

Prof. Jeannette Irigoín Barrenne*

La corte penal internacional y las operaciones de paz

International Criminal Court and Peacekeeping Operations

Resumen

Las Operaciones de Paz de Naciones Unidas han tenido un desarrollo notable en los últimos años, lo que se ha evidenciado en forma especial desde la caída de los muros en Europa y el desmembramiento de la Unión Soviética y los conflictos de los Balcanes, de África y otras regiones del mundo.

Con la entrada en vigor del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, es legítimo preguntarse si eventualmente, en caso de que se cometan crímenes de competencia de la Corte, ésta tendría jurisdicción para enjuiciar y procesar o como siempre, va a primar el principio de Complementariedad y prevalecer el criterio de jurisdicción territorial.

Este es el análisis que se realiza en esta ponencia que detalla las luces y sombras encontradas en la forma en que se consagró la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y cómo el concepto de soberanía territorial que parecía un poco erosionado, se recupera con fuerza en el estudio de la jurisdicción internacional.

Palabras clave

Corte Penal Internacional – Estatuto de Roma – Soberanía territorial

Abstract

The United Peace Operations have had a great development in the last years and they have been specially noticeable since the fall of the walls in Europe, the dismemberment of the Soviet Union, the Balkan conflict and other conflicts in Africa and in other regions of the world.

When entering into force the Rome Statute that establishes the International Criminal Court (ICC), a legitimate question to ask is if eventually, in the case of the commission

* *Magíster Estudios Internacionales, Universidad de Chile*
Doctorado en Derecho Internacional © Universidad Complutense de Madrid.
Profesora Titular Derecho Internacional, Universidad de Chile
Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos, Ministerio de Defensa
jirigoín@anepe.cl

of crimes belonging to the competence of the ICC, the ICC would have jurisdiction to put to trial and to process the members of the UN Peace Operations, or if, as it has always been, it is going to prevail the Principle of Complementarity and the territorial jurisdiction criterion.

This is the analysis that is presented in this article that studies the lights and shadows we can discover in the way in which the jurisdiction of the ICC was established and how we can see that the notion of territorial jurisdiction that had been somehow eroded, strongly recovers its position in the study of the international jurisdiction.

Keywords

International Criminal Court – Rome statute – territorial sovereignty

Introducción.

Las Operaciones de Paz, surgidas en 1956 bajo el mandato del primer Secretario General de Naciones Unidas, Dag Hammarskjöld, se consideraron como un instrumento que permitía a esa organización, en una circunstancia de tensión internacional altamente peligrosa para la paz y seguridad internacionales, colaborar en el proceso de retorno a la paz.

Concebidas en un principio para abordar situaciones de conflicto entre Estados y para los fines de preservar la integridad territorial y la soberanía de éstos, ellas han experimentado una gran evolución que hoy permite hablar de operaciones de paz de primera y segunda generación. Dentro de las primeras, se incluyen las operaciones “tradicionales”, con una composición y funciones esencialmente militares, destinadas a asegurar la paz en el que ha sido frente de lucha, para mantener condiciones que permitan a los negociadores llegar a un ajuste o a un arreglo de la controversia. En esta generación puede incluirse a tres misiones de observación: ONUVT (Organismo de las Naciones Unidas para la Vigilancia de la Tregua en Palestina), UNMOGIP (Grupo de Observadores Militares de las Naciones Unidas en la India y Pakistán), UNOMIG (Misión de Observación de las Naciones Unidas en Georgia).¹ Además de este tipo de operaciones, existen las de “segunda generación” que hacen posible su presencia en conflictos de carácter interno así como su trabajo en el fortalecimiento de las instituciones, el fomento de la participación política, la protección de los derechos de las minorías, la organización de elecciones, la promoción del desarrollo económico

¹ Consigli José Alejandro y Valladares Gabriel Pablo, “Las operaciones de paz y el Derecho Internacional Humanitario”, 3 de julio 1998, p. 5 www.icrg.org

y social, la atención de la población en casos de desastres naturales, la prestación de asistencia humanitaria, etc.²

Las operaciones de paz han asumido pues, un papel decisivo en la protección de las potenciales víctimas de los diversos conflictos que se plantean en la actualidad. Por ello, es difícil concebir que los integrantes de estas operaciones puedan convertirse en autores de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, ¿qué ocurriría si los guardianes de la paz incurrieran en esas conductas? La doctrina de las operaciones de paz no ha dado una respuesta adecuada a esta cuestión. No existe un claro sistema judicial criminal para los integrantes de las operaciones de paz. La Corte Penal Internacional podría haber llenado esta laguna. Sin embargo, la Corte no constituye una alternativa seria al actual sistema de jurisdicción penal sobre los integrantes de una operación de paz. No obstante ello, uno de los argumentos de los Estados Unidos para no suscribir el Estatuto concernía a las implicaciones que se derivaban para los integrantes de una operación de paz que tuvieran su nacionalidad.

