

## La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz

CONCEPCIÓN ESCOBAR HERNÁNDEZ

UNED

### I. Introducción

1. Los años de tránsito entre el siglo XX y el siglo XXI se presentan a los ojos de cualquier observador impregnados de una suerte de contradicción casi esquizofrénica. Por un lado, el final del siglo XX representa el fin de la guerra fría y de la bipolaridad y el consiguiente proceso de relanzamiento y consolidación de importantes mecanismos de humanización en el marco de las relaciones internacionales.<sup>1</sup> Por otro, asistimos en el mismo período a un incesante incremento de situaciones de crisis, incluso conflictos armados, en los que los valores de humanización se ven seriamente agredidos, bastando con mencionar situaciones como las de la antigua Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona, Liberia, Timor Oriental, Irak..., por no citar sino las más conocidas por la opinión pública.

Nos encontramos, en definitiva, ante una situación en la que dos de los valores más esenciales de la Sociedad Internacional contemporánea (mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, de un lado, y respeto y garantía de los derechos humanos fundamentales, de otro) se relacionan en forma estrecha e inestable, siempre en conexión con la concurrencia de ambos en una situación de conflicto internacional que hace difícil el aseguramiento y respeto efectivo de los mismos. Y ello entremezclado, la mayoría de las veces, con una tensión dialéctica entre multilateralismo y bilateralismo que influye de manera decisiva en la propia solución del conflicto, lo que obliga a reflexionar sobre la necesidad de arbitrar medios permanentes, de dimensión institucional, que permitan responder adecuadamente al reto de preservar los valores comunitarios antes señalados.

2. Es precisamente en este entorno donde surge la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), un nuevo instrumento del que se dota la Comunidad Interna-

cional para responder de forma institucionalizada y permanente a la comisión de los más graves crímenes de dimensión internacional que atentan contra la conciencia de la Humanidad, a saber: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

En realidad la creación de la Corte Penal Internacional no responde a un modelo espontáneo, sino que es el resultado de un largo proceso de debate en torno a la necesidad de constitución efectiva de una jurisdicción penal internacional, independiente de las jurisdicciones de los Estados y que se pueda superponer a las mismas, con la finalidad inequívoca de eliminar (o al menos reducir al máximo) el tristemente célebre fenómeno de la impunidad. En este entorno, la CPI no es sino la última manifestación de un largo proceso en el que se inscriben antecedentes de una gran importancia, de entre los que cabe destacar muy especialmente los *Tribunales penales internacional ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad en la mitad de los años noventa del pasado siglo.<sup>2</sup> La CPI comparte con estas jurisdicciones *ad hoc* importantes elementos; en particular, la proclamación de la competencia para juzgar a cualquier individuo y la consiguiente consagración del principio de responsabilidad penal internacional universal; la incorporación en el ámbito de la responsabilidad internacional de una inequívoca dimensión penal, que hasta la fecha era inexistente o presentaba una muy reducida manifestación; la identificación de valores primarios del ordenamiento internacional que precisan de una protección cualificada, reforzando así la dimensión axiológica del sistema; y, por último, la institucionalización de la respuesta que la Comunidad Internacional da a las violaciones de estos valores prioritarios, que se producirá directamente a través de órganos internacionales.

Sin embargo, la constitución de la CPI incorpora una *plus* significativo respecto de los tribunales que han actuado con anterioridad, que consiste en el reforzamiento de la dimensión institucional de la nueva Corte. Así, frente al carácter coyuntural de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, la CPI se configura como una nueva organización internacional, independiente de los Estados y de otras organizaciones internacionales, que se constituye con carácter permanente y a la que se atribuye el mandato potencial de juzgar cualquier crimen de los antes enunciados que se haya cometido por cualquier individuo a partir de la entrada en vigor del Estatuto.<sup>3</sup> Nos encontramos así ante una nueva institución internacional cuya vocación de universalidad es evidente.<sup>4</sup>

No es de extrañar, por tanto, que esta nueva institución haya generado grandes esperanzas en la Comunidad Internacional, y muy especialmente en lo que el Secretario General de las Naciones Unidas viene denominando la *sociedad civil internacional*. Sólo en esta clave cabe entender la creación de la más amplia red organizada de ONGs conocida hasta la fecha (la *Coalición para la Corte Penal Internacional*), la incorporación de la temática de la Corte en todo el debate político general e, incluso, la llamada de atención que se está produciendo cada vez con más frecuencia sobre la posibilidad de acudir a la Corte para la resolución de

importantes conflictos políticos, en especial en conexión con la potencialidad de la CPI para intervenir en el marco de conflictos armados.

Esta conexión CPI - conflictos armados no es nueva, sino que por el contrario cuenta con un importante antecedente en los dos Tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad, que nacen precisamente en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y, por tanto, como mecanismos de respuesta para el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales. Estos antecedentes han influido de forma notable en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que si bien está llamado a aplicarse tanto en tiempo de guerra como de paz, contempla crímenes que tan sólo pueden producirse en el marco de un conflicto armado. Así pues, la Corte Penal Internacional puede concebirse, sin ningún género de dudas, como un instrumento al servicio de la paz y la seguridad internacionales, útil para el restablecimiento de la paz perdida y que, al mismo tiempo, refuerza la dimensión moralizante de las normas de Derecho Internacional Humanitario y de ciertas normas del Derecho de la Guerra que rigen la conducción de las hostilidades, al posibilitar que en caso de violación de las mismas pueda ser sancionado no sólo el Estado infractor sino también el autor material de ciertos actos que son contrarios al conjunto normativo mencionado. No es extrañar, por tanto, que la posibilidad de acudir a la Corte Penal Internacional se haya planteado recientemente en conexión con diversos conflictos armados.

3. Un buen ejemplo de este fenómeno lo encontramos en el debate abierto en España y en otros país europeos, en torno a la intervención de la CPI respecto de la invasión de Irak,<sup>5</sup> que ha sido reclamada desde muy distintos foros, aunque no siempre con precisión ni con acierto técnico. En efecto, la posible intervención de la CPI para juzgar a personas que han cometido o cometan crímenes de competencia de la Corte durante el conflicto de Irak ha sido invocada de modo especial para instar el enjuiciamiento de los Jefes de Estado o de Gobierno que han adoptado las decisiones previas a la intervención militar en Irak y que han ordenado el desencadenamiento de las hostilidades, a lo que se añade el debate de menos intensidad sobre la posible intervención de la Corte para enjuiciar los crímenes de guerra (o de otro tipo) cometidos durante las hostilidades o durante el actual período de ocupación.

Se trata, sin embargo, de un debate parcialmente artificial, puesto que se ha desarrollado sin tener en cuenta las reglas del Estatuto de Roma que definen la competencia de la Corte para juzgar crímenes concretos y que limitan, e incluso impiden, el ejercicio de la jurisdicción penal internacional en el caso que nos ocupa. Así, baste con destacar que el enjuiciamiento de los Jefes de Estado o de Gobierno responsables de dar la orden de invasión resulta imposible por razones sustantivas, en la medida en que la Corte no puede ejercer su jurisdicción sobre un crimen de agresión que hasta la fecha no ha sido tipificado.<sup>6</sup> A lo que ha de añadirse, por otro lado, que desde la perspectiva de los crímenes que hayan podi-

do cometerse en el desarrollo de las hostilidades o que se cometan durante la actual ocupación del territorio iraquí, la competencia de la Corte para ejercer la jurisdicción penal está igualmente condicionada por otras reglas, en especial el hecho de que no todas las tropas invasoras y/o ocupantes, en especial las norteamericanas, están sometidas personalmente a la jurisdicción de la Corte, ya que ni Irak ni Estados Unidos han ratificado el Estatuto de Roma.<sup>7</sup>

Hay que concluir, por tanto, que la Corte Penal Internacional difícilmente va a poder intervenir en relación con crímenes de su competencia acaecidos en el marco del conflicto iraquí. Y, sin embargo, no cabe duda alguna de que la CPI ha sido creada para asistir a la Comunidad Internacional en el proceso de eliminación de la impunidad respecto de dichos crímenes. De esta manera, la Corte se ve enfrentada por primera vez (aunque sea en términos políticos) ante cuestiones centrales para la jurisdicción internacional penal, en especial por lo que se refiere a la idoneidad futura de la misma para cumplir con la función que le atribuye el propio Estatuto de Roma en conexión con la preservación de la paz y la seguridad internacionales.

En todo caso, y al margen de la respuesta concreta que se dé a las cuestiones arriba planteadas, lo cierto es que la invasión de Irak nos invita a reflexionar sobre la idoneidad de la Corte Penal Internacional para actuar como un instrumento al servicio de la paz y para reprimir adecuadamente los mas graves crímenes cometidos en el marco de un conflicto armado. Para ello es preciso analizar las disposiciones del Estatuto de Roma que se refieren a las siguientes cuestiones básicas: 1) los crímenes de competencia de la Corte; 2) las reglas que rigen la competencia subjetiva de la Corte y el principio de responsabilidad penal internacional; y 3) el modelo de relación de la Corte con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. A ello se dedican las siguientes páginas de este trabajo.

## II. Los crímenes de competencia de la Corte

Sin duda, el primer elemento que hemos de tener en cuenta para valorar la contribución de la Corte Penal Internacional al reforzamiento de la paz internacional es el de las conductas tipificadas como crímenes, ya que es a través de las mismas como incorpora en el marco de las relaciones internacionales el componente axiológico que se convierte en parámetro del contenido sustantivo de la paz internacional. Desde esta perspectiva, el Estatuto de Roma y la propia Corte merecen una valoración altamente positiva, ya que no cabe duda de que a través de cada uno de los tipos incorporados en el Estatuto se están preservando derechos fundamentales que constituyen el fundamento axiológico de la paz. Se trata de un elemento que está presente en todos y cada uno de los crímenes enunciados y definidos en los artículos 5 a 8 del Estatuto, pero que —por lo que ahora nos interesa— alcanza un significado especial en los crímenes de guerra y en el crimen de agresión que, por ello, merecen un tratamiento especial y separado.

## 1. *Los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma*

1. Como ya se ha señalado, el origen de los primeros tribunales penales internacionales se encuentra precisamente en situaciones de conflicto armado en cuyo seno se han cometido graves violaciones de las normas de Derecho Internacional Humanitario que protegen a las víctimas de los conflictos armados. No es de extrañar, por tanto, que el núcleo de los crímenes internacionales perseguidos por estos tribunales se haya centrado tradicionalmente en los denominados *crímenes de guerra*, y ello con independencia de las denominaciones que dichos crímenes hayan recibido a lo largo de la historia. Y no es de extrañar, tampoco, que en el Estatuto de Roma los denominados crímenes de guerra constituyan una categoría autónoma que es, además, la que ha sido objeto de un mayor desarrollo normativo, como se aprecia con la simple lectura del artículo 8 del Estatuto y su comparación con los artículos 6 y 7.<sup>8</sup>

2. Sin embargo, aunque el Estatuto de Roma recoge una tradición previa, no es menos cierto que introduce importantes novedades estructurales dignas de tenerse en cuenta.

