrumento es un tratado protector de derechos fundamentales, que lleva naturaleza de *ius cogens*, y a través de su principio de complementariedad abraza la *obligatio erga omnes* de prevenir y sancionar delitos del derecho de gentes como el genocidio y la tortura⁴²². Los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 constituyen tratados contrarios a las normas de *ius cogens*, pues el carácter axiológico del Derecho internacional no permite suponer que habiéndose positivado, tanto internacional como nacionalmente, la sanción de crímenes que atenta contra el *ius cogens* al mismo tiempo se celebren acuerdos o tratados que permitan su impunidad, ya que es obligación de toda la comunidad internacional prevenir y reprimir tales conductas.

En nuestros días nadie se atreve a negar la ilegalidad objetiva de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extralegales, y de desaparecimientos forzados de personas –prácticas estas que representan crímenes de *lesa humanidad*, condenados por la conciencia jurídica universal, a la par de la aplicación de tratados. Nadie osaría negar tampoco que los actos de genocidio, el trabajo esclavo, las prácticas de tortura y de los desaparecimientos forzados de personas, las ejecuciones sumarias y extralegales, y la denegación persistente de la más elemental garantía del

⁴²²El desarrollo de las obligaciones *erga omnes* de protección puede ser servido por la identificación y cumplimiento de la *obligación general de garantía* del ejercicio de los derechos de la persona humana, consagrada en los tratados de derechos humanos así como de Derecho Internacional Humanitario. El tenor de dicha obligación general es el mismo: tratase de *respetar y hacer respetar* las normas de protección, en todas las circunstancias, lo que puede conducir a la consolidación de obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos fundamentales de la persona humana. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Las Palmeras*, referente a Colombia (Excepciones Preliminares), Sentencia de 04 de febrero de 2000, Voto Razonado del Juez Caçado Trindade A. A., párrafo 6-8.

debido proceso legal afrontan la *conciencia jurídica universal*, y efectivamente colisionan con las normas perentorias del *ius cogens*.

El Derecho internacional ha evolucionado, su progresividad es latente y su espíritu objetivo comprueba la superación de cualquier visión unilateral de él. La consecución del bien común internacional ya no encuentra fundamento en los compromisos asumidos *inter partes*, sino en aquellos contraídos por toda la comunidad de Estados en forma conjunta (*verbi gratia* el Estatuto de Roma). Sólo en este camino hallan sentido las obligaciones que vinculan a los Estados al margen de su voluntad (obligaciones *erga omnes*) y aquellas normas imperativas que no pueden ser modificadas por la voluntad unilateral de los Estados y que no admiten acuerdo en contrario salvo por una norma ulterior de igual *status* (*ius cogens*).

Coincidiendo con CARRILLO SALCEDO:

el Derecho internacional no puede ser comprendido sobre la base de un esquema bilateralista, sino en función de la toma de conciencia de la interdependencia que lleva a una concepción multilateralista del orden internacional, única en que cobran todo su sentido nociones innovadoras, todas ellas manifestaciones jurídicas de los cambios y transformaciones del orden internacional, como... la admisión de dos grandes cambios en materia de responsabilidad internacional: de una parte, la responsabilidad internacional del individuo; de otra parte, la noción de crímenes internacionales o ilícitos internacionales contra la comunidad internacional cuando a un Estado es atribuible la violación grave a una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto y esencial para la protección de sus intereses fundamentales⁴²³.

⁴²³ CARRILLO SALCEDO, Juan A., Módulo 1: Introducción al Derecho Internacional (Estructura del Derecho Internacional, Primera Parte) de la *Primera Maestría sobre Jurisdicción*

Cualquier Estado al tratar de evadir el compromiso de justiciar la responsabilidad penal internacional del individuo contradice una obligación *erga omnes*, violentando las normas imperativas o de *ius cogens* que tienen por objeto proteger los intereses y valores fundamentales de la comunidad internacional.

1.1.4.3. La interpretación dinámica o evolutiva de los tratados: El encubramiento del principio del efecto útil en el Estatuto de Roma.

Notoria resulta la evolución del Derecho internacional, a él periódicamente se le brindan matices progresistas, provenientes de las manos de verdaderos artistas del derecho, a la luz de ideales axiológicos que fundamentan su existencia; a toda fuente convencional de él debe contemplársele en armonía con esta mutación continua. Siendo un determinado tratado regido por el Derecho internacional, la evolución de este último puede tener efecto en el tratado en cuestión, debiendo ser considerado a la luz del Derecho internacional en el momento de su interpretación⁴²⁴.

El Estatuto de Roma, al guardar una naturaleza protectora de los derechos humanos fundamentales de la persona, es producto de la evolución de los tiempos y de la dinámica social en que se ejercen los derechos protegidos, lo que exige su interpretación en un mismo plano. No se puede crear un tratado teniendo en cuenta la evolución del Derecho internacional y subsiguientemente interpretársele en forma retrograda o con base en postulados anacrónicos. La interpretación dinámica o evolutiva del estatuto en

Penal Internacional: La Represión Nacional e Internacional de los Delitos Contra el Derecho de Gentes, op cit.

⁴²⁴ YASSEEN M.K., L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1976, No. 151, pp. 59-62.

cita encuentra sustento en la jurisprudencia internacional. El *locus classicus* al respecto reside en la célebre Opinión Consultiva sobre Namibia de 1971 de la Corte Internacional de Justicia, en la que ésta afirmó que el sistema de “mandatos” y en particular los conceptos incorporados en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones no eran estáticos sino evolutivos por definición. Y agregó que:

al encarar las instituciones de 1919, la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio-siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tener en cuenta la evolución subsiguiente del derecho, gracias a la Carta de las Naciones Unidas y el derecho consuetudinario de eso, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el ámbito del sistema jurídico como un todo en vigor en el momento de la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años han traído una evolución importante. Tales desarrollos dejan poco margen de duda de que la `misión sagrada de la civilización´ tenía por objetivo último la autodeterminación y la independencia de los pueblos en cuestión. En este dominio como en otros, el corpus juris gentium se ha enriquecido constantemente, y esto la Corte, para desempeñar fielmente sus funciones, no puede ignorarlo⁴²⁵.

Esta interpretación evolutiva y acorde con los progresos del Derecho internacional que aplica a todo tipo de tratado exige la realización efectiva de su *corpus iuris*. Y en este sentido, como se ha señalado con antelación⁴²⁶, en el proceso preparatorio de la primera Convención de Viena, de 1969, la propia Comisión de Derecho Internacional enfatizó la importancia de la elucidación

⁴²⁵ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre Namibia, *ICJ Reports*, 1971, pp. 31-32, parágrafo 53.

⁴²⁶ *Vid.*, epígrafe 4.1.1. del presente capítulo.

del sentido del texto (en lugar de la intención de las partes) para darle efecto, y precisó: "...*Cuando haya lugar a que un tratado tenga dos interpretaciones, y una de ellas permita que el tratado tenga efectos apropiados y la otra no, la buena fe y el objeto y el fin del tratado exigen que se adopte la primera interpretación...*"⁴²⁷

Subyacente a la regla general de interpretación, contenida en el artículo 31 de las dos Convenciones de Viena, se encuentra el principio *ut res magis valeat quam pereat*, muy ampliamente respaldado por la jurisprudencia internacional y que corresponde al comúnmente llamado *effet utile*. El principio de efectividad conlleva al deber de asegurar a las disposiciones convencionales sus efectos propios⁴²⁸.

Es el propio Derecho internacional quien da testimonio de tal principio, promulgando que la interpretación debe propiciar efectos apropiados a un tratado⁴²⁹. Así, lo dejó ver la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso *M. Chrysostomos, A.G. Papachrysostomou y T. Loizidou versus Turquía*, cuando señaló, significativamente, que el principio según el cual los derechos protegidos por la Convención deben servir un propósito (*effet utile*, principio de efectividad), se aplica no sólo a los derechos enumerados en la sección I de la Convención, sino también al "*derecho procesal fundamental de petición individual bajo el artículo 25 tan luego un solo Estado haya reconocido tal derecho*"⁴³⁰. Posteriormente, en el mismo

⁴²⁷ SINCLAIR I.M., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, University Press/Oceana, Manchester, 1973, pp. 71, 74-75, (las negritas son propias).

⁴²⁸ ACOSTA ESTÉVEZ J.B., ESPALIAT LARSON A., *La Interpretación en el Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario Europeo*, PPU, Barcelona, 1990, pp. 105-107.

⁴²⁹ Un ejemplo de ello lo constituye la Cuarta Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre las *Propuestas de Enmiendas a las Disposiciones sobre Naturalización de la Constitución de Costa Rica*, 1984, *op cit*.

⁴³⁰ Appls. Ns 15299/89, 15300/89 y 15318/89, *Caso M. Chrysostomos, A.G. Papachrysostomou y T. Loizidou versus Turquía*, decisión reproducida en: European Commission of Human Rights, *Decisions an Reports*, Vol. 68, Estrasburgo, C.E., 1991, pp. 216-253.

caso la Corte Europea de Derechos Humanos emitiría una sentencia particularmente rica en este tenor, sosteniendo:

que las cláusulas facultativas de la Convención Europea de Derechos Humanos (artículos 25 y 46), al delinear la responsabilidad de la Comisión y de la Corte de asegurar la observancia de los compromisos contraídos por los Estados Partes (artículo 19), son esenciales para la eficacia del sistema de la Convención. Así, al interpretar tales disposiciones clave se debe tener presente el "carácter especial" de la Convención como un tratado para la "implementación colectiva" de los derechos humanos; el objeto y fin de la Convención requieren que sus disposiciones sean interpretadas y aplicadas de modo de "tomar sus salvaguardias prácticas y efectivas".

Si fuesen permitidas restricciones (sustantivas o territoriales) a aquellas disposiciones, como pretendía el Estado demandado los Estados Partes estarían libres para vincularse a "regímenes separados" de aplicación de las obligaciones convencionales, dependiendo del alcance de sus aceptaciones de las referidas cláusulas facultativas, lo que no solo debilitaría seriamente el papel de la Comisión y de la Corte en el desempeño de sus funciones sino que también disminuiría la eficacia de la Convención como un instrumento constitucional de orden público europeo. Además si tales restricciones a las cláusulas facultativas fuesen permisibles, esto generaría una desigualdad entre los Estados Partes que chocaría con el propósito expresado en el preámbulo de la Convención, de lograr mayor unidad en la preservación y realización plena de los derechos humanos⁴³¹.

⁴³¹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso M. Chrysostomos, A.G. Papachrysostomou y T. Loizidou versus Turquía*, Sentencia de 23 de marzo de 1995, Estrasburgo, C.E., pp. 22-24, párrafos 70-77.

Nos encontramos, precisamente, ante un principio innovador del Derecho internacional que ante la controversia interpretativa planteada por el artículo 98.2 del Estatuto de Roma hermenéuticamente requiere su aplicación en este caso. De acuerdo con el principio *effet utile* al artículo 98.2 no se le puede interpretar desde una postura subjetivista que proclame la celebración de acuerdos de impunidad, ello socavaría no sólo la eficacia de la Corte Penal Internacional, sino la del propio *corpus iuris* del tratado que le da vida. El Estatuto fue creado para evitar y reprimir los *delicta iuris gentium* (así, se constata de su objeto y fin), con independencia del cargo que pueda ostentar el criminal (artículos 27 y 28 del Estatuto); un acuerdo que evite lo anterior disminuiría notablemente los efectos propios de tales disposiciones, acabando con la eficacia del tratado.

El principio de efectividad nos señala que el Estatuto de Roma no se creó para volver a lo mismo, es decir, a la impunidad o para que un Estado, por sobre todo, sea el único (de facto) que “juzgue” a los criminales del derecho de gentes, pues entonces no existiría ningún avance, ningún cambio, por el contrario, se volvería a la mera celebración de acuerdos bilaterales clásicos de extradición, mismos que cada día pierden más vigencia y apuntan a un futuro anacrónico⁴³². La idea de crear un organismo jurisdiccional de carácter permanente e internacional para juzgar imparcialmente a fin de acabar con la impunidad no tendrían razón de ser; si se desea imponer la existencia de acuerdos bilaterales de impunidad sobre la efectividad de principios consagrados en el Estatuto de Roma, como el de complementariedad e improcedencia del cargo oficial, y sobre el objeto y fin del propio instrumento, la CPI dormiría el sueño de los justos.

⁴³² Basta observar para constatar la evolución de los tratados de extradición el ejemplo del Convenio de Dublín (establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea) y la muy reciente Euro Orden. Para una análisis del futuro de la extradición en Europa véase: CEZÓN GONZÁLEZ C., *op cit.*, pp. 303 y ss.