En la actualidad, y tras la adopción de la resolución 1422 del Consejo de Seguridad, la competencia de la Corte sobre los integrantes de una operación de paz se ha visto fuertemente menguada.

1. La jurisdicción penal sobre los integrantes de una operación de paz antes del Estatuto de Roma

Para determinar la jurisdicción penal sobre los integrantes de una operación de paz es necesario distinguir entre las operaciones de paz de Naciones Unidas y las otras operaciones.

1.1 Operaciones de Paz de Naciones Unidas

En las operaciones de paz de Naciones Unidas solían concluirse acuerdos entre la organización y los Estados que contribuyen con tropas (Participation Agreements) y entre las Naciones Unidas y el Estado receptor de las fuerzas (Status of Forces Agreements, SOFA). Estos acuerdos exceptuaban a los integrantes de la operación, en una cierta extensión, de la jurisdicción criminal del Estado receptor: ellos son inmunes de procesos legales. Así el Modelo Status of Forces Agreement for Peacekeeping señala en su párrafo 46, relativo a la jurisdicción:

“Todos los miembros de las operaciones de paz de Naciones Unidas incluido el personal reclutado localmente será inmune de procesos legales respecto de las palabras dichas o escritas y de todos los actos realizados por ellos dentro de su función oficial. Tal inmunidad continuará aun cuando ellos dejen de

² Ibid. p. 6.

ser miembros o empleados de las operaciones de paz de Naciones Unidas y después de la expiración de otras provisiones del presente Acuerdo”.³

Este modelo, *mutatis mutandis*, servía también de base a los acuerdos con el Estado receptor de las operaciones,⁴ así como, con un Estado no Miembro de Naciones Unidas que contribuyera con personal y equipo a las operaciones de paz de Naciones Unidas.⁵ Asimismo, los Estados participantes acordaban “ejercer jurisdicción con respecto a los crímenes y ofensas que hayan sido cometidas por su personal militar al servicio de una operación de paz de las Naciones Unidas. El Estado participante deberá mantener informado al jefe de la Misión en relación al resultado de tal ejercicio de jurisdicción”.⁶ El fundamento de estos acuerdos decía relación, de acuerdo a lo expresado por el Secretario General, con que era “esencial preservar el ejercicio independiente de las funciones de la fuerza”.⁷

La jurisdicción criminal pertenecía pues, al Estado de nacionalidad de las fuerzas. El derecho aplicable era el derecho penal militar y no había, en principio, jurisdicción internacional, así como tampoco jurisdicción universal. En efecto, la práctica muestra que la jurisdicción penal era ejercida por el Estado que proporcionaba las fuerzas. Así, los integrantes de operaciones de paz belgas y canadienses han sido llevados ante sus cortes nacionales por los crímenes cometidos durante las operaciones de paz.

1.2 Operaciones de paz al margen de Naciones Unidas

Así como respecto de las operaciones de paz de Naciones Unidas no había un marco general que regulara la jurisdicción penal, lo mismo ocurría con las operaciones de paz llevadas a cabo fuera de Naciones Unidas. Para cada operación era necesario realizar un acuerdo ad-hoc. En consecuencia había tantos acuerdos como tipos de operación existían. Sin embargo, existía un rasgo común cual era que las tropas de los Estados contribuyentes estaban sujetas a su soberanía. Esto implicaba un claro rechazo de cualquier jurisdicción criminal distinta a la del Estado que aportaba las fuerzas. Esto puede ser ilustrado por el acuerdo en relación a IFOR y SFOR en Bosnia y en Herzegovina, contenido en el Anexo IA del Acuerdo Dayton y en el Apéndice B. El Artículo 7 de ese apéndice B prevé que “El personal militar de la OTAN estará sujeto en toda circunstancia y en todo tiempo a la exclusiva jurisdicción de sus elementos nacionales”.

Otro ejemplo estaría constituido en la MFO (Multinational Forces and Observers). El artículo 118 (a) del protocolo relativo a los Estados de la MFO indica que “los miembros militares de la MFO estarán sujetos a la exclusiva jurisdicción de sus res-

³ Model Status of Forces Agreement for Peacekeeping Operations. Documento de Naciones Unidas. A/ 45/ 594 de 9 de octubre de 1990. La traducción es de la autora.

⁴ *Ibid.*, Párr. 2.