Sin duda, la primera de estas novedades radica en la inclusión bajo esta categoría genérica de los crímenes cometidos tanto en el marco de un conflicto armado internacional como en el marco de un conflicto armado interno, poniendo fin a un viejo debate sobre la posibilidad o no de calificar como tales crímenes a los cometidos en el marco de lo que históricamente se ha denominado «guerras civiles». De esta manera, el Estatuto amplía el ámbito tradicional de acción de los crímenes de guerra, dejando tan sólo fuera del marco de acción de la Corte los posibles crímenes cometidos en situaciones de violencia de baja intensidad a las que tan sólo puede calificarse como «situaciones de disturbios o tensiones internas, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar»,<sup>9</sup> que, en su caso, habrán de someterse a las reglas estipuladas en el Estatuto para los crímenes contra la humanidad o el crimen de genocidio. El avance que ello representa es evidente, especialmente si se tiene en cuenta que la mayor parte de los conflictos armados que se producen en la actualidad responden a la categoría de conflicto armado interno.

En segundo lugar, ha de destacarse igualmente que el Estatuto tipifica como crímenes de guerra las más graves infracciones al Derecho Internacional aplicable en el marco de los conflictos armados, tanto si dichas infracciones constituyen una violación de normas recogidas en las Convenciones de La Haya o en las Convenciones de Ginebra, como si son infracciones de normas de Derecho Internacional consuetudinario que regulan la conducción de las hostilidades o la protección debida a las víctimas. Se produce así una ampliación del ámbito de operatividad de los crímenes de guerra, que se refleja en el propio texto del artículo 8 del Estatuto, y que permite tipificar como crímenes de guerra conductas que hasta la fecha no

habían gozado del suficiente consenso internacional como para plasmarse en un texto convencional y cuya posibilidad de sanción penal era cuestionada. La gran aportación del Estatuto consiste, pues, en que a partir de su incorporación en el mismo no podrá seguir manteniéndose la vieja argumentación de que tales conductas no pueden ser objeto de sanción penal al no haber sido incorporadas en un texto escrito, cierto y seguro. Por el contrario, la inclusión de tales comportamientos en el Estatuto les otorga la protección del principio de legalidad<sup>10</sup> que resultará oponible a cualquier Estado parte.

Y, por último, en términos estructurales, la tercera innovación introducida por el Estatuto respecto de los crímenes de guerra consiste precisamente en la proclamación de que dichos crímenes pueden ser cometidos tanto en conflictos formalizados como no formalizados. Es decir, tanto si el conflicto se desarrolla entre las fuerzas armadas de dos Estados, si tiene lugar entre las fuerzas armadas de un Estado y un grupo o grupos armados organizados, como si —finalmente— el conflicto armado es el resultado de un enfrentamiento entre grupos armados organizados entre sí.<sup>11</sup> De esta forma, la Corte podrá ejercer su jurisdicción tanto en situaciones ordinarias de pervivencia del Estado como en los supuestos de desestructuración del Estado que, en la actualidad, son cada vez más frecuentes en la escena internacional.

3. Esta configuración de los crímenes de guerra representa, sin duda, un sensible avance respecto de la situación imperante con anterioridad a la adopción del Estatuto de Roma, en particular por cuanto permitirá el enjuiciamiento de conductas que hasta la fecha eran de dudosa calificación como crimen de guerra. Este cambio, que incluso cabe calificar de revolucionario, motivó un importante debate en la Conferencia de Roma sobre la necesidad de asegurar que la jurisdicción internacional no intervendría más que en casos de extrema gravedad, dejando a las jurisdicciones nacionales el ejercicio de la competencia para otros supuestos de menor envergadura.

Ello se ha traducido en la incorporación en el Estatuto del denominado «umbral» que se refleja en el encabezamiento del artículo 8. En virtud del mismo, tan sólo tendrán consideración de crímenes de guerra a los efectos de la Corte Penal Internacional aquellas conductas enunciadas en el artículo 8 que, además, cumplan el requisito de haber sido cometidas «como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes».<sup>12</sup> De esta manera, la Corte tan sólo podrá enjuiciar aquellas infracciones que revistan una especial gravedad por su dimensión de planificación o por su carácter sistemático.

Es cierto que con esta fórmula, uno o varios crímenes de guerra cometidos en forma aislada no podrán ser enjuiciados por la Corte, subsistiendo un cierto ámbito de acción para la impunidad. Sin embargo, la introducción de este criterio de agravación se justifica perfectamente por el carácter especialísimo de la jurisdicción creada en Roma y por la necesidad de ir asentando progresivamente su

legitimación y aceptación social. Así, si tenemos en cuenta que la Corte sustituirá a los tribunales nacionales en el ejercicio de su poder represor, parece aconsejable que —al menos en su actual estadio de evolución— se configure como el juez de los comportamientos más graves, dejando el resto de los crímenes en manos de los tribunales estatales. A lo que ha de añadirse, por otro lado, que los crímenes que no alcancen el umbral antes referido no necesariamente han de quedar sin sanción. Por el contrario, nada impide que otro tribunal internacional *ad hoc* pueda juzgar estos comportamientos. Y, sobre todo, nada impide que los tribunales nacionales puedan juzgar a los autores de tales actos por aplicación del Derecho nacional que, como regla, no contempla la exigencia del umbral antes mencionado.

4. Junto a los elementos antes señalados, el Estatuto de Roma incorpora igualmente importantes novedades referidas a la tipificación de los crímenes de guerra. Así, han de destacarse varios elementos. En primer lugar, el art. 8 refleja un importante esfuerzo por presentar en forma sistemática y organizada todos los comportamientos que en la actualidad se consideran como crímenes de guerra, dando respuesta así a la necesidad de incorporar en un único texto homogeneizador y comprensible las distintas tipificaciones que, hasta la fecha, se encontraban dispersas en textos internacionales de muy distinta naturaleza y alcance.

En segundo lugar, a este ejercicio de sistematización, el Estatuto de Roma añade su adecuación a la realidad histórica, de tal forma que si bien recoge los crímenes de guerra tradicionales ya consolidados, añade otros nuevos tipos criminales que surgen a la luz de nuevas situaciones y necesidades de la vida internacional. En este sentido, baste con destacar algunos ejemplos significativos, tales como el embarazo forzoso, el ataque al personal o a los bienes de operaciones de paz o humanitarias establecidas por las Naciones Unidas,<sup>13</sup> o el uso ilícito de emblemas o signos de las Naciones Unidas para inducir a error al enemigo.<sup>14</sup> Nos encontramos así ante un sensible avance en la tipificación de los crímenes de guerra, en el que han influido sensiblemente los más recientes acontecimientos y, de modo muy especial, el conflicto en la antigua Yugoslavia, lo que explica el hecho de que un cierto número de los nuevos crímenes incorporados al Estatuto tienen su origen en el Estatuto y la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia. No obstante, la adecuación del Estatuto de la Corte Penal Internacional a los nuevos tiempos no ha sido pleno, como lo pone de manifiesto el debate sobre la identificación de las armas prohibidas, que concluyó con la no incorporación del arma atómica entre las mismas.<sup>15</sup>

Por último, ha de destacarse que la concepción amplia de los crímenes de guerra que mantiene el Estatuto se refleja igualmente en la enumeración de las conductas prohibidas, que permite incriminar cualquier comportamiento contrario al Derecho Internacional que se produzca con ocasión del desarrollo de un conflicto armado, tanto si dicha norma tiene como objeto la protección de las víctimas del conflicto<sup>16</sup> (Derecho Internacional Humanitario) como si tiene

como objeto la definición de los medios y métodos de combate prohibidos (Derecho de la Guerra). Esta concepción amplia se refleja, además, en el elevado número de comportamientos prohibidos en cualquiera de las dos categorías mencionadas, que da buena muestra de la voluntad de limitar al máximo la discrecionalidad en el desarrollo de las hostilidades y de introducir una dimensión «humanizadora» que palie en alguna forma la innegable naturaleza deshumanizadora y amoral de la propia idea de guerra.<sup>17</sup>

5. Esta dimensión amplificadora de las competencias atribuidas a la Corte en relación con los crímenes de guerra choca, sin embargo, con lo previsto en la denominada «disposición transitoria», en virtud de la cual «un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio».<sup>18</sup>

Se trata de una disposición que se encuentra en clara contradicción sistémica con el resto de las disposiciones competenciales contenidas en el Estatuto. Así, baste con destacar al respecto que el Estatuto no admite reservas a ninguna de sus disposiciones<sup>19</sup> y que todo Estado que lo haya ratificado o se haya adherido al mismo reconoce automáticamente competencia a la Corte para enjuiciar cualquiera de los crímenes enunciados en el artículo 5.<sup>20</sup> Por el contrario, el artículo 124 permite una exclusión temporal y limitada de la competencia de la Corte rompiendo este principio de unidad competencial.

Nos encontramos, así, ante una disposición que no puede entenderse sino como una especialísima cláusula de garantía ofrecida a ciertos Estados que, de lo contrario, tendrían dificultades internas para ratificar el Estatuto y cooperar con la Corte. Incorporada a instancia de Francia, hasta la actualidad tan sólo este país y Colombia han hecho uso de la potestad que les atribuye el art. 124, a lo que ha de añadirse que en Colombia se viene suscitando en los últimos meses un interesante debate sobre la retirada de la declaración y el sometimiento de este país al régimen competencial general. En cualquier caso, y al margen del escaso seguimiento que ha tenido esta cláusula de garantía, no es menos cierto que su incorporación en el Estatuto merece una valoración crítica, siendo de esperar que se proceda a su supresión en la Primera Conferencia de Revisión.<sup>21</sup>

6. A la luz de lo que se acaba de señalar en las páginas precedentes, puede afirmarse sin ningún género de dudas que, al margen de las inevitables imperfecciones que el mismo contiene, la regulación de los crímenes de Roma en el Estatuto de Roma merecen una valoración altamente positiva. Y que, desde esta perspectiva, la Corte Penal Internacional está llamada a convertirse en un instrumento de gran utilidad para preservar una suerte de límite y «control humanita-

rio» de los conflictos armados, lo que, sin duda, contribuye a su configuración como un instrumento al servicio de la paz internacional.

## 2. *El crimen de agresión en el Estatuto de Roma*

1. Sin embargo, los crímenes de guerra no constituyen la única conexión sustantiva entre conflicto armado y Corte Penal Internacional. Muy al contrario, el artículo 5 incluye entre los crímenes de competencia de la Corte el *crimen de agresión*, que, como es obvio, introduce en el corazón competencial de la nueva jurisdicción la problemática específica del uso ilegal de la fuerza, en este caso bajo la forma de mayor gravedad que hasta la fecha ha sido definida en el Derecho Internacional: la agresión.