Muy posiblemente, sí la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso M. Chrysostomos, A.G. Papachrysostomou y T. Loizidou *versus* Turquía, a la luz del principio *effet utile* declaró nulas varias reservas del Estado, la CPI podría emplear ese razonamiento y declarar, en igual sentido, los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98 contraídos por Estados Parte o no Parte del Estatuto de Roma (con apego al inciso "b", del artículo 13 del mismo instrumento), toda vez que los efectos producidos por dichos acuerdos son equiparables a los que generaría una reserva proclive a limitar el objeto y fin del tratado⁴³³, evitando la aplicación práctica y efectiva de sus salvaguardas.

Coincidir con la interpretación subjetivista que EE.UU. realiza del artículo 98 volvería asténico el desempeño de la Corte; la presencia de un sistema de justicia penal internacional donde cada Estado, pese a ya haber ratificado el Estatuto de Roma, tuviese plena libertad para vincularse a él en medida de su mayor o menor compromiso con el orden público sería la consecuencia de ello. Se corre el riesgo, de una carencia de igualdad estatal por los compromisos de orden público que fundamentan al Derecho internacional, como las normas de *ius cogens* de respeto y garantía a los derechos humanos fundamentales y la obligación *erga omnes* de reprimir el genocidio y los crímenes de *lesa humanidad*⁴³⁴.

⁴³³ Véase epígrafe 4.1.1.2.3.1. del presente capítulo.

⁴³⁴ "El sentido corriente de los términos" no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado. La Corte Internacional de Justicia en una Opinión Consultiva precisó que la función del intérprete está enderezada «a dar eficacia a las disposiciones (de un tratado) en su sentido natural u ordinario en el contexto en el cual ocurren», el que, naturalmente, incluye el objeto y fin, de alguna manera expresado en el contexto. *Vid.*, Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas, *I.C.J. Reports*, 1950, p. 8.

1.1.4.4. La especificidad del Estatuto de Roma como tratado protector de derechos humanos.

Los tratados de derechos humanos son claramente distintos de los tratados de tipo clásico, que establecen o reglamentan derechos subjetivos o concesiones o ventajas recíprocas para las Partes Contratantes. Los tratados de derechos humanos, en contrapartida, prescriben *obligaciones de carácter esencialmente objetivo*, que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente, y enfatizan el procedimiento de consideraciones de interés general u *ordre public* que trascienden los intereses individuales de las Partes Contratantes. La naturaleza especial de los tratados de derechos humanos tiene incidencia, como no podría dejar de ser, en su proceso de interpretación. Tales tratados, efectivamente, no son interpretados a la luz de concesiones recíprocas, como los tratados clásicos, pero sí en la búsqueda de la realización del propósito último de la protección de los derechos fundamentales del ser humano. Ello, lo han advertido las Cortes Europeas e Interamericana de Derechos Humanos. Por un lado, La CtEDH en el Caso Irlanda *versus* Reino Unido (1978) sostuvo que:

a diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, la Convención comprende más que meros compromisos recíprocos entre los Estados Contratantes. Crea, por encima de una red de acuerdos mutuos, bilaterales, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, se benefician de una "aplicación colectiva"⁴³⁵.

Posteriormente la misma Corte en el caso Wemhoff *versus* República Federal de Alemania (1986) manifestó que por cuanto a los tratados de derechos humanos se busca sobre todo la interpretación más apropiada para

la realización de su objeto y propósito, evitándose además inconsistencias con la interpretación y aplicación de otros tratados de derechos humanos⁴³⁶. Y, tres años después, el tribunal reiteraría su criterio tras el caso *Soering versus Reino Unido* (1989) afirmando:

al interpretar la Convención se debe tener en cuenta su carácter especial como tratado para la implementación colectiva de los derechos humanos... Así, el objeto y propósito de la Convención como un instrumento para la protección de seres humanos individuales requieren que sus disposiciones sean interpretadas y aplicadas de modo de tomar sus salvaguardas prácticas y efectivas⁴³⁷.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostendría en su Segunda Opinión Consultiva, sobre el Efecto de las Reservas en la Entrada en Vigor de la Convención Americana (1982), que los tratados de derechos humanos:

no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados Contratantes, su objeto y propósito son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados Contratantes⁴³⁸.

⁴³⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Irlanda versus Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, Serie A, No. 25, p. 90, parágrafo 239.

⁴³⁶ CANÇADO TRINIDADE, A.A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Jurídica de Chile, Chile, 2001, p. 28.

⁴³⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *caso Soering versus Reino Unido*, Sentencia de siete de julio de 1989, Serie A, No. 161, pp. 34-35, parágrafo 87.

Poco después, la CIDH reiteró su posición al respecto, en su Tercera Opinión Consultiva, sobre Restricciones a la Pena de Muerte⁴³⁹.

De tal guisa, es notable que los tratados de derechos humanos requieren una interpretación objetiva de sus dispositivos, dado el referido carácter esencialmente objetivo de las obligaciones contraídas por los Estados Parte. Una vez contraídas estas últimas, los Estados ya no pueden invocar la soberanía como elemento de interpretación de los tratados⁴⁴⁰.

No se puede pretender interpretar de modo uniforme todo y cualquier tipo de tratado, independientemente de su naturaleza⁴⁴¹. Los tratados de derechos humanos en razón de su carácter especial y de la naturaleza esencial objetiva de las obligaciones que incorporan, conllevan una interpretación propia. Claro es, que ésta no puede estar apartada de las reglas y principios de interpretación contemplados por el Derecho internacional de los Tratados, por el contrario, el propio Derecho internacional permite un proceso de interpretación que tenga presente el carácter especial de los tratados de derechos humanos (u otra categoría de tratados) en la medida en que las reglas de interpretación, sobre todo la relativa a la relevancia del objeto y fin de un determinado tratado, "permiten las diferenciaciones necesarias"⁴⁴².

⁴³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Segunda Opinión Consultiva sobre el Efecto de las Reservas en la Entrada en Vigor de la Convención Americana*, 24 de septiembre de 1982, párrafo 29.

⁴³⁹ *Vid.*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tercera Opinión Consultiva sobre las Restricciones a la Pena de Muerte, 1983, párrafo 50.

⁴⁴⁰ Al respecto obsérvese CANÇADO TRINIDADE, A.A., *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, Saraiva, São Paulo, 1991, pp. 5-6, p. 21. En este tenor, recuérdese que a ningún Estado le está permitido invocar dificultades de orden constitucional o internas para intentar justificar el no cumplimiento de sus obligaciones convencionales (art. 27 de la Convención de Viena).

⁴⁴¹ *Idem.*, p. 25.

⁴⁴² BERNHARDT, R., Interpretation in International Law, *Encyclopedia of Public International Law*, 1984, Vol. 7, Amsterdam, pp. 323-324.

Los propios preámbulos de las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados ((1969 y 1986) contienen una afirmación del principio del respeto y observancia universales de los derechos humanos (sexto párrafo preambular *in fine*). Y, el artículo 60.5 de ambas Convenciones expresa específicamente: "...*las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario...*" Así, estas disposiciones, conllevan como propósito señalar al respeto y garantía de los derechos humanos como elemento preponderante del Derecho internacional, y particularmente el artículo 60.5 refiere que los tratados de cuño humanitario tienen un carácter especial, no existen únicamente para el beneficio de los Estados, y trascienden la reciprocidad entre las Partes al incorporar obligaciones de protección de carácter absoluto⁴⁴³.

El Derecho internacional de los Derechos Humanos es una herramienta más que apunta hacia una interpretación teleológica del artículo 98.2 del Estatuto de Roma, por la naturaleza eminentemente protectora de derechos humanos que alberga este último. Al artículo en comento debe interpretársele bajo la óptica de que el tratado que lo contempla es un tratado de derechos humanos, y como tal, este último debe ser entendido en pro de hacer efectivas todas sus disposiciones (principio *effet utile*⁴⁴⁴), a fin de alcanzar su objeto y fin. El Estatuto de Roma se erige como un verdadero tratado que busca la protección de los derechos humanos mediante el sometimiento a la acción de la justicia de todos aquellos, sin importar su rango u cargo (artículo 27 y 28 del Estatuto), que hallan vulnerado en forma

⁴⁴³ «En nada se oponen las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados a que los tratados de derechos humanos, al crear regímenes jurídicos objetivos de protección, se sometan a métodos de interpretación propios, sin apartarse de los cánones de interpretación cristalizados en el derecho internacional». VELU J., ERGEC R., *La Convention Européenne de Droits de L'homme*, Brylant, Bruselas, 1990, p. 51, (la traducción es propia).

⁴⁴⁴ Para un análisis del principio *effet utile* en el Estatuto de Roma, obsérvese el epígrafe 4.1.1.4.3. de este capítulo.

gravísima y mediante actos inimaginables los derechos fundamentales de todo ser humano, logrando con ello no sólo la represión de dichas violaciones (generalmente masivas), sino la prevención de las mismas (parágrafo 5º del preámbulo). De ahí, la imposibilidad de que al artículo 98.2 se le otorgue una interpretación que permita la celebración de acuerdos bilaterales de impunidad que socaven el objeto y fin del tratado.

El Estatuto de Roma como tratado de protección de derechos humanos está marcado por una lógica propia, que se inserta en la salvaguardia de los derechos humanos y libertades fundamentales, nunca de los Estados, mediante el estandarte de la no-impunidad. No busca la consecución de un equilibrio entre las sus Partes, sino más bien remediar los efectos del desequilibrio y de las disparidades en la medida en que afectan los derechos humanos mediante la comisión de los crímenes de orden internacional, puesto que la mayoría de las veces éstos son cometidos con la propia venia del Estado. No se nutre de las concesiones de la reciprocidad, sino se inspira en las consideraciones de orden público de la defensa de intereses comunes superiores, respaldados por las normas de *ius cogens*.

El artículo 98.2 no puede interpretarse de otra manera; en tan compleja labor debe prevalecer siempre el carácter objetivo de las obligaciones que consagran el sentido efectivo de sus términos a la luz del objeto y fin de Estatuto, y debe respetarse la garantía colectiva del instrumento señalado, el amplio alcance de las obligaciones de protección que contempla este último y la interpretación correcta de sus dos restantes restricciones permisibles (artículos 90.6, 98.1); estos elementos convergen inequívocamente al sentar las bases de la tercera restricción, del ejercicio de jurisdicción por pare de la CPI, permisible por el Estatuto, es decir, el artículo

98.2. Todo ello, al tenor de una visión teleológica del tratado que enaltece sus propósitos y fines al establecer un límite al voluntarismo estatal mediante la prohibición de reservas (artículo 120).

El artículo 98.2, como se ha señalado, no alude a cualesquiera tipo de tratados, sino que con exclusividad contempla los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas, no obstante, y sin detrimento de lo anterior, de llegarse a determinar (muy posiblemente a raíz de la fallida decisión tomada en bloque por al Unión Europea, en septiembre 27 de 2002⁴⁴⁵), que dicho artículo contempla la posibilidad de referir otro tipo de acuerdos o tratados, el Derecho de Tratados y particularmente el Derecho internacional de los Derechos Humanos nos ha enseñado que, de conformidad a la regla intertemporal de interpretación, a los instrumentos de naturaleza protectora de derechos fundamentales no se les puede interpretar a la luz de sucesos pasados, sino de conformidad con la evolución del derecho y los tiempos, así como de las condiciones de vida actuales, a fin de hacer posibles el objeto y fin para el cual fueron creados⁴⁴⁶. Cuestión que apuntaría a una interpretación teleológica de este artículo, puesto que en palabras del Embajador Yañez Barnuevo: *"...el Estatuto de Roma habrá de ser interpretado y aplicado como lo que es: un tratado multilateral general, elaborado y adoptado bajo los auspicios de las Naciones Unidas y que tiene por objeto crear una institución internacional, circunstancias que hacen que deba inscribirse en una categoría especial a los efectos de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Además, aunque el Estatuto no suponga en modo*

⁴⁴⁵ Al respecto véase epígrafe 3.2.5.1. del capítulo tercero de esta obra.

⁴⁴⁶ Tanto la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos Tyrer versus Reino Unido (1978), Marckx versus Bélgica (1979), Loizidou versus Turquía (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Para un análisis más profundo sobre la regla intertemporal de interpretación obsérvese el epígrafe 41.1.4.4. del presente capítulo.

*alguno una enmienda a la Carta de San Francisco, es evidente que su objeto tiene una relación muy estrecha con la puesta en práctica de los propósitos y principios de la Carta, en particular aquéllos que tienen que ver con la protección de los derechos humanos fundamentales..."*⁴⁴⁷

Una adecuada interpretación del artículo 98.2 del Estatuto de Roma, considerando a este último como un tratado de protección de derechos humanos, desprende una visión de las relaciones entre el poder público y el ser humano, que se resume, en último análisis, en el reconocimiento de que el Estado existe para el ser humano, y no viceversa o, pero aún, en perjuicio de él.

1.2. El artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como precepto confirmador de la adecuada interpretación del artículo 98.2.