⁵ Documento de Naciones Unidas. A/46/185 de 23 de mayo de 1991.

⁶ *Ibid.* Párr. 25. La traducción es de la autora.

⁷ Estudio Sumario sobre la experiencia derivada del establecimiento de la UNEF I. Documento de Naciones Unidas. A/3943 de 9 de octubre de 1958, Párr. 136. La traducción es de la autora.

pectivos estados nacionales en relación a cualquiera ofensa criminal que haya sido cometida por ellas en el Estado Receptor. Cualquier persona que sea acusada por la comisión de un crimen será llevada a juicio por el respectivo Estado Participante, de acuerdo a sus leyes”⁸.

2. Las objeciones de los Estados Unidos al establecimiento de una Corte Penal Internacional

Tras una participación entusiasta en las primeras negociaciones para la creación de una Corte Penal Internacional, los Estados Unidos adoptaron una actitud conservadora frente a diversas cuestiones, oponiéndose a una Corte dotada de amplios poderes y enfrentándose al grupo de los Estados “like-minded” que apoyaba una Corte fuerte.

Uno de los principales argumentos de los Estados Unidos era que los soldados de este país que participaran en una operación de paz podrían verse expuestos a persecuciones políticas ante la Corte.⁹ Este argumento fue señalado como causa de la no suscripción del tratado.¹⁰ Estados Unidos sostuvo que las disposiciones del Estatuto “podrían inhibir el poder de los Estados Unidos para usar sus militares para (...) participar en operaciones multinacionales (...). Otros contribuyentes a las operaciones de paz estarán igualmente expuestos”.¹¹

3. El Estatuto de Roma y las Operaciones de Paz

La reacción de los Estados Unidos al Estatuto implica que el Estatuto permitiría una persecución política de los integrantes de una operación de paz, lo que no sería posible según los “tradicionales” acuerdos a los que nos referimos antes.

Pero la solución contemplada en esos acuerdos no estaba exenta de críticas. Por variadas razones, los Estados podían decidir no someter a juicio ni castigar a los nacionales que integraran una operación de paz, más allá de si éstos hubieran cometido o no crímenes graves.

Ahora bien, es claro que el Estatuto contiene cambios en relación con la jurisdicción penal sobre los integrantes de una operación de paz. El Estatuto de Roma crea una

⁸ Ejemplos citados por Zwanenburg, Marten, “The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers under FIRE?”, *European Journal of International Law*, 1999, p. 129. La traducción es de la autora.

⁹ Ver discurso de Bill Richardson, Embajador de Estados Unidos en la Conferencia de Roma: <http://w.w.w.un.org/icc/speeches/617usa.htm>

¹⁰ Scheffer D., Jefe de la Delegación de los Estados Unidos ante la Conferencia Diplomática de Naciones Unidas para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, testimonio ante la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, 23 de julio de 1998, <http://w.w.w.usia.gov/topical/pol/usandun/scef23.htm>

¹¹ *Ibíd.*

jurisdicción penal, próxima a la jurisdicción de los tribunales nacionales, para sancionar la comisión de crímenes internacionales graves, que encuentra su antecedente más cercano en los Tribunales creados para la Ex Yugoslavia y para Ruanda. Todos ellos constituyen un importante desarrollo conceptual en materia de jurisdicción penal.

Sin embargo es dudoso que las implicancias prácticas de las disposiciones de Estatuto vayan a la par que las implicancias conceptuales.

4. La competencia de la Corte Penal Internacional y la jurisdicción de los Estados

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, como todo tratado internacional, presenta luces y sombras. Las críticas se han formulado de distintos lados. Es natural que, tratándose de una Convención destinada a dotar a la comunidad internacional de un instrumento especialmente significativo en la prevención y la represión de crímenes atroces, perpetrados de manera sistemática y a gran escala, se tiende a elegir condiciones puramente humanitarias más que a intereses gubernamentales.

Este no es el caso; si no queremos navegar en la pura utopía, se debe tomar en consideración que en las relaciones interestatales, los intereses humanitarios no pueden sino que ser filtrados por los gobiernos: la soberanía estatal, a pesar de los discursos de su pretendida erosión, es una realidad que goza de una muy buena salud y el proceso de formación de normas internacionales no puede hacer abstracción de esta realidad. Trataremos de indicar de qué manera esta realidad se manifiesta en particular en las disposiciones del Estatuto de Roma relativas al ejercicio de la competencia de la Corte.

Esta competencia se determina por las disposiciones sobre la complementariedad, por aquellas sobre los criterios de jurisdicción, por las modalidades de manifestación del consentimiento de los Estados aceptando la competencia de la Corte, por los poderes del Consejo de Seguridad en su relación con la Corte.

