

Astrid Espaliat Larson

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS OPERACIONES DE PAZ: COMPETENCIAS Y ALCANCES



Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos

ANEPE

ASTRID ESPALIAT LARSON

**LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL Y LAS
OPERACIONES DE PAZ:
COMPETENCIAS Y
ALCANCES**



Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos

Colección de Investigaciones ANEPE N° 7

Copyright 2004, by Astrid Espaliat Larson

Septiembre de 2004

Mayo de 2012 PRIMERA REIMPRESIÓN

Edita ANEPE

Registro de Propiedad Intelectual N° 142.522

ISBN: 978-956-8478-23-0
(Volumen 7)

ISBN: 978-956-8478-00-1
(Obra completa Colección Investigaciones ANEPE)

Sello Editorial: Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos
(956-8478)

Diseño portada: Secretaría Ejecutiva Consejo Editorial ANEPE

Impreso en los talleres de Alfabetas Artes Gráficas que solo actúa como impresor

Derechos Reservados

Impreso en Chile / Printed in Chile

INTRODUCCIÓN

Cuando los estudiosos del derecho internacional del mañana analicen lo acaecido en los últimos años, concluirán que uno de los rasgos más importantes de esa época fue la proliferación de los tribunales internacionales.

Desde 1989, casi una docena de cuerpos judiciales han sido creados o han sido profundamente reformados, en comparación con los escasos seis o siete previamente existentes.

Además, este cambio cuantitativo ha sido acompañado de una importante expansión y transformación de la naturaleza y competencia de los órganos judiciales internacionales. Dentro de este proceso de multiplicación y diversificación de los órganos judiciales, surgen aquellos dotados de competencia para sancionar las ofensas que han sido consideradas como las que revisten mayor gravedad. En este contexto, surgen los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y más recientemente, la Corte Penal Internacional.

La Corte Penal Internacional, creada por el Estatuto de Roma, surge como el primer órgano jurisdiccional de carácter permanente cuya competencia le permite enjuiciar a aquellos individuos que hayan cometido los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de agresión o de guerra.

La creación de la Corte Penal plantea de inmediato la pregunta relativa a cuál es el lugar y papel que corresponde a este órgano en el sistema jurídico internacional contemporáneo. Esta interrogante adquiere mayor relevancia cuando se considera la objeción que Estados Unidos planteó al Estatuto de Roma: que éste haría posible la persecución por motivos políticos de los integrantes de una operación paz que tuviesen su nacionalidad.

Para responder a esa pregunta es necesario referirse en primer lugar a las disposiciones del Estatuto. Dentro de ellas se encuentran, naturalmente, las que establecen los crímenes sobre los cuales la Corte tendría competencia, pero también aquellas que, impiden o permiten el ejercicio de competencia

por parte de la Corte. Por ello, la primera parte de este trabajo está destinada a analizar aquellas disposiciones del Estatuto que, a nuestro entender, permiten determinar el lugar que los Estados han otorgado a este nuevo órgano jurisdiccional.

No obstante, el análisis de esas disposiciones no es suficiente. Es necesario, además referirse al principio de jurisdicción universal.

Al mismo tiempo que se desarrollaban los trabajos tendientes a la creación de la Corte, surgían voces que sostenían que existía un principio que, en consideración a la gravedad de ciertos crímenes, permitía a cualquier Estado enjuiciar a los responsables de ellos, sin considerar el lugar donde ellos hubiesen sido cometidos o la nacionalidad del ofensor o de la víctima.

Con la creación de la Corte Penal Internacional, surge inevitablemente la pregunta relativa a si los Estados habrían traspasado esa jurisdicción universal preexistente a la Corte y, por lo tanto, ésta estaría dotada de una jurisdicción universal o, si por el contrario, al carecer dicho principio de una aplicación general sólo puede concluirse que la Corte posee una competencia internacional y acotada.

De allí entonces, que la segunda parte de este trabajo esté orientada a precisar si existe jurisdicción universal sobre los crímenes hoy contemplados por el Estatuto de Roma.

Una vez determinada la competencia de la Corte, y las condiciones en que la ejercerá, analizaremos las disposiciones del Estatuto en relación a las operaciones de paz. De esta manera, se podrán establecer los supuestos en que el Estado de nacionalidad de los integrantes de una operación de paz, podrá ejercer su jurisdicción penal para enjuiciar los crímenes por ellos cometidos.

Sin embargo, si detuviéramos nuestro análisis en las disposiciones del Estatuto, no entregaríamos una visión completa en relación al ejercicio de la jurisdicción penal sobre los integrantes de una operación de paz. Por ello, nos referiremos a las Resoluciones por las cuales el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha dejado al margen de las reglas del Estatuto de Roma a los integrantes de una operación de paz que posean la nacionalidad de un Estado no parte del Estatuto, modificando así las reglas de ese Tratado.

Finalmente, se considerarán los Acuerdos de carácter bilateral que los Estados Unidos han venido suscribiendo con Estados Partes del Estatuto de Roma, y que persiguen otorgar inmunidad al personal estadounidense que se encuentre en el territorio de un Estado Parte del Estatuto. Se examinará en esa sección el contexto en que dichas acciones tuvieron lugar, así como la legalidad de éstas.

El análisis de todos y cada uno de los tópicos anteriormente mencionados, permitirá determinar el lugar que corresponde hoy a la Corte Penal Internacional, respecto del enjuiciamiento de los integrantes de una operación de paz que hubiesen cometido algunos de los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma.

I. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El derecho internacional es una creación de la sociedad de Estados para satisfacer su mutua necesidad de orden, orden por el cual ellos están dispuestos a poner límites a su libertad de acción tanto en sus relaciones recíprocas como en relación a la comunidad. Para establecer ese orden los Estados, principales actores de esa sociedad, crean reglas jurídicas e instituciones.

El derecho internacional refleja entonces y por sobre todas las cosas, los caracteres básicos del Estado, orientando así las características de las políticas mundiales. Unidades de formal independencia, los Estados gozan de igual soberanía en el plano jurídico e igual posesión de los atributos básicos de ella, y han tenido éxito creando un sistema que contiene tales valores. Los ejemplos que pueden darse en este orden de ideas, incluyen la no intervención en los asuntos internos, la integridad territorial, el no uso de la fuerza y la igualdad de voto en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Pero al mismo tiempo muchos factores cruzan los límites del Estado y crean una tensión en el ámbito de las políticas mundiales siendo las principales en la actualidad, la búsqueda de la paz y la seguridad internacionales en un mundo globalizado, el respeto de los derechos humanos y la existencia de relaciones económicas inadecuadas. De allí entonces, que las políticas estatales y los equilibrios de poder tanto internacional como regional son un marco necesario dentro del cual el derecho internacional opera, así como las condiciona. En una espiral de retroalimentación, el derecho se convierte en parte del contexto dentro del cual la sociedad de Estados debe actuar, constriñéndose éstos a una serie de reglas que modifican los incentivos, costos y beneficios de las diversas posibles elecciones y conductas.

El derecho refleja entonces, el interés de las fuerzas dentro de los Estados y entre los Estados.

El sistema jurídico, dando cuenta de esas fuerzas, se ha expandido ampliando su ámbito de aplicación a las más diversas

materias. La segunda mitad del siglo ha presenciado una expansión y una diversificación de las formas en que los Estados se relacionan. Las áreas en que ellos han decidido cooperar han experimentado una sustancial expansión: seguridad, educación, economía, medio ambiente, investigación científica, comunicaciones, transporte, etc. Hoy día, parecieran no haber áreas no cubiertas.

Además, los Estados han ido entregando progresivamente a órganos jurisdiccionales internacionales la resolución de los conflictos derivados de la interpretación y aplicación de las normas por ellos creadas.

Así, el fin del siglo veinte fue testigo de una expansión y transformación, sin precedentes, de los órganos judiciales internacionales. Sin lugar a dudas, esta enorme expansión y transformación constituye el más importante desarrollo del período que siguió a la Guerra Fría.

Creada en 1920, la Corte Permanente de Justicia Internacional fue durante largo tiempo el único órgano judicial internacional de carácter permanente. Su reemplazo por la Corte Internacional de Justicia coincidió, más o menos, con el desarrollo de nuevos foros judiciales, inicialmente a nivel regional y luego a nivel global. En 1950, se creó la Corte Europea de Derechos Humanos; en 1957, la Corte Europea de Justicia, y, en 1981, la Corte Interamericana de Derechos Humanos rindió su primera decisión.

En las dos últimas décadas, este proceso se aceleró y adquirió un aspecto global y casi una docena de cortes o tribunales han sido creados o han sido profundamente reformados, en comparación con los escasos seis o siete previamente existentes.

En 1982, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dio nacimiento al Tribunal Internacional para el Derecho del mar, el cual comenzó a funcionar en 1996. En 1994, el Acuerdo de Marrakech creó el mecanismo cuasi judicial de la Organización Mundial de Comercio.

En forma paralela a estos desarrollos, los últimos veinte años han visto el establecimiento de un importante número de tribunales

ad hoc, tales como el Tribunal de Reclamaciones Irán Estados Unidos, o el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Estamos presenciando entonces una multiplicación, una proliferación de los cuerpos judiciales internacionales.

Este cambio cuantitativo ha ido acompañado por una importante expansión y transformación de la naturaleza y competencia de los órganos judiciales internacionales.

En esa evolución, la última etapa ha correspondido al Estatuto de Roma,¹ tratado que crea la Corte Penal Internacional, primer órgano jurisdiccional internacional de carácter permanente; dotado de competencia automática para perseguir la responsabilidad penal de los individuos que han cometido aquellos crímenes que, han sido calificados por los Estados como las ofensas de mayor gravedad: genocidio, agresión, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra. Se trata de un nuevo órgano judicial que se inserta en el sistema jurídico internacional y cuya estructura y funcionamiento estará condicionado, por ende, a la voluntad de los Estados y que, a su vez, condicionará el actuar de éstos.

El Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de julio de 2002, culminando así un proceso que para algunos encontraría sus primeros antecedentes en la antigua Grecia.²

De la comparación de este texto con el proyecto elaborado por la Comisión de Derecho internacional en 1994 aparecen diferencias notables. La Comisión de Derecho internacional optó por un documento simple, que no contenía todas las reglas materiales y de procedimiento relativas a la actividad de la Corte.³ En consecuencia,

¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado por la Conferencia de Roma Doc.A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. El texto fue corregido mediante procesos verbales de: 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de Noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002.

² Economides Spyros, «The International Criminal Court: reforming the Politics of International justice». Government and opposition. Volume 38, Number 1, Winter 2003, p 29.

³ Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional en Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre los trabajos de su 46 sesión. Documento de Naciones Unidas A/49/(10), pp. 47 ss.

la posibilidad de integración del Estatuto a través del recurso al derecho internacional (consuetudinario o convencional) y al derecho interno, así como a las reglas elaboradas por los jueces de la Corte, estaba contemplada de manera amplia, particularmente en materia de definición de los crímenes competencia de la Corte; de los principios generales de derecho penal; de conducción de las investigaciones y de regulación de la prueba.

El Art. 20 del proyecto, relativo a los crímenes competencia de la Corte, grafica esta actitud desde el momento en que efectuaba una enumeración de estos crímenes (genocidio, agresión, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes previstos por tratados multilaterales) sin especificar las conductas comprendidas en las nociones.

Por el contrario, los trabajos preparatorios de la Conferencia acogieron tempranamente la idea de que se requería un documento mucho más completo y minucioso.

El primer deseo era hacer que el Estatuto estuviera plenamente conforme con el principio de legalidad, a través de la inclusión de una definición precisa de cada uno de los crímenes sometidos a la jurisdicción de la Corte. Ello condujo a una formulación articulada de las disposiciones sobre los crímenes en cuestión, particularmente en lo relativo a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad.

En segundo lugar, el Estatuto contiene ahora, junto a los artículos relativos al mecanismo de activación de la Corte y sobre las funciones y poderes del Fiscal, reglas específicas sobre la admisibilidad de los asuntos sometidos a la Corte en relación a la competencia concurrente de la jurisdicción por los tribunales nacionales, y sobre la aplicación del principio de complementariedad de la Corte que estaba simplemente enunciado en el preámbulo del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional.