2. La incorporación del crimen de agresión en el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional es una de las manifestaciones más claras del difícil equilibrio que se ha querido reflejar en este innovador instrumento. Heredero de alguno de los tipos penales definidos en Nüremberg, el crimen de agresión aparece contemplado en el Proyecto de Estatuto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional<sup>22</sup> y, desde ese momento, se ve sometido a un largo y complejo debate tanto en el Comité Preparatorio sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional como en la Conferencia de Roma.<sup>23</sup>

Dicho debate ha finalizado en una primera fase con la solución de compromiso que se contiene en el artículo 5 del Estatuto, conforme a la cual la Corte se ve atribuir competencia para enjuiciar el crimen de agresión,<sup>24</sup> pero el ejercicio de la misma se condiciona y dilata en el tiempo, ya que —al no haber sido definido el crimen en el propio Estatuto— la Corte sólo podrá ejercer su competencia «una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 [del Estatuto] en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará». Lo que, además, deberá ser «compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas».<sup>25</sup> Nos encontramos de esta forma ante una competencia virtual cuya efectividad se ve sometida a un complejo procedimiento de revisión (propio del Derecho de los Tratados), en el que no sólo nos enfrentamos a un problema sustantivo de definición de los tipos penales, sino también al no menos complejo problema de la relación que se debe articular entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas en el ámbito de la función básica que a ésta última corresponde respecto del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

A nadie escapa que el crimen de agresión presenta unas características especiales que le diferencian del resto de los crímenes enunciados en el artículo 5 del Estatuto, aunque sólo sea por la dimensión estatal de la actividad que constituye el sustrato del crimen. Teniendo en cuenta este elemento, no puede extrañar la dificultad para lograr un acuerdo sobre la definición de un crimen en

el que han de estar presentes elementos de muy distinta naturaleza, que presentan una gran complejidad y que afectan a cuestiones que podemos calificar de «vidriosas». Sin embargo, el gran interés demostrado por un importante grupo de Estados (no alineados, africanos y árabes, en especial) exigía la inclusión del crimen de agresión entre aquellos que podrán ser enjuiciados por la Corte, aunque sea en una segunda fase.

La solución de compromiso del artículo 5 del Estatuto de Roma constituyó, pues, un esfuerzo por ofrecer garantías suficientes a Estados con posiciones distintas, que facilitase la adopción del Estatuto y que permitiese continuar con la negociación sobre el crimen de agresión con posterioridad. Sin embargo, aunque la fórmula en cuestión es imaginativa no resolvió ningún problema de fondo, como se ha demostrado con posterioridad, ya que después de cinco años desde la adopción del Estatuto el crimen de agresión sigue estando situado en el plano de los «problemas pendientes»<sup>26</sup> y no se podrá resolver, como muy pronto, hasta el año 2009, fecha en que se habrá de convocar necesariamente la Primera Conferencia de Revisión prevista en el Estatuto.

3. Las dificultades intrínsecas a la definición de cualquier tipo penal de los contenidos en el Estatuto se ven acrecentadas respecto del crimen de agresión, dado el complejo entramado de cuestiones que se suscitan en torno al mismo, todas ellas relacionadas con el hecho de que no es posible la existencia de un crimen de agresión imputable a un individuo si no es en el entorno de una situación de agresión imputable a un Estado, lo que obliga a tomar en consideración múltiples elementos para la definición del crimen de agresión y para su enjuiciamiento efectivo.<sup>27</sup>

Así, ha de tener en cuenta, en primer lugar, que la definición del crimen de agresión pasa por la propia definición del concepto de agresión a los fines del Estatuto, lo que obliga a reflexionar respecto de la autonomía conceptual del crimen de agresión en sí mismo considerado y sus relaciones con el concepto de agresión contenido en la R. 3314 (XIX) de la Asamblea General. En segundo lugar, no puede olvidarse tampoco la importancia que reviste la determinación del lugar que el autor del crimen de agresión debería ocupar en la estructura de poder del Estado en el momento en que se producen los actos constitutivos del crimen, de tal forma que su actuación haya sido determinante para que se produzca la agresión imputable con carácter general al Estado y que constituya el sustrato material del crimen de agresión que generaría la responsabilidad penal del individuo. Y, en tercer lugar, ha de tenerse igualmente en cuenta la necesidad de definir el nexo fáctico existente entre la agresión imputable al Estado y el crimen de agresión imputable al particular y la determinación del margen de discrecionalidad que corresponde a la Corte para deducir la responsabilidad del individuo. A lo que ha de añadirse, en cuarto lugar, la necesidad —impuesta por el Estatuto— de definir cuáles han de ser las condiciones pre-

vías que han de cumplirse para que la Corte ejerza su competencia de forma compatible con la Carta de las Naciones Unidas, en especial respecto de las disposiciones relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tema éste del que nos ocuparemos en el último apartado de este trabajo.

Junto a ello, ha de tenerse en cuenta igualmente que la especialidad y gravedad que reviste el crimen de agresión exige igualmente reflexionar detenidamente sobre otra serie de cuestiones de gran importancia, vinculadas exclusivamente al Estatuto de Roma, que se refieren a la aplicabilidad al crimen de agresión de determinadas reglas específicas contenidas en el mismo y que definen el alcance de la competencia de la Corte (complementariedad)<sup>28</sup> o el alcance de la responsabilidad penal individual derivada del crimen de agresión.<sup>29</sup>

4. Ante este panorama, es comprensible el enorme retraso de los trabajos en curso para definir el concepto y tipificación del crimen de agresión, en los que se aprecian incluso serias confusiones entre lo que es la tipificación del crimen en sentido estricto, las reglas especiales de responsabilidad aplicables a los autores del crimen y las condiciones de procedibilidad que permitirían que la Corte ejerciera su jurisdicción. Confusión que, además, no sólo está presente en el debate sino, incluso, en alguno de los más recientes documentos de trabajo que han visto la luz.<sup>30</sup>

Por ello, la valoración que merece la incorporación del crimen de agresión en el Estatuto de Roma no puede responder a los mismos parámetros positivos y ha de ser más matizada que la que antes hemos manifestado respecto de los crímenes de guerra. Así, en términos de principios, es posible concluir que la atribución de competencia a la Corte respecto del crimen de agresión es un elemento positivo por cuanto la puede convertir en un instrumento al servicio de la paz internacional. Sin embargo, la forma en que la competencia se le atribuye y la enorme indefinición conceptual y procesal que rodea al crimen de agresión obligan a formular serias dudas sobre la idoneidad de su incorporación en el Estatuto de Roma, así como sobre su contribución al reforzamiento de los innegables lazos existentes entre la Corte Penal Internacional y la preservación de la paz y la seguridad internacionales. Siendo necesario a este respecto llamar muy especialmente la atención sobre los graves problemas que, sin duda, se suscitan a la hora de definir la relación entre Corte Penal Internacional y Consejo de Seguridad en orden a la agresión, que pueden llegar incluso a provocar un enfrentamiento entre ambas instituciones.

### **III. Responsabilidad penal individual**

El segundo de los elementos que nos permiten valorar la contribución de la Corte Penal Internacional al enjuiciamiento de los crímenes cometidos en el marco de los conflictos armados se concreta en las reglas que hacen posible la depuración

de la responsabilidad de los autores de dichos crímenes. Nos encontramos de esta forma ante el núcleo de normas que definen la competencia subjetiva de la Corte y el principio de responsabilidad penal individual, a las que han de añadirse determinadas disposiciones del Estatuto que establecen o posibilitan formas de protección frente a la entrega de una persona acusada a la Corte.

### 1. *El principio de responsabilidad penal individual*

1. El Estatuto de Roma define un modelo de competencia subjetiva que, en los términos que ahora nos interesa, se traduce en la proclamación de un principio de responsabilidad penal individual de alcance universal. En virtud del mismo, la Corte es competente para enjuiciar a cualquier persona mayor de dieciocho años que haya cometido un crimen de competencia de la Corte,<sup>31</sup> aplicándose a cualquier persona idénticas reglas de responsabilidad, sin que sea relevante el hecho de que la persona en cuestión desempeñe o haya desempeñado un cargo oficial.<sup>32</sup> Se define de este modo un principio de responsabilidad de vocación universal, que el propio Estatuto describe de una forma extremadamente clara al afirmar que «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 internacional ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena».

2. Esta proclamación del *principio general de la improcedencia del cargo oficial* reviste una especial importancia en relación con los crímenes internacionales de competencia de la Corte, puesto que no puede olvidarse que los mismos se cometen con una gran frecuencia en el marco de situaciones de convulsión social en los que las autoridades públicas tienen una alta participación y/o implicación. A lo que ha de añadirse, por otro lado, el hecho de que la propia creación de la jurisdicción internacional tiene su origen en buena medida en la necesidad de responder frente a la impunidad de que gozan funcionarios, agentes y cargos públicos que, precisamente por esta circunstancia, no son debidamente enjuiciados por los tribunales nacionales que deberían hacerlo.

La bondad de esta disposición no precisa, pues, de mayor explicación. Sin embargo, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que la improcedencia del cargo oficial reviste un especial significado en el caso de los crímenes de guerra o de aquellos otros crímenes de competencia de la Corte que se cometen en el marco de un conflicto armado. Y ello como consecuencia de que en tales situaciones los crímenes son cometidos en un buen número de casos por funcionarios y agentes públicos que, además, se encuentran sometidos a una relación jerárquica que les impone obligaciones o les otorga potestades específicas derivadas de la función o cargo que desempeñan. Es evidente que, también en este caso, la disposición contenida en el art. 27.1 impide tomar en consideración el cargo oficial

como instrumento modificativo de la responsabilidad penal individual respecto de los miembros integrados en las fuerzas armadas o en grupos armados organizados.

Sin embargo, ello no puede traducirse en la afirmación general de que el desempeño de un cargo oficial sea completamente irrelevante para determinar la responsabilidad penal de los presuntos autores de crímenes de competencia de la Corte. Por el contrario, el Estatuto contiene en su art. 28 una regla especial en virtud de la cual el desempeño de un cargo oficial se traduce, bajo ciertas condiciones, en el elemento que genera la responsabilidad penal. Se trata de la denominada *responsabilidad de los jefes y otros superiores*, que si bien está concebida con carácter general para cualquier persona que desempeña un cargo público, adquiere un especial significado en el caso de los jefes militares. En virtud de dicha disposición, el jefe militar o quien actúe como jefe militar incurrirá en responsabilidad penal por los crímenes cometidos por las tropas sometidas a su mando y control efectivo si conoció, o debió haber conocido, la comisión de los crímenes o que los mismos iban a cometerse y no adoptó las medidas para prevenirlos o para reprimirlos, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a efectos de la oportuna investigación y enjuiciamiento. De esta manera se persigue la ampliación máxima de la responsabilidad penal por los crímenes tipificados en el Estatuto, evitando que comportamientos omisivos o negligentes liberen a los mandos y jefes militares de responsabilidad, en una forma a todas luces incompatible con la posición de garante respecto de sus subordinados que les corresponde en virtud de la relación jerárquica que les une con los mismos.