5. El principio de complementariedad.

Los Estados, con sus prerrogativas soberanas, son los primeros a los que el Estatuto de Roma debía tener en cuenta para establecer las condiciones del ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional.

A partir del Preámbulo, la Corte no se presenta como una jurisdicción penal que se sustituye de manera exclusiva a las jurisdicciones estatales en la represión de delitos internacionales. En el numeral 6, se establece que “es un deber de cada Estado someter a la jurisdicción penal a los responsables de crímenes internacionales”.

El carácter “internacional” del crimen no bastará para justificar la competencia de la Corte. Se sustituirá a las jurisdicciones estatales solamente por la represión de “crímenes muy graves que tengan un alcance internacional, en el sentido del presente Estatuto” (artículo primero).

En efecto, las disposiciones sobre la competencia *Ratione materiae*, limitan esta competencia a actos de Genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y actos de agresión, excluyendo completamente los “treaty – based crimes”, incluso de alcance internacional.

Es así que el Art. 8 señala que “la Corte tiene competencia en relación a los crímenes de guerra, en particular cuanto éstos se inscriben en un plan o política determinadas o cuando son parte de una serie de crímenes análogos cometidos en gran escala”¹².

Pero para los crímenes contra la humanidad la competencia de la Corte está prevista de manera absoluta: “se entiende por crimen contra la humanidad cualquiera de los actos señalados que se cometan en el cuadro de un ataque generalizado o sistemático lanzado contra una población civil y con conocimiento de este ataque” (Art. 7 par. 1).

El artículo 17, sobre la admisibilidad del asunto en el par. 1 letra d), otorga a la Corte una ulterior posibilidad de no conocer el crimen denunciado: “sin asunto no es admisible por la Corte” cuando “no es suficientemente grave para que la Corte le dé lugar”.

Pero incluso en relación al núcleo duro de crímenes de derecho internacional, la jurisdicción de la Corte no será exclusiva; en todo caso, según el par. 10 del Preámbulo, la jurisdicción de la Corte “será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.

La Corte no está concebida como un órgano (como los Tribunales creados por el Consejo de Seguridad para Ruanda y la ex Yugoslavia) de manera concurrente con las jurisdicciones nacionales y con una cierta primacía a su respecto en la represión de los crímenes más graves del derecho internacional¹³. La Corte no tendrá competencia concurrente con sus jurisdicciones nacionales, ni tampoco primacía sobre ellas.

Es así que siempre en virtud del Art. 17 del Estatuto:

“1. La Corte ejercerá su competencia solamente en el caso en que los Estados se negaran a juzgar o fueran incapaces de hacerlo o de hacerlo de manera imparcial. En el caso que se tratara de crímenes de guerra, de actos de genocidio, de crímenes contra la humanidad y de actos de agresión, la jurisdicción de la Corte tendrá jurisdicción.

El Art. 17 presenta también los criterios que permiten determinar “la falta de voluntad” o “incapacidad de la jurisdicción nacional”.

¹² Esto se logró gracias a la obra del Comité Internacional de la Cruz Roja, en el documento de 13 de Julio 1998 (A/CONF. 183/INF/10 p.1.)

¹³ Ver Art. 9 del Estatuto del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia y Art. 8 del Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda.

La Corte está llamada a conocer crímenes de su competencia únicamente en el caso de un vacío determinado por no haber reprimido, o constituido por la impunidad. Este vacío podrá ser representado no solamente por la destrucción de un sistema estatal, por una situación de anarquía generalizada, pero también por una mala administración de justicia en general o en un caso concreto. Incluso en esta hipótesis, la Corte no será llamada a juzgar a los Estados para constatar un eventual acto ilícito internacional constituido por una mala administración de justicia. Incluso en esta hipótesis el elemento de juicio está dado por los hechos: no existe un responsable de crímenes atroces, existen víctimas a las que no se les ha dado justicia.

Las negociaciones del Estatuto de Roma sobre el principio de complementariedad se desarrollaron de forma lineal, acogiendo esencialmente las proposiciones que habían sido presentadas durante los trabajos preparativos de Ginebra y Nueva York en los que se encontraban las fórmulas ya analizadas¹⁴.

Pero en Roma, durante la Conferencia, se reforzó el carácter complementario de la jurisdicción de la Corte en relación a las jurisdicciones nacionales. La proposición de Estados Unidos logró agregar el actual Art. 181 que procura un filtro posterior para evaluar la admisibilidad de la denuncia: el Procurador, antes de abrir una investigación sobre un caso.