Finalmente, el Estatuto se caracteriza, tanto por la aplicación directa de los principios generales de derecho penal aplicables por la

Corte, como por disposiciones mucho más elaboradas en materia de su composición y administración; así como en el ámbito de la investigación, del procedimiento, de la cooperación internacional y la asistencia judicial.

Dentro del extenso texto del Estatuto existen ciertas disposiciones que constituyen el centro de la evaluación de éste: las relativas a las bases de la jurisdicción de la Corte, a la competencia material de ella, a los mecanismos de su activación; a las relaciones entre la Corte y las jurisdicciones nacionales, así como las relativas al papel otorgado al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El análisis de esas disposiciones permitirá establecer el lugar y el papel de la Corte Penal Internacional en el sistema jurídico internacional contemporáneo.

1. Los vínculos jurisdiccionales de la Corte

La ratificación del Tratado de Roma importa aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte en los términos del artículo 12 N° 1, sin que se requiera de ninguna aceptación específica. De esta manera los hechos personales cometidos en el territorio de un Estado Parte del Estatuto, así como aquellos que han sido cometidos por una persona que tiene la nacionalidad de un Estado parte se sitúan dentro de la competencia de la Corte.⁴

Además, la Corte podrá tener competencia sobre una base de caso por caso, si un Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen, o el de la nacionalidad del que lo haya cometido, acepta específicamente la competencia. De esta manera los hechos personales cometidos en el territorio de un Estado Parte del tratado y aquellos que han sido cometidos por una persona que tiene la nacionalidad de uno de estos Estados entran dentro de la competencia de la Corte.⁵

⁴ Art. 12, número 2, letras a y b del Estatuto.

⁵ Art. 12, N° 3 del Estatuto.

Cuando los Estados negociaban las cuestiones relativas a la competencia de la Corte y de la aceptación automática o sólo caso a caso de dicha competencia, aparecieron dos posturas extremas: una destinada a dotar a la Corte de una jurisdicción universal y otra que deseaba otorgar una competencia restringida.

Al comienzo, el Reino Unido, apoyado por otras potencias, propuso subordinar el ejercicio de la competencia de la Corte a su aceptación simultánea por el Estado territorial y por el Estado de detención del sospechoso. En un espíritu de compromiso, el mismo Estado propuso posteriormente exigir solamente el criterio territorial. Algunos Estados mantuvieron esta posición hasta el final de la Conferencia, representando su abandono un cambio necesario en la búsqueda de una solución de conjunto.⁶

Alemania, en cambio, pretendía que la competencia de la Corte fuera independiente de todo nexo jurisdiccional. En apoyo de su propuesta, Alemania sostenía que, sobre la base del derecho internacional, cada Estado tenía la facultad de reprimir todos los *delicta iuris gentium* que estimara necesario, de acuerdo a un criterio jurisdiccional determinado por él, encontrándose entre ellos, el criterio universal.⁷

Sin embargo, el realismo invitaba a la prudencia. Habría sido «contradictorio buscar el acuerdo del mayor número de Estados favoreciendo una competencia universal que se ejercería en definitiva de manera unilateral».⁸ Por otra parte, la postura alemana olvidaba que la Corte requería de la colaboración de los Estados para poder realizar sus funciones, por cuanto ésta no tendría contacto físico con el territorio donde se cometió el delito, ni con los testigos, ni con las pruebas, ni con la víctima, y que carecería de los medios coercitivos necesarios para realizar esos contactos. El cumplimiento de las funciones asignadas a la Corte requiere que este órgano jurisdiccional cuente con la colaboración de los Estados.

⁶ Propuesta de Reino Unido. Documento de Naciones Unidas A/AC.249/1998/WG.3.DP.1(1998).

⁷ Propuesta de Alemania. Documento de Naciones Unidas A/AC.249/1998/DP.2(1998).

⁸ Weckel Philippe, "La Cour Penale Internationale. Présentation générale" *Revue Général de Droit International Public*, 1998, N° 4, p. 989. La traducción es de la autora.

El problema fue resuelto pues, mediante la adopción de una línea intermedia entre los partidarios de la jurisdicción universal y aquellas que propugnaban una competencia restringida.

De acuerdo al artículo 12, los Estados Partes del Estatuto otorgan competencia automática a la Corte para conocer de los crímenes consagrados por el Estatuto. En estos casos, el Estado Parte tiene derecho a remitir un asunto a la Corte siempre que el crimen se haya cometido en su territorio o se haya cometido por uno de sus nacionales, independientemente de la nacionalidad de la víctima o del Estado donde se encuentre el acusado.

Sin embargo, los Estados Unidos no estuvieron de acuerdo con la solución alcanzada, puesto que el artículo 12 dejaba abierta la posibilidad de que los nacionales de un Estado no parte fueran llevados ante la Corte Penal Internacional. Por tal motivo, presentaron propuestas encaminadas a lograr que se estableciera que en esos casos se debía contar con el consentimiento del Estado del territorio y de la nacionalidad del presunto culpable para que la Corte tuviera competencia. También se sugirió exceptuar de la competencia de la Corte a aquellos individuos que estuvieran cumpliendo funciones oficiales en el territorio de otro Estado.⁹ Ninguna de estas propuestas fueron aceptadas.

2. La competencia material de la Corte

La jurisdicción de la Corte se extiende a cuatro ofensas: el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y la agresión. Estas cuatro categorías son descritas como «los crímenes más graves que tocan al conjunto de la comunidad internacional».¹⁰ Sin embargo, no habrá acusaciones por el crimen de agresión, hasta que los Estados acuerden una definición en la

⁹ Propuesta de los Estados Unidos. Documento de Naciones Unidas. A/AC:249/1998/WG.3/DP.2 y A/CONF.183/C.1/L70(1998).

¹⁰ Art.5, Número 1 del Estatuto.

Conferencia de revisión del Estatuto, la cual tendrá lugar siete años después que éste entre en vigor.¹¹ En lo que concierne a los otros crímenes, cuya inclusión en la lista del artículo 5 fue ampliamente discutida, (especialmente el terrorismo y el tráfico internacional de drogas ilícitas) el Acta Final de la Conferencia de Roma, recomienda que la decisión relativa a la definición e inclusión de esas ofensas dentro de la competencia de la Corte sea también tomada en la Conferencia de Revisión.¹² En 1992 era urgente que el proyecto de creación de un órgano permanente de justicia penal internacional respondiera a la necesidad de prevenir y castigar las violaciones más graves del derecho internacional humanitario, como las acaecidas en Bosnia, Rwanda y Burundi.

La atribución a la Corte de la competencia relativa al genocidio, a los crímenes contra la humanidad y a los crímenes de guerra responde pues a esta exigencia primaria. Desde los inicios de los trabajos del Comité Ad Hoc en 1995, y hasta la conclusión de la Conferencia de Roma, las discusiones se concentraron tanto en la definición de esos crímenes como en la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto.¹³ La propuesta relativa a la extensión de la competencia de la Corte a los crímenes contemplados en tratados internacionales, como el terrorismo y el tráfico de drogas enfrentó oposiciones mayores.

Frente a la propuesta efectuada por un grupo de Estados en desarrollo, la oposición de los países desarrollados, incluyendo a muchos miembros de los «like-minded», era muy firme y se fundaba en el argumento que, además de los problemas relativos a la definición, estos crímenes podían ser perseguidos de una mejor manera por las jurisdicciones nacionales y que su persecución por la Corte le quitaría a ésta las energías y los recursos necesarios para perseguir las violaciones más graves del derecho humanitario. En todo caso, la

¹¹ Art 5, N°2 en concordancia con los arts 121 y 123 del Estatuto.

¹² Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre la creación de una Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998. (A/ Conf.183/10), Resolución E.

¹³ Informe del Comité ad-hoc para la creación de una Corte Penal Internacional. Documento de Naciones Unidas.A/50/22.

resolución E, anexada al Acta Final de la Conferencia de Roma contiene una declaración que reconoce la extrema gravedad del terrorismo y prevé la posibilidad de asignar en el futuro a la Corte, sobre la base de una reflexión más profunda, la competencia de juzgar estos crímenes.¹⁴

En lo que concierne a la agresión, la discusión en la Conferencia de Roma da cuenta de dos preocupaciones opuestas: por una parte, la de algunas grandes potencias (particularmente Estados Unidos y Gran Bretaña) relativa al temor que la Corte fuera utilizada como «caja de resonancia» de ataques propagandísticos contra las iniciativas de recurso a la fuerza que fueran compatibles con la Carta de Naciones Unidas; y, por otra parte, el deseo de muchos países, de ampliar lo más posible la noción de un crimen del cual ellos se sentían víctimas potenciales, así como, de evitar que las determinaciones del Consejo de Seguridad pudieran condicionar las funciones judiciales de la Corte en esta materia.

2.1 El crimen de genocidio

El genocidio, definido en el artículo 6, fue el único crimen que recibió un consenso rápido y unánime. Su definición sigue literalmente a la contenida en el Artículo II de la Convención sobre prevención y represión del crimen de Genocidio de 1948.¹⁵ Así el artículo 4 señala que:

«A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «genocidio» cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

¹⁴ Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998. Op.cit.

¹⁵ La Convención puede verse en «Tratados Internacionales vigentes en Chile en materia de derechos humanos». Diario oficial de la República de Chile. Tomo I, marzo de 1999, p. 40.

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo en condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

El elemento esencial a ser probado es la «intención de...». Como lo señaló el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, este crimen requiere «de un *dolus specialis*, de una intención especial que radica en el hecho de que los actos contemplados (...) deben haber sido ‘cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal’.¹⁶ Luego agrega «la intención especial es un «concepto bien conocido en los sistemas continentales romanos»¹⁷ y que éste «es requerido como un elemento constitutivo de ciertas ofensas y requiere que el perpetrador tenga una clara intención de causar la ofensa de que se trate».¹⁸ De acuerdo a este significado, la intención especial es la clave de toda ofensa intencional, estando entonces la ofensa «caracterizada por una relación psicológica entre el resultado físico y el estado mental del perpetrador».¹⁹ Así, el ofensor es culpable debido a que «él supo o debía saber que el acto cometido podría destruir total o parcialmente a un grupo».²⁰ Más adelante reconoce que esta intencionalidad específica del ofensor «es difícil, incluso imposible de identificar»,²¹ y que en ausencia de una confesión del acusado, su intención»²² puede ser inferida de un cierto número de presunciones de hecho. De esta manera, la intención genocida puede

¹⁶ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda recaída en el caso Akayesu. Caso N° ICTR-96-4-T.Ch. I, 2 de Septiembre de 1998, p. 6.3.1. www.un.org/icttr/english/judgements/akayeshu.html

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

ser deducida «del contexto general de perpetración de otros actos culpables, dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo, cuando estos actos son cometidos por el mismo ofensor u otros».²³ Otros factores que indicarían esa intención, de acuerdo a lo sostenido por el Tribunal, serían «la escala de atrocidades cometidas; su naturaleza general en una región o país, o aún más, el hecho de elegir deliberada y sistemáticamente a las víctimas debido a su pertenencia a un grupo determinado, a la vez que se excluyen a miembros de otros grupos».²⁴ Esta última aseveración del Tribunal se sustenta, como el mismo lo hace notar, en la sentencia rendida por el Tribunal Penal Internacional establecido para la Ex Yugoslavia en los casos de Rodovan Karadzic y Rotko Mladic.²⁵

La intencionalidad requerida por el delito de genocidio ha sido pues, claramente establecida por los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia, de manera que ella debería iluminar las futuras decisiones de los Estados Partes del Estatuto o, en su defecto, de la Corte Penal Internacional.

2.2 Crímenes de lesa humanidad

En lo que concierne a los crímenes de lesa humanidad, las discusiones en el seno de la Conferencia se concentraron en los siguientes aspectos: la definición general a incluir la lista de crímenes contra la humanidad y las definiciones específicas de las categorías contenidas en esta lista.