En todo caso, ha de destacarse que el desempeño del cargo oficial y la relación jerárquica que del mismo se deriva tan sólo se toma en consideración para deducir una nueva forma de responsabilidad, nunca para liberarse de la misma. En este sentido ha de entenderse igualmente la previsión contenida en el artículo 33, que bajo la rúbrica *ordenes superiores y disposiciones legales* proclama la inoperancia de la tristemente célebre técnica de la «obediencia debida». De nuevo nos encontramos ante una fórmula de gran alcance en el marco de los conflictos armados, en los que un buen número de crímenes se cometen bajo órdenes directas del superior jerárquico.

En virtud del mencionado artículo, ninguna persona —militar o civil— será eximida de responsabilidad por haber cometido un crimen de competencia de la Corte «en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior». Esta declaración de principios, se exceptúa —sin embargo— en el caso de que se den, en forma acumulativa, los siguientes requisitos: que el autor de los hechos estuviera obligado por ley a acatar la orden y que no supiera que la orden era ilícita, siempre y cuando no fuera evidente que la orden era manifiestamente ilícita. Dado que el propio Estatuto declara como manifiestamente ilícita cualquier orden relativa a la comisión de un crimen de genocidio o de lesa humanidad, la excepción analizada sólo será de aplicación respecto de los crímenes de guerra; lo

que sin duda se explica como consecuencia de la muy diferente naturaleza de una y otra categoría de crímenes. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que la posible exención de responsabilidad por la comisión de un crimen de guerra resultado de una orden de un superior no se deriva de la situación de dependencia jerárquica del subordinado, sino de la obligación legal de acatar una orden y del error en que aquel incurre al considerar dicha orden como conforme a Derecho. Lo que permite concluir, por tanto, que el desempeño de un cargo o función oficial por sí solo sigue siendo irrelevante a los efectos de eludir la responsabilidad penal internacional definida en el Estatuto de Roma.

3. Como lógica consecuencia de los principios de responsabilidad penal individual y de improcedencia del cargo oficial, el Estatuto proclama —por último— la *inoponibilidad a la Corte de cualquier forma de inmunidad* de que pueda beneficiarse una persona en virtud del cargo que ocupa, al establecer que «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».<sup>33</sup> De esta manera se produce la eliminación expresa de los institutos de la inviolabilidad y la inmunidad como causas de exclusión de la responsabilidad del individuo y de la competencia de la Corte, lo que reviste una gran importancia si tenemos en cuenta que nos encontramos ante instituciones fuertemente consolidadas tanto en el Derecho interno como en el internacional.

En efecto, tanto uno como otro ordenamiento han arbitrado mecanismos de larga tradición jurídica que, sobre bases distintas, tienen como consecuencia la imposibilidad de intervención de los órdenes jurisdiccionales nacionales. En el primero de los casos, por el posible juego de normas internas que definen un especial régimen penal respecto de determinadas personas a las que, por razón de su cargo, se exime de responsabilidad penal mediante la aplicación de los institutos de la inviolabilidad o la inmunidad. Y, en el plano internacional, por la aplicación de normas jurídico-internacionales que establecen un régimen cualificado de protección de determinadas personas por razón del cargo que ocupan respecto de la representación internacional del Estado, que impiden que los mismos sean enjuiciados por los tribunales de un Estado distinto de aquel del que es nacional y respecto del que ejerce las funciones de representación internacional que justifican la protección. Aunque las citadas instituciones encuentran su fundamento jurídico en el propio concepto de soberanía para cuya protección se instituyen, y forman parte de una cultura común a todos los sistemas jurídicos estatales,<sup>34</sup> no es menos cierto que su aplicación práctica se traduce en la pervivencia, aunque sea parcial, de condiciones que hacen posible la impunidad de ciertos autores de crímenes internacionales.

Frente a ello, y precisamente para responder a esta problemática, el Estatuto de Roma opta por un modelo radicalmente distinto, en el que la existencia de

reglas de inmunidad y protección interna e internacional de determinadas personas no podrán limitar en ningún caso la competencia de la Corte. Modelo que adquiere un especial significado si se tiene en cuenta que las reglas de inmunidad seguirán siendo oponibles a los tribunales nacionales, que se verán privados de competencia para juzgar a las personas protegidas; lo que, en definitiva, viene a reforzar la posición jurisdiccional de la Corte, que se convierte en el único tribunal que podrá juzgar los crímenes cometidos por dichas personas.

Por consiguiente, ha de concluirse que la inclusión de dicha regla constituye, sin duda, uno de los elementos más positivos del Estatuto ya que tiene como efecto el impedir que una simple alegación de inmunidad tenga como resultado el sustraer a un individuo de la acción de la justicia. Lo que, sin embargo, no impide que este efecto se vea empañado por la subsistencia de ciertas formas de protección del individuo frente a la entrega que, en la práctica, impedirán el enjuiciamiento efectivo del mismo.

## 2. Las formas de protección frente a la entrega

1. En efecto, como ya se ha señalado *supra*, el art. 27 del Estatuto impide la alegación ante la Corte de cualquier forma de impunidad, lo que se traduce en que la Corte es competente incluso respecto de personas que, conforme al Derecho interno o Internacional, se liberarían de responsabilidad por falta de competencia de los tribunales nacionales respecto de determinadas personas protegidas. Sin embargo, ha de tenerse igualmente en cuenta que el propio Estatuto contempla la imposibilidad de que la Corte pueda enjuiciar en ausencia a un acusado,<sup>35</sup> lo que exige que el mismo haya sido detenido y puesto a disposición de la Corte. Ello nos sitúa ante la institución de la *entrega*, que incide y condiciona el ejercicio efectivo de la jurisdicción, en la medida en que si la misma no se produce, la Corte se ve impedida de ejercer su competencia, aunque siga disponiendo de la misma en términos formales.

La institución de la *entrega* se regula en la Parte IX del Estatuto, dedicada a la cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional. De conformidad con la misma, el Estado en cuyo poder o bajo cuya jurisdicción se encuentre el acusado habrá de atender las peticiones de detención y entrega del mismo que le sean cursadas por la Corte, adoptando para ello las medidas que sean necesarias, que se regirán por lo previsto en el Derecho interno del Estado al que se cursa la solicitud, y en cuyo procedimiento habrán de contemplarse las *garantías procesales internacionalmente reconocidas*.<sup>36</sup>

Esta institución se inserta en el marco de la obligación general de cooperar «con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia»,<sup>37</sup> que concierne a todos los Estados Partes en el Estatuto y que les impone el deber de adoptar todas las medidas necesarias, inclusive legislativas, a fin de asegurarse «de que en [su] derecho interno existen procedi-

mientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas» en el Estatuto.<sup>38</sup> Este deber de cooperar se extiende también a la entrega de los acusados, que se define con carácter general como un deber absoluto que no podrá en ningún caso estar condicionado por norma interna alguna, ya que si la hubiere no será oponible a la Corte como consecuencia de la obligación de adaptación de la legislación interna prevista en el art. 88 del Estatuto. Circunstancia que no ha escapado a la atención de los Estados, como lo demuestra el hecho de que con ocasión del proceso de ratificación del Estatuto por algunos Estados de nuestro entorno cultural y jurídico, se haya planteado el tema de la incidencia que esta obligación genérica tiene sobre inmunidades de larga tradición histórica, como la de los parlamentarios, y la necesidad de proceder a una reforma del Derecho interno como fase previa a la ratificación.<sup>39</sup>

Sin embargo, el carácter absoluto del deber de entrega encuentra un importante límite en las circunstancias especialísimas previstas en el artículo 98 del Estatuto que, en términos generales, permite que no se proceda a la entrega cuando la obligación derivada del Estatuto entre en colisión directa con una obligación derivada de otro tratado internacional. En dichos supuestos, el Estatuto define un régimen especial del deber de entrega que se relativiza, preservándose los derechos de los terceros Estados a cuyo favor se han establecido las reglas de inmunidad o protección internacionales, que habrán de otorgar su consentimiento para que la orden de entrega pueda ser cursada por la Corte. Por consiguiente, aún siendo competente para enjuiciar a las citadas personas, la CPI no podrá exigir la cooperación de terceros países en cuyo territorio se encuentren las personas protegidas para obtener su entrega a la Corte. Por el contrario, deriva hacia los Estados que envían o acreditan a los acusados las actividades de cooperación con la misma, bien sea mediante la formulación directa de una solicitud de entrega bien mediante el expediente de obtener su cooperación para que un tercer Estado proceda a la misma.<sup>40</sup>

Aunque es cierto que la competencia de la CPI subsiste, no lo es menos el hecho de que no puede ser ejercida de forma efectiva en un determinado momento, lo que afecta negativamente tanto a la propia competencia como al principio de responsabilidad penal internacional. Ello obliga a realizar una reflexión, aunque sea somera, sobre el significado y alcance del artículo 98 y de las consecuencias que del mismo se derivan.

2. El artículo 98 del Estatuto tiene como finalidad establecer un mecanismo técnico que permita a los Estados Partes compatibilizar las obligaciones derivadas del Estatuto de Roma en materia de cooperación con las obligaciones que se puedan derivar de otras normas de Derecho Internacional general o de otro tratado internacional en el que sean partes. Dado que el sistema de prelación normativa propio del Derecho internacional no permite concluir la primacía del Estatuto de Roma sobre el resto de las normas mencionadas y viceversa (salvo en el supuesto de

normas de *ius cogens*), la finalidad del artículo 98 es la de garantizar un cierto equilibrio entre obligaciones jurídico-internacionales y evitar que el Estado Parte incurra en una violación del Estatuto o de alguna de las otras normas mencionadas y, por consiguiente, en posible responsabilidad internacional. Se trata, por tanto, de una cláusula de salvaguardia que permitiría a los Estados partes afectados por la misma liberarse de alguna de las obligaciones derivadas del Estatuto de Roma, siempre en el marco de los principios de justicia definidos en el Estatuto y de conformidad con las reglas de Derecho internacional general aplicables.