“le notifica a todos los Estados Partes y a los Estados que, según las informaciones disponibles, tendrían normalmente competencia en relación al crimen de que se trata....” (fórmula muy vaga y genérica) durante el mes que sigue a la recepción de esta notificación”.

“Un Estado puede informar a la Corte que abre o ha abierto una investigación sobre sus nacionales o de otras personas bajo su jurisdicción por actos criminales que podrían ser constitutivos de crímenes de acuerdo al Art. 5 y que tienen relación con las informaciones notificadas a los Estados”....

En otros términos, en Roma se decidió que la falta de voluntad o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales para reprimir los crímenes debería resultar de una determinación hecha por la Corte, o también por un informe dialéctico de plena colaboración entre los Estados. Así se les da a ellos una posibilidad posterior de evitar o de retardar la actividad de la jurisdicción internacional: es lo que se denomina la “doble llave” de la competencia de la Corte. El procedimiento de admisibilidad se ha vuelto más complicado.

Este procedimiento plantea algunos problemas de interpretación. En especial el problema se presenta para saber si el principio de complementariedad se aplica siempre en relación a “no importa qué jurisdicción estatal sobre la base de no importa qué criterio ha adoptado la jurisdicción interna, comprendiendo (si es el caso)” el criterio universal o si este principio se aplica solamente a jurisdicciones estatales que están di-

¹⁴ Véase F. Latanzzi (ed) *The complementary carácter of the Jurisdiction of the Court with respect to national jurisdiction en The international Criminal court. Comments on the Draft Statute* Editoriale Scientifica. Nápoles, 1998.

rectamente relacionados al crimen, las que serían las únicas que pueden efectivamente reunir las pruebas y/o ejecutar una eventual sentencia de condena del responsable, pero no lo harían.

Si se acoge la primera interpretación del Art. 18, el principio de complementariedad podrá permitir que no se someta al responsable a la justicia con la eficacia necesaria. En efecto, no importa qué Estado, miembro de la comunidad internacional, queriendo y pudiendo, incluso en aplicación del criterio universal de jurisdicción, conoce de crímenes que son de la competencia material de la Corte, debe ser él mismo el que evite que la Corte conozca el asunto. O, este Estado podría no ser capaz de reprimir el crimen, porque, por ejemplo, no detiene a la persona inculpada y/o que el crimen no se haya cometido sobre su territorio y que no tiene relaciones de cooperación judicial con el Estado territorial o de detención, mientras que la Corte podría tener esa posibilidad. Aplicando el principio de complementariedad en relación a no importe cuál jurisdicción estatal, se arriesga a que sea imposible el fin esencial perseguido con la creación de una jurisdicción penal internacional: la de realizar, directamente o indirectamente una represión efectiva, en la medida de constituir una disuasión para el futuro y garantizar así una coexistencia pacífica entre los pueblos y los Estados.

Parece entonces más coherente con la exigencia de una represión efectiva de los crímenes más graves que afectan al conjunto de la comunidad internacional (par. 9 del Preámbulo), que la complementariedad se evalúe solamente en relación a ciertas jurisdicciones nacionales y en consideración también de relaciones que tiene la Corte con los Estados más directamente relacionados al crimen.

6. Los vínculos jurisdiccionales en la base de la competencia de la Corte.

La competencia de la Corte no será automática, incluso en los casos en que los Estados rechazaran o se mostraran incapaces de perseguir personas imputadas de graves crímenes de derecho internacional. El ejercicio de la competencia de la Corte está subordinado a su aceptación por un Estado que presenta un vínculo estrecho con el crimen según los criterios establecidos por el Art. 12 del Estatuto: esto es, si la competencia ha sido aceptada por el Estado sobre el territorio de aquel en que se presume que el crimen se ha cometido o por el Estado del acusado.

Para los crímenes de guerra, sin embargo, durante la fase final de la Conferencia de Roma, bajo la presión de Estados Unidos y Francia, aparece una limitación con posterioridad, la que se conoce con la expresión *Opting-out*. De acuerdo al Art. 124, cada Estado que al ratificar el Estatuto, acepta la jurisdicción de la Corte, tiene la posibilidad de postergarla por un período de siete años a partir de la entrada en vigor del Estatuto, por los crímenes de guerra cometidos en su territorio o por sus nacionales. Así, incluso en el período de transición, con respecto a los Estados parte que elijan el

Opting-out, la exclusión del criterio territorial o nacional de jurisdicción (o de los dos) puede impedir el juzgamiento de los crímenes de guerra.

Hemos llegado a través de una elaboración muy compleja a la solución que consiste en subordinar la competencia de la Corte a su aceptación por el Estado territorial o nacional y al mismo tiempo a permitir a los Estados escoger el *Opting-out* para los crímenes de guerra.