Cada uno de estos puntos fue objeto de fuertes discrepancias llegándose a un texto positivo que corona los esfuerzos de muchas delegaciones, comprendida en ellas la de Estados Unidos.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Decisión de la Sala I. Caso N°s IT- 95- 5-R61 e IT-95-18-R61. Consideraciones sobre Acusación en el marco de la Regla 61 de las reglas de Procedimiento y Evidencia, párrafo 64. Citadas en Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda recaída en el caso Akayesu. Caso N° ICTR-96-4-T. Ch. I, 2 de Septiembre de 1998, p. 6.3.1. www.un.org/ictt/english/judgements/akayeshu.html

En primer lugar, y a pesar de las posiciones contrarias de algunos países, el artículo 7 evita exigir un nexo entre los crímenes de lesa humanidad y la existencia de un conflicto armado y admite que estos crímenes pueden ser perpetrados en tiempos de paz. En su inicio, el artículo afirma que se debe entender por crímenes de lesa humanidad, los actos realizados en el marco «de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque».²⁶ Se trata de condiciones alternativas, que cubren de manera satisfactoria las diferentes posibilidades de ataques serios contra la población civil.

Por otra parte, el compromiso final se realizó, al mismo tiempo, sobre la base de una definición de «ataque contra una población civil»²⁷ que pone como exigencia la multiplicación de los actos contemplados en el N° 1 contra esa población (asesinato, exterminio, esclavitud, etc.), así como que ello esté en conformidad «con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política».²⁸ La disposición excluye entonces, de la noción de crímenes de lesa humanidad, los incidentes aislados o erráticos.

La disposición contenida en el número 2 del artículo 7, que define los crímenes de lesa humanidad contenidos en el número 1, debe interpretarse dentro de los parámetros establecidos por éste, esto es que el ataque debe ser «generalizado» o «sistemático».

Por último, el artículo 7 no exige que estos crímenes sean cometidos con una intención discriminatoria, es decir, por motivos étnicos o religiosos, políticos, raciales o de orden nacional.

En síntesis «la definición general refleja de una manera bastante clara la esencia de los crímenes de lesa humanidad, sin agregar elementos capaces de hacer extremadamente difícil la prueba de su comisión».²⁹

²⁶ Art. 7 N° 1 del Estatuto.

²⁷ Art. 7, N° 2, letra a del Estatuto.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Politi Mauro, «Le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: Le Point de vue d'un négociateur», *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, p. 832. La traducción es de la autora.

En lo que concierne a los crímenes cuya sanción se persigue, el artículo 7 contiene las figuras clásicas de crímenes de lesa humanidad: asesinato, exterminación, esclavitud, deportación o traslado forzado de población, encarcelación, tortura, violación, persecución.³⁰ La disposición agrega figuras que persiguen dar protección a los segmentos más expuestos en caso de conflicto: las mujeres y los niños. Así, se refiere a la «esclavitud sexual, prostitución, el embarazo y la esterilización forzadas y cualquier otra forma de gravedad comparable».³¹

En relación a los otros crímenes considerados, ellos están referidos, a figuras a las que se había hecho referencia en tratados y declaraciones de Naciones Unidas, como la desaparición forzada de personas y el crimen de apartheid. Junto a ellas aparecen figuras delictivas concebidas de manera demasiado amplia. Así, la noción de persecución acogida en el artículo 7 comprendería no sólo la persecución por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales de género sino por cualesquiera «otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte».³² Así mismo, se contempla como crimen enjuiciable a «otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».³³

Si bien es cierto que estos delitos deben darse bajo la forma establecida en el N° 1 del artículo 7, esto es, de manera «generalizada o sistematizada» lo que introduce una limitación, es efectivo que la redacción de los literales en comento, es ambigua y proporciona un campo fértil a la imaginación.

³⁰ Art. 7, N°1, letras a, b, c, d, e, f, g, del Estatuto.

³¹ Art. 7, letra g, del Estatuto.

³² Art. 7, Número 1, letra h del Estatuto.

³³ Art. 7, N° 1 letra k del Estatuto.

2.3. Crímenes de guerra

2.3.a) La definición de los crímenes de guerra

La definición de los crímenes de guerra planteaba enormes dificultades dada la dimensión política y estratégica que ellos involucran.

En los inicios de la Conferencia de Roma, el texto sobre los crímenes de guerra sometido a los delegados era un texto integrado por un gran número de opciones, a menudo inconciliables, que repercutían sobre los aspectos principales de la definición. Existía acuerdo sobre la inclusión de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 entre los crímenes a sancionar, pero no respecto a la inserción de otras violaciones graves del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales, particularmente de las infracciones y violaciones graves del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra. El texto mostraba también las diferencias en torno a la extensión de los crímenes de guerra, a las violaciones de los derechos humanos cometidos durante los conflictos internos, especialmente las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II. Además, una de las cuestiones no resueltas se refería a los crímenes relativos a la conducción de las operaciones militares, y en particular, a la utilización de armas nucleares y armas de destrucción masiva. Algunos Estados, entre ellos los Estados Unidos, insistieron en limitar el ejercicio de la Corte, señalando que se sancionarían los crímenes perpetrados «en el marco de un plan o de una política» o que formarían parte «de una serie de crímenes análogos cometidos en gran escala».³⁴

Ante las tentativas de eliminar del texto del Estatuto los crímenes de guerra perpetrados en los conflictos internos, o de limitarlo a las violaciones más graves del artículo 3 común a las

³⁴ Informe del Comité Preparatorio (final), Op.cit. pp. 13-25.

Convenciones de Ginebra, el grupo de los Estados «like-minded» se mostró resuelto a impedir que se restringiera la competencia de la Corte.

El artículo 8 especifica que la Corte tiene competencia respecto de los crímenes de guerra, «en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes».³⁵ Estos crímenes son definidos en cuatro categorías que reflejan la evolución histórica experimentada en esta materia y que distingue entre los crímenes que se cometen en un conflicto internacional y aquellos que se cometen en un conflicto interno.

La primera categoría -Art. 8, número 2 a)- incluye las infracciones graves de los Convenios de Ginebra. La segunda categoría -Art. 8, número 2 b)- cubre «otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido por el derecho internacional». En esta categoría figuran veintiséis violaciones que van más allá de los horizontes de 1949. Así se incluyen ahora, los ataques a integrantes de una operación de paz u otras personas que estén proporcionando asistencia humanitaria bajo los auspicios de Naciones Unidas,³⁶ ataques lanzados intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea,³⁷ ataques intencionales a objetivos no militares tales como iglesias, escuelas, museos, hospitales y lugares de significación histórica o cultural.

La conducta de los serbios bosnios al capturar y retener como rehenes a integrantes de operaciones de paz de Naciones Unidas, ante los bombardeos aéreos, proporciona la racionalidad para un

³⁵ Art. 8, N° 1 del Estatuto.

³⁶ Art. 8, N° 2 b) iii del Estatuto.

³⁷ Art. 8, N° 2 b) iv del Estatuto.

nuevo crimen, consistente en «utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares».³⁸ Hay también otra nueva ofensa consistente en «reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades».³⁹ El Estatuto enfatiza la condena a la violación y la esclavitud sexual: de acuerdo al artículo 7 constituyen crímenes de lesa humanidad; durante las hostilidades internacionales también constituirían crímenes de guerra, de acuerdo a lo previsto por el artículo 8.

La cuestión de la penalización del empleo de armas de destrucción masiva, fue fuertemente debatida por los delegados en Roma. La referencia contenida en el artículo 8, proscribiendo cierto tipo de armas, fue vetada por diferentes grupos de Estados. Por lo tanto, el artículo 8 no somete a la competencia de la Corte ni el hecho de emplear armas nucleares (por la oposición de las grandes potencias nucleares que alegaban la ausencia en el derecho internacional de una regla relativa a la proscripción de las armas nucleares), ni el empleo de las armas biológicas y químicas, ni el uso de minas antipersonales ni las armas de destrucción masiva.

El artículo 8 otorga también competencia sobre dos clases de crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado que no sea de índole internacional. Esta clase de conflicto se distingue claramente de las «situaciones de disturbios y tensiones interiores, tales como motines, caracterizados como actos esporádicos y aislados de violencia».⁴⁰

El artículo 8, número 2 letra c, incluye en la competencia de la Corte aquellos conflictos que no sean de índole internacional que constituyan «violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra», verbigracia, los ataques inhumanos a civiles

³⁸ Art. 8, N° 2 b) xxiii del Estatuto.

³⁹ Art. 8, N° 2 b) xxvi del Estatuto.

⁴⁰ Art. 8, N° 2 d) del Estatuto.

o enfermos o a soldados que hayan depuesto las armas, incluyendo su sometimiento a juicio sin las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables. A estos crímenes, el artículo 8, 2 e) agrega una selección de los doce crímenes que la misma disposición, en su letra b, contempla para los conflictos internacionales, especialmente el uso de niños como soldados, o el sometimiento a una violencia sexual sistemática, el ataque a integrantes de operaciones de paz de Naciones Unidas o a objetivos históricos, culturales o humanitarios. Estos doce crímenes reflejan el derecho consuetudinario desarrollado para los conflictos internos, los cuales han sido especialmente definidos como conflictos armados que se desarrollan en el territorio de un Estado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos.

En síntesis, el Estatuto de Roma penaliza las violaciones graves al derecho humanitario cometidas durante los conflictos internos; incluye tanto los crímenes calificados como las infracciones a los Convenios de Ginebra y al protocolo I como aquellos consistentes en otras violaciones graves del derecho humanitario; y contiene una ampliación, sobre todo en materia de protección de las mujeres y niños, de las reglas previstas por la legislación internacional existente.

2.3.b) *El régimen «opt- out» para los crímenes de guerra*

Sin embargo, la competencia de la Corte, en materia de crímenes de guerra, se encuentra limitada por lo previsto en el art. 124 del Estatuto. Esta disposición, que tiene el carácter de una disposición transitoria permite a un Estado, al hacerse parte del Estatuto «declarar que, durante un periodo 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 esos crímenes por sus nacionales o en su territorio».⁴¹ El artículo

⁴¹ Art. 124 del Estatuto.

prevé también que el Estado puede retirar en cualquier momento esta declaración, y que sus disposiciones serán examinadas durante la primera conferencia de revisión del Estatuto.

La disposición contenida en el art. 124 representa una concesión que era necesario realizar para no poner en peligro la adopción del Estatuto, aislando a los países que, como los Estados Unidos, persistían en su demanda de unir el ejercicio de la competencia de la Corte a la aceptación específica del Estado del nacional acusado, tanto para los crímenes de guerra como para los crímenes de lesa humanidad.

Esta demanda era inaceptable por los países «liked-minded». Ante ello, los Estados Unidos propusieron que el Estatuto contemplara un protocolo anexo, válido por un período de diez años renovable, que permitiera a los Estados, en el momento de hacerse parte del tratado, no aceptar la jurisdicción de la Corte respecto a los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, o respecto a uno de estos crímenes. De acuerdo a esta propuesta esa declaración tendría el efecto de someter la competencia de la Corte a la aceptación expresa del Estado, tanto para los actos cometidos en su territorio como para los actos cometidos por personas que tuvieran calidad oficial o de agentes del Estado en ejercicio de funciones oficiales y reconocidas como tales por el Estado en cuestión.⁴²

El proceso de negociación condujo finalmente a la consagración de una cláusula de «op-out» limitada a los crímenes de guerra, visualizada como la única posibilidad de garantizar un apoyo al Estatuto y que significaba una excepción notable al principio de jurisdicción automática de la Corte. Hasta la fecha, de los 92 Estados ratificantes, sólo Francia y Colombia han hecho uso de esta

⁴² Documento A/Conf. 183/C.1/L. 90.

disposición.⁴³ Francia insistió en la inclusión de esta norma para aprobar el Estatuto.

Esta disposición, como se ha dicho, tiene un carácter «transitorio» y es evidente que su eliminación o mantención estará en el centro de los debates de la Conferencia de Revisión.