Esta cláusula de salvaguardia presenta dos formulaciones distintas. Conforme a la definida en el párrafo primero sería posible eludir una solicitud de entrega referida a personas o bienes protegidos por la inmunidad del Estado o por la inmunidad diplomática, cuando el cumplimiento de dicha solicitud ponga al Estado Parte requerido ante la necesidad de incumplir alguna obligación internacional que se derive de dichos regímenes protectores. Por su parte, conforme al art. 98.2 se permite que la Corte no de curso a una solicitud de entrega referida a una persona protegida por algún tratado internacional vigente, sin que se especifique la naturaleza del tratado, limitándose a señalar que del acuerdo en cuestión ha de derivarse para los Estados Partes la imposibilidad de entregar a la Corte Penal Internacional a uno de los nacionales de otra parte contratante que se encuentre en su poder, ya que lo contrario constituiría una violación del acuerdo. Resulta evidente que esta segunda cláusula de salvaguardia está inspirada en determinados acuerdos de extradición (que prohíben la reextradición a un tercer Estado) y, sobre todo, en los acuerdos SOFA que definen el estatuto de las tropas extranjeras destacadas en un Estado en el marco de sistemas internacionales de cooperación militar, bien sean bilaterales bien multilaterales. En ambos supuestos la entrega resultará posible si el Estado responsable de la persona procesada lo autoriza, bien sea *motu proprio*, bien a instancia del Estado Parte en cuyo poder se encuentra la persona o a instancia de la propia Corte.

Como toda cláusula de salvaguardia, los mecanismos descritos alteran en parte el régimen del tratado en que se inserta, y en especial inciden sobre el deber general de cooperación con la Corte enunciado en el artículo 86 del Estatuto, que se concreta en los artículos 87 y siguientes. Por ello, toda interpretación del artículo 98 debe realizarse en forma restrictiva y conforme a criterios sistemáticos, sin que en ningún caso su aplicación práctica pueda traducirse en un atentado contra el «objeto y fin» del Estatuto (que no es otro que eliminar el fenómeno de la impunidad mediante el establecimiento de un nuevo sistema jurisdiccional) ni alterar el núcleo esencial de las disposiciones contenidas en el mismo, muy especialmente las de las Partes II y III.<sup>41</sup> Estos criterios habrán de tenerse muy especialmente en cuenta respecto de los Acuerdos contenidos en el art. 98.2, ya que en los mismos no es evidente la defensa de intereses generales de la Comunidad Internacional al que —sin embargo— si responde el Estatuto de Roma.

3. En este marco han de situarse los Acuerdos bilaterales celebrados en el último año por los Estados Unidos con distintos Estados (Partes o no en el Estatuto), con la finalidad inequívoca de impedir la entrega a la Corte de cualquier nacional norteamericano que sea reclamado por la misma.<sup>42</sup>

Aunque celebrados formalmente bajo la cobertura del art. 98.2, su adecuación al Estatuto es más que dudosa, en particular cuando se trata de acuerdos celebrados con Estados Partes en el Estatuto. Las razones en que se apoya esta afirmación son múltiples, pero basta con destacar en este momento las siguientes: a) son acuerdos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto con la única finalidad de eludir unilateralmente una de las más importantes obligaciones contenidas en el mismo: la entrega de personas acusadas por la Corte; b) la renuncia a la entrega se predica de cualquier ciudadano norteamericano y no sólo de aquellos que desempeñan cargos oficiales en el extranjero, contrariamente a lo que debe deducirse de la referencia a la oficialidad que se deriva del empleo de los términos «Estado que envía» en el artículo 98.2; y c) la renuncia a la entrega se realiza de forma pura y absoluta, sin que se hayan introducido condiciones que exijan que el nacional norteamericano no entregado a la Corte sea juzgado bien por los tribunales de Estados Unidos, bien por los del otro Estado parte en el acuerdo bilateral en cuyo territorio se encuentra el particular afectado.

Es evidente, por tanto, que la celebración de estos acuerdos bilaterales merece una valoración altamente negativa si los ponemos en conexión con el objetivo del que nos venimos ocupando en el presente artículo. No obstante, ha de tenerse en cuenta que ninguno de los dos supuestos contemplados en el artículo 98 constituyen auténticas formas de inmunidad que protejan a determinadas personas frente a la jurisdicción penal internacional y que tengan capacidad para altetar la competencia de la Corte, lo que no permite que puedan minusvalorarse las consecuencias prácticas que la celebración de estos acuerdos tendrán para el buen y correcto ejercicio de la citada competencia. En cualquier caso ha de tenerse en cuenta que el hecho de que la Corte no pierda su competencia tiene una consecuencia de gran importancia. La Corte continúa ejerciendo la jurisdicción sobre el asunto y las personas afectadas y, por tanto, le corresponderá a ella valorar todo elemento que pueda afectar a dicha jurisdicción, incluidas las controversias jurisdiccionales que puedan surgir entre la Corte y los Estados Partes a lo largo de un proceso.<sup>43</sup> Por consiguiente, será la Corte quien deberá pronunciarse sobre la aplicabilidad del artículo 98 en aquellos supuestos en que un Estado alegue la existencia de otra obligación internacional que le resulte exigible para eximirse del deber de entrega de personas. Este mecanismo, que resulta también aplicable a los acuerdos bilaterales impulsados por Estados Unidos, podrá llegar incluso hasta la declaración por la Corte de la inadecuación de dichos acuerdos a lo previsto en el artículo 98.2, con las consecuencias lógicas de que el Estado Parte en el Estatuto que se niegue a la entrega alegando uno de dichos acuerdos bilaterales podrá ser declarado por la Corte en

situación de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Estatuto, con las consecuencias que de ello se derivan.<sup>44</sup>

#### IV. Las relaciones entre la Corte y el Consejo de Seguridad

1. Para finalizar con el análisis de la contribución de la Corte Penal Internacional al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales es necesario abordar el difícil tema de la relación existente entre la nueva jurisdicción internacional y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Sin duda, uno de los temas que ha suscitado uno de los debates más amplios e intensos en el proceso de adopción del Estatuto y de constitución de la Corte, en buena medida por impulso del debate que se había suscitado ya con anterioridad al hilo de la creación por el Consejo de Seguridad de los dos Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda.

El debate en cuestión presenta muy diversos frentes que no es posible analizar en este momento de forma detallada, pero que básicamente pueden resumirse en los siguientes elementos. Por un lado, es evidente que la garantía de la independencia e imparcialidad de la Corte aconseja la constitución de una nueva Organización internacional autónoma e independiente de cualquier otra Organización u órgano internacional, en especial del Consejo de Seguridad cuya conexión con la CPI podría proyectar una sombra de duda sobre la contaminación política de la Corte. Por otro, no es menos cierto que la CPI y el Consejo de Seguridad ejercen competencias relacionadas con el mantenimiento de la paz que pueden concurrir sobre una misma situación, y que difícilmente podrán ser concebidas como compartimentos estancos ya que van a afectar a los mismos hechos, personas y Estados en un buen número de ocasiones. Por consiguiente, todo enfoque realista del problema aconseja el establecimiento de un modelo de relación entre ambas instituciones internacionales que, preservando la independencia e imparcialidad del órgano judicial, minore el riesgo de que en un determinado caso la tensión dialéctica CPI/Consejo de Seguridad perjudique las legítimas competencias de alguno de estos órganos.<sup>45</sup>

A ello responde, sin duda, el complejo modelo de relación contemplado en el Estatuto, que aparentemente se configura en términos de equilibrio a través del otorgamiento al Consejo de Seguridad de dos potestades contenidas en los artículos 13 y 16. A las que ha de añadirse la problemática implícita en la definición de las condiciones de procedibilidad del crimen de agresión.

##### 1. *El Consejo de Seguridad como impulsor y limitador de la jurisdicción de la Corte*

1. En efecto, el Estatuto de Roma atribuye al Consejo de Seguridad dos importantes potestades que le sitúan en el corazón del ejercicio de la competencia de la Corte.

En virtud de la primera de ellas, el Consejo de Seguridad podrá remitir a la Corte cualquier situación en la que parezcan haberse cometido crímenes de su competencia.<sup>46</sup> Para ello, habrá de adoptar una resolución formal en el marco del Capítulo VII de la Carta, mediante la cual produce el doble efecto de atribuir competencia a la Corte y de activar su jurisdicción para un caso concreto. Se trata de una potestad que tiene su origen en la creación de los Tribunales *ad hoc*, reflejando en el texto del Estatuto una potestad general del Consejo de Seguridad, derivada de la Carta de las Naciones Unidas, conforme a la cual podría crear un nuevo tribunal penal internacional como medio de restituir la paz y la seguridad internacionales. Esta potestad reconocida al Consejo de Seguridad en el Estatuto presenta innegables ventajas. En primer lugar, es evidente que si se reconoce al Consejo de Seguridad la potestad de remitir un asunto a un tribunal penal internacional permanente, el riesgo de creación sucesiva de jurisdicciones *ad hoc* se limita sensiblemente, con el consiguiente beneficio para la Corte que se convertiría en la jurisdicción penal internacional por excelencia. Junto a ello, las ventajas que se derivan para la progresiva universalización de la jurisdicción de la Corte no son menores. Así, baste con recordar que en los casos en que el Consejo de Seguridad remita una situación a la Corte para su investigación y enjuiciamiento, el Tribunal Internacional podrá enjuiciar cualquier hecho y a cualquier persona, con independencia de que el Estado en cuyo territorio se cometieron los crímenes o del que son nacionales los presuntos autores haya ratificado o no el Estatuto. Nos encontraríamos de este modo ante el único supuesto en que la jurisdicción de la Corte es plenamente universal; lo que —sin duda— ha de valorarse en términos positivos.

Por tanto, cabe concluir que, a pesar de las críticas que se han formulado al respecto, la atribución al Consejo de Seguridad de competencias de impulso de la jurisdicción de la Corte constituye un elemento positivo en la configuración de esta última como un instrumento al servicio de la paz internacional. Y ello a pesar de la constatación de que el Consejo de Seguridad actuará en términos políticos a la hora de decidir remitir un asunto a la Corte, ya que en cualquier caso, no puede olvidarse que la presencia del componente político tan sólo será operativa en la fase de formulación de la denuncia y que con posterioridad el Consejo no podrá influir en el ejercicio efectivo de la jurisdicción por parte de la Corte.

2. Frente a esta potestad de contenido positivo, el artículo 16 del Estatuto prevé 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 no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión», siendo posible que la mencionada suspensión sea «renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones».

El mencionado precepto parte, sin duda, del reconocimiento de que el Con-

sejo de Seguridad es el órgano al que la Comunidad Internacional le ha atribuido la responsabilidad preferente en el proceso de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, le atribuye un poder a todas luces exorbitante que no puede sino merecer una fuerte crítica, en la medida en que está llamado a influir muy negativamente sobre el ejercicio de su jurisdicción por parte de la Corte Penal Internacional. Así, baste con destacar en este momento que si bien el ejercicio de la potestad del artículo 16 no priva a la Corte de competencia, sí que le impide el ejercicio de la misma durante un período de tiempo que puede ser muy prolongado, y durante el cual se pueden perder pruebas y testimonios que serían esenciales para la posterior investigación y enjuiciamiento, e —incluso— se pueden poner en seguridad las personas que presumiblemente habrían cometido los hechos y que, por ello, podrían ser juzgadas por la Corte.