En un comienzo, el Reino Unido de Gran Bretaña, apoyado por otras potencias, había propuesto subordinar el ejercicio de la competencia de la Corte a su aceptación, a la vez, por el Estado territorial y por el Estado de detención del sospechoso. En un espíritu “de compromiso” el propio Estado proponía utilizar solamente el criterio territorial. Ciertos Estados analizaron esta proposición sólo al final de la Conferencia y su abandono significó una moneda de cambio en la búsqueda de un compromiso con el texto en su conjunto.

El acumular los vínculos jurisdiccionales e incluso la posibilidad de que sea sólo el vínculo territorial era aleatorio, se entiende la posibilidad para la Corte de actuar, salvo por la iniciativa del Consejo de Seguridad, que analizaremos después.

A la proposición británica, la delegación alemana presentó una idea con un enfoque muy utópico, que pretendía darle competencia a la Corte independiente de todo vínculo jurisdiccional.

En apoyo de su proposición, Alemania sostenía que sobre la base del derecho internacional, cada Estado tiene la facultad de reprimir todos los delitos que quiera, según el criterio jurisdiccional a su elección, incluyendo el criterio universal, el que respecto a los crímenes de guerra, constituye una obligación internacional de acuerdo a los Convenios de Ginebra de 1949.

La tesis de Alemania estaba fundada teóricamente, sin embargo, no tomaba en cuenta que una Corte Penal Internacional no está destinada a tener un contacto físico ni con el territorio ni con el imputado, ni con los testigos y las pruebas, ni con las víctimas, y que no tendría los poderes de coerción eventualmente necesarios para realizar este contacto. En cada fase de su actividad, la Corte Penal Internacional, al igual que los dos Tribunales Penales creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, tendría necesidad de la colaboración de los Estados¹⁵. Deberá actuar con la colaboración al menos de ciertos Estados que tengan algún vínculo con el crimen y no podrá actuar en contra de su voluntad.

Una propuesta coreana, que, en lugar de prever los criterios de jurisdicción de manera acumulativa, los indicaba de forma alternativa y preveía cuatro, lo que pareció muy realista y sabio a varias delegaciones. De acuerdo a esta proposición, la corte hubiera podido ejercer su competencia si ésta hubiese sido aceptada por el Estado territorial, o

¹⁵ Mosconi-Parisi. *Co-operation between International Criminal Court and states Parties* en F. Lattanzi (op. cit. 14), pág. 311 y ss.

por el Estado Nacional del presunto culpable, sea por el Estado Nacional del presunto culpable, sea por el Estado Nacional de la víctima o por el Estado de detención del sospechoso. Esta opción representaba un compromiso, no del todo “revolucionario”, como se pretendía. En efecto, incluso si la proposición coreana hubiere sido aceptada, la Corte no habría tenido muchas posibilidades de actuar de manera independiente del Consejo de Seguridad en el caso en que la competencia no hubiere sido aceptada por el Estado territorial. En los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad e incluso en los crímenes de guerra en conflictos internos, coinciden el Estado territorial, el Estado nacional del autor, el Estado nacional de la víctima y también el Estado de detención del acusado.

En lo que respecta al primer criterio –el de nacionalidad de la víctima– la pequeña apertura aparece en el caso de la desaparición forzada de italianos (o italianos–argentinos) en Argentina, españoles (españoles–argentinos o españoles–chilenos) en Argentina y Chile. Es justamente el vínculo nacional pasivo que ha permitido el arresto del ex Presidente Pinochet a solicitud de jueces españoles sobre la base de la opción coreana, si Chile no hubiera aceptado la competencia de la Corte, le habría otorgado la posibilidad de perseguir al inculpado, en el caso que la Corte hubiera existido al momento de los hechos y no se hubiera activado ninguna jurisdicción estatal para hacer justicia. Con el mismo ejemplo, acoger el criterio alternativo de la detención, habría permitido llegar al proceso y a la condena del supuesto criminal por la Corte en caso que el Estado de detención hubiera rehusado de presentarlo a juicio (la Corte no puede juzgar en ausencia) a menos que la limitación drástica de su libertad de circulación: en fin, a permanecer en una prisión, aunque sea a cielo abierto como Mladic o Karadgic.