3. El principio de complementariedad

Desde el comienzo de los trabajos preparatorios existía un amplio acuerdo entre los delegados respecto a que las relaciones entre la Corte y las jurisdicciones nacionales no debían quedar regladas, como en los Estatutos de los tribunales «ad hoc», sobre la base de la primacía del tribunal, sino más bien en la complementariedad de la Corte frente a los jueces internos. La idea rectora era pues, que la Corte ejerciera competencia solamente en los casos más graves donde los sistemas de justicia penal fueran «inexistentes o ineficaces».⁴⁴ Ya a partir del Preámbulo, la Corte no aparece como una jurisdicción penal que se sustituya de manera exclusiva a las jurisdicciones estatales en la represión de los crímenes que el Estatuto consagra. En el punto 6 se recuerda que «es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales».

El carácter internacional del crimen no es suficiente para justificar la competencia de la Corte. Como hemos dicho antes, la

⁴³ Declaration made by France, «...III. Declaration under article 124: Pursuant to article 12 of the Statute of the International Criminal Court, the French Republic declares that it does not accept the jurisdiction of the Court with respect to the category of crimes referred to in article 8 when a crime is alleged to have been committed by its nationals or on its territory». Declaration made by Colombia, «5: Availing itself of the option provided in article 124 of the Statute and subject to the conditions established therein, the Government of Colombia declares that it does not accept the jurisdiction of the Court with respect to the category of crimes referred to in article 8 when a crime is alleged to have been committed by Colombian nationals or on Colombian territory». Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ratification Status. www.un.org

⁴⁴ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, *supra*, nota 3, p.47.

Corte sólo sustituirá a las jurisdicciones estatales para la represión de «los crímenes más graves de trascendencia internacional, de conformidad con el presente Estatuto».⁴⁵

Pero si bien existía acuerdo en que las jurisdicciones nacionales se relacionarían con la Corte a través del principio de complementariedad, había profundas divergencias sobre la extensión de este principio.

Por un lado, estaban los Estados para quienes la Corte debería actuar únicamente en casos de manifiesta incapacidad de los tribunales nacionales para emitir una decisión judicial, ya fuera por colapso del sistema judicial, desaparición del control del Estado sobre su territorio o por la magnitud extraordinaria de los crímenes cometidos.

En una postura diametralmente opuesta, se encontraban los Estados partidarios de una Corte que tuviera un campo de acción más amplio, de una Corte que pudiese actuar en los casos en que fuera evidente que existía una falta de voluntad del Estado para procesar y sancionar a los responsables de la comisión de los crímenes que el Estatuto penaliza. La principal preocupación de estos Estados, compartida por las organizaciones no gubernamentales que observaban el proceso de negociaciones, era evitar la impunidad de aquellas personas que son entregadas a los tribunales y que escapan de la acción de la justicia mediante procesos fraudulentos llevados a cabo por órganos judiciales políticamente controlados o eran protegidos por mecanismos de impunidad, *de iure* o *de facto*.⁴⁶

En lo que se refiere a la determinación de la incapacidad del Estado para investigar o enjuiciar, se admitió que esta hipótesis se verificaría ante un colapso total del aparato judicial de un Estado.

⁴⁵ Art. 1 del Estatuto.

⁴⁶ Holmes, John T. «The Principle of Complementarity»; Lee Roy S. «The International Criminal Court». En *The making of the Rome Statute. Issues negotiations, results*. Lee Roy ed., La Haya, Kluwer Law International, 1999, p. 45.

Mayor discusión planteó la cuestión de si el Estatuto debiese contemplar el supuesto de un colapso sustancial o parcial. Para los Estados partidarios de otorgar a la Corte una competencia más bien acotada, era preocupante que ésta pudiera ejercer su competencia en caso de un colapso parcial, ya que esto significará otorgarle competencia sobre casos en los que aunque una parte del sistema judicial de un Estado estuviera colapsado, hubiera otra parte del mismo que siguiera funcionando. Después de largas discusiones se acordó que el término sustancial era más adecuado que el término parcial, y se estableció que al determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar de un Estado, la Corte examinará si éste «debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar el juicio».⁴⁷

La última parte del párrafo 3 del artículo 17 deja abierta una ventana amplísima para establecer qué puede entenderse «por otras razones» que impidan llevar a efecto el juicio además de aquellas ya previstas. Una de esas razones podría ser la circunstancia que la legislación penal del Estado no contemplara como crímenes aquellos penalizados por el Estatuto. En este caso, es indudable que la Corte podría ejercer su competencia.

En lo que concierne a la falta de voluntad de un Estado para investigar o enjuiciar, el art. 17 contempla las circunstancias que la Corte deberá analizar para pronunciarse respecto a la admisibilidad de un caso. Estas circunstancias están referidas a que el juicio haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional se haya adoptado con el propósito de sustraer a la persona del ámbito de competencia de la Corte; o a que haya habido una demora injustificada en el juicio, o que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de

⁴⁷ Art 17, N° 3 del Estatuto

manera tal que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona ante la justicia.

La concurrencia de estas circunstancias debe realizarse siempre «teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional». ⁴⁸ Esto significa que si la Corte decidiera que en un caso concreto no existe disposición del Estado para actuar, tendría que demostrarlo basándose en normas tales como las contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta idea es confirmada por lo preceptuado por el artículo 20 del Estatuto que, al señalar que la Corte no juzgará a una persona por una conducta por la que haya sido juzgada con anterioridad, indica que la Corte volverá a ser competente en el caso en que la Corte establezca que el procesamiento se realizó con el «propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte», ⁴⁹ así como en el evento en que el proceso no hubiere sido instruido «en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional». ⁵⁰

La Corte es pues llamada a conocer de los crímenes que entran en su competencia únicamente en el caso de un vacío, el vacío determinado por la no represión de los crímenes contemplados en el Estatuto, crímenes que a su vez han sido considerados como los crímenes de carácter internacional que revisten la mayor gravedad para la comunidad internacional. Este vacío podrá no solamente plantearse ante la destrucción de un sistema estatal; por una situación de anarquía generalizada, sino también por una mala administración de justicia en general o para el caso concreto. Pero en esta hipótesis, la Corte debe probar esa mala administración conforme a criterios establecidos en tratados de aplicación universal. Es también claro que en ese caso el elemento de juicio será dado por los hechos: no

⁴⁸ Art. 17, N° 2 del Estatuto.

⁴⁹ Art. 20, N° 3 a) del Estatuto.

⁵⁰ Art. 20, 3b) del Estatuto.

existe un responsable por los crímenes penalizados por el Estatuto, hay víctimas a las que no se ha hecho justicia, el responsable permanece impune.

Ahora bien, durante las negociaciones realizadas en Roma se decidió reforzar el principio de complementariedad. Es así que, a raíz de una propuesta de los Estados Unidos, se agregó el actual artículo 18 que establece un filtro ulterior para evaluar la admisibilidad de la denuncia: el Fiscal que inicie una investigación «notificará a todos los Estados Partes y a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate».⁵¹

En el mes siguiente a la recepción de esta notificación, el Estado «podrá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes contemplados en el artículo 5 y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados».⁵²

En otros términos, en Roma se decidió «que la falta de voluntad o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales de reprimir los crímenes debía resultar de una determinación hecha por la misma Corte, pero también a través de una relación dialéctica y de plena colaboración con los Estados. Así, se da a estos últimos una posibilidad ulterior de evitar o retardar la actividad de la jurisdicción internacional: es lo que se llama la «doble clave» de la competencia de la Corte».⁵³

La aplicación de esta norma plantea algunos problemas de interpretación. En particular, se plantea si el principio de

⁵¹ Art. 18, N° 1 del Estatuto.

⁵² Art. 18, N° 2 del Estatuto.

⁵³ Lattanzi Flavia, «Compétence de la Cour Pénale Internationale et Consentement des Etats», *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, N°2, p 430. La traducción es de la autora.

complementariedad se aplica siempre, sin importar la jurisdicción estatal de que se trate como tampoco el criterio de jurisdicción adoptado por la legislación interna o si este principio opera sólo respecto de las jurisdicciones estatales que, estando directamente vinculadas al crimen serán las únicas que pudieran estar en condiciones de proporcionar las pruebas y de ejecutar una sentencia.

Si se adopta la primera interpretación del artículo 18, el principio de complementariedad no permitiría someter al responsable a la justicia con la eficacia necesaria. En efecto, si cualquier Estado de la comunidad internacional, en aplicación de cualquier criterio de jurisdicción, inclusive el de jurisdicción universal, se otorgara competencia para conocer de los crímenes que forman parte de la competencia *ratione materiae* de la Corte, pudiese darse el caso de un Estado que no es capaz de reprimir el crimen debido a que, por ejemplo, el crimen no ha sido cometido en su territorio, la persona que supuestamente lo ha cometido no está en su territorio y no tiene ningún convenio de cooperación judicial con el Estado en cuyo territorio se encuentra el supuesto ofensor o con el estado en cuyo territorio se cometió el delito. Ello es, sin lugar a dudas absurdo.

Por lo tanto, si lo que se desea es la persecución real y efectiva del presunto ofensor, se debe entender que la «complementariedad se evalúa solamente en relación a ciertas jurisdicciones nacionales y en consideración también de las relaciones que la Corte tiene con los Estados más estrictamente vinculados al crimen».⁵⁴

Finalmente, es necesario tener presente las disposiciones contenidas en el artículo 19 del Estatuto. Este artículo, que trata sobre la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa, confiere esta posibilidad a todo Estado «que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes».⁵⁵

⁵⁴ Ibid. p 431.

⁵⁵ Art.19, N° 2 b) del Estatuto.

4. Los mecanismos de activación de la competencia de la Corte o el «trigger-mechanism»

El artículo 13 contempla las tres modalidades de activación de la competencia de la Corte: remisión de una situación por un Estado parte al Fiscal; remisión del Consejo de Seguridad al Fiscal; e inicio de una investigación de oficio por el Fiscal.

4.1 Remisión de una situación por un Estado Parte

En concordancia con lo establecido por el artículo 12 del Estatuto, los Estados Partes pueden remitir un caso a la Corte Penal Internacional.

Así, un Estado en cuyo territorio se cometió un delito podría someter el caso ante la Corte, así como otro Estado Parte que estime que ese Estado es incapaz o carece de voluntad para perseguir el castigo de ese crimen. También puede ocurrir que el crimen se cometa en el territorio de un Estado Parte, por un nacional de otro Estado, sea éste Parte o no del Estatuto y que el nacional se encuentre fuera de la jurisdicción de aquel Estado parte en cuyo territorio ocurrieron los hechos, por lo que éste decide remitir la situación a la Corte para que los investigue.

La posibilidad de que nacionales de un Estado no parte sean enjuiciados por la Corte Penal Internacional, brindada por el artículo 12 suscitó el rechazo de los Estados Unidos.

Por este motivo, la exigencia del consentimiento del Estado del territorio y de la nacionalidad del acusado fue fuertemente defendida por los Estados Unidos como una condición clave de la competencia de la Corte. En opinión de los Estados Unidos, el artículo 12 era inconsistente con la práctica en materia de tratados, más específicamente con el principio del efecto relativo de los tratados, por cuanto permitiría que la Corte ejerciera jurisdicción sobre el nacional de un Estado no parte si el Estado donde el crimen se cometió

hubiera consentido en la jurisdicción de la Corte. Así, las fuerzas armadas de los Estados Unidos que estuvieran operando en el extranjero podrían ser sometidas a proceso por la Corte aún cuando los Estados Unidos no hubieran otorgado su consentimiento en obligarse por el tratado.