1.2.1. Los Trabajos preparatorios y las circunstancias de la celebración: la construcción de la celada.

En lo referente a nuestro estudio, el trabajo preparatorio de un tratado constituye simplemente "un mecanismo suplementario de interpretación", una categoría que también incluye "las circunstancias de celebración del tratado", a la cual se puede recurrir sólo cuando el estudio del contexto, objeto y fin, y el sentido corriente de los términos de un tratado, así como el análisis del acuerdo entre las partes y la conducta de estas (artículo 31 de la Convención de Viena), dejen de revelar un significado claro o

⁴⁴⁷ YÁÑEZ BERNUEBO, Juan A., El Estatuto de Roma como Tratado y la Corte Penal Internacional como Institución, en *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional, op cit.*, pp. 150, (las negritas son propias).

produzcan un resultado absurdo, o bien para confirmar el sentido resultante de la aplicación de estos elementos interpretativos⁴⁴⁸.

Conforme al Derecho internacional consuetudinario⁴⁴⁹ y convencional no hay duda que puede recurrirse a los trabajos preparatorios. En este último tenor, la Convención de Viena de 1969 en su artículo 32 manifiesta:

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable⁴⁵⁰.

La inmediatez que el texto internacional conserva con la voluntad de sus autores justifica la utilización de este medio interpretativo, que constituye

⁴⁴⁸ Los dos Tribunales de La Haya a través de jurisprudencia repetida han aceptado el recurso a los trabajos preparatorios, pero sólo cuando el texto no fuera claro en su redacción. En el asunto Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado a las Naciones Unidas, dictamen de 28 de mayo de 1948, el TIJ decía: «El Tribunal no tiene dificultad alguna en establecer cuál es el sentido natural y ordinario de los términos pertinentes... Teniendo en cuenta las circunstancias que preceden, el Tribunal estima que no le está permitido en el presente caso recurrir a los trabajos preparatorios.» Corte Internacional de Justicia, *Recueil*, 1948, pp. 57 y ss. Pero en la regulación que en la Convención de Viena de 1969 se hace de este instrumento interpretativo hay un cambio evidente. En la jurisprudencia de ambos tribunales el recurso a los trabajos preparatorios era el primero, si al texto le faltaba claridad. Hoy, se le sitúa como complementario bien como vía de confirmación de la interpretación ya obtenida o bien como remedio a la falta de claridad de un texto. Para un profundo análisis sobre los trabajos preparatorios consúltese: BRIGGS H.W., *The Tavaux Préparatoires of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, *American Journal of International Law*, 1971, No. 65, pp. 705-712.

⁴⁴⁹ La Corte Internacional de Justicia ha resuelto que los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena reflejan el Derecho Consuetudinario Internacional. Véase la causa *Libya Versus Chad*, 1994, ICJ Rep., parágrafo 41.

⁴⁵⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo 1969, *op cit*.

un recurso de la hermenéutica general, para determinar los efectos y alcances de un determinado acto jurídico según el momento en que éste tuvo lugar.

La interpretación del artículo 98.2 del Estatuto de Roma conforme a la regla general de interpretación, prevista en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, arroja una visión teleológica y objetiva del mismo a la luz del tratado que lo contempla, constriñendo su aplicabilidad a los Acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas celebrados en forma *a priori* a que un Estado sea Parte del Estatuto de la CPI⁴⁵¹. Sentido distinto a una interpretación subjetiva, gestadora del fundamento estadounidense que sustenta a los acuerdos bilaterales de impunidad del art. 98. De ahí, precisamente, que apelar a los trabajos preparatorios del Estatuto para dilucidar la adecuada interpretación del artículo referido no puede aparejar finalidad distinta a la de confirmar el sentido resultante de la aplicación de los elementos generales interpretativos conforme al Derecho de Tratados (el contexto, objeto y fin, sentido corriente de los términos, el acuerdo entre las partes y la conducta de estas), ya que dicho resultado no deja ambiguo u oscuro el sentido del artículo 98.2, ni conduce a su visión absurda o irrazonable.

La historia de la redacción del Estatuto de la CPI confirma que el artículo 98.2 se refiere exclusivamente a los Acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas, según se puede observar a continuación.

Luego de la Resolución número 47/33, de 25 de noviembre de 1992, emitida por la Asamblea General de Naciones Unidas, en la que se pidió a la Comisión de Derecho Internacional que elaborara un Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional, y después de haberse realizado lo propio⁴⁵² la Asamblea emitiría la Resolución 49/53, de 9 de diciembre de 1994, para

⁴⁵¹ Al respecto obsérvese el epígrafe 4.1.1. del presente capítulo.

establecer un Comité Especial que se encargaría de examinar las principales cuestiones sustantivas y administrativa suscitadas por el Proyecto de Estatuto preparado por la Comisión.

Reunido el Comité Especial, en su 50º periodo de sesiones, se atendería el tópico del alcance de la obligación contraída por los Estados Partes en materia de asistencia; hubo amplia coincidencia en que la misma no podría ser absoluta, ya que, en virtud del principio de complementariedad los Estados tendrían la facultad discrecional de decidir si debían responder o no a la solicitud de asistencia formulada por la Corte. No obstante, se señaló que debían reducirse a un mínimo las causales para negarse a cumplir las solicitudes de la Corte (excepciones), teniendo en cuenta el carácter especial de la jurisdicción de la misma y la gravedad de los crímenes a tratar, y que necesariamente éstas debían enunciarse casuísticamente en el propio Estatuto. En este tenor, se reconoció que la cuestión de las obligaciones concurrentes impuestas por distintos tratados revestía particular dificultad, señalando que ello se refería no sólo a las obligaciones de los Estados en virtud de los tratados de extradición vigentes, sino también a las obligaciones en virtud de los Acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas⁴⁵³.

Seguidamente, tras la instauración del Comité Preparatorio, a la luz del párrafo 4º de la Resolución 49/53 de la Asamblea General -a fin de continuar con las labores de codificación pretendidas y establecer un foro abierto a la participación de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, de los organismos especializados y del Organismo Internacional de Energía Atómica para seguir examinando las principales cuestiones sustantivas y administrativas suscitadas por el Proyecto de Estatuto de una

⁴⁵² *Vid.*, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/49/10), párrafo 90.

⁴⁵³ *Vid.*, Documentos Oficiales de la Asamblea General, Quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/50/22), párrafos 201 a 203.

Corte Penal Internacional (preparado por la Comisión de Derecho Internacional)- éste se reunió en la Sede de las Naciones Unidas, del 25 de marzo al 12 de abril y del 12 al 30 de agosto de 1996⁴⁵⁴, y teniendo en su poder diversos instrumentos que le permitieran allegarse de todos los elementos necesarios para realizar su adecuado desempeño⁴⁵⁵ resolvió en cuanto a la cuestión de la medida en que los Estados Partes en el Estatuto estarían obligados a prestar asistencia a la CPI y cooperar con ella, que: *"...había que definir en el propio Estatuto las obligaciones de los Estados en forma clara y completa y que había que definir también las excepciones a esas obligaciones..."*⁴⁵⁶ Se dijo, sin embargo, que la obligación no podía ser absoluta como se desprendería del principio de la complementariedad, pero se estimó en general *"...que había que reducir a un mínimo las razones para negarse a cumplir solicitudes de la corte, teniendo en cuenta el carácter especial de su jurisdicción y la gravedad de los crímenes previstos en el estatuto..."*⁴⁵⁷ Entre las excepciones mencionadas por las delegaciones se incluían:

- a) el principio de la complementariedad;

⁴⁵⁴ *Vid.*, Resolución No. 50/46 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1995, *op cit.*

⁴⁵⁵ El Comité Preparatorio tuvo ante sí, además del Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 46º período de sesiones, el Informe del Comité Especial sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, las Observaciones recibidas en cumplimiento de las disposiciones del párrafo 4 de la resolución 49/53 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1994, relativa al establecimiento de una Corte Penal Internacional (A/AC.244/1 y Add.1 a 4), y un Informe Preliminar presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 5 de esa resolución, acerca de las estimaciones provisionales relativas a la plantilla, la estructura y los costos de establecimiento y funcionamiento de una corte penal internacional (A/AC.244/L.2). Además, tuvo ante sí el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 48º período de sesiones; la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder y los Principios que Garantizan los Derechos y los Intereses de las Víctimas en las Actuaciones de la Corte Penal Internacional propuesta. *Vid.*, Documentos Oficiales de la Asamblea General, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/51/22), Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (Actuaciones del Comité Preparatorio en los Periodos de Sesiones de Marzo y Abril y Agosto de 1996), Naciones Unidas, Nueva York, 1996, parágrafo 7.

⁴⁵⁶ *Idem.*, parágrafo 315.

- b) la necesidad urgente de ejercer la jurisdicción nacional;
- c) la no aceptación de la jurisdicción de la Corte por el Estado requerido;
- d) la situación en que el Estado requerido recibiese solicitudes incompatibles de la Corte y de otro Estado con arreglo a un tratado vigente y los derechos constitucionalmente protegidos.
- e) algunas delegaciones opinaron que también debían constituir fundamentos de rechazo los intereses esenciales de seguridad del Estado requerido⁴⁵⁸.

Asimismo, el Comité durante su periodo de sesiones de agosto de 1996 resaltó por lo que hace al rubro "limitaciones a la obligatoriedad: bases para la denegación de solicitudes; asistencia sometida a condiciones (apartado c) del párrafo 5)", que:

El éxito de la Corte dependerá de la eficacia de las disposiciones relativas a la cooperación de los Estados con las solicitudes de asistencia. A este respecto debe considerarse la posibilidad de imponer una obligación clara de que los Estados cooperen, a diferencia de una disposición más vaga que permita que actúen con discreción en cuanto a sí deben cooperar. El argumento respecto de la primera opción consiste en que la obligación rígida y absoluta, que no deje discreción alguna a los Estados Partes que acepten la jurisdicción de la Corte, sería fundamental para el principio de complementariedad y lo fortalecería. Podría considerarse la posibilidad de hacer aplicables los mismos principios rígidos a las solicitudes de los Estados con jurisdicción preferente respecto de un crimen⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ *Idem.*, párrafo 316.

⁴⁵⁸ *Idem.* En cuanto a las excepciones tradicionales de la extradición, muchas de ellas, como la inexistencia de una doble criminalidad, los delitos políticos y la nacionalidad, fueron calificadas de improcedentes habida cuenta del tipo de crímenes de que conocería la corte. Se opinó que esas excepciones adicionales de la extradición tenían mérito en este contexto.

⁴⁵⁹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 22A (A/51/22), Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de

Y en tal sentido, dicho órgano fue contundente al sostener que la obligación de cooperación prevista en el artículo 60 prevalecerá sobre todos los impedimentos jurídicos que el Estado receptor de la solicitud de asistencia judicial pudiera oponer a la Corte, en virtud de su derecho interno o de los tratados en los que sea parte⁴⁶⁰, y nuevamente reitero, el pensar general sostenido por el Comité Especial, de que los fundamentos en que se podría basar el rechazo de una solicitud debían tener carácter limitado y debían enunciarse expresamente en el Estatuto⁴⁶¹. Finalmente, se contempló la limítrofe posibilidad de que un Estado Parte pudiese negarse a cooperar con la Corte en materia de asistencia judicial, no obstante su redacción se plasmaría de nueva cuenta en términos generales, lo que hizo no dilatar un aluvión de cuestionamientos gestados por los Estados a fin de intentar delimitar tal disposición.

Textualmente, el proyecto manifiesta: "...[El Estado parte que reciba una solicitud de asistencia podrá denegarla, en todo o en parte, si el cumplimiento de la solicitud llevara al incumplimiento de una obligación existente [de derecho internacional] [convencional] para con otro [Estado] [entidad no estatal parte].]..."⁴⁶² No obstante, partiendo de la hipótesis de: si el incumplimiento de otra obligación jurídica internacional es razón válida para denegar la asistencia, entonces el Comité necesariamente se cuestionó: ¿cuál es el alcance preciso de tal disposición?; ¿se limita únicamente a las obligaciones dimanadas de tratados?; ¿incluye las solicitudes de detención y traslado (por ejemplo, solicitudes de entrega de diplomáticos extranjeros acreditados ante el Estado Parte que recibe la solicitud) o sólo solicitudes de otras formas de asistencia (por ejemplo, registro e incautación en locales

una Corte Penal Internacional, Volumen II, (Compilación de Propuestas), Naciones Unidas, Nueva York, 1996, p. 254, nota 88.

⁴⁶⁰ *Idem.*, p. 258.

⁴⁶¹ *Idem.*, p. 259, nota 103.

diplomáticos)?; ¿se limita únicamente a las obligaciones debidas a entidades partes que no son Estados? Y, en lo que hace a los Estados Partes en la Corte Penal Internacional, se afirmó que su participación en el Estatuto podría derogar obligaciones convencionales previas contradictorias (véase el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969), pero cabe preguntarse ¿si debería incluirse en el Estatuto una disposición expresa al respecto?