El abandono de la proposición coreana y la adopción de la alternativa criterio territorial/ criterio de nacionalidad no son suficientes para satisfacer a los Estados que insistían en mantener solo el criterio territorial. Por una parte, el sistema del reconocimiento automático de la competencia de la Corte por la sola ratificación del Estatuto y por otra, la normativa que, además del criterio territorial y de manera alternativa con éste, el criterio de la nacionalidad del autor, postulado por Francia y Estados Unidos, que estaban preocupados del hecho de que la Corte pudiera perseguir a sus militares comprometidos en un territorio extranjero en operaciones de Paz y otras. El delegado Scheffer, de Estados Unidos, lo sostenía abiertamente en la Conferencia, y la acción contra Irak y contra Serbia da testimonio de que esta preocupación tenía fundamento.

7. Las modalidades de aceptación de la jurisdicción de la Corte por los Estados.

Terminó por imponerse la fórmula de la jurisdicción automática de la Corte, los Estados reconocieron la competencia de la Corte sobre los crímenes cometidos en su territorio por quien sea y por sus nacionales donde sea mediante la ratificación del Estatuto o la adhesión a éste (Art. 12 par. 1).

La proposición que estipulaba para todos los crímenes o a menos para algunos de ellos una modalidad de aceptación específica de la competencia de la Corte según la fórmula del consentimiento caso por caso fue completamente rechazada.

Para los Estados no parte del Estatuto queda la posibilidad de aceptar la jurisdicción de la Corte mediante una declaración ad-hoc que se notifica y en ese caso, se deben aceptar las obligaciones de cooperación previstas en la Parte IX del Estatuto (Art. 12 par. 3).

Respecto a la automaticidad de la competencia de la Corte pesa la oscura sombra del *Opting-out* transitorio para los crímenes de guerra que se puede elegir al momento de la ratificación o adhesión al Estatuto, lo que utilizó Francia en 1998.

La sombra puede parecer aún más oscura si pensamos en el riesgo de que la disposición transitoria sobre el *Opting-out* puede renovarse a través del procedimiento de revisión del Estatuto.

8. El inicio del procedimiento ante la Corte

Un aspecto que puede considerarse un éxito de la negociación del Estatuto de Roma es el “trigger-mechanism” esto es, el mecanismo para activar el procedimiento ante la Corte.

Si ha rechazado la proposición que quería subordinar la jurisdicción de la Corte a un filtro posterior de la soberanía estatal además de su aceptación por el Estado territorial o el Estado Nacional del presunto culpable. Esto es, se rechazó la pretensión de excluir la acción “propio motu” del Procurador y, salvo en la hipótesis del reenvío por el Consejo de Seguridad, de prever la necesidad de reenvío del caso por un Estado parte o solamente en la proposición más atrasada, por uno de los Estados parte relacionados al crimen según uno de los criterios tradicionales.

O la posibilidad de que un Estado parte o el Consejo de Seguridad puedan accionar el mecanismo y demorarlo, pero finalmente se estableció la acción del Procurador sobre la base de una simple “notitia criminis”, que puede derivar de cualquier fuente (Art. 15).

Para esta consagración se contó con el apoyo de los países llamados “like-minded” y sobre todo gracias a la movilización de todas las organizaciones no gubernamentales.

Sin embargo, es poco probable que la Corte pueda actuar por iniciativa del Procurador, sobre todo para crímenes cometidos en conflictos interno y en tiempos de paz, por el hecho de que deben estar en todo caso subordinados a la aceptación de la jurisdicción de la Corte por el Estado territorial o nacional del presunto autor. Y los Estados viven una fase crítica de su existencia y el territorio y el teatro de actos de genocidio, de crímenes de guerra en los conflictos internos, los crímenes contra la humanidad, son cometidos sobre todo por agentes estatales, dudarán de ratificar el Estatuto y aceptar automáticamente la competencia de la Corte.

Pero también es poco probable que el Consejo de Seguridad podría ocuparse de actos de genocidio y de crímenes contra la humanidad cometidos en tiempo de paz, considerando, a la luz de la práctica reciente del Consejo, la dificultad para establecer una conexión entre crímenes en tiempo de paz y amenaza contra la Paz de acuerdo al Capítulo VII de la Carta. En efecto, el Consejo de Seguridad hace el vínculo entre urgencia humanitaria y amenaza contra la paz internacional solamente en una situación de conflicto armado o de derrumbe de la organización estatal. Es verdad que en el Estatuto del Tribunal creado para Ruanda se evitó hacer referencia a una situación de conflicto armado, aun cuando existía de hecho, no solamente a causa de la confrontación entre las fuerzas gubernamentales y las del frente de liberación, pero también a causa del genocidio que se realizaba en un escenario de agresión de una etnia contra otra, por lo tanto, en una situación de conflicto armado interno. Aparecía poco clara la conexión entre urgencia humanitaria y amenaza contra la paz en presencia de una situación de conflicto armado en todas las otras hipótesis en que ha intervenido el Consejo de Seguridad para hacer frente a la urgencia: se pueden ver las resoluciones sobre la situación de Somalia, Bosnia–Herzegovina, Liberia, Salvador, etc.¹⁶

9. Las relaciones entre la Corte y el Consejo de Seguridad.

a. El poder de reenviar una situación a la Corte

La barrera de la soberanía estatal que se manifiesta en la exigencia de una aceptación de la competencia de la Corte por los Estados, puede ser franqueada en el caso en que el Consejo de Seguridad “actuando en virtud del Capítulo VII” reenvía al Procurador “una situación en que pareciera se han cometido muchos crímenes” (Art. 13 letra b).