Los Estados Unidos sostuvieron que otorgar esa competencia a la Corte podría inhibirlos de participar en alianzas y en operaciones multinacionales, incluyendo las intervenciones humanitarias para salvar vidas civiles.⁵⁶

Pero la mayoría de los Estados no estaban de acuerdo con exigir el consentimiento del Estado de nacionalidad del acusado como prerequisite para que la Corte ejerciera su competencia porque, en su opinión, esto podría paralizar el accionar de ésta. Ellos también fundaron su oposición en términos de política pública. En este sentido sostenían que los nacionales de un Estado parte del Estatuto podrían ser perseguidos por crímenes cometidos en ese Estado, mientras que los nacionales de otro Estado que cometieran el mismo crimen en su territorio, podrían quedar libres de toda persecución porque el Estado de su nacionalidad no es parte del Estatuto. Estas preocupaciones fueron parcialmente resueltas en el artículo que trata sobre la admisibilidad y la primacía de las cortes nacionales. Además, los artículos sobre cooperación judicial consideran la especial situación de las fuerzas armadas invitadas y requiere el consentimiento del Estado de nacionalidad de las fuerzas invitadas como una precondition de su sometimiento a la Corte por el Estado receptor.

No obstante lo anterior, la circunstancia de que la Corte asuma competencia respecto de hechos cometidos por nacionales de Estados no parte,» ha sido la consecuencia más criticada del artículo 12 del Estatuto, por aquellos Estados que se han declarado no partidarios de la Corte Penal».⁵⁷

⁵⁶ Mahnouch H. Arsanjani, «The Rome Statute of the International Criminal Law. Developments in International Criminal Law». *The American Journal of International Law*. Vol. 93, January, 1995, p. 26.

⁵⁷ Quezada Alejandra «El mecanismo de Activación de la Competencia de la Corte Penal Internacional», *Diplomacia*, N° 93, Octubre-Diciembre 2002, p. 97.

4.2 Remisión de una situación por el Consejo de Seguridad

Una de las cuestiones que preocupaban durante las negociaciones era la posibilidad de conflicto entre las competencias de la Corte y las funciones del Consejo. Se planteaba que podían existir situaciones en las cuales la investigación o persecución de un caso en particular por la Corte podía interferir con la resolución de un conflicto planteado ante el Consejo. Surgió entonces la propuesta de una disposición que excluyera la jurisdicción de la Corte respecto a una situación que estuviera siendo considerada por el Consejo.

Muchos Estados consideraron que esa propuesta era demasiado radical y que impediría la actuación de la Corte en aquellas situaciones que podrían permanecer pendientes ante el Consejo de manera indefinida, sin que ninguna acción seria se tomara. Se adoptó entonces una formula de compromiso que establece que el Consejo de Seguridad, actuando bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, puede adoptar una resolución en la que requerirá que la Corte no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses, renovable, la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado.⁵⁸

Esta remisión que puede efectuar el Consejo a la Corte de acuerdo a lo previsto por el artículo 16, no tiene la limitante de que se refiera a un Estado Parte del Estatuto ni la de que el Estado haya aceptado expresamente la competencia para el caso. Al tratarse de una decisión adoptada dentro del capítulo VII, en que se presenta una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la misma o un acto de agresión, no opera el supuesto del artículo 12, que impone el requisito que se trate de un Estado Parte del Estatuto para que la Corte ejerza competencia.

Como consecuencia de lo anterior, «se entiende que en esta modalidad no juegan los factores de territorialidad o nacionalidad configurados en el citado artículo 12»⁵⁹ por cuanto el Estatuto se

⁵⁸ Art. 16 del Estatuto.

⁵⁹ Quezada, Alejandra, Op.cit. p. 100.

refiere a ellos sólo en los casos en que la situación es remitida por un Estado parte o cuando el Fiscal inicia una investigación de oficio.

Ahora bien, todas las medidas que el Consejo decida en el marco del Capítulo VII, incluso las medidas consistentes en la constatación de la existencia de una ofensa sancionada por el Estatuto, deben tener como base una verificación previa, efectuada en virtud de lo previsto en el art. 39 de la Carta, esto es, la existencia de una amenaza contra la paz, de un quebrantamiento de la misma, o de un acto de agresión. En otros términos, el Consejo no puede «decir el derecho, (o hacer el derecho, o imponer el derecho) como lo hizo en el caso Lockerbie, antes de haber constatado una de las situaciones previstas en el artículo 39». ⁶⁰ El Consejo no podrá entonces constatar directamente la existencia de actos genocidas, de crímenes de guerra, de crímenes de lesa humanidad. Incluso, si el Consejo juzga que una determinada situación es la consecuencia directa de una urgencia humanitaria, deberá primero «constatar una situación de hecho más o menos objetivamente identificable -ciertamente más, en el caso de un acto de agresión o de una ruptura de la paz, ciertamente menos, en el caso de una simple amenaza- y solamente después podrá decir que en esta situación uno o varios crímenes parecen haber sido cometidos». ⁶¹

Por otra parte, las competencias del Consejo de Seguridad en relación a la actividad de la Corte se encuentran limitadas por las disposiciones del Estatuto, lo que significa que la iniciativa del Consejo de remitir un asunto a este órgano jurisdiccional deberá efectuarse respetando las reglas y procedimientos establecidos. Ello significa entonces, que rige el principio de complementariedad y la exclusión de la primacía de la Corte sobre las jurisdicciones nacionales y que, en consecuencia, el Consejo no podrá dejar de considerar la capacidad y la voluntad de un Estado para reprimir estos crímenes. El artículo 17, que se refiere a la admisibilidad de los casos, se aplica incluso en el evento de que sea el Consejo quien envía el asunto a la Corte.

⁶⁰ Lattanzi, Flavia, *Op.cit.* p. 440.

⁶¹ *Ibid.* 441.

En este marco, los Estados Partes que deseen evitar la actuación del Consejo, deberán iniciar labores de prevención en relación a la comisión de las ofensas penalizadas por el Estatuto. Si ello fallara, estos Estados deberán proceder con prontitud ya sea a investigar los hechos o a iniciar los procesos que el caso requiera, o a poner rápidamente a disposición de la justicia a los presuntos responsables.

Para los Estados que no son partes y que deseen evitar que la Corte actúe en base a la iniciativa del Consejo de Seguridad y contra su voluntad específica, la mejor alternativa es la ratificación del Estatuto, entre otras cosas y como ya lo hemos indicado, porque incluso en el evento de que el caso sea sometido por el Consejo a la Corte, rige el principio de complementariedad y el Estado tiene derecho a que sus órganos jurisdiccionales ejerzan, en primer lugar, su jurisdicción penal.

4.3 Inicio de una investigación por el Fiscal

El artículo 13 en su letra c) contempla la posibilidad de que una investigación sea iniciada de oficio por el Fiscal de la Corte.

Fue también ésta una cuestión fuertemente debatida y en la que se volvieron a enfrentar las posturas de aquellos Estados que deseaban crear una Corte con unas competencias más bien restringidas y acotadas con la de los Estados que deseaban una Corte dotada de vastos poderes. Así, los primeros estimaban que el artículo 13 otorgaba demasiadas atribuciones a la Corte, a través de su Fiscal.

La atribución concedida al Fiscal se encuentra reglamentada en el artículo 15 del Estatuto, que señala que éste puede iniciar de motu propio, esto es, de oficio, una investigación sobre la base de la información que le haya sido proporcionada ya sea por los Estados, los Órganos de Naciones Unidas, Organizaciones Intergubernamentales o no Gubernamentales u otras que el Fiscal estime como fidedignas y apropiadas.

No obstante la letra c) del artículo 13 del Estatuto, indica que el inicio de la investigación por parte del Fiscal no es automático: el

Fiscal debe solicitar una autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte que, en definitiva y si considera que hay fundamento suficiente, será la que otorgue el consentimiento para investigar.

Por otra parte, la acción del Fiscal está subordinada especialmente en lo que se refiere a los crímenes en conflictos internos y a los crímenes en tiempos de paz, a la aceptación de la competencia de la Corte por el Estado territorial o nacional del presunto autor.

5. El Consejo de Seguridad y su poder de suspender la actividad de la Corte

Además de la función ya descrita consistente en el poder de enviar una situación al conocimiento de la Corte, el Estatuto de Roma ha atribuido al Consejo de Seguridad la función de poder suspender e incluso bloquear, en algunos casos, la actividad de ésta.

Así, el artículo 16 señala:

«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 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; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones».

Esta disposición permite que el Consejo apoye a un Estado que habiendo aceptado la competencia de la Corte, desee que este órgano no ejerza dicha competencia respecto de crímenes cometidos en su territorio o por sus nacionales.

Así mismo el Consejo podrá ejercer esta atribución respecto de Estados no partes del Estatuto, cuyos nacionales fueran los presuntos responsables de algunos de los crímenes contemplados en el Estatuto.

Durante las negociaciones, se buscó limitar el poder concedido al Consejo, excluyendo la posibilidad de renovación de la decisión del Consejo de suspender la actividad de la Corte. Algunos países latinoamericanos pertenecientes al grupo de los «like-minded» proponían que esa decisión fuera renovable por sólo una vez. Bélgica, por su parte, proponía atribuir al fiscal el poder de preservar las pruebas durante la suspensión decidida por el Consejo. En contraposición a estas ideas, otros Estados se negaron a admitir una limitación a la atribución concedida al Consejo de Seguridad, permaneciendo esa facultad sin limitación temporal alguna, siendo posible, en consecuencia, que la decisión sea renovada hasta el infinito y, por ende un verdadero bloqueo de la actividad de la Corte, quedando así supeditado un órgano jurisdiccional penal a un órgano político.

En definitiva entonces, la actividad de la Corte dependerá del voto de los cinco miembros permanentes del Consejo.

El Consejo de Seguridad ya ha hecho uso de la atribución que le ha sido concedida en el artículo 16. Así, con fecha 12 de julio de 2002 el Consejo, en su Resolución 1422 pidió a la Corte, de conformidad a lo previsto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que «si surge un caso en relación a 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 de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamientos de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario». Asimismo expresó su intención de «renovar en las mismas condiciones, el 1 de julio de cada año, la petición que se indica en el párrafo 1 para períodos sucesivos de doce meses durante el tiempo que sea necesario».⁶²

⁶² S/ Res/1422(2002), 12 de Julio de 2002.

Dado que esta Resolución tiene directa incidencia en la competencia de la Corte en materia de operaciones de paz ella será analizada en la segunda parte de este trabajo, relativa a la competencia de la Corte en estas operaciones.

II. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Durante las discusiones relativas al Estatuto de Roma, ciertos Estados como Alemania, abogaron por el reconocimiento del principio de jurisdicción universal, como principio fundante de la jurisdicción de la Corte, esto es, de un principio que permitiría que cualquier Estado ejerciera su jurisdicción penal respecto a determinados crímenes, sin consideración de lugar en que la ofensa se hubiera cometido o de la nacionalidad del ofensor y la víctima. Otros Estados, en cambio y como ya hemos señalado, eran partidarios de una jurisdicción acotada. Esta confrontación da cuenta de un debate que existe en la comunidad internacional en torno a la existencia y contenido de este principio.

Ante el surgimiento de la Corte Penal Internacional es necesario determinar el lugar que, en la actualidad, ocupa este principio, para así precisar el papel que corresponde a la Corte Penal en la represión de los crímenes internacionales.

1. Jurisdicción

La definición de jurisdicción no es un tema que plantee controversias. Los autores han dado definiciones que no requieren de corrección o mejora alguna. Así, el American Law Institute ha dicho que la «jurisdicción es la autoridad de los Estados para hacer su derecho aplicable a las personas o actividades de, someter a las personas o cosas a las decisiones de su cortes y otros tribunales y hacer cumplir su derecho tanto judicial como extrajudicialmente».⁶³ Por su parte, Mann ha caracterizado la jurisdicción como «el derecho del estado de regular (...) no importa si es ejercido mediante medidas legislativas, ejecutivas o judiciales».⁶⁴ Otros autores han dado definiciones de jurisdicción, pero no agregan nada nuevo.

⁶³ American Law Institute, *The Restatement of the Law. The foreign relations law of the United States*. Volume 1, St Paul (Minn) 1987, p. 230. La traducción es de la autora.

⁶⁴ Mann, F. A. «The doctrine of Jurisdiction in International Law, *Recueil des Cours* 111 (1964-1), p. 1 a 13.