Aunada a tales interrogantes se consagró que debía tenerse en cuenta la relación existente entre la obligación de los Estados Partes de cooperar con la Corte y otras obligaciones existentes, pero contradictorias, de Derecho internacional por ejemplo, las dimanadas de tratados bilaterales de extradición, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, etc.

Ya en su periodo de sesiones celebrado del 1º al 12 de diciembre de 1997 el Comité Preparatorio delimitaría la redacción del precepto que contemplaba la posibilidad de que un Estado Parte pudiese negar una solicitud de la Corte. Dentro del artículo número 55, párrafo segundo, del Proyecto de Estatuto, se contempla dentro de la opción 2 como "motivo de denegación": "...El cumplimiento de la solicitud conllevará el incumplimiento de una obligación existente [de derecho internacional] [convencional] hacia otro [Estado] [Estado no Parte]...."⁴⁶³

En síntesis, los trabajos tanto del Comité Especial, como los del Comité Preparatorio refieren una obligación general rígida y absoluta guardada por los Estados hacia la Corte en materia de cooperación y

⁴⁶² *Idem.*, p. 260.

⁴⁶³ Documentos Oficiales de la Asamblea General, Decisiones Tomadas por el Comité Preparatorio en su Período de Sesiones Celebrado del 1º al 12 de diciembre de 1997, A/AC.249/1997/L.9/Rev.1, 18 de diciembre de 1997, artículo 55, opción 2, inciso e), p. 55.

asistencia judicial, a fin de fortalecer el principio de complementariedad rector del Estatuto. Sin embargo, reconocen excepciones a tal prerrogativa, cuando el cumplimiento de la solicitud de la Corte apareja el incumplimiento una obligación preexistente de Derecho internacional convencional, hacia con otro Estado Parte o no del Estatuto. Ello así, toda vez que pese a que el Proyecto de Estatuto contempló una esencia taxativa en cuanto al régimen de cooperación con la Corte, era evidente que ésta no puede *per se* cambiar otros regímenes existentes en Derecho internacional.

La importancia que conlleva la relación de las obligaciones contraídas por los Estados al amparo de un futuro Estatuto de una Corte Penal Internacional y las obligaciones preexistentes a la luz del Derecho internacional de esos Estados motivó que en plena Conferencia Plenipotenciaria se tratase de dilucidar el asunto; origen del artículo 98 del Estatuto de Roma. El párrafo primero del artículo 98 se redactó, en concreto, para tratar la limitada cuestión de la relación entre las obligaciones de los Estados Partes en el Estatuto de Roma y otras obligaciones previas que tuvieran contraídas en virtud del Derecho internacional consuetudinario o convencional concerniente a las inmunidades de los Órganos de Estado. El párrafo segundo del artículo 98 fue concebido para abordar el problema del efecto de un tratado multinacional subsiguiente, el Estatuto de Roma, sobre una categoría especial de acuerdos existentes, los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas⁴⁶⁴, puesto que al tenor de la idea –concebida en el Comité Especial y confirmada por el Comité Preparatorio- de especificar casuísticamente en el propio Estatuto las excepciones al principio taxativo de cooperación con la Corte, ya se había contemplado la posibilidad de dar prioridad a un acuerdo de extradición preexistente sobre la solicitud emitida

⁴⁶⁴ Vid., AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los Esfuerzos Estadounidenses por Conseguir Inmunidad para el Genocidio, los Crímenes Contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra*, *op cit.*

por la Corte, cuando se cumplimentaran ciertos requisitos (art. 90.6)⁴⁶⁵, y sólo restaba contemplar esta hipótesis que había venido preocupando a los Estados⁴⁶⁶.

KAUL H. y KRESS C., miembros de la delegación alemana en la conferencia plenipotenciaria, han explicado que el artículo 98.2 se ideó para atajar posibles conflictos (improbables) entre las obligaciones existentes en virtud de CEF vigentes y las disposiciones del Estatuto de Roma:

El concepto subyacente a esa disposición (el artículo 98.2) era resolver los posibles conflictos jurídicos que pudieran producirse a causa de Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas existentes. Es decir, que, por el contrario, el artículo 98.2 no se concibió para generar un incentivo mediante el que (futuros) Estados Partes llegaran a celebrar Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas que pudieran suponer un obstáculo en la ejecución de solicitudes de cooperación cursadas por la Corte⁴⁶⁷.

Por su parte, PROST K., miembro de la delegación canadiense, y SCHLUNCK A. miembro de la delegación alemana, han observado que los Estados, ya en el momento de redactar el artículo 98, manifestaron su preocupación por las obligaciones internacionales existentes⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Documentos Oficiales de la Asamblea General, Decisiones Tomadas por el Comité Preparatorio en su Período de Sesiones Celebrado del 1º al 12 de diciembre de 1997, *op cit.*, artículo 53, párrafo 4, pp. 46 y ss.

⁴⁶⁶ *Vid.*, Documentos Oficiales de la Asamblea General, Quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/50/22), *op cit.*, párrafo 203.

⁴⁶⁷ KAUL Hans P., KREB Laus, Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, No. 143, p. 165.

⁴⁶⁸ PROST K., SCHLUNK A., Article 98, en: TRIFFTERER O. (Ed), *The Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Alemania, 1999, pp. 1131 y ss. «Todos los Estados que participaron en las negociaciones de Roma expresaron su temor por los posibles conflictos que pudieran darse con obligaciones internacionales vigentes. Así, en la Parte IX [del Estatuto] hay varias disposiciones, entre ellas

Debemos resaltar que EE.UU. no participó en las primeras negociaciones sobre el Artículo 98⁴⁶⁹. Este artículo fue desarrollado debido a que un número de países, incluyendo a fuertes partidarios de la Corte, tenían ciertas preocupaciones sobre eventuales conflictos entre el Estatuto y otras obligaciones fundamentales existentes en el Derecho internacional como se ha venido demostrando a lo largo de este epígrafe. El artículo surge a raíz de que algunos Estados Partes de la OTAN expresaron, en particular, su deseo de ver las disposiciones estándares de los acuerdos SOFA y de otros similares, reconocidos en el Artículo 98⁴⁷⁰. Sin embargo, a raíz de ello, fue como el gobierno de EE.UU. empleó el citado numeral para emprender su celada.

No obstante, del análisis de los trabajos preparatorios del artículo 98 del Estatuto de Roma se vislumbra la confirmación del resultado obtenido tras la interpretación de dicho numeral a la luz de las reglas manifiestas por el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, esto es, su interpretación objetiva y teleológica que pone de manifiesto la ilegitimación de los acuerdos bilaterales de impunidad que EE.UU. esta celebrando.

las incluidas en los artículos 90, 93.9 y 98, que tratan esa cuestión... Incluso los Estados que abogaron por la constitución de un tribunal “fuerte” manifestaron su inquietud por los actos realizados en cumplimiento de este Estatuto que pudieran suponer una violación de esas obligaciones fundamentales vigentes del derecho internacional.» Este extracto en sentido general es aplicable a ambos párrafos del artículo 98. Igualmente, obsérvese al respecto: HALL, C. K., *The First Five Sessions of the UN Preparatory Commission for the International Criminal Court*, *America Journal of International Law*, 2000, No. 94, pp. 773-786.

⁴⁶⁹ Coalición para la Corte Penal Internacional, *Memo de 23 de agosto de 2002 intitulado Acuerdos Bilaterales Propuestos por el Gobierno de EEUU.*, consultable en: <http://www.iccnw.org/espanol/articulos/Art98.pdf> (sitio consultado por última ocasión el día 8 de diciembre de 2004).

⁴⁷⁰ *Idem.*, pp. 1131-1132. Igualmente, obsérvese al respecto: HALL, C. K., *The First Five Sessions of the UN Preparatory Commission for the International Criminal Court*, *op cit.*, pp. 773-786.

1.2.2. El Control del ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional: el principio de la competencia sobre la competencia como solución tangible a la celada.

El Estatuto de Roma atribuye a la Corte Penal Internacional, tras una redacción que recuerda las disposiciones correspondientes del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴⁷¹, la facultad de supervisar el cumplimiento del tratado por las partes contratantes, y para ello se le otorga legitimación para determinar la extensión de los compromisos asumidos por los Estados, interpretar el alcance de sus cláusulas y por supuesto, definir el alcance de su propia competencia. Esta última virtud representa el llamado principio *kompetenz-kompetenz*, que permite a la Corte Penal Internacional poseer el control del ejercicio de su propia competencia. Así, el artículo 19. 1 *ab initio* del Estatuto de Roma señala: "...la Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas..." y en el mismo tenor, el artículo 119.1 cita: "...Las controversias relativas a las funciones judiciales de la Corte serán dirimidas por ella..."⁴⁷²

El principio de la competencia sobre la competencia de la Corte Penal Internacional puede aplicarse en dos vertientes: la primera, alude a la competencia de este órgano jurisdiccional, y la segunda, a la admisibilidad de la causa. Se está ante la presencia de dos hipótesis distintas; el *control de la competencia* atiende a la concurrencia de los criterios materiales, personales y temporales que rigen la atribución de un asunto concreto a la CPI. En cambio, el *control de la admisibilidad de la causa* se refiere a la aplicación del principio de complementariedad a la luz del principio *effet utile* o de

⁴⁷¹ CIJ, *Recul*, 1949, pp. 4 y ss.

⁴⁷² Esta disposición indica que dichas controversias incluirían «cuestiones relativas a la cooperación y la asistencia judicial para con la Corte». CLARK R., Article 119 (Settlement of disputes), en TRIFFTERER O., *The Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, op cit.*, p. 1245, (la traducción es propia).

efectividad⁴⁷³ en aquellos supuestos en los que se plante la concurrencia de la jurisdicción de la CPI con la de los foros nacionales, suscitando lo que técnicamente sería un conflicto de jurisdicciones⁴⁷⁴.

Al tenor de la facultad del *control de la competencia* es precisamente la propia Corte Penal Internacional quien decidirá, caso por caso, si dar curso a una solicitud de entrega exigiría a un Estado requerido actuar en forma incompatible con las obligaciones que le impongan el Derecho internacional, de conformidad con un acuerdo contraído a la luz del artículo 98.2. Esta facultad, derivada del principio *kopentenz-kompetenz*, le corresponde a la Corte Penal Internacional y nunca a los Estados Parte en el Estatuto de Roma, ninguno de ellos puede sustituir la opinión de la Corte por su propia evaluación jurídica.

Coincidiendo con PROST y SCHLUNCK (miembros de la delegación canadiense y alemana respectivamente, en la Conferencia Diplomática de Roma): "...La disposición (el artículo 98.2.), establece que la Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia cuando entienda que esa solicitud sería incompatible con la inmunidad de una persona o un bien de un tercer Estado, conforme al derecho internacional..."⁴⁷⁵ Por su parte, KAUL y KREB (también, miembros de la delegación alemana en la Conferencia en cita), literalmente expresan: "...corresponde a la Corte decidir si ha de aplicarse el artículo 98.1 o 2..."⁴⁷⁶. Pero, estas opiniones no son un caso *sui generis*, existen pronunciamientos de expertos doctrinarios en el mismo sentido, como el de WIRTH, que afirman la facultad que posee la Corte Penal Internacional de control del ejercicio de su propia competencia: "...Decidir si el cumplimiento por parte de un Estado de una solicitud de cooperación

⁴⁷³ Para un análisis del principio *effet utile* a la luz del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional véase epígrafe 4.1.1.4.3. del presente capítulo.

⁴⁷⁴ Al respecto véase epígrafe 1.4.3. del capítulo primero de esta obra.

⁴⁷⁵ PROST K., SCHLUNK A., *op cit.*, p. 1132, el paréntesis es propio.

supone una violación de otra norma del derecho internacional no es cuestión que incumba al Estado requerido sino a la Corte..."⁴⁷⁷

La solución tangible a la celada, inserta en el Estatuto de Roma tras una aportación que realizare EE.UU. durante la Conferencia Diplomática del mismo apelativo y que hoy se denomina artículo 98.2, se halla tras la Regla No. 195.1 del Proyecto de texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Procedimiento que permite a la Corte Penal Internacional, precisamente, decidir a la luz del principio de la competencia sobre la competencia si en un caso concreto debe frenar su jurisdicción tras la aplicación de alguno de los supuestos del artículo 98. De esta forma la Regla 195.1 dispone:

1. El Estado requerido que notifique a la Corte que una solicitud de entrega o de asistencia plantea un problema de ejecución en relación con el artículo 98, proporcionará toda la información que sirva a la Corte para aplicar ese artículo. Cualquier tercer Estado interesado o el Estado que envíe podrá proporcionar información adicional para prestar asistencia a la Corte.