Entre las diferentes opciones elaboradas por el Comité preparatorio¹⁷ había una que establecía que el Consejo de Seguridad envíe a la Corte un caso y no una simple situación; este órgano tendría un propio poder de denuncia de presuntos responsables de crímenes relativos a una de las situaciones previstas en el Art. 39 del Capítulo VII de la Carta ONU.

El reenvío del Estatuto de la Corte al Capítulo VII, se encuadra en un sistema bien específico, comprendiendo el principio de complementariedad y la exclusión de la primacía de la Corte sobre las jurisdicciones nacionales incluso en lo que concierne al procedimiento accionado por el Consejo de Seguridad, que al enviar a la Corte una situación de pretendidos crímenes vinculados con una de las situaciones previstas por el Art. 39 de la Carta ONU, no podrá tener en cuenta la voluntad y la capacidad de un Estado para reprimir esos crímenes.

¹⁶ De crisis extrema de la organización del Estado, se puede mencionar la situación de Albania, que justificó la Operación Alba, autorizada por el Consejo de Seguridad.

¹⁷

Esto debe observarse no solamente como un límite a los poderes del Consejo de Seguridad, sino también como una incitación a los Estados que quieren evitar la intervención de este órgano en sus asuntos internos de acuerdo al Capítulo VII. Si quieren realmente evitar esa intervención, tienen que enviar a la justicia a los presuntos responsables de crímenes atroces y con anterioridad, deben prevenir tales crímenes.

Por otra parte, si quieren evitar que la Corte actúe por la iniciativa del Consejo de Seguridad y contra su voluntad específica, los Estados, especialmente los que viven en situación de crisis al interior de sus fronteras, deben ratificar el Estatuto de la Corte, lo que les permitirá someter a la Corte tanto una situación que les es ajena como una en que se encuentren implicados y que es difícil enfrentar.

El poder de suspender la actividad de la Corte.

Además de esta función que podemos estimar positiva de reenviar una situación a la Corte, al Consejo de Seguridad también se le atribuye una función un tanto negativa: el poder, en ciertos casos, de suspender (e incluso bloquear) la actividad de la Corte.

El Art. 16 del Estatuto señala:

“Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento.

En caso que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de 12 meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.”

Se trata de un poder más peligroso que el poder atribuido al Consejo de Seguridad de reenviar una situación a la Corte, puesto que puede acudir a ayudar a un Estado que habiendo aceptado la competencia de la Corte, ante el caso concreto, querría evitar que la Corte conociese de crímenes cometidos en su territorio o por sus nacionales. Como esta suspensión no está limitada en el tiempo, puede suceder que la decisión sea renovada indefinidamente, con lo que se trataría de bloquear la actividad de la Corte más que de una suspensión y en consecuencia, de una peligrosa dependencia de un órgano jurisdiccional penal en relación a un órgano político.

Sin embargo, hay que destacar que incluso la decisión del Consejo de Seguridad de suspender una investigación o un procedimiento decidido por la Corte, necesita el acuerdo de todos los Miembros Permanentes y por lo tanto, el poder de veto puede influir de manera fundamental.

Al atribuir al Consejo de Seguridad el poder de suspender, pero no de autorizar la actividad de la Corte, consideramos que representa un aspecto positivo de lo que se negoció en el Estatuto de Roma.

Consideraciones finales:

El análisis de la situación actual de las Operaciones de Paz de Naciones Unidas y su posible vinculación con la actividad de la Corte Penal Internacional nos ha permitido estudiar con mayor detalle cómo se ha consagrado la competencia en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal internacional y las diferentes posibilidades que se tuvieron presentes para llegar a una solución de compromiso, como ocurre siempre durante las negociaciones internacionales.

Descubrimos las luces y sombras que presenta el texto del Estatuto y cómo puede iniciarse la actividad jurisdiccional de la Corte y su relevante vinculación con el órgano principal de Naciones Unidas, encargado de mantener la paz y seguridad internacional, el Consejo de Seguridad.