Aparece pues, que es la soberanía del Estado la que se encuentra en la base de la jurisdicción. De acuerdo a la Carta de Naciones Unidas⁶⁵ y las normas de derecho internacional consuetudinario, la soberanía tiene límites y estos límites vienen impuestos por la soberanía de los otros Estados. En este contexto, el derecho internacional tiene como una de sus funciones primordiales, la de delimitar las áreas de competencia o jurisdicción en orden a permitir una coexistencia pacífica bajo la regla de derecho.

2. Jurisdicción universal

Una primera precisión que es necesario efectuar es distinguir la jurisdicción universal de la jurisdicción internacional, esto es, aquella que se ha otorgado a los órganos jurisdiccionales internacionales. La jurisdicción universal significa que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden iniciar, sin requerir la autorización de un órgano internacional, procesos criminales contra un presunto ofensor. Así entendida, la jurisdicción universal sería aplicable en ausencia de instituciones internacionales competentes.

Algunos autores consideran que el concepto de jurisdicción universal no debería ser utilizado en los casos en que la persecución supone un vínculo territorial del sospechoso con el Estado del foro. En este contexto, ellos buscan distinguir las situaciones que caen en el ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal de aquellas que se sitúan dentro de cláusulas «juzgar o extraditar» contenidas en tratados internacionales. Así, se ha sostenido que la jurisdicción universal propiamente tal «permite a cualquier Estado ejercer jurisdicción sobre cualquier ofensa».⁶⁶ La jurisdicción universal así entendida implicaría el derecho de castigar la comisión de una particular categoría de crímenes internacionales. Sería el

⁶⁵ Art.2 (1) de la Carta de Naciones Unidas.

⁶⁶ Higgins Rosalyn, «International law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. General Course on Public International Law», *Recueil des Cours* 230 (1991-V) p. 9.

derecho internacional el que autorizaría a todos los Estados a sancionar esos crímenes en nombre de la comunidad internacional. El propósito del establecimiento de la jurisdicción universal respondería a la necesidad de proteger los valores más importantes de la sociedad internacional, teniendo la jurisdicción universal el carácter de una jurisdicción excepcional. Así para el juez Guillaume se trataría de una «competencia por carencia»,⁶⁷ o de una «jurisdicción universal in absentia «o de una competencia universal in absentia» para los jueces Kooijmans, Higgins y Buerghenthal.⁶⁸

Las cláusulas «juzgar o extraditar», en cambio, representarían una obligación alternativa para el Estado, contenida en un tratado cuya ausencia haría bastante dudoso sostener la existencia de la obligación de extraditar. Todos estos tratados son sólo obligatorios para las partes y no podría sostenerse que todos los crímenes contenidos en ellos están sujetos a la jurisdicción universal y que los Estados que no son partes, tendrían la obligación de extraditar o perseguir la ofensa alegada. Además, su carácter consuetudinario sería dudoso. En el evento de que el tratado llegara a ser universal, sería posible hablar de una suerte de «jurisdicción universal convencional»,⁶⁹ o incluso sólo de una universalización del principio *aut dedere aut judicare*. En relación a esta última idea Shaw indica que «Junto a la aceptada jurisdicción universal que permite aprehender y juzgar piratas y criminales de guerra, hay un número de tratados que prevén la supresión de varias actividades por la comunidad internacional, que van desde la destrucción de los cables submarinos al tráfico de drogas y la esclavitud. Estos tratados establecen el ejercicio de la jurisdicción estatal pero no de la jurisdicción universal. Algunas convenciones establecen lo que podría ser llamado una jurisdicción cuasi- universal o ejercicio múltiple de la jurisdicción».⁷⁰

⁶⁷ Sentencia de 14 de febrero de 2002, Corte Internacional de Justicia, Caso Arrest Warrant, opinión disidente del juez Guillaume, párrafos 9, 16, 17. La traducción es de la autora. El juez usa la expresión «competente par défaut».

⁶⁸ Sentencia de 14 de febrero de 2002., opinión disidente conjunta, párrafo 59.

⁶⁹ Benavides Luis, «The Universal Jurisdiction Principle», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2001, Volumen 1, p. 34.

⁷⁰ Shaw, M.N. *International Law*, 4 ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 414.

No obstante lo anterior, muchos autores usan ambos términos como si fueran equivalentes. Kobrick ha señalado que «La distinción entre estas dos categorías de crímenes internacionales (crímenes establecidos por el derecho internacional consuetudinario y los establecidos por acuerdos convencionales) en los cuales la jurisdicción universal puede ser aplicada no está a menudo bien definida».⁷¹

La práctica de los Estados da cuenta de un número más bien escaso de decisiones judiciales y leyes que se refieran de manera explícita al principio de universalidad. Los Estados fundan su jurisdicción sobre distintas bases, siendo la jurisdicción universal excepcional.⁷²

Puede sostenerse entonces que al no haber jurisdicción universal respecto a ciertas ofensas, se ha otorgado una jurisdicción específica, en algunos tratados, al Estado aprehensor permitiendo a ese Estado «juzgar o extraditar». La extradición debe ser dada al Estado que tiene un vínculo genuino con el ofensor.

3. Jus cogens y jurisdicción universal

La lista de los crímenes internacionales se ha ido ampliando gradualmente. Sin embargo, simplificaría demasiado el análisis decir que todas las ofensas que han sido calificadas como crímenes internacionales están sujetas a jurisdicción universal. Aún así, muchos autores siguen esta lógica. Joyner es uno de los autores que sostienen que la noción de jurisdicción universal surge automáticamente de la violación de las normas que tienen el carácter de normas de jus cogens o erga omnes.⁷³ Bassiouni ha defendido la misma idea⁷⁴ al igual que

⁷¹ Kobrick Eric, citado por Benavides, Luis, Op. cit., p. 35.

⁷² Ver el acabado estudio que sobre la práctica de los Estados realiza Benavides, Luis en Op.cit, pp. 62-84.

⁷³ Joyner Christopher, «Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in bringing War Criminals to Accountability» Law and Contemporary Problems, 59(1996), p. 169.

⁷⁴ Bassiouni Cherif, « Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary practice», Virginia Journal of International law 42, 2001, pp. 148-152.

Lord Browne- Wilkinson,⁷⁵ Lord Hutton⁷⁶ y Lord Millet,⁷⁷ en el caso Pinochet. Sin embargo, la aceptación o rechazo de la jurisdicción universal no puede estar sólo basada en los intereses de la comunidad internacional en castigar los crímenes graves. Una respuesta equilibrada a esta cuestión debe considerar también los intereses de los potenciales acusados y de los Estados, que pueden verse indirectamente afectados cuando los procedimientos se han instituido contra uno de sus representantes.

Por otra parte sólo ciertos crímenes pueden identificarse con una regla de *jus cogens*, y algunos de ellos pueden entrañar obligaciones *erga omnes*.

Esto no significa, sin embargo, que la jurisdicción universal pueda ser ejercida respecto a todos los casos de crímenes internacionales. Ciertamente esto puede ocurrir respecto a crímenes desconectados de cualquier jurisdicción estatal, especialmente la piratería. También puede ocurrir en algunos casos adicionales donde el vínculo jurisdiccional es demasiado débil como para impedir la jurisdicción universal. En este sentido, es muy claro lo señalado por Lord Slynn of Hadley en el caso Pinochet.

«Que los crímenes internacionales deberían ser juzgados por tribunales internacionales o por el Estado del perpetrador es una cosa; que ellos deberían ser demandados sin consideración a una regla consuetudinaria internacional ampliamente establecida en las cortes de otros Estados es otra (...). El hecho de que un acto sea reconocido como crimen de acuerdo al derecho internacional no significa que las Cortes de todos los Estados tengan jurisdicción para juzgarlos(...)».⁷⁸

⁷⁵ Ver su opinión en la segunda sentencia de 24 de marzo de 1999. *International Legal Material*, 38, 1999, p. 582 a 589.

⁷⁶ *Ibid.* pp. 627, a 636, 637.

⁷⁷ *Ibid.* pp. 643, a 649, 650.

⁷⁸ Primera sentencia de la House of Lords, 25 de Noviembre de 1998, *International Legal Materials* 37, 1998, p. 1302 a 1312-1313.

De allí entonces, que aún cuando un crimen pueda calificarse como una regla de *jus cogens* esto no conduce automáticamente a la jurisdicción universal. No debe olvidarse que, excepto cuando hay una clara evidencia acerca de una regla de derecho internacional consuetudinario calificada de *jus cogens*, se podrá estimar que se está frente a una realidad y no frente a una mera ficción.

4. Los diferentes crímenes internacionales

Después de estas observaciones preliminares, examinaremos las tres clases de crímenes que han sido reconocidos por el Estatuto Roma, para determinar así el papel que correspondería al principio de jurisdiccional universal en estos crímenes y establecer su relación con la competencia de la Corte.

4.1 *Genocidio*

Es sabido que el genocidio no aparece como un crimen diferenciado de los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. El genocidio recibió su identidad conceptual en virtud de la Convención sobre Prevención y Represión del Crimen de Genocidio, que adoptó la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948.⁷⁹ En este texto no puede encontrarse ningún indicio de jurisdicción universal. El artículo VI señala:

«Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción».

⁷⁹ Resolución 260 A (III).

La interpretación literal de esta disposición conduce a restringir la jurisdicción en casos de genocidio al Estado territorial o a un tribunal penal.

Sin embargo el caso Eichmann podría hacer pensar que el artículo VI tiene otro significado. Eichmann un activista nazi, fue puesto a disposición de los tribunales israelíes tras haber sido secuestrado en Argentina, país donde residía. Evidentemente Eichman discutió la jurisdicción de los tribunales que lo estaban juzgando, pero tanto el tribunal de primera como el de segunda instancia invocaron jurisdicción universal, argumentando que el Art. VI se había limitado a establecer claramente un deber de persecución que incumbía al Estado territorial y no a terceros Estados. Esta interpretación fue ampliamente aceptada.

Pero si bien es cierto que el caso Eichmann suele citarse como un caso que cambió el derecho porque se habría ejercido la jurisdicción universal, también es efectivo que esa jurisdicción pudo ser ejercida por la comisión previa de actos de violación de la soberanía territorial. La disputa que se planteó a este respecto entre Argentina e Israel lo evidencia nítidamente.

Pero la aceptación o rechazo de una interpretación restrictiva del Art. VI no responde la pregunta de si el genocidio se sitúa o no bajo la jurisdicción universal. Como se ha señalado antes, la jurisdicción universal es un derecho, una facultad que los Estados pueden o no ejercer.

En ausencia de una clara indicación de la Convención, la respuesta viene dada por el derecho internacional general. Ello obliga a revisar la práctica seguida por los Estados en esta materia.

Durante las primeras décadas del siglo XX, el recurso a la jurisdicción universal por los Estados fue escaso. Además del caso Eichmann, puede señalarse el caso Demjanjunk en que los tribunales de los Estados Unidos admitieron un requerimiento de Israel para extraditar a una persona a la que se le imputaba la comisión de variadas atrocidades en un campo de concentración durante la

Segunda Guerra Mundial. En años recientes, se han agregado otros casos en que los tribunales de ciertos Estados han admitido el principio de jurisdicción universal para el genocidio.⁸⁰

Si bien es cierto que en los últimos años se han planteado más casos de aplicación del principio de jurisdicción universal, no puede sostenerse que exista una práctica generalizada en esta materia y menos aún que exista clara evidencia que se está actuando en base a la convicción de que se responde a una necesidad jurídica.

La Corte Penal Internacional posee jurisdicción sobre el crimen de genocidio, pero esta jurisdicción es internacional y no universal. La interpretación que sostiene que la jurisdicción internacional de la Corte Penal asume el derecho de los Estados a ejercer la jurisdicción universal sobre la base de que los sospechosos pueden ser requeridos por cualquier Estado está lejos de ser verdad.

El hecho de que no exista un deber general para los Estados de enjuiciar crímenes internacionales, conduce fuertemente a la conclusión de que la jurisdicción universal va de la mano con la jurisdicción internacional; además y como ya hemos señalado, tampoco es sostenible que haya *opinio juris* en esta materia.