Dicha regla, refleja la posibilidad de que un Estado Parte en el Estatuto de Roma o Terceros Estados puedan suministrar a la Corte basta información que sustente la aplicación del artículo 98.2. del Estatuto, a fin de que ésta suspenda el ejercicio de su jurisdicción. Una vez realizado lo propio, la Corte analizará el caso, y evaluado el mismo, a la luz del principio de la competencia sobre la competencia se pronunciará directamente sobre dar curso o no a su solicitud de entrega o de asistencia respectiva, e

⁴⁷⁶ KAUL Hans P., KREB Laus, *op cit.*, p. 1132.

⁴⁷⁷ WIRTH Steffen, Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute, *Criminal Law Forum*, 2002, No. 2, pp. 429-458. Corresponde a la Corte decidir si una solicitud de

indirectamente a la validez/invalides de los acuerdos bilaterales de impunidad del artículo 98.2, a luz de las reglas generales de interpretación que rigen al Derecho de Tratados y aquellas específicas que atienden a los Tratados de Derechos Humanos, las normas imperativas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*, las normas de Derecho internacional (como el principio *effet utile* y los efectos de los tratados posteriores sobre los anteriores), así como el objeto y fin del propio Estatuto de Roma, todo ello, si dejar de lado las posibles incompatibilidades que esto pudiera aparejar respecto a las obligaciones precontraídas en Derecho internacional por el Estado Parte⁴⁷⁸. Sin embargo, siempre que un Estado Parte sea requerido por la Corte para efectuar una solicitud de asistencia (incluida la de detención), o entrega, en tanto la Corte tramita su pronunciamiento sobre la delicada cuestión al tenor de la inaplicabilidad del *non linquet*, el Estado requerido debe cumplirla con prontitud. Si la Corte concluye que la entrega no puede efectuarse por aplicación de la excepción al ejercicio de su jurisdicción, consagrada por el artículo 98.2, la persona acusada puede entonces quedar libre de custodia o cuales quiera restricciones⁴⁷⁹.

cooperación exige al Estado requerido incumplir sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

⁴⁷⁸ Precisamente en este punto es donde pragmáticamente aparece la regla 195.2 del Proyecto de texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Dicha regla reza al siguiente tenor: «2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega sin el consentimiento del Estado que envíe si, con arreglo al párrafo 2 del artículo 98, ella fuera incompatible con las obligaciones que imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe antes de entregar a la Corte a una persona de ese Estado.»

No obstante, coincidiendo con LEE R. «...Es generalmente entendido que Regla [195, la subregla 2] no debe ser interpretada como un requisito o de modo alguno que exija la negociación de provisiones en ningún acuerdo internacional particular concertado por el Tribunal o por ninguna otra organización internacional o Estado... La redacción de esta regla fue tomada en forma textual de una intervención que hiciera la delegación de los Estados Unidos durante la presentación de su proyecto de esta regla. El objetivo de reproducir el lenguaje empleado por EE.UU. era asegurar claramente que la Regla 195.2 no podía ser posteriormente usada como un instrumento para impulsar u obligar al Tribunal a aceptar una limitación de su propia jurisdicción...» LEE, Roy, *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Estados Unidos, 2001, pp. 669-670, (la traducción es del autor).

⁴⁷⁹ «De acuerdo con lo que dispone la Regla 195.1 del Proyecto de texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba, un Estado puede informar a la Corte de que ve un problema en relación con el artículo 98 y suministrarle toda la información necesaria. Cualquier tercer Estado

CONCLUSIONES

1. El largo proceso de instauración de una Corte Penal Internacional de carácter permanente constituye un hito en la evolución del Derecho internacional general y un ejemplo culminante en el reconocimiento de la responsabilidad penal individual a escala internacional. Las primeras manifestaciones de este proceso las hallamos tras la idea de Gustave Moynier, que ya en 1864 propugnaba la creación de un tribunal penal como respuesta a los crímenes de la guerra Franco-Prusiana, encargado de juzgar las infracciones de la Convención de Ginebra de 22 de agosto de 1864.

2. En 1918, la idea de Moynier retomó vigor tras las atrocidades cometidas en la Guerra Europea o Primera Guerra Mundial. En primera instancia, en agosto de 1920, las potencias aliadas firmarían con Turquía el "Tratado de Sèvres" en el que, entre otras cuestiones, se buscaba la sumisión a un tribunal internacional penal de los autores del genocidio armenio. En segunda instancia, tras la firma del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919 se hizo referencia al establecimiento de un Alto Tribunal Internacional - integrado por jueces designados por varias naciones-, y a la extensión en toda la cadena de mando de la responsabilidad penal individual por violación a las leyes y costumbres de la guerra, con lo que se tejía el mecanismo jurídico idóneo para juzgar al Káiser Guillermo II de Hohenlohe, ex-Emperador de Alemania. Sin embargo, ambos tribunales nunca entrarían en función, constituyendo intentos fallidos, debido a injerencias políticas.

interesado podrá también proporcionar información. Por consiguiente, la Corte dispondrá de unos fundamentos de hecho adecuados sobre los que adoptar una resolución. En opinión de WIRTH, podría también ser oportuno dejar abierta la posibilidad a los Estados de recurrir la decisión de la Corte relativa al artículo 98 ante la Sala de Apelaciones sin permitir al Estado, no obstante, demorarse en el pronto cumplimiento de la solicitud. En el caso de que la Sala de Apelaciones anulase la solicitud original, la persona entregada o detenida tendría que ser devuelta o liberada». *Idem*, (la traducción es del autor).

3. Ya estatuida la Sociedad de Naciones, entre 1920 y 1937, se desarrolló un arduo esfuerzo -atribuible a los doctrinarios y estudiosos del Derecho internacional de la época- por tratar de estatuir un tribunal internacional penal, pero esta vez, de carácter permanente. Varias propuestas fueron planteadas, pero sólo una que surgió en el interior de la Sociedad de Naciones como respuesta o acción contra del terrorismo ganaría aceptación. La Convención para la Creación de un Tribunal Internacional Penal sería adoptada el 16 de noviembre de 1937, pero debido a una serie de acontecimientos que se avecinaban (la crisis mundial que siguió a la guerra civil española, la invasión de Italia a Abisinia y las políticas agresivas y militaristas de Alemania en la etapa previa a la segunda conflagración mundial y el desencadenamiento de esta última), su entrada en vigor jamás tendría lugar.

4. Sería después de la Segunda Guerra Mundial cuando se palparían los primeros frutos del anhelado arquetipo jurídico internacional penal. La barbarie de la violencia nazi y el sufrimiento causado generó la necesidad de establecer un movimiento ideológico y renovador del Derecho internacional; bajo esta dialéctica se crearon los Tribunales Militares de Nüremberg y Tokio, donde sus estatutos, la evolución de sus procesos y la jurisprudencia de ellos emanada, sientan las bases para el desarrollo posterior del Derecho penal internacional, muy particularmente, tras la codificación de los Principios de Nüremberg. Aunque tras Nüremberg y Tokio, la cuestión de la creación de un órgano jurisdiccional internacional de naturaleza penal reaparecería en los trabajos de la Asamblea General, e igualmente sería reclamado por amplios sectores doctrinales, el periodo de delicada estabilidad conocido como Guerra Fría determinó que las principales potencias no llegaran a un acuerdo a tal

efecto.

5. No será pues hasta el derrumbamiento del bloque socialista que recobra vigor ese anhelo, cristalizando el establecimiento, por parte del Consejo de Seguridad, de diversas jurisdicciones *ad hoc*, tras los dramáticos acontecimientos ocurridos en Yugoslavia y Ruanda, a principios de los noventa. De este modo, a través de las Resoluciones 827, de 25 de mayo de 1993, y 955, de 8 de noviembre de 1994, es como se crean los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, respectivamente. La labor desempeñada por ambos tribunales es loable; sus sentencias ocuparon un lugar preponderante en la elaboración de las normas que rigen su actividad, y algunas de ellas han llegado a ser acogidas como un verdadero código adjetivo penal internacional.

6. Nuevas situaciones no menos trágicas como las ocurridas en Camboya, Timor Oriental o Sierra Leona motivarían nuevamente la preocupación internacional por sancionar los crímenes allí ocurridos. Esta vez, se fusiona el Derecho penal internacional con el Derecho doméstico, de cada respectiva nación, para dar lugar a la instauración de los llamados tribunales híbridos o internacionalizados. La idea de crear un tribunal por cada genocidio que ocurra en el mundo es cada vez más absurda, se busca la instauración de un tribunal permanente.

7. La consecución del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya en el filo del cambio de milenio, atiende a dicha búsqueda y al parecer pone fin a un *ius victorae* que predominó en todos los procesos antes referidos, esto es, predominaba la perspectiva de los vencedores en cada uno de los momentos históricos señalados que, además, quedaban al margen de cualquier reproche

por acciones igualmente censurables. Hoy, ya no se trata de vencederos ni vencidos, sino de justiciar las peores violaciones de derechos subjetivos públicos, luchando contra la impunidad.

8. No obstante, vigente ya la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en el siglo que comienza, el Estatuto de Roma se duele de graves cuestionamientos. Una refracción terminológica-interpretativa de su texto, motivo de intereses estatales, puede hierirla de muerte. Cuestiones como el *forum shopping*, el principio de jurisdicción universal, la desconfiguración del principio de complementariedad, la capacidad de injerencia del Consejo de Seguridad en las funciones de la Corte, la carencia de una definición del crimen de agresión, el reconocimiento por el Derecho internacional consuetudinario de las inmunidades de órganos de Estado en funciones y la celebración de los acuerdos bilaterales de impunidad por el gobiernos de los EE.UU., entre otros, ponen en riesgo la eficacia de la Corte.

9. El artículo 98 del Estatuto de Roma alberga dos grandes problemas para la Corte. Por un lado, su apartado primero enarbola una pugna por el reconocimiento/no reconocimiento de las inmunidades de los órganos de Estado. De ello, hay que entender que las inmunidades de los ex-órganos de Estado ya no operan, cosa distinta ocurre con los órganos de Estado en funciones, donde la escasa práctica internacional indica una tendencia hacia su reconocimiento, pese a que se trate de crímenes de Derecho internacional –casos Pinochet, Yerodia Endombasi y Gadafhi-. Esto pudiera significar una licencia para cometer genocidio, crímenes de *lesa humanidad*, crímenes de guerra y agresión, vigente por el periodo en que los órganos estén en cargo. No obstante, el principio de improcedencia del cargo oficial –cristalizado tras los juicios de Nüremberg- puede significar una

restricción a tal planteamiento.

10. Una sensible y racional solución al problema de si las inmunidades personales deben ser denegadas en caso de crímenes internacionales puede ser alcanzada logrando un balance entre los dos valores en conflicto: la seguridad del ejercicio de los poderes de soberanía al exterior, y la aplicabilidad de la justicia en el caso de violaciones atroces de la dignidad humana. No se trata de pugnar por un debate entre las normas que establecen dichos valores, sino por el contrario, se busca la armonización de las mismas aplicando las reglas establecidas por el propio Derecho internacional.

11. La progresividad de este Derecho nos ha enseñado que las normas del *ius cogens* constituyen aquellas reglas supremas, que no admiten acuerdo en contrario (salvo por otra de igual jerarquía y creación ulterior). Éstas se deben respetar logrando y cumpliendo las exigencias que imponen a la comunidad de Estados, al margen de su voluntad (obligaciones *erga omnes*). De tal modo, que la observancia del *ius cogens* del respeto y garantía de las libertades y derechos subjetivos públicos, ante la existencia de crímenes de Derecho internacional, sólo puede ser satisfecha tras el juzgamiento de todos sus autores, incluidos aquellos que gocen de cualquier tipo de inmunidad, mediante la aplicación del principio de improcedencia del cargo oficial. El Derecho internacional no permite suponer que habiéndose establecido un crimen que atenta contra el *ius cogens*, al mismo tiempo se otorgue una inmunidad, la cual tiene los mismos límites que la obligación que busca imponer.

12. Por cuanto hace al apartado segundo del artículo 98, la

problemática fáctica que alberga es alarmante. Hasta el 11 de septiembre de 2004, 80 Estados han celebrado acuerdos de impunidad del artículo 98 con EE.UU., otros 29 se encuentran en negociación y tan sólo 33 se han negado a firmarlos. Particularmente la Corte podrá enfrentar y resolver el conflicto tras la aplicación del control del ejercicio de su propia competencia -principio *kompetenz-kompetenz*-, aplicando para ello las reglas de interpretación de tratados, observando el principio del efecto útil y respetando las normas del *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*. El análisis del artículo 98.2 a la luz de los numerales 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969, arroja una interpretación teleológica del mismo, acorde con el objeto y fin del tratado en cuestión, que dista en demasía de la interpretación que de él realiza el gobierno de EE.UU.