Dado el carácter exorbitante de la potestad comentada, no es de extrañar que el Estatuto someta su ejercicio a importantes limitaciones. En particular, el hecho de que tan sólo tenga un período temporal de validez y que deba ser ejercida a través de una resolución formal de Consejo de Seguridad, adoptada por la mayoría cualificada exigida por la Carta incluido el voto favorable de los Estados miembros permanentes del Consejo que, a su vez, han ratificado el Estatuto, nos sitúa frente a un hipotético «veto a la inversa». En su origen estas cautelas están llamadas a limitar la posibilidad de que el Consejo de Seguridad ejerza realmente la potestad inhibitoria y suspensiva prevista en el artículo 16 del Estatuto, mediante la imposición de condiciones que —por razones operativas— harían sumamente difícil, en principio, la adopción de una resolución de estas características.

Sin embargo, como suele suceder en la práctica, la propia creación de la competencia presiona para que se ejerza. Y así, el Consejo de Seguridad ha puesto en marcha el mecanismo del artículo 16 del Estatuto con la adopción de la R. 1422 (2002), de 12 de julio, por la que pide a la CPI que «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 1.º de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamientos de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario».<sup>47</sup>

La adopción de la citada Resolución es el punto final de un largo *iter* que se inicia al hilo del debate sobre la renovación de las operaciones de paz en los Balcanes, en el que Estados Unidos planteó formalmente un tratamiento paralelo y condicionado de los temas de mantenimiento y renovación de las operaciones de paz, de un lado, y de exclusión de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre el personal al servicio de dichas operaciones, de otro. Como resultado de este proceso, la Resolución 1422 pretende responder al objetivo aparente de garantizar el equilibrio entre la competencia del Consejo de Seguri-

dad en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y los principios de justicia internacional contenidos en el Estatuto de Roma. No obstante, el resultado que se refleja en la parte dispositiva de la disposición merece una valoración crítica desde distintas perspectivas.

En primer lugar, ha de destacarse el hecho de que el contenido de la R. 1422 se compadece mal con el espíritu que subyace en el art. 16 del Estatuto de Roma, en el que (conforme a la interpretación que se deriva de los trabajos preparatorios) la solicitud de inhibición o suspensión se contempla exclusivamente para situaciones actuales de las que se esté ocupando el Consejo de Seguridad y que pudiesen llegar a entrar en colisión con el ejercicio de su jurisdicción por parte de la Corte. Sólo en este supuesto, y sobre la base de preservar el relevante papel asignado al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales podría justificarse una solicitud de inhibición o suspensión. Frente a ello, la R. 1422 no se refiere a una situación concreta y actual, sino de forma genérica a cualquier operación que haya sido establecida o autorizada por el Consejo de Seguridad o que pueda llegar a establecerse o autorizarse durante los doce meses de vigencia de la Resolución.

En la práctica, ello se traduce en la imposibilidad para la Corte de actuar respecto de cualquier persona que esté o pueda llegar a estar al servicio de una operación de mantenimiento o de imposición de la paz, y ello al margen de la nacionalidad del autor de los hechos y del territorio en que los mismos se hayan cometido, y con independencia igualmente de que el Estado de la nacionalidad o del territorio haya ratificado o no el Estatuto. En definitiva, con independencia de la aplicabilidad o no a la situación en cuestión de las condiciones previas de ejercicio de la jurisdicción que se contienen en el art. 12 del Estatuto.

En resumen, el resultado de la R. 1422 no es otro que el de liberar de la jurisdicción de la CPI a una concreta categoría de personas por razón de la actividad que desempeñan (los contingentes de operaciones de mantenimiento de la paz o de imposición de la paz) y que, de no concurrir la resolución del Consejo de Seguridad podrían ser objeto de enjuiciamiento conforme a las reglas generales del Estatuto. Ello se traduce en una alteración del principio de responsabilidad penal individual proclamado en dicho texto, que es especialmente grave por cuanto la categoría de personas que resultarán liberadas de responsabilidad se definen en términos de «oficialidad», es decir como «funcionarios o antiguos funcionarios y personal o antiguo personal» de un Estado, lo que entra en franca contradicción con lo previsto en el art. 27 del Estatuto que antes hemos comentado.

A todo lo anterior ha de añadirse la constatación, no menos criticable, de que en virtud del párrafo dispositivo 2 de la Resolución comentada, el Consejo de Seguridad «expresa la intención de renovar en las mismas condiciones, el 1.º de julio de cada año, la petición» de inhibición y suspensión «para períodos sucesivos de doce meses durante el tiempo que sea necesario». Se trata, nuevamente, de una previsión de dudosa compatibilidad con el objeto y fin perseguido por el art. 16 del Estatuto, que si bien admite renovaciones ilimitadas de la

solicitud de inhibición y suspensión lo hace en los mismos términos en que se prevé la solicitud inicial; en particular, el carácter actual de la situación de la que ya se viene ocupando el Consejo. A todo lo anterior ha de añadirse un elemento de riesgo añadido consistente en la definición de un perjuicio del que el Consejo de Seguridad difícilmente puede zafarse. Y así, baste con destacar que en este momento el Consejo de Seguridad está debatiendo la adopción de una resolución por la que renueva la solicitud de inhibición de la Corte.

Las críticas arriba vertidas son ya, de por sí, suficientemente significativas. Sin embargo, han de añadirse otras dos consideraciones que refuerzan el carácter negativo de estas resoluciones. En primer lugar, el hecho de que, a resultas de la iniciativa norteamericana y el debate en el Consejo de Seguridad se ha proyectado la perniciosa imagen de un posible enfrentamiento entre eficacia de las operaciones de paz y ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, que no es en absoluto compatible con el objeto y fin del Estatuto y que, en todo caso, es peligroso tanto para la eficacia de la Corte como para la legitimidad social de las operaciones de paz. Y, en segundo lugar, que la adopción de la Res. 1422 ha abierto una brecha en la relación entre la CPI y el Consejo de Seguridad que, lejos de resolver problema alguno, corre el riesgo de traducirse en una pérdida de credibilidad tanto de la Corte (por lo que se refiere a su efectividad en determinados supuestos) como, muy especialmente, del Consejo de Seguridad, al que puede válidamente imputarse una intervención parcial al servicio de intereses que difícilmente pueden identificarse con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Y ello porque, en último extremo, no puede obviarse el hecho de que detrás de la citada Resolución se encuentra el interés de un determinado Estado o grupo de Estados (en especial Estados Unidos) por impedir que la Corte Penal Internacional pueda juzgar a sus propios nacionales que desempeñan funciones (preferentemente militares) fuera del territorio nacional.

Teniendo en cuenta estos parámetros, resulta incuestionable la conclusión de que la previsión del art. 16 constituye uno de los principales obstáculos para que la Corte cumpla adecuadamente con la función que le atribuye el Estatuto.

## 2. Consejo de Seguridad, Corte Penal Internacional y crimen de agresión

1. Como ya se señaló *supra*, el crimen de agresión se ha convertido en un test de la incidencia que la relación entre la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad tiene en el ejercicio de su función judicial por parte de la primera. Ello se manifiesta de modo especial en torno a las denominadas *condiciones de procedibilidad*, es decir, las condiciones que deben darse con carácter previo para que la Corte pueda enjuiciar un crimen de agresión y que, por lo que ahora nos interesa, se centran en la calificación previa de la existencia de la situación de agresión en la que se inserta el crimen de agresión.<sup>48</sup>

Así definida, la problemática de las condiciones de procedibilidad ha esta-

do presente desde los inicios de los trabajos relativos al Estatuto de Roma. Así, tanto en el Proyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional como en los documentos elaborados por el Comité Preparatorio y que fueron sometidos a la Conferencia de Roma, el ejercicio de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión estaba sometido a una condición previa que, básicamente, se identificaba con la intervención del Consejo de Seguridad. Así, para la CDI la Corte no podría ejercer su jurisdicción salvo en el caso de que el Consejo de Seguridad hubiera determinado previamente la existencia de una agresión.<sup>49</sup> Por su parte, los trabajos en el Comité Preparatorio fueron más matizados, lo que no se tradujo, sin embargo, ni en la eliminación de las condiciones de procedibilidad ni en la supresión de toda referencia al Consejo de Seguridad. A pesar de ello, durante esta segunda fase se manifiestan abiertamente las críticas sobre las dificultades que se podrían derivar de la intervención del Consejo de Seguridad en el proceso y, sobre todo, la constatación del riesgo de que el Consejo no se pronuncie e impida, por esta vía omisiva, el ejercicio de la jurisdicción de la Corte. Esta polémica, que se refleja en buena medida en la tensión entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y el resto de los Estados, acabó por proyectarse igualmente en la Conferencia de Roma, sin que fuera posible darle otra solución que la fórmula de compromiso contenida en el artículo 5 del Estatuto y que hemos analizado *supra*.

2. El problema de fondo no es otro que la determinación de si la intervención positiva del Consejo de Seguridad, declarando la existencia de una situación de agresión, es imprescindible para la ulterior intervención de la CPI; o si, por el contrario, en caso de inactividad puede ser sustituido por otro órgano, bien sea la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Tribunal Internacional de Justicia o, incluso, la propia Corte Penal Internacional. Desde la adopción del Estatuto de Roma se han formulado múltiples propuestas al respecto, que han partido siempre de la aceptación de la consulta previa al Consejo de Seguridad, si bien en caso de inactividad proponen consecuencias radicalmente distintas.<sup>50</sup> Todas ellas han sido finalmente recogidas en el documento titulado *Definición del crimen de agresión y condiciones para el ejercicio de la competencia. Documento de debate propuesto por la Coordinadora*,<sup>51</sup> que las integra y sistematiza. Como las propuestas anteriores, el mencionado Documento parte de la configuración de la determinación de la existencia de la situación de agresión como una condición de procedibilidad y concibe al Consejo de Seguridad como el órgano con competencia prioritaria para proceder a tal determinación. Sin embargo, para el caso de que el Consejo se inhiba, define un amplio abanico de opciones posibles, a saber: a) habilitación automática de la Corte para ejercer su jurisdicción; b) inhabilitación plena de la Corte, ordenando el sobreseimiento de las actuaciones; c) determinación de la agresión por la Asamblea General en sustitución del Consejo; y d) determinación de la agresión por el Tribunal Inter-

nacional de Justicia, bien en vía contenciosa, bien en vía consultiva, en este último caso a solicitud de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad.

Como puede comprobarse, nos encontramos ante un tema abierto y que posiblemente lo continuará estando durante muchos años. Sin embargo, ello no le priva de importancia. Por el contrario, no puede olvidarse que la dificultad para alcanzar un acuerdo sobre esta cuestión se relaciona directamente con el propio sistema de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales definido en la Carta, y de modo muy especial, con la tensa relación existente entre el Consejo de Seguridad y la Asamblea General en torno a la distribución de competencias en esta materia. A esto ha de añadirse el hecho de que la opción de una u otra fórmula no es baladí, ya que se traducirá en la mayor o menor independencia jurisdiccional de la Corte respecto de órganos de naturaleza política como el Consejo de Seguridad o la propia Asamblea General.