Esta aseveración no significa que la jurisdicción universal haya precluido respecto al genocidio. Si el Estado territorial o el Estado de nacionalidad no están disponibles para la persecución, otros Estados teniendo algún grado de contacto con los hechos pueden ejercer jurisdicción y ciertamente la Corte Penal puede ejercer su competencia.

4.2 Crímenes de lesa humanidad

Los crímenes de lesa humanidad aparecieron por primera vez en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. El artículo VI, N° 2 c) contiene una lista de los crímenes que, en 1945, fueron considerados como crímenes de lesa humanidad, a saber:

⁸⁰ Ver ILA Report 1987, pp. 428- 429; 2000, p.426.

«El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son realizados o tales persecuciones se llevan a cabo en ejecución o en conexión con cualquier crimen contra la paz o cualquier crimen de guerra».

En 1946, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó por unanimidad una resolución reafirmando el valor jurídico de los principios del acuerdo de Londres.⁸¹

Por mandato de ese mismo órgano, la Comisión de Derecho Internacional realizó una codificación de los principios de Nuremberg, manteniendo la redacción contenida en el Estatuto del Tribunal.⁸² Mantuvo esa aproximación cautelosa en su Proyecto de Convención sobre crímenes contra la paz y seguridad y contra la humanidad.⁸³

A diferencia del genocidio, cuya definición ha permanecido estable en el tiempo, la definición de los crímenes de lesa humanidad ha tenido un desarrollo dinámico. La Comisión de Derecho internacional ha elaborado un nuevo proyecto de Convención sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad y Contra la Humanidad. Este proyecto contiene en su artículo 18 una ampliación de los crímenes contra la humanidad. A los ya contemplados en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, esta disposición agrega la tortura, la discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que impliquen las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales y que produzcan un serio menoscabo para una parte de la población; la detención arbitraria; la desaparición forzosa de personas, la violación, la prostitución forzada y otras formas de abuso sexual; y otros actos inhumanos que dañan seriamente la integridad física, mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y el daño corporal severo.⁸⁴

⁸¹ Resolución A/95(I) de 11 de diciembre de 1946.

⁸² Ver documento en www.un.org

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem. La traducción es de la autora

El paso siguiente fue dado por el Estatuto del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia que agrega a la lista del Estatuto de Nuremberg los crímenes de prisión, tortura y violación. Este Estatuto señala que los crímenes contemplados en su artículo 5, serán perseguidos cuando ellos hayan sido perpetrados en un conflicto armado, interno o internacional y hayan sido dirigidos contra la población civil.⁸⁵ La lista contenida en el Art. 3 del Estatuto para la Corte Penal Internacional para Rwanda, es idéntica.⁸⁶

La última definición de los crímenes de lesa humanidad se encuentra contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Nuevamente la lista fue ampliada. La lista comprende, además de los crímenes contemplados en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, el embarazo forzado, la esterilización forzada y el apartheid. En lo que concierne a este último, el Estatuto en vez de referirse a la discriminación institucionalizada, señala que los actos constitutivos de este delito son «los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen».⁸⁷

En el Estatuto de Nuremberg los crímenes de lesa humanidad se encontraban entre los crímenes de guerra. Esta conexión legal se mantuvo en el Estatuto de la Corte Penal para la ex Yugoslavia. Pero cuando se debió preparar el Estatuto para el Tribunal para Rwanda, se decidió abandonar esta vinculación, siguiendo la jurisprudencia emanada del Tribunal para la ex Yugoslavia.⁸⁸ En el Estatuto de Roma

⁸⁵ Roberts Adam, Guelef Richard, Documents on The laws Of War, 3ª ed. Oxford, University Press, 2000, p. 570.

⁸⁶ Ibid. p. 618.

⁸⁷ Art. 7 N° 2 h) del Estatuto. El párrafo 1 de este artículo se refiere a las figuras de asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; persecución de grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos; de género; desaparición forzada de personas.

⁸⁸ Sentencia de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia recaída en el caso Tadic, 2 de octubre de 1995, International Legal Materials 35, 1996, p. 32 a72.

los crímenes de lesa humanidad, aparecen regulados de manera independiente al genocidio y a los crímenes de guerra.

En relación a los crímenes de lesa humanidad se plantean dos problemas diferentes. Uno es el relativo a si la responsabilidad criminal individual existe para todos los crímenes contenidos en la lista. Mientras los actos contenidos en la lista del Estatuto de Nuremberg no plantean problemas, los actos contenidos en las listas del Proyecto de Código y del Estatuto de Roma exigen el examen de las distintas ofensas.

La otra cuestión que aparece es si todas las ofensas contempladas como crímenes contra la humanidad caen dentro del principio de jurisdicción universal. La respuesta a esta pregunta viene dada por la determinación de si existe una regla general de derecho que confiera a todos estos crímenes la calidad de crímenes contra la humanidad. Para elaborar esa respuesta podría efectuarse una división entre aquellos crímenes que están contenidos en todas las listas elaboradas desde el Tribunal de Nuremberg hasta la contenida en el Estatuto de Roma. Si se consideran aquellas ofensas que han sido contempladas en todas ellas, podría concluirse que este conjunto de crímenes que conducen a la responsabilidad individual integran una norma de derecho internacional general.

Sin embargo, esta aseveración enfrenta una seria objeción: No basta que estos crímenes estén contemplados en varios instrumentos internacionales. El surgimiento de una norma de derecho internacional general, requiere necesariamente que los Estados ajusten a ella su conducta de manera general unido a la convicción de que conforma a lo que equivale a una obligación jurídica. Ya hemos señalado que la práctica revela que los Estados en pocas ocasiones han consagrado en su legislación el principio de jurisdicción universal o han dictado fallos en su aplicación.

Quizás si estas ofensas estuvieran contempladas en un tratado de carácter multilateral general podría estimarse que éstas han constituido un primer paso en la generación de una norma de derecho internacional general; que se ha producido lo que el profesor

Jiménez de Aréchaga llamaba el efecto generador de los tratados sobre la costumbre.⁸⁹ El Estatuto de Nuremberg emana de un tratado celebrado entre cuatro Estados (Estados Unidos, la Unión Soviética, el Reino Unido y Francia) al que adhirieron 19 estados más. Los tribunales penales de Yugoslavia y Ruanda, por su parte, fueron creados mediante una resolución del Consejo de Seguridad, órgano político de Naciones Unidas. Ciertamente, todos estos instrumentos han constituido un aporte al derecho internacional, pero de la inclusión en ellos de ciertos crímenes no puede derivarse que exista una norma de derecho internacional general que consagre esas ofensas.

En los que respecta al segundo grupo de ofensas, aquellas que han sido incorporadas en los Estatutos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y Ruanda (tortura, violación y prisión), podría considerarse que ellas entran en los «actos inhumanos de extrema gravedad» a que hace referencia el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y que, por ende, cabrían dentro de la misma norma consuetudinaria. Sin embargo, aún cuando se estimara que no constituyen ofensas nuevas, lo que es cuestionable, no puede aceptarse que integren una norma de derecho internacional general por las razones ya indicadas.

En lo que concierne a la tortura, ninguno de los jueces que sobre ella se pronunció en el caso Pinochet, rechazó la aseveración de que la tortura constituía un crimen internacional. Sin embargo, se plantearon discrepancias en relación a cuestiones no menores. Así Lord Goff of Chievely indicó que en todo caso hasta antes de 1989, el crimen de tortura estaba incluido en los crímenes de guerra y no era, en cuanto tal, calificable como crimen de lesa humanidad.⁹⁰ Se constata entonces que en el último tiempo se ha producido un cambio en la materia y que hoy puede sostenerse que «el sistemático

⁸⁹ Jiménez de Aréchaga, Eduardo «International Law in the Past Third of a Century», *Recueil des cours*, vo I, 1978, pp 14ss. El efecto generado de un tratado sobre una costumbre consiste en que una vez consagrada una norma en un tratado, los Estados comienzan a comportarse de conformidad a ella.

⁹⁰ *International legal Materials* 38, 1999, pp. 595 a 599.

uso de la tortura en gran escala y como un instrumento de política de Estado» constituye un crimen internacional y que los actos de tortura de carácter individual, aislados, están cubiertos por la Convención sobre la Tortura de Naciones Unidas, pero no entran en la categoría de crímenes de lesa humanidad según el derecho internacional general.

Sin embargo, Lord Phillips of Worth Matravers señaló que la jurisdicción universal fue normalmente introducida en convenciones específicas, pero no de manera general para amplias categorías de crímenes como los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. En tales casos, dice él, los Estados prefieren llegar a un acuerdo sobre la creación de tribunales internacionales. Esta opinión es contradicha por otros autores que sostienen que la jurisdicción universal existe para todos los crímenes de lesa humanidad.⁹¹

En lo que concierne a los distintos crímenes que involucran violencia sexual, y que han sido incorporados tanto en los Estatutos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda y, más recientemente, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional caben las mismas reflexiones efectuadas para los otros crímenes.

Nadie duda que la violación, la prostitución forzada, el embarazo forzado, constituyan ofensas que dañan la integridad y dignidad de las personas y que estos crímenes deben ser castigados.

Sin embargo, una cuestión diferente es afirmar que estos crímenes constituyen hoy por hoy, crímenes perseguibles en virtud del principio de jurisdicción universal. Lo cierto es que su inclusión en el Estatuto de Roma los ha sometido por vez primera a una jurisdicción internacional de carácter permanente. El que el día de mañana esas ofensas pasen a integrar el grupo de crímenes perseguibles en aplicación del principio de jurisdicción universal

⁹¹ Bassiouni Cherif, *Op. cit.* p.119; Cassese Antonio, *International Law*, Oxford, 2001; Joyner, Christopher *Op. cit.* p.42; Juez Koroma, opinión disidente en Corte Internacional de Justicia, Arrest Warrant de Abril de 2000, párrafo 9

dependerá de si las legislaciones de los Estados así como las sentencias dictadas por sus órganos judiciales aplican ese principio a estas ofensas. En este sentido, el carácter del Estatuto, un tratado de carácter multilateral general, unido al significativo número de Estados ratificantes (92 a la fecha) podría constituir un paso en la construcción de una regla consuetudinaria que incluyera estas ofensas en el principio de jurisdicción universal. En este proceso será relevante el comportamiento que la Corte Penal asuma frente a la comisión de esos crímenes.

Lo anterior es aplicable también al crimen de desaparición forzada de personas, a la transferencia forzada de población, al apartheid.

La jurisdicción universal entonces, no está excluida como opción. Sin embargo, la jurisdicción internacional se ha erigido como una alternativa más viable y justificada. Si un Estado no está dispuesto a aceptar que otro Estado vaya a ejercer jurisdicción en su lugar, éste podría aceptar que un tribunal internacional lo haga. Se trata entonces de una distribución de jurisdicción entre el derecho internacional y el derecho interno.

4.3 Crímenes de guerra

De acuerdo a lo establecido en la cláusula común de los cuatro Convenios de Ginebra,⁹² los Estados no sólo tienen el derecho sino que también la obligación de perseguir las infracciones graves. Así, esas disposiciones indican que:

«Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas

⁹² Artículos 49, 50, 129, 146 de los Convenios de Ginebra.

comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por la otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes».

El ámbito *ratione materiae* de las violaciones graves de las cuatro Convenios de Ginebra fue ampliado por el artículo 58 del protocolo Adicional I de 1977.

Las violaciones al derecho internacional humanitario pueden agruparse en cuatro categorías diferentes atendiendo a su grado de intensidad. El nivel más bajo está integrado por las reglas de derecho humanitario que no califican como violaciones graves. El segundo nivel está compuesto por las violaciones identificadas como graves.

En el tercer nivel se encontrarían aquellas ofensas a las que puede aplicarse el criterio establecido en el artículo 8 del Estatuto de Roma, esto es, crímenes de guerra «cometidos como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes».⁹³ En el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el artículo 4⁹⁴ introduce una cuarta categoría, que carece de calificación y que tendría como base común los artículos 23 a 28 de las regulaciones relativas al derecho y costumbres de la guerra terrestre.