13. Finalmente, he decidido concluir esta obra expresando mi sentir. Los crímenes de Derecho internacional constituyen la peste en el mundo, ésta se perpetra por aquellos que ostentan poder, revestidos de impunidad, en agravio de víctimas que ruegan ser escuchadas, ante los oídos sordos de espectadores pasivos que sólo los contemplan con resignación estúpida, tras el sombrío atardecer de la esperanza de no ser ellos la próxima presa, contribuyendo con su omisión al fin de la humanidad. Es por eso que he decidido colocarme dentro de las víctimas, esperando de ayudar a generar un grito lo suficientemente agudo que haga despertar a los espectadores, bajo la ilusión utópica de algún día alcanzar la paz; clamor que posiblemente encuentre su tonalidad más alta a la luz de una verdadera Justicia Penal Internacional cimentada en una Corte Penal Internacional en la que hoy en día descanza la esperanza de las víctimas, pero que aún tiene mucho por demostrar.

**LISTADO CRONOLÓGICO DE LAS RESOLUCIONES, DESICIONES,
INFORMES Y DOCUMENTOS VARIOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS
NACIONES UNIDAS**

ASAMBLEA GENERAL

1. RESOLUCIONES

Resolución No. 3068 (XXVIII), el 30 de noviembre de 1973.

Resolución No. 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

Resolución No. 44/39, de 4 de diciembre de 1989.

Resolución No. 46/55, de 20 de diciembre de 1991.

Resolución No. 49/53, de 9 de diciembre de 1994.

Resolución 50/46, de 11 de diciembre de 1995.

Resolución No. 54/260, de 5 de mayo de 2000.

Resolución No. 56/85, de 12 de diciembre de 2001.

2. OTROS

A/54/594 (1990).

A/46/185 (1991).

A/CONF.157/PC/62/Add.17, 3 de junio de 1993.

Suplemento No. 22 (A/51/22), 1996.

Suplemento No. 22A (A/51/22), 1996.

A/AC.249/1997/L.9/Rev.1, 18 de diciembre de 1997.

Doc. A/10, 28 noviembre 1997.

A/CONF.183/10, de 17 de julio de 1998.

A/BUR/53/1, 4 de septiembre de 1998.

CONSEJO DE SEGURIDAD

1. RESOLUCIONES

Resolución No. 780 (1992), 27 de mayo de 1994.

Resolución No. 827, 25 de mayo de 1993.

Resolución No. 955, 8 de noviembre de 1994.

Resolución No. 977, 22 de febrero de 1995.

Resolución No. 1422 (2002), de 12 de julio de 2002.

Resolución No. 1487 (2003), de 12 de junio de 2003.

Resolución No. 1497 (2003), de 1 de agosto de 2003.

2. OTROS

S/A 3453, de 8 de noviembre de 1994.

S/1994/674/Add.2, Vol. 1 de 28 de diciembre de 1994.

DOCUMENTOS VARIOS

U.N. Doc. E/CN.4/1994/5 de 30 de junio de 1993.

Resolución No. 48/31 de la Comisión de Derecho Internacional, de 9 de diciembre de 1993.

Doc. ONU/1994/1115 de 29 de septiembre de 1994.

Doc. E/CN.4/Sub. 2/1997/29, 28 de mayo de 1997.

Doc. Nom-Paper/WG.3/N.16, de 8 de agosto de 1997.

Doc. A/CONF.183/C.1/L.59, de 10 de julio de 1998.

Doc. 5/2000/786, de 10 de agosto de 2000.

Doc. 5/2000/915, de 4 octubre de 2000.

Doc. PCNICC/2001/1/Add.1, de 5 de octubre de 2001.

S/2002/723, de 3 de julio de 2002.

LISTADO CRONOLÓGICO DE TRATADOS, ACUERDOS, LEYES Y REGLAMENTOS INTERNACIONALES Y OTROS.

Tratado de Saint Germain, de 10 de septiembre de 1919.

Tratado de Neuilly, de 27 de noviembre de 1919.

Tratado de Trianon, de 4 de junio de 1920.

Tratado de Sèvres, de 10 de agosto de 1920.

Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945.

Tratado del Tratado del Atlántico, de 4 de abril de 1949.

Acuerdo para el Establecimiento de un Tribunal Militar Internacional Encargado del Juicio y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de los Países del Eje Europeo, Londres, 8 de agosto de 1945.

Ley Número 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania, de 20 de diciembre de 1945.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, de 19 de enero de 1946.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo 1969.

Convención sobre Misiones Especiales, de 16 de diciembre 1969.

Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados, de 16 de mayo 1972.

Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30 de noviembre de 1973.

Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, de 14 de diciembre de 1973.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes Adoptada, de 10 de diciembre de 1984.

Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, de 25 de mayo de 1993.

Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, de 8 de noviembre de 1994.

Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de Julio de 1998.

Reglamento 2000/11 emitido por UNTAET, de 6 de marzo de 2000.

Estatuto del Tribunal Internacional para Sierra Leona, de 16 de enero de 2002.

Posición Común del Consejo, que enmienda la Posición Común

2001/443/CFSP sobre la Corte Penal Internacional, 9836/02, 11 de junio de 2002.

Resolución 1300 (2002) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Peligros para la integridad del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 25 de septiembre de 2002.

Resolución del Parlamento Europeo, P5_TA-PROV(2002)0449, de 26 de septiembre de 2002.

Resolución No. 12386/02 del Consejo de la Unión Europea y su anexo, de 27 de septiembre de 2002.

LISTADO CRONOLÓGICO DE CÓDIGOS Y LEYES NACIONALES

1. CÓDIGOS

Proyecto de Código de Crímenes Internacionales Alemán: *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuche*, (Druckasche 29/02), de 18 de enero de 2002.

2. LEYES

American Service Members' Protection Act (ASPA), *Public Law 107-206*, de 2 de agosto de 2002.

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

1. TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

Costa pesquera del Atlántico Norte, de 7 de septiembre de 1910.

Isla de Palmas, 1928.

Jurisdicción de los Tribunales de Danzig, 1928.

Fabrica de Chorzow (Fondo), 1928.

2. TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas, (dictamen), 1948.

Reservas sobre la Convención para Prevenir y Sancionar el Delitos de Genocidio de 1948, (Dictamen), de 28 de mayo de 1951.

Minquiers y Ecrenos, 1953.

Nottembohn (excepciones preliminares), 18 de noviembre de 1953.

Interpretación de Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania (Dictamen), 1950.

Pesquerías del Atlántico Norte (Reino Unido Vs. Noruega), de 1951.

Sentencia Arbitral del Rey de España, de 23 de diciembre de 1960.

Suroeste Africano, (excepciones preliminares), de 12 de diciembre de 1962.

Camerún Septentrional, 1963.

Namibia (consecuencias jurídicas de la presencia continuada de África del Sur en Namibia a pesar de la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad) (Dictamen), 1971.

Ensayos nucleares, 1974.

Sahara occidental, 16 de octubre de 1975.

Barcelona Traction, 5 de febrero de 1979.

Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, 1980.

Actividades militares y para militares en Nicaragua y contra ella, (Nicaragua

Vs. Estados Unidos), 1986.

Armas nucleares, 1994-1995.

Bosnia-Herzegovina Vs. Yugoslavia, 1996.

África del Sudoeste, 18 de junio de 1996.

Orden de arresto de 11 abril de 2000 (República Democrática del Vs. Bélgica), 14 de febrero de 2002.

Caso relativo a Timor Oriental (Portugal Vs. Australia), sentencia de 30 de junio de 1995.

3. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA

Sentencia de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, caso D. Tadic (IT-94-1-AR72), Sentencia, de 2 de octubre de 1995, Relativa a la Objeción Preliminar sobre la Competencia.

Prosecutor Vs. Anton Furundzija, IT-95-17/1, Sentencia de 10 de diciembre de 1998.

4. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Opinión Consultiva 2/82, el Efecto de las Reservas en la Entrada en Vigor de la Convención Americana, 1982.

Opinión Consultiva 3/83, sobre las Restricciones a la Pena de Muerte, 1983.

Opinión Consultiva 4/84 del 19 de enero de 1984.

Opinión Consultiva OC 10/89, Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 14 de julio de 1989.

Caso Blake Vs. Guatemala (Fondo), Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C, No. 36, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade A. A.

Las Palmeras, referente a Colombia (Excepciones Preliminares), Sentencia de 04 de febrero de 2000, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade A. A.

5. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Irlanda Vs. Reino Unido, sentencia de 18 de enero de 1978.

Soering Vs. Reino Unido, sentencia de siete de julio de 1989.

M. Chrysostomos, A.G. Papachrysostomou y T. Loizidou Vs. Turquía, sentencia de 23 de marzo de 1995.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS

Caso Schooner Exchange Vs. M´Faddon 1812, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 3 L.Ed. 287 (1812).

Caso Underhill Vs. Hernández, 1897.

Caso Oetjen Vs. Central Leather Co., 1918, 246 U.X. 297 (1918).

Caso Hunt Vs. Mobil Oil Corp., 1977, 550 f. 2D 68 (2º Circuito) 404 U.S. 984 (1977).

Caso Arango Vs. Guzmán Travel Avisors Corp., 1980, 621 F.2d. 1371, 1380 (1980).

2. CASA DE LOS LORES

House of Lords v. Bartlett and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet. Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On appeal from a Divisional Court of the Queen’s Bench Division), 8 de octubre de 1999.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS GENERALES, COLECTIVAS Y MONOGRAFÍAS

ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., ESPALIAT LARSON, A., *La Interpretación en el Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario Europeo*, PPU, Barcelona, 1990.

AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

B. SEWALL, S., KAYSEN, C., *The United States and the International Criminal Court: National Security and International Law*, American Academy of Arts and Sciences, Rowman & Littlefield Publishers, Nueva York, 2000.

BASSIOUNI M., C., y WISE, E. M., *Aut Dedere, Aut Iudicare. The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.

BASSIOUNI, M., C., (editor), *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, Toulouse, 1993.

- *International Extradition: United States Law and Practice*, Oceana Publications, Nueva York, 1987.

- *The History of the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, ISR, L. Rev., Nueva York, 1993.

- (editor), *International Criminal Law*, Dobbs Ferry,

Nueva York, 1999.

- *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*, Cuarta Edición, Tecnos, Madrid, 1998.

- *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, Dordrecht, Boston, 1987.

BIN CHENG, *Principles of International Law*, Cambridge, Londres, 1953.

BLANC ALTEMIR, A., *La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional*, Bosch, Barcelona, 1990.

CAHIER, *Derecho Diplomático Contemporáneo*, Rialps S.A., Madrid, 1965.

CANÇADO TRINIDADE, A. A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Jurídica de Chile, Chile, 2001.

- *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos –Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, Saraiva, São Paulo, 1991.

CARRILLO SALCEDO, J., (Coord.), *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional. Premio "Rafael Martínez Emperador" 1999*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

- La Cour Pénale Internationale: L'Humanité Trouve une Place dans le Droit International, *Revue Générale de Droit International Public*, 1999.

- Módulo 1: Introducción al Derecho Internacional (Estructura del Derecho Internacional, Primera Parte) de la *Primera Maestría sobre Jurisdicción Penal Internacional: La Represión Nacional e Internacional de los Delitos Contra el Derecho de Gentes*. Universidad Internacional de Andalucía, campus La Rábida, 16 de septiembre de 2002.

- *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1999.

CARTER, B. E. y TRIMBLE, P. R., *International Law*, Little, Boston, 1991.

CASDEVANTE, C. F., y QUEL, F., (editores), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Madrid, 1997.

CASSESE, A., (Coord.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional*, Dickinson, Madrid, 2003.

DE WAAL, A. y RAKIYA, O., The Genocide in Rwanda and the International Response, *Current History*, 1995, Vol. 19, No. 591.

DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *El Derecho Penal Internacional (Ámbito Espacial de Ley Penal)*, Colex, Madrid, 1990.

DONNADIEU DE VABRES, H., *Les Principes Modernes du Droit Pénal International*, Sirey, París, 1928.

EQUIPO NIZKOR, *Estatuto de la Corte Penal Internacional. Estatuto de los Tribunales Internacionales de Nuremberg (1945) a Sierra Leona (2002)*, 1ª Edición, Equipo Nizkor, Madrid, 2002.

FERENCZ, B., *An International Criminal Court -A Step Toward World Peace- A Documentary History and Analysis*, Vol. 1., Oceana Publications, Londres, 1980.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *Jurisdicción Internacional y jurisdicción Universal Penal*, *Cursos de Victoria Gasteiz*, 1999, en prensa.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *Derecho Internacional Público, Casos y Materiales*, Quinta Edición, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2002.

GARCÍA ARÁN, M. Y LÓPEZ GARRIDO, D., (Coords.), *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARZÓN REAL B., *Cuento de Navidad: es posible un mundo diferente*, 3ª Edición, Ediciones de la Tierra, Madrid, 2002.