Desde esta perspectiva, si tenemos en cuenta el peligroso antecedente de la práctica reciente del Consejo de Seguridad respecto de la Corte Penal Internacional,<sup>52</sup> hay que concluir que la relación Consejo de Seguridad / CPI / agresión en nada beneficia a la configuración de la Corte como un instrumento al servicio de la paz.

### **Consideraciones finales**

Al margen de cualquier otra consideración, resulta evidente que la conexión entre la Corte Penal Internacional y los conflictos armados es una realidad incontestable. En primer lugar, por la circunstancia fáctica de que la idea de jurisdicción penal internacional nace estrechamente ligada a situaciones de confrontación armada en las que se producen los más graves atentados contra la dignidad humana que pueden reconducirse a graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Y en segundo lugar, por el hecho de que si bien el Estatuto de Roma está concebido para aplicarse tanto en tiempo de paz como de guerra, no puede negarse que en su seno los crímenes de guerra ocupan un lugar central, incorporando igualmente un número importante de disposiciones que desplegarán sus efectos principales en el marco de conflictos armados o en conexión con el desarrollo de actividades militares.

Desde esta perspectiva, la Corte Penal Internacional puede considerarse como un instrumento útil para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, en la medida en que permite introducir criterios de justicia respecto de actos cometidos en el marco de conflictos armados. Sin embargo, las disposiciones del Estatuto de Roma que inciden en este ámbito merecen una valoración diferenciada. Y así, si bien es cierto que las normas definidoras de los crímenes de guerra y las que enuncian y regulan el principio de responsabilidad penal individual merecen un juicio altamente positivo, no sucede lo mismo con otras disposiciones entre las que cabe incluir las relativas al sistema de protec-

ción frente a la entrega de personas y las que regulan algunas formas de relación de la Corte con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En estos casos, así como respecto del crimen de agresión, nos encontramos con fracturas que dificultan el ejercicio de la jurisdicción penal internacional.

En cualquier caso, y a pesar de estas deficiencias, el balance de las disposiciones analizadas en este artículo es globalmente positivo, siendo necesario impulsar en un futuro la modificación de aquellas instituciones que dificultan el que la Corte Penal Internacional pueda ser calificada con plenitud como un instrumento útil y eficiente al servicio de la paz y la justicia.

## NOTAS

1. Baste con destacar, entre otros, los siguientes fenómenos: aparición de nuevos y más intensos sistemas de protección de los derechos humanos, reforzamiento de técnicas de asistencia humanitaria, y consolidación como agentes sociales de notable peso de las organizaciones humanitarias, en especial el gran movimiento de los «sin fronteras».

2. Se trata del *Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia*, creado mediante las Resoluciones 808 (1993), de 22 de febrero, y 827 (1993), de 25 de mayo; y el *Tribunal Penal Internacional para Ruanda*, creado por la Res. 955 (1994), de 8 de noviembre.

3. En relación con esta dimensión institucional, vid. nuestros trabajos «La Corte Penal Internacional», en M. Díez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, 12.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2002, pp. 430-439; y «Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como institución internacional», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 75 (2000), pp. 171-203.

4. La Corte Penal Internacional nace como una jurisdicción de vocación universal, sin embargo ha de tenerse en cuenta que las reglas que rigen la atribución de competencias limitan dicha universalidad. Así, en virtud de lo previsto en el art. 12 del Estatuto de Roma, la Corte sólo podrá enjuiciar a los nacionales o los crímenes cometidos en el territorio de un Estado que sea parte en el Estatuto. Junto a ello, la CPI podrá enjuiciar todos los crímenes que le sean remitidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en este caso sin necesidad de que el Estado territorial o de la nacionalidad del autor haya ratificado el Estatuto (art. 13).

5. Sin embargo, no es el único supuesto que podemos encontrar en la práctica, bastando con destacar en este momento el interesante ejemplo de la incorporación de la CPI en el debate sobre la solución del conflicto armado colombiano.

6. En primer lugar, por lo que se refiere a la posible depuración por la CPI de la responsabilidad penal de los líderes políticos que desencadenan la intervención armada contra Irak ha de concluirse, sin lugar a dudas, una respuesta negativa. En efecto, los hechos incriminados entran claramente dentro de la calificación de agresión contenida en la R. 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y, por ende, podría pensarse que dicha calificación reconduce al «crimen de agresión», que de conformidad con el art. 5.1 del Estatuto de Roma se inscribe en el marco de la competencia sustantiva de la Corte. Desde esta perspectiva, es razonable pensar que la CPI pueda ejercer su jurisdicción sobre dichos crímenes y pronunciarse sobre la responsabilidad penal individual de sus autores (en este caso intelectuales). Sin embargo, con ser cierto este razonamiento, encubre un desconocimiento grave del sistema de crímenes definido en el Estatuto. Así, ha de destacarse que la CPI tiene competencia para enjuiciar los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra, así como el crimen de agresión; pero que esta competencia sólo es operativa en relación con los tres primeros. Por el contrario, por lo que se refiere al crimen de agresión, nos encontramos ante una

categoría de crímenes que tan sólo se enuncian en el Estatuto, pero que nos han sido tipificados en el mismo. Muy al contrario, el propio art. 5.2, remite a una ulterior Conferencia de Revisión (2009) la adopción de una enmienda que permita la inclusión de dichos tipos en el Estatuto; momento a partir del cual la CPI podrá ejercer su jurisdicción de una manera plena, inclusive respecto de los crímenes de agresión. Si tenemos en cuenta que el Estatuto contempla expresamente el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, es evidente, que la Corte carece de competencia actual para enjuiciar a los líderes de cualquier país que participen en el desencadenamiento de un acto de agresión.

7. En efecto, cuestión distinta es la relativa a la deducción de la correspondiente responsabilidad penal de los individuos que participan en las hostilidades, cuando su comportamiento sea constitutivo de alguno de los crímenes (especialmente crímenes de guerra) que puedan producirse a lo largo del conflicto armado o, incluso, durante el proceso de ocupación del territorio iraquí. En este supuesto, es evidente, que la Corte goza de una competencia sustantiva plena. No obstante, también en este caso, la posible intervención judicial de la CPI resulta cuestionable. Ahora no por falta de competencia sustantiva sino, por el contrario, por ausencia de competencia subjetiva que autorice el ejercicio de la jurisdicción. En efecto, como ya se ha señalado en la nota 4 el alcance de la jurisdicción de la Corte está limitado por criterios territoriales y de nacionalidad. Si aplicamos dichos criterios, es evidente que la Corte no podrá juzgar, con carácter general, los crímenes cometidos en territorio iraquí, puesto que Irak no ha ratificado el Estatuto. Por otro lado, tampoco puede enjuiciar los crímenes cometidos por todas las fuerzas militares extranjeras que han intervenido en su territorio, puesto que no todos los Estados de la nacionalidad de las mismas están obligadas por el Estatuto de Roma, en especial Estados Unidos. Esta limitación, tan sólo podría verse eliminada si el Consejo de Seguridad remite el asunto a la Corte, circunstancia que resulta improbable dada la situación en que se encuentra en relación con la crisis de Irak, e —igualmente— si tenemos en cuenta cual ha sido su posicionamiento reciente en relación con la Corte.

8. Para una visión de conjunto de estos crímenes, véase F. Pignatelli Meca, «Los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 75 (2000), pp. 229-380.

9. Véase art. 8.2.d) y f) del Estatuto.

10. Debe tenerse en cuenta que el propio Estatuto de Roma incorpora el principio de legalidad entre los principios de Derecho penal que rigen la actuación de la Corte, al proclamar los principios *nullum crimen sine lege* (art. 22) y *nulla poena sine lege* (art. 23). En relación con el alcance de estos principios, véase J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Los principios generales del Derecho penal en el Estatuto de Roma», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 75 (2000), pp. 381-439.

11. Véase art. 8.2.f) del Estatuto.

12. Véase art. 8.1 del Estatuto.

13. Este nuevo tipo tiene su origen en una propuesta presentada por la delegación española en la Conferencia de Roma (Doc. A/CONF.183/C.1/L.1).

14. Hasta la fecha tan sólo estaban considerados como crímenes internacionales el uso de la bandera blanca y de los emblemas y signos distintivos de la Cruz Roja.

15. En realidad, la controversia en cuestión no es más que la continuación del debate abierto en su día por el Tribunal Internacional de Justicia al adoptar su ambiguo *Dictamen sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*, de 8 de julio de 1996. Para solventar en alguna manera la polémica, el Estatuto se limita a no enumerar la lista de armas prohibidas que «causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional» y cuyo empleo constituirá un crimen de guerra, remitiendo la identificación de tales armas a un Anexo que deberá ser aprobado a través de una enmienda al Estatuto (art. 8.2.b), xx). En definitiva, difiere el debate a un momento ulterior.

16. Por víctima ha de entenderse a aquellas personas que tengan tal calificación en un conflicto armado internacional en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y de su Protocolo

Adicional I, en particular, los enfermos, heridos y náufragos, los prisioneros de guerra y la población civil. A los efectos de los conflictos armados internos, víctima será cualquier persona que no participa directamente en las hostilidades.

17. Para tener una idea más certera del alcance de los crímenes de guerra, baste con citar aquí los principales comportamientos típicos prohibidos, aunque sea en forma resumida. Así, constituyen crímenes de guerra el matar intencionalmente; las torturas y los tratos inhumanos, incluidos los experimentos médicos y biológicos; el infligir deliberadamente graves sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud de las personas; el someter a una persona a mutilaciones o a tratamientos médicos salvo por una necesidad médica determinada por el interés del paciente; el obligar a una persona a prestar servicios en las fuerzas armadas de la potencia enemiga; la privación del derecho a un juicio justo; la deportación, traslado o confinamiento ilegales de población; la toma de rehenes; las condenas sin un juicio justo y las ejecuciones extrajudiciales; las diversas formas de ultraje contrarias a la dignidad humana; las diversas formas de crímenes sexuales, incluido el embarazo forzoso y la esclavitud sexual; el ataque intencional contra la población civil; el ataque contra objetivos civiles que carecen de cualquier relación con un objetivo militar; el ataque contra personal, bienes e instalaciones de las operaciones humanitarias y de mantenimiento de la paz establecidas por las Naciones Unidas; los ataques desproporcionados, que causen pérdidas de vida, lesiones a civiles, daños a objetos civiles y daños extensos, duraderos y graves contra el medio natural, que se realicen sin relación alguna con la necesidad o ventaja militar; el ataque o bombardeo contra núcleos de población o edificios no defendidos que no constituyan objetivos militares; el dar muerte o causar lesiones a los enemigos rendidos o desarmados, y el matar o herir a traición; el uso indebido y pérfido de la bandera blanca, de enseñas, uniformes y signos distintivos del enemigo, de las Naciones Unidas y de la Cruz Roja, con la finalidad de causar la muerte o lesiones graves al enemigo; el ataque a bienes religiosos, educativos o dedicados a la beneficencia; declarar que no se dará cuartel; el empleo de veneno, gases asfixiantes, tóxicos o similares, de proyectiles y armas prohibidas, y de cualquier arma que pueda causar una destrucción masiva; el empleo de escudos humanos o de ciudades escudo; el saqueo de ciudades o plazas tomadas al enemigo, incluso si se toman por asalto; el destruir o apropiarse de bienes públicos o privados del enemigo sin necesidad militar; el traslado forzoso de población fuera de los territorios ocupados al enemigo y el asentamiento de población de la nacionalidad del ocupante en dichos territorios; el empleo del hambre como un arma de guerra, incluida la obstaculización del suministro de socorros humanitarios; el ataque contra instalaciones que pueden causar destrucción o daños a gran escala; o la recluta y alistamiento de menores de 15 años.