HEBEL H., LAMMERS G. J., SCHUKKING J., *Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honor of Adriaan Bos*, Asser Press, La Haya, 1999.

HORN, F., *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, North-Holland, 1988.

KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, Finnish Lawyers' Publishing Company, Helsinki, 1989.

LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001.

Roy, L., *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Estados Unidos, 2001.

LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redres*, Carneige Endowment for International

Peace, Washington, 1944.

Manual Internacional de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *El Convenio Europeo de Extradición*, Barcelona, 1986.

MCNAIR, A., *The Law of Treaties: British Practice and Opinions*, Clarendon Press, Oxford, 1938.

MORRIS y SCHARF, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. A Documentary History and Analysis*, Vol. 2, Transnational Publishers, Nueva York, 1995.

ORTEGA TEROL, J. M., *El desmembramiento de Estados en la Europa del Este*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996. OSMANČYK, J., *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

- *La Intervención de la OTAN en Yugoslavia*, Septem Ediciones, S.L., Oviedo, 2001.

PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8ª Edición, Tecnos, Madrid, 2002.

PRUNIER, G., *The Rwanda Crisis -1959-1994: History of a Genocide*, Fountain Publishers, Kampala, 1995.

RAGAZZI, M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon Press Oxford, Gran Bretaña, 2000.

REMIRO BROTONS, A., *El Caso Pinochet. Los Límites de la Impunidad*, Política Exterior-Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.

REMIRO BROTONS, A., DÍEZ HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., PÉREZ PRAT DURBÁN, L., y RIQUELME CORTADO, R., *Derecho Internacional*, Macgraw Hill, Madrid, 1997.

ROCAMORA, J. A., Aproximación a la historia de Timor Este, en *La Cuestión de Timor Oriental*, Bosch, Zaragoza, 1996.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J., *Aspectos Procesales más Relevantes Presentes*

en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: Condiciones para el Ejercicio de la Jurisdicción, Relación con las Jurisdicciones Nacionales, Escuela Diplomática de Madrid, Madrid, 1999.

RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y Represión Internacional*, Bosch, Madrid, 2001.

SÁNCHEZ LEJIDO, A., *La Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, En Prensa.

SCHACHTER, O., *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht-Boston-Londres, 1991.

SINCLAIR, I. M., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, University Press/Oceana, Manchester, 1973.

TRIFFTERER, O., (Ed), *The Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Alemania, 1999.

UNITED NATIONS WAR CRIME COMMISSION, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, H. M. Stationery Office, Londres, 1948.

VELU, J., ERGEC, R., *La Convention Européenne de Droits de L'homme*, Brylant, Bruselas, 1990.

VILLÁN DURAN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2002.

YAÑEZ BERNUEVO, J. A., *El papel de Estados Afines en la elaboración y el desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Seminario sobre Justicia Penal Internacional, Universidad Iberoamericana, México, 2000.

- La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte General Internacional: Balance y Perspectivas, ponencia presentada en las *Jornadas Sobre Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, organizada por la Escuela Diplomática y la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Mimeo, Madrid, 20 de marzo de 1999.

- De la utopía a la realidad: el Tribunal Penal Internacional, *Jornadas conmemorativas del cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Fundación El Monte, Sevilla, 1998.

ARTÍCULOS, NOTAS Y CONTRIBUCIONES EN PUBLICACIONES PERIODICAS Y OBRAS COLECTIVAS.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, Corte Penal Internacional. La Concesión de Inmunidad a Miembros de las Fuerzas de Mantenimiento de la Paz, Retroceso para la Justicia Internacional, *Amnistía*, agosto de 2002, No. 56.

ANNACKER, C., The Legal Regimen of Erga Omnes Obligations in International Law, *Australian Journal of Public and International Law*, 1994, No. 46

ASCENSIO, H. y PELLET, A., L'activité du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavia (1993-1995), *Annuaire français de droit international*, 1995.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *La Complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales: ¿Tiempos de <<Ingeniería Jurisdiccional>>?*, en Carrillo Salcedo, J., (Coord.), *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional. Premio "Rafael Martínez Emperador" 1999*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

AKEHURST, M., Jurisdiction in International Law, *British Yearbook of International Law*, 1972-1973, Vol. 46.

BASSIOUNI, M. Ch., From Versailles to Rwanda in Seventy-five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court, *Harvard Human Rights Journal*, 1997, Vol. 10.

- Negotiating the Treaty of Rome on the establishment of an International Criminal Court, *Cornell International Law Journal*, 1999, Vol. 32.
- The International Criminal Court: Observations and Issues before the 1997-98 Preparatory

Committee; and Administrative and Financial Implications, *Nouvelles Études Pénales*, 1997, No. 21 y 29.

BENAVIDES, A., The Universal Jurisdiction Principle, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2001.

BERNARDINI, A., Qualche Riflessione su Norme Internazionali de *jus Cogens* e Giurisdizione della Corte nella Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, *Comunicazioni e Studi*, 1975, No. 14.

BERNHARDT, R., Interpretation in International Law, *Encyclopedia of Public International Law*, 1984, Vol. 7.

BIANCHI A., Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case, *European Journal of International Law*, 1999, No. 10.

- Denying State Immunity to Violators of Human Rights, *Austrian Journal of Public and International Law*, 1993, No. 46.

BOS, A., From the International Law Commission to the Rome Conference (1994-1998), en Cassese, A., (Coord.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Comentary*, Vol. I, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

- Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint, *European Journal of International Law*, 1996.

BOURGON, S., Jurisdiction *Ratione Temporis*, en Cassese, A., (Coord.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

BRIGGS, H. W., The Tavaux Préparatoires of the Vienna Convention on the Law of Treaties, *American Journal of International Law*, 1971, No. 65.

BRÖHMER, Diplomatic Immunity, Head of State Immunity, State Immunity: Disconceptions of a Notorious Human Rights Violator, *Leiden Journal of International Law*, 1999, Vol. 12.

CARPENTER, A., The International Criminal Court and The Crime of Aggression, *Nordic Journal of International Law*, 1995, No. 64.

CARRILLO SALCEDO, J., Droit International et Souverainete des Etats, *Recueil des Cours de L'academie de Droit International de La Haye*, 1996-I.

CASADO RAIGON, R., Las Obligaciones "Erga Omnes" en el Derecho Internacional Contemporáneo, *La Ley*, 1985, No. 1120.

CASSESE, A., From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to The International Criminal Court en Casese, A., *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Vol. 1, Nueva York, 2002.

- The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections, *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10, No. 1.

- When May Senior Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on *The Congo v. Belgium Case*, *European Journal of International Law*, 2002, No. 13.

CHINKIN, C., *Symposium: The East Timor Case before the International Court of Justice*, *European Journal of International Law*, 1993, Vol. 4, No. 2.

CLARK, R., The Decolonization of East Timor and the UN Norms on Self-determination, *The Yale Journal of World Public Order*, 1980, Vol. 72.

- Article 119 (*Settlement of disputes*), en TRIFFTERER O., *The Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Alemania, 1999.

COMENTARIO EDITORIAL, The North Atlantic Coast Fisheries, *American Journal of International Law*, No. 4, 1910.

COMENTARIOS DE LA EDITORIAL, The United States at The Hague Court of Arbitration, The North Atlantic Coast Fisheries Arbitration, *American Journal of International Law*, 1910, No. 4.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Principios de Derecho

Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, Vol. 2.

COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY OF THE AUTHORS OF THE WAR AND ON ENFORCEMENT'S PENALTIES, Report Presented to the Preliminary Peace Conference, *American Journal of International Law*, 1920.

CONDORELLI, L., La Cour Pénale Internationale: un Pas de Géant (pourvu qu'il soit accompli), *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, Vol. 103, No. 1.

CONDORELLI, L. y VILLALPANDO, S., Relationship of the Court with the United Nations, en Cassese, A., (Coord.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

- Can The Security Council Extend The ICC's Jurisdiction?, en Cassese, A., (Coord.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

COSNARD M., Quelques Observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans L'affaire Pinochet, *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, No. 103.

COWLES, W. B., Universality of Jurisdiction over War Crimes, *California Law Review*, 1945, Vol. 33.

DANILENKO, G., *ICC Statute and Third State*, en Cassese, A., *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Vol. 1, Nueva York, 2002.

Decisiones de la Corte Distrital de Jerusalén de 1961 y la Decisión de la Corte Suprema de Jerusalén en: *International Law Review*, 1968, No. 36.

DELMAS MARTY, M., The ICC and The Interaction of International and National Legal Systems, en Cassese, A., (Coord.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

DESCHEEMAER, Le Tribunal Militaire des Grands Criminels de Guerre, en

Revue Générale de Droit International Public, 1946, T. XVII.

DÍEZ DE VELAZCO, M., El Séptimo Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia: Las Reservas a la Convención de Genocidio, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1951, No. 3, Tomo IV.

DOMINICÉ C., Quelques observations sur L'immunité de juridiction pénale de l'ancien Chef d'État, *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, No. 103.

DONNADIEU DE VABRES, H., *La Cour Permanente de Justice Internationale et sa Vocation en Matiere Criminelle*, *Revue Internationale de Droit Penal*, 1924.

DUBOIS, O., Las jurisdicciones Penales Nacionales de Ruanda y el Tribunal Internacional, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1997, No. 144.

DUGARD, J., Dealing with Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option?, *Leiden Journal of International Law*, 1999, No. 1001.

DUPUY, P. M., Crimes et Immunités ou dans quelle Mesure la Nature des Premiers Empêche l'Exercice des Secondes, *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, No. 103.

FERENCZ, B., Getting Aggression about Preventing Aggression, *Brown Journal of World Affairs*, 1999, No. 6.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A., SÁNCHEZ LEGIDO, A., ORTEGA TEROL, J. M., TORRES GARCÍA, C., *Guerra Ilegal, Guerra Criminal*. En prensa.

FLAUSS, J. F., Droit des Immunités et Protection Internationale Des Droit de L'homme, *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, 2000, No. 304.

FRULLI, M., The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments, *European Journal of International Law*, 2000, Vol. 11, No. 4.

FOX, H., The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State, *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, Vol. 48.

- The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government, *International and Comparative Law*

Quarterly, 2002, Vol. 51 .

GAETA, P., Official Capacity and Immunities, en Cassese, A., (Coord.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

GAJA, G., The Long Journey Towards Repressing Aggression, en Cassese, A., (Coord.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

GIANARIS, W., The New World Order and The Need for an International Criminal Court, *Fordham International Law Journal*, 1992, Vol. 16.

HALL, C. K., La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 145, marzo de 1998.

- Currents Developments, *American Journal of International Law*, 1997, Vol. 91 y 92.
- The First Five Sessions of the UN Preparatory Commission for the International Criminal Court, *America Journal of International Law*, 2000, No. 94.

HUMAN RIGHTS WATCH, *United States Efforts to Undermine the International Criminal Court: Article 98 (2) Agreements*, 9 de julio de 2002.

JACOBS, Varieties of Approach to Treaty Interpretation: with Special Reference to the Draft Convention on the Law of Treaties before the Vienna Diplomatic Conference, *International and Comparative Law Quarterly*, 1969, No. 18.

JIMÉNEZ GARCÍA, F., Hacia una jurisdicción internacional obligatoria en el siglo XXI. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, *Studia Carande, Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 1993.

Judicial Decisions of International Military Tribunal (Nuremberg), Judgement and Sentences, Octubre 1, 1946, *American Journal of International Law*, 1947, p. 221.

KAUL, H. P., KREB L., Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the

International Criminal Court: Principles and Compromises, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, No. 143.

KING PATEL, F. y LA ROSA A. M., Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia-Current Survey, *European Journal of International Law*, 1998, Vol. 9, No.4.

KIRSCH, P. y ROBINSON, D., Reaching Agreement at the Rome Conference, en Cassese, A., (Coord.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

LATTANZI, F., Compétence de la Cour Pénale Internationale et Consentement des États, *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, No. 103.

LORD PHILLIMORE, An International Criminal Court and the Resolutions of the Committee of Jurists, *British Yearbook of International Law*, 1922-23.

MADEIRA SOARES, J. E., Relations Between Indonesian Authorities and the People of East Timor, *The Spokesman: Timor Twenty Years On*, No. 62, Russel Press Ltd, Nottingham, 1995.

MAGLIVERAS, K., The Interplay between the Transfer of Slobodan Milosevic to the ICTY and Yugoslav Constitutional Law, *European Journal of International Law*, 2002, Vol. 13, No. 3.

MAINA PETER, C., El Tribunal Internacional para Ruanda: Sancionar a los Asesinos, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 144.

MALANCZUK, Peter, The International Criminal Court and Landmines: ¿What Are the Consequences of Leaving the US Behind?, *European Journal of International Law*, 2000, Vol. 11, No. 1.

Materials on Jurisdiction Immunities of States and their Property, *United Nations Legislative Series*, Nueva York, 1982.

MERIGNHAC, A., De la responsabilité pénale des actes criminels commis au de la guerre de 1914-1918, *Révue de Droit International et de Législation Comparée*, 1920, Vol. 1.

MOYNIER, G., Note sur la Création d'une Institution Judiciaire Internationale propre a Prévenir et a Réprimer les Infractions a la Convention de Geneve, *Bulletin International des Sociétés des Secours aux Militaires Blessés*, 1872.

MURPHY, S. D., Efforts to obtain immunity from ICC for U.S. peacekeepers, *American Journal of International Law*, 2002, Vol. 96, No. 3.

ORREGO VICUNA, F., Diplomatic and Consular Immunities and Consular Rights, *International and Comparative Law Quarterly*, 1992, No. 41.

OSOFSKI, H., Foreign Sovereign Immunity from Severe Human Rights Violations: New Directions for Common Law Based Approaches, *New York International Law Review*, 1998, Vol. 11.

PELÁEZ MARON, J., El Desarrollo del Derecho Internacional Penal en el Siglo XX, en Carrillo Salcedo, J., *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

PELLA, V., Towards an International Criminal Court, *American Journal International Law*, 1950, Vol. 44.

PELLET, A., Applicable Law, en Cassese, A., (Coord.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. II, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

- Pour la Cour Pénale Internationale, quand même!
Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine, *L'Observateur des Nations Unies*, 1998, No 45.

PETIT GABRIEL, E., La Propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier, un Proyecto Antiguo Recientemente Rescatado (1872-1998), en Carrillo Salcedo, J., (Coord.), *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, *Yearbook of International Law Commission*, 1950, Vol. II.

PROST K., SCHLUNK A., Article 98, en TRIFFTERER O. (Ed), *The Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Alemania, 1999.

Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1994, Vol. 2, Part. 2.

RAMA-MONTADO, M., Acerca de Algunos Conceptos Básicos Relativos al Derecho Penal Internacional y a una Jurisdicción Penal Internacional, en *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. Liber amicorum en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Arechaga*, Fundación Cultural Universitaria, Montevideo, 1994.

RONZITTI, Natalino, ¿Es aceptable el non liquet del Informe Final del Comité Instituido para Examinar la Campaña de la OTAN en Contra de la República Federativa de Yugoslavia?, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2000, No. 840.

SCHARF, M. P., The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the ICC, *Cornell International Law Journal*, 1998, No. 507.

- The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes, *Law and Contemporary Problems*, 1996, No. 41.

SERVÍN RODRÍGUEZ, C. A., La internacionalización de la Responsabilidad Penal del Individuo: El Principio Aut Dedere Aut Iudicare como Suplemento de los Ordenamientos Jurídicos Nacionales, *Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comprados*, Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 2004.

SHRAGA, D. y ZACKLIN, R., The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *European Journal of International Law*, 1994, Vol. 5, No. 3.

STAHN, C., Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002), *European Journal of International Law*, 2003, Vol. 14, No. 1.

STONE, J., Hopes and Loopholes in The 1974 Definition of Aggression, *American Journal of International Law*, 1997, No. 71.

SINJELA, M., The UN and Internal Conflicts in Africa: A Documentary Survey Rwanda, *African Yearbook of International Law*, 1995, Vol. 3.

Sir A. WATTS, The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Governments and Foreign Ministers, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1994, T. III, Vol. 247.

SOTTILE, A., Le terrorisme international, *Récueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1938, T. III, Vol. 65.

SUNSTEIN, C., Interpreting Statutes in the Regulatory State, *Harvard Law Review*, 1989, No. 103.

SWART B., SLUITER G., *The ICC and International Criminal Co-operation*, en HEBEL H., LAMMERS G. J., SCHUKKING J., *Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honor of Adriaan Bos*, Asser Press, La Haya, 1999.

TAVERNIER, P., La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex-Yugoslavia y para Ruanda, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1997, No 144.

VAN PANHUYS H. F., In the Borderland between the Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities, en *International and Comparative Law Quarterly*, 1964, No. 13.

WALDOCK, H., Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention of Human Rights, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1965, No. 11.

WECKEL, P., L'institution d'un Tribunal International pour la Répression des Crimes de Droit Humanitaire en Yougoslavie, *Annuaire Français de Droit International*, 1993, No. 39.

WEDGWOOD, R., The International Criminal Court: An American View, *European Journal of international Law*, 1999, Vol. 10, No. 1.

WIRTH, S., Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute, *Criminal Law Forum*, 2002, No. 2.

YÁÑEZ BERNUEVO, J. A., El Estatuto de Roma como Tratado y la Corte Penal Internacional como Institución, en Carrillo Salcedo, J., (Coord.), *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

YASSEEN M. K., L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités, *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, 1976, No. 151.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., El Establecimiento Convencional de la Corte Penal Internacional: Grandeza y Servidumbres, en Carrillo Salcedo, J., (Coord.), *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

ZAPPALA, S., Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The *Ghaddafi* Case before the French *Cour de Cassation*, *European Journal of International Law*, 2001, No. 12.

- The Reaction of the US to the Entry in Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements, *Journal of International Criminal Justice*, 2003, Vol. 1, No. 1.

ZWANENBURG, M., The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers under Fire?, *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10, No. 1.

OBRAS CONSULTADAS EN INTERNET

ALÍA PLANA, M., *El Tribunal Internacional para Ruanda*, <http://www.leame.com/pdfs/ruanda.pdf> (visitada el 19 de enero de 2004).

- *El Tribunal Especial para Sierra Leona*

<http://www.derechomilitar.info/artidoc/tribsieleo.htm>
(visitada el 28 de diciembre de 2004).

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Timor Oriental: Continúan las Violaciones de Derechos Humanos*, Amnistía Internacional, 1985, <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLASA210101995?open&of=ESL-2S3> (visitada el 29 de noviembre de 2003).

- *Los Esfuerzos Estadounidenses por Conseguir Inmunidad para el Genocidio, los Crímenes Contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra*, http://216.239.39.104/search?q=cache:U_pi2O0deOMJ:www.edai.org/centro/tematico/cpi/I4002502.pdf+inmunidades+del+art%C3%ADculo+98.1+del+Estatuto+de+Roma&hl=es&ie=UTF-8 (visitada el 28 marzo de 2004).

- Corte Penal Internacional. *La Necesidad de que la Unión Europea Tome Más Medidas Efectivas para Evitar que sus Miembros Firmen Acuerdos de Impunidad con Estados Unidos*, <http://web.amnesty.org/library/print/ESLIR400302002> (visitada el 1º de marzo de 2004).

FERNANDO ROMERO, D. y RODRÍGUEZ, M. F., *¿Conflictos Étnicos en África? Los Casos de Rwanda y Sierra Leona*, Grupo de Estudios Africanos GEA, <http://cursos.uexternado.edu.co/africa/articuloestconflictoetnico.htm> (visitada el 3 de noviembre de 2003).

HUMAN RIGHTS WACHT, *Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda*, 1999, <http://www.igc.org/hrw/reports/1999/rwanda/> (visitada el 5 de octubre de 2003).

LONDOÑO, María A., *Timor Oriental: La Independencia Se Acerca*, visible en <http://www.cip.fuhem.es/timor/maria.htm>, (visitada el 29 de noviembre de 2003).

SALMÓN, E. y GARCÍA, G., *Los Tribunales Internacionales que Juzgan Individuos: El Caso de los Tribunales ad-hoc para la ex-Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional como Manifestaciones Institucionales de la Subjetividad Internacional del Ser Humano*. <http://www.iccnw.org/espanol/tesinas/Salmon.pdf> (visitada el 9 de noviembre de 2003).

ZUPPI, A. L., *La Jurisdicción Universal para el Juzgamiento de Crímenes contra el Derecho Internacional*, visible en <http://www.abogarte.com.ar/zuppi2.htm>, (visitada el 4 de enero de 2004).

SITIOS DE INTERNET CONSULTADOS

<http://www.ess.uwe.ac.uk/documents/moscowdecl.htm> (visitado el 24 de junio de 2002).

<http://www.un.org./law/icc/statute/.status.htm>, (visitado el 10 de febrero de 2003).

http://www.iccnw.org/espanol/notas_prensa/np_ue2.htm (visitado el 15 de mayo de 2003).

<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss9.html> (visitado el día 3 de agosto de 2003).

<http://www.europarl.eu.int/dg1/a4/es/a4-97/a4-0250.htm> (visitado el 13 de noviembre de 2003).

<http://www.benferencz.org/sohn2.htm> (visitado el 10 de diciembre de 2003).

<http://www.cnd.org/njmassacre/> (visitado el 12 de diciembre de 2003).

<http://www.un.org/peace/etimor/UntaetB.htm> (visitado el 12 de diciembre de 2003).

http://www.afrol.com/es/Paises/Sierra_Leona/esp_guerracivil.htm (visitado el 29 de diciembre de 2003).

http://www.iccnw.org/espanol/notas_prensa/np_consejo-seguridad.htm (visitado el 24 de diciembre de 2003).

http://www.iccnw.org/espanol/notas_prensa/np_liberia.htm, (visitado el 26 de diciembre de 2003).

http://www.iccnw.org/espanol/notas_prensa/np_cs2.htm (visitado el 3 de febrero de 2004).

http://www.iccnw.org/espanol/notas_prensa/np_liberia.htm, (visitado el 6 de febrero de 2004).

<http://www.cnnenespanol.com/2003/americas/eeuu/07/01/corte.internacional/> (visitado el día 3 de marzo de 2004).

http://www.iccnw.org/espanol/notas_prensa/np_eua2.htm (visitado el día 3 de marzo de 2004).

<http://www.abogarte.com.ar/eeuucpi2.htm> (visitado el 8 de abril de 2004).

<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/americas/1563722.stm> (visitado el día 13 de abril de 2004).

http://beqiraj.com/usa/enduring_freedom/index.asp (visitado 13 de abril de 2004).

<http://www.humanrightsnow.org/peruandel.htm> (visitado el 15 de mayo de 2004).

http://216.239.39.104/search?q=cache:ii-h_TWO3JQJ:www.mediosparalapaz.org/index.php%3Fidcategoria%3D826+Rumania+y+ESTADOS+uNIDOS+1+de+agosto+de+2002,+acuerdos+del+art%C3%ADculo+98+&hl=es&ie=UTF-8 (visitado el 7 de junio de 2004).

<http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2002/9968.htm> (visitado el 12 de junio de 2004).

<http://www.endgenocide.org/ceg-icc/aspafinal/houseaspa.htm> (visitado el 12 junio de 2004).

<http://www.wfa.org/issues/wicc/archives/2002/aspaction.html>, (visitado el 12 de junio de 2004).

http://www.iccnw.org/espanol/art98/fidh_2004sp.pdf (visitado el 15 de junio de 2004).

[http://thomas.loc.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp107:FLD010:@1\(hr593\)](http://thomas.loc.gov/cgi-bin/cpquery/R?cp107:FLD010:@1(hr593)) (visitado el 10 de julio de 2004).

<http://usinfo.state.gov/espanol/> (visitado el 13 de julio de 2004).

<http://www.lanacion.com.py/noticias.php?not=79922&fecha=2004/07/12> (visitado el día 16 de julio de 2004).

<http://www.ipsenespanol.net/interna.asp?idnews=29689> (visitado el día 16 de julio de 2004).

<http://www.cnnenespanol.com/2004/americas/eeuu/06/23/desiste/index.html> (visitado el día 19 de julio de 2004).

<http://www.un.org/apps/sg/offthecuff.asp> (visitado el 1 de agosto de 2004).

<http://www.fidh.org> (sitio consultado por ultima ocasión el 3 de agosto de 2004).

http://www.iccnw.org/espanol/notas_prensa/np_eua2.htm (consultada por

ultima vez el día 3 de agosto de 2004).

<http://www.amicc.org/docs/CGStableBIA.pdf> (consultado el día 9 de septiembre de 2004).

http://www.iccnw.org/documents/otherissues/impunityart98/BIADB_current.xls (sitio consultado por última vez el 9 de septiembre de 2004).

<http://www.icc-cpi.int/> (consultada por última ocasión el día 11 de septiembre de 2004).

<http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa4/111s.pdf> (visitado el 23 de octubre de 2004).

http://www.iccnw.org/espanol/articulos/servin_rodriguez.pdf (visitado el 23 de octubre de 2004).

<http://64.233.161.104/search?q=cache:MC0LOdXcqcwJ:www.upaz.edu.uy/informes/docs/memorionu5.htm+el+objeto+y+fin+del+Estatuto+de+Roma&hl=es> (visitado el 24 de octubre de 2004).

<http://www.iccnw.org/espanol/articulos/Art98.pdf> (visitado el 8 de diciembre de 2004).