18. Art. 124 del Estatuto.

19. Véase art. 120 del Estatuto.

20. Véase art. 12 del Estatuto.

21. Téngase en cuenta que el propio artículo 124 prevé que en lo dispuesto «será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123».

22. Véanse artículos 20 y 23 del Proyecto de Estatuto elaborado por la C.D.I. (*Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre su 46 período de sesiones*, 1994, Doc. A/49/10, suplemento n.º 10).

23. Para una visión de conjunto de este debate, véase, en especial, H. Von Hebel, y D. Robinson, «Crimes within the Jurisdiction of the Court», en R.S. Lee (ed.): *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya / Londres/Boston, 1999, pp. 81-85; y P. Gargiulo, «The controversial relationship between the International Criminal Court and the Security Council», en F. Lattanzi, y W.A. Schabas, *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, il Sirente, Ripa de Fagnano Alto, 2000, pp. 91-100.

24. Art. 5, párrafo 1.

25. Art. 5, párrafo 2.

26. La Resolución F contenida en el Acta Final de la Conferencia de Roma incluyó en el mandato de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional la elaboración de propuestas relativas a la definición del crimen de agresión, la elaboración de los «elementos del crimen», y las condiciones de ejercicio de su jurisdicción por la Corte, a fin de poder someterlas en su día a la Conferencia de Revisión del Estatuto que preceptivamente se deberá convocar a los siete años de entrada en vigor del Estatuto, es decir a partir del 1 de julio de 2009. Para cumplir con esta parte del mandato, la Comisión Preparatoria creó desde su primer período de sesiones un grupo de trabajo sobre el crimen de agresión (WGCA), que ha venido reuniéndose de forma continuada a lo largo de los diez períodos de sesiones de la Prep-Com. La creación de este Grupo y la reserva de sesiones para sus trabajos ha sido, en buena medida, una respuesta a la exigencia formulada por un importante número de Estados (en especial los integrados en el Grupo de los No Alineados y en el Grupo de países árabes) y la contrapartida necesaria para asegurar el correcto funcionamiento del resto de los grupos de trabajo dedicados a cuestiones consideradas como más urgentes. Ello explica, en buena medida, el reducido número de sesiones dedicadas al crimen de agresión en cada período de sesiones, que si bien ha ido aumentando paulatinamente conforme han sido adoptados otros instrumentos, no ha sido suficiente para dar respuesta a un problema de la envergadura del que ahora nos ocupa. Además de constituir un Grupo de Trabajo sobre la Agresión, el Presidente de la Prep-Com, en consulta con la Mesa, designó desde el inicio de sus trabajos un *Coordinador* sobre el crimen de agresión, encargado de dirigir los trabajos del Grupo de trabajo y de presentar propuestas (propias o recopiladoras de las formuladas por los Estados) sobre el tema. Sin embargo, a pesar de los notables esfuerzos desarrollados por el Coordinador y los Estados en el seno del Grupo de Trabajo, los resultados no han sido positivos. Por ello, la cuestión de la continuidad de los trabajos sobre el crimen de agresión se ha suscitado nuevamente en el momento de constitución de la Primera Asamblea de Estados Partes, que ha decidido la creación de un nuevo Grupo de trabajo sobre la agresión que se reunirá anualmente al mismo tiempo que la Asamblea de Estados Partes. A pesar de ser un órgano subsidiario de la propia Asamblea, su composición será abierta, a fin de permitir la participación en los trabajos de todos los Estados que estuvieron presentes en la Conferencia de Roma, así como de las organizaciones no gubernamentales. Este Grupo desarrollara sus trabajos a partir de los documentos sobre la agresión presentados en la Comisión Preparatoria.

27. Para una visión de conjunto sobre este tema, véase *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, 2002. Aunque en una forma no plenamente satisfactoria y sistemática, estas cuestiones se encuentran apuntadas en la propuesta de Elementos del Crimen de Agresión presentada por la delegación de Samoa en el décimo período de sesiones de la Prep-Com. Véase Doc. PCNICC/2002/WGCA/DP.2.

28. Como es sabido, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional es complementaria de las jurisdicciones nacionales, lo que significa que sólo entrará en funcionamiento cuando éstas no ejerzan su función primaria de reprimir penalmente los crímenes definidos en el Estatuto. Sin embargo, la aplicación al crimen de agresión del principio de complementariedad resulta discutible, como se ha puesto ya de manifiesto por la propia Comisión de Derecho Internacional, que en su Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad aprobado en 1996 identifica al crimen de agresión como el único que sería de competencia exclusiva de una jurisdicción internacional, salvo para el supuesto del ejercicio de la función jurisdiccional por los tribunales del Estado que cometió la agresión y respecto de sus propios nacionales (art. 8).

29. En particular las contenidas en los artículos 25 (responsabilidad penal individual), 28 (responsabilidad de los jefes y otros superiores) y 33 (órdenes superiores y disposiciones legales) del Estatuto.

30. Véase el documento de la Delegación de Somoa citado *supra*, así como —aunque en menor medida— el último documento presentado por la Coordinadora: PCNICC/2002/WGCA/R.T.1/Rev.2.

31. Véase art. 26.

32. Véase art. 27.1.

33. Art. 27.2.

34. Se trata, además, de regímenes de alcance general, aceptados comúnmente por todos los Estados y presentes en la mayoría de los ordenamientos internos con carácter permanente, así como en importantes instrumentos internacionales. En tal medida se diferencian netamente de las leyes de amnistía y punto final, que si bien tienen igualmente por objeto la supresión de la responsabilidad penal individual, encuentran su fundamento en situaciones de excepcionalidad, sin que pueda atribuírseles fundamento alguno en la defensa de valores de la Comunidad Internacional.

35. Véase, en este sentido, el art. 63.1 del Estatuto, que declara expresamente que «el acusado estará presente durante el juicio». La presencia del acusado es igualmente obligatoria en la audiencia prevista para la confirmación de los cargos que el Fiscal le imputa, salvo que concurran las circunstancias excepcionales previstas en el art. 61.2.

36. En relación con la misma, *vid.* en particular los arts. 89 a 92 del Estatuto.

37. Art. 86.

38. Art. 88.

39. Véase, en este sentido y a título de ejemplo, la Decisión n.º 98-408, de 22 de enero de 1999, del Consejo Constitucional francés, y el Dictamen del Consejo de Estado de Luxemburgo, de 4 de mayo de 1999.

40. Las citadas limitaciones se deducen del art. 98, que bajo la rúbrica «cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega», define el citado régimen excepcional en los siguientes términos:

«1) 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 respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

»2) La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba 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 se dé su consentimiento a la entrega.»

41. Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31.

42. Hasta la fecha se han celebrado más de una treintena de estos Acuerdos con países pertenecientes a diversos grupos regionales, si bien todos ellos con una fuerte dependencia económica, política o militar respecto de Estados Unidos. Por su parte, la Unión Europea se viene oponiendo a la celebración de estos Acuerdos a partir de las Conclusiones del Consejo adoptadas el 30 de septiembre de 2002.

43. Véase art. 119.1 del Estatuto.

44. Véase art. 87.7 del Estatuto.

45. Véase C. Escobar Hernández, «Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas», en F.J. Quel López (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática n.º 4, Madrid, 2000, pp. 31-44.

46. Véase art. 13, b) del Estatuto.

47. Párrafo dispositivo 1.

48. Para una análisis más detallado de esta cuestión, *vid.* nuestro trabajo «Corte Penal Inter-

nacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable», en *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Castro-Rial*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 197-218.

49. Cfr. art. 23.2, del Proyecto. De esta forma, la CDI sigue el mismo esquema que se había establecido en la versión de 1991 del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad; modelo que sin embargo se vio modificado en la versión definitiva del proyecto de Código, adoptada en 1996, en la que ya no se hace referencia alguna a las condiciones de procedibilidad, limitándose a definir el crimen de agresión. Téngase en cuenta que, en todo caso, la determinación de la situación de agresión que realizase el Consejo de Seguridad se habrá de realizar en base a los poderes que le otorga la Carta de las Naciones Unidas, en especial el art. 39.

50. De modo especial han de destacarse las propuestas presentadas por Grecia y Portugal (Doc. PCNICC/2000/WGCA/DP.5) y por Bosnia-Herzegovina, Nueva Zelanda y Rumanía (Doc. PCNICC/2001/WGCA/DP.1). Conforme a la primera, si el Consejo de Seguridad no respondiese en un plazo predeterminado, la Corte Penal Internacional quedaría en libertad plena de ejercer su competencia respecto de los crímenes de agresión denunciados. Conforme a la segunda, el Consejo de Seguridad sería sustituido por la Asamblea General, en combinación con el Tribunal Internacional de Justicia, pero la CPI no se vería reconocer una competencia autónoma de calificación y declaración de la situación de agresión.

51. Véase PCNICC/2002/WGCA/RT.1 y Rev. 1 y Rev. 2.

52. Ha de tenerse, además, en cuenta que aún en el caso de que la Corte Penal Internacional llegase finalmente a iniciar la investigación o enjuiciamiento de un crimen de agresión, nada impediría que el Consejo de Seguridad paralizase la jurisdicción a través del ejercicio de la potestad que le reconoce el art. 16 del Estatuto.

*Concepción Escobar Hernández, es catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, y Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Ha sido miembro de la delegación española en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios sobre la Corte Penal Internacional, así como de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Forma parte de los grupos de trabajo interministeriales creados en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Justicia para llevar a cabo el seguimiento y el desarrollo normativo en España del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Entre sus más recientes publicaciones cabe destacar las siguientes: «Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable», en «El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Castro-Rial», Trotta, Madrid, 2002, pp. 197-218; «El asilo en la Unión Europea», en F. Mariño Menéndez (dir.): «Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio», 2.ª edición, Madrid, 2003, pp. 721-768.*