Una primera pregunta que surge es cuál o cuáles de estas categorías forman parte de una regla consuetudinaria. Es claro que las simples violaciones al derecho internacional humanitario no afectan las bases del orden legal internacional y que corresponde a los Estados directamente involucrados tomar las medidas necesarias de represión. No hay práctica que permita sostener lo contrario.

⁹³ Art.8 N° 1 del Estatuto.

⁹⁴ Estatuto de Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Art.4. *International Legal Materials*. 32. 1993, p. 1172.

Respecto a las cláusulas relativas a las violaciones graves en los cuatro Convenios de Ginebra, es relevante determinar si existe tras ellas una norma de derecho internacional general. Si bien los Cuatro Convenios de Ginebra reúnen un importante número de ratificaciones, esto no es suficiente para señalar que se habría originado una norma consuetudinaria. No hay un tránsito automático desde una convención ampliamente ratificada a la norma de derecho consuetudinario, siendo necesario que otros elementos deban intervenir para arribar a ese resultado. En este sentido la práctica de los Estados tiene un papel decisivo. Existe un importante grupo de Estados que se ha abstenido de ejercer jurisdicción universal en esta materia.

Por otra parte, si bien el Protocolo Adicional I cuenta en la actualidad con 159 Estados ratificantes dentro de los cuales se encuentran los de Reino Unido y Francia (21 de enero de 1998 y 11 de abril de 2001, respectivamente) aún existe un importante grupo de Estados que permanecen fuera de este acuerdo. Así, Estados Unidos sigue estando al margen de las normas contenidas en el Protocolo, así como un grupo de importantes Estados: India, Indonesia, Irán, Israel y Pakistán.

Por lo tanto, la inclusión de estos crímenes en el Estatuto de Roma no puede implicar la aceptación de la jurisdicción universal como corolario de un sistema centralizado de persecución introducido en el Estatuto.

La lista de los crímenes de guerra incluye también a las ofensas cometidas en conflictos armados internos. Los Convenios de Ginebra, si bien aplican algunas de sus protecciones a los conflictos internos, reservan la responsabilidad criminal para algunas violaciones de estos Standard. Los Tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda, seguidos por el Estatuto de Roma, han continuado por esa senda, tanto por medio de desarrollos conceptuales como por una ampliación de la lista.

No hay evidencia que demuestre que los Estados, han perseguido las violaciones graves cometidas en un conflicto interno

acaecido en un determinado Estado. Por el contrario, la práctica indicaría que las mismas naciones tienen la voz decisiva en la determinación de la manera de enfrentar un cataclismo nacional. Permitir a un tribunal de un tercer Estado intervenir en estos procesos podría tener efectos nocivos. Prevalece, entonces, el principio de libre determinación.

Esta conclusión aparece confirmada por el Artículo 6 (5) del Protocolo II que establece:

«A la cesación de hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado».

El artículo 6 refleja entonces la necesidad de reconstruir una sociedad afectada por un conflicto interno y que esa sociedad encuentre nuevas formas de entendimiento tras un quiebre de su cohesión interna. Ello conduce a la afirmación de que los terceros Estados no interfieran en los procesos de reacomodación que deban darse en esas sociedades.

III. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS OPERACIONES DE PAZ

Nacidas en 1956 bajo el mandato del primer Secretario General de Naciones Unidas, Dag Hammarskjöld, las operaciones de paz surgieron 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).⁹⁵ 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 y social, la atención de la población en casos de desastres naturales, la prestación de asistencia humanitaria, etc.⁹⁶

⁹⁵ 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

⁹⁶ Ibid. p. 6.

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 ser miembros o empleados de las operaciones de paz de Naciones Unidas y después de la expiración de otras provisiones del presente Acuerdo».⁹⁷

Este modelo, *mutatis mutandis*, servía también de base a los acuerdos con el Estado receptor de las operaciones,⁹⁸ así como, con un Estado no Miembro de Naciones Unidas que contribuyera con personal y equipo a las operaciones de paz de Naciones Unidas.⁹⁹ 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».¹⁰⁰ 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».¹⁰¹

La jurisdicción criminal pertenecía pues, al Estado de nacionalidad de las fuerzas. El derecho aplicable era el derecho penal

⁹⁷ 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.

⁹⁸ *Ibid.*, Párr. 2.

⁹⁹ Documento de Naciones Unidas. A/46/185 de 23 de mayo de 1991

¹⁰⁰ *Ibid.* Párr. 25. La traducción es de la autora

¹⁰¹ 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.

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 respectivos 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».¹⁰²

¹⁰² 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.

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.¹⁰³ Este argumento fue señalado como causa de la no suscripción del tratado.¹⁰⁴ 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».¹⁰⁵

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

¹⁰³ Ver discurso de Bill Richardson, Embajador de Estados Unidos en la Conferencia de Roma:
<http://w.w.w.un.org/icc/speeches/617usa.htm>

¹⁰⁴ 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/scef23htm>

¹⁰⁵ Ibidem.

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 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. El principio de complementariedad

Como hemos señalado en la primera parte de esta investigación, el Estatuto de Roma se encuentra estructurado en torno al principio de complementariedad. En virtud de él corresponde a las jurisdicciones nacionales, antes que a la Corte, la persecución y castigo de los crímenes contemplados en dicho Estatuto. La Corte sólo actúa como complemento de los tribunales nacionales y opera sólo cuando éstos no pueden o no tienen la voluntad de actuar. Si las autoridades de un Estado investigan y persiguen adecuadamente o si deciden con sólidos argumentos no hacerlo, el caso será inadmisibile para la Corte. Así el principio de complementariedad «constituye una deferencia a la soberanía nacional, lo que contradice a ciertos desarrollos del derecho internacional que buscan nociones más amplias de soberanía».¹⁰⁶

¹⁰⁶ Zwanberg, Marten., Op cit p. 130.

Esta situación es diametralmente opuesta a la existente en los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda cuyos Estatutos establecen que estos tribunales «tendrán primacía sobre las cortes nacionales de todos los Estados».¹⁰⁷ Por otra parte estos Tribunales ad-hoc tienen una distinta naturaleza jurídica. Ellos fueron creados mediante resoluciones del Consejo de Seguridad,¹⁰⁸ como órganos subsidiarios del Consejo, bajo el Capítulo VII. Por lo tanto, funcionan en el marco de una decisión que vincula a los Estados Miembros de Naciones Unidas. En este sentido los Estados, de acuerdo a lo previsto en los artículos 29 y 28 de los Estatutos para la ex Yugoslavia y Ruanda, respectivamente, «Cooperarán con el Tribunal Internacional (...) en la investigación y persecución de las personas acusadas de cometer serias violaciones del derecho internacional humanitario».¹⁰⁹

La Corte Penal Internacional en cambio, nace en virtud de un acuerdo entre Estados, lo que quiere decir que él no genera obligación alguna para los Estados que no son partes. Por ello, los autores del proyecto del Estatuto no consideraron prudente dar a la Corte primacía por sobre las jurisdicciones de los órganos jurisdiccionales internos.

Ahora bien, las consecuencias prácticas más importantes del principio de complementariedad se derivan de los artículos 17 y 18 del Estatuto. El artículo 17 en su número 1 se refiere a las situaciones en que un caso será inadmisibile ante la Corte, contemplando las hipótesis de incapacidad y falta de disposición del Estado. Por su

¹⁰⁷ Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, artículo 9, Documento de Naciones Unidas S/25704, pp. 1163-1202, reproducido en *International Legal Materials*, N° 32, 1993, pp. 1163-1202 y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Artículo 8, Documento de Naciones Unidas S/res/ 955 de 8 de noviembre de 1994, reproducido en *International Legal Materials* N° 33, 1994, pp. 1598-1604.

¹⁰⁸ Resolución 827 de 25 de mayo de 1993, S/ Res/827, reproducida en *International Legal Materials* N° 32, Op.cit. pp. 1203-1204, crea Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia y Resolución 955 de 8 de noviembre de 1994, S/Res/ 955, crea el tribunal penal Internacional para Ruanda, reproducida en *International Legal Materials* N° 33. Op.cit. pp. 1600-1603.

¹⁰⁹ Art. 29 del Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *International Legal Materials*. Op. Cit. p. 1189 y Art. 28 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *International legal Materials*. Op. Cit. p 1612. La traducción es de la autora.

parte, el artículo 17 en su número 2 especifica los criterios conforme a los cuales se debe establecer la falta de disposición del Estado, a saber:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trata de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;
- b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

Para que un caso contra un miembro de las operaciones de paz fuera declarado admisible por la Corte, se debería cumplir la condición de un sistema judicial devastado, incapaz de cumplir las funciones que le son propias o la de falta de disposición del Estado, debiendo verificarse esto último a través de la existencia de algunas de las situaciones descritas en el número 2 del artículo 17.

Pero además, es necesario que la Corte demuestre la inhabilidad del Estado para investigar o acusar y deberá hacerlo conforme a parámetros objetivos, teniendo «en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional»,¹¹⁰ lo que le permite recurrir, entre otros al Pacto de

¹¹⁰ Artículo 17, N° 2 del Estatuto.

Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, a la Convención Americana de Derechos Humanos, al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Estos últimos, si bien tienen un carácter regional, han efectuado un aporte relevante en el establecimiento de los principios y normas del debido proceso.

Ello significa que si la legislación de un Estado contempla los crímenes previstos por el Estatuto, consagra las garantías procesales necesarias para un justo y debido proceso; posee un sistema judicial, eficiente, independiente e imparcial, corresponderá a ese Estado ejercer la jurisdicción penal y la Corte no podrá actuar.

El artículo 18 del Estatuto constituye otra manifestación del principio de complementariedad. Esta disposición requiere que antes de que un caso se inicie, el fiscal notifique a todos los Estados que normalmente habrían ejercido competencia, incluyendo a los Estados no partes.¹¹¹ Sólo en el caso en que sea el Consejo de Seguridad quien remita el caso, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 13 b), no se requiere esta notificación. Una vez notificado, el Estado podría indicar al Fiscal que está investigando o ha investigado el caso. Si el Estado lo solicita, el Fiscal podría diferir a ese Estado la investigación, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida a petición del fiscal autorizar la investigación.¹¹²

Como ya explicamos en la primera parte de este trabajo, esta referencia no puede entenderse en términos amplios porque conduce resultados absurdos. La única manera de entender el artículo 18 es que los Estados a que debe notificar el Fiscal son aquellos que están estrictamente vinculados al crimen.¹¹³

El artículo 18 enfatiza la primacía de las jurisdicciones nacionales, pero incluye a los Estados no Partes.

¹¹¹ Ibid, Art. 18, N° 1.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ver principio de complementariedad, supra p. 15.

Por su parte, el artículo 19 se refiere a la posibilidad de impugnar la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa. La disposición señala que podrá impugnar la competencia de la Corte:

- a) El acusado o la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia con arreglo al artículo 58.
- b) Un estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes; o
- c) Un Estado cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12.¹¹⁴ La última posibilidad se refiere al Estado en cuyo territorio se cometió el crimen o al Estado de nacionalidad del acusado.

Al igual que el artículo 18, este artículo deja abierta la posibilidad de que Estados no partes cambien la admisibilidad del caso. Normalmente la admisibilidad de una causa o la competencia de la Corte podrán ser impugnadas sólo una vez, pero en circunstancias excepcionales la Corte podrá permitir que la impugnación se haga más de una vez o en una fase ulterior del juicio.¹¹⁵

Tomados en su conjunto, los artículos 17 a 19, permiten concluir que el Estatuto otorga prioridad a la jurisdicción penal de los Estados, otorgando la posibilidad de que un Estado no parte del Estatuto inicie las investigaciones que el caso requiera y proceda a enjuiciar al supuesto ofensor, siempre y cuando este Estado tenga una vinculación con el crimen cometido.

En este contexto, los Estados que deseen ejercer su jurisdicción penal respecto a los nacionales que supuestamente han cometido algunos de los crímenes contemplados en el Estatuto, podrán hacerlo siempre y cuando se cumplan ciertos supuestos básicos. Estos supuestos básicos están relacionados con la existencia

¹¹⁴ Ibid. Art. 12.

¹¹⁵ Ibid, art 19 número 4.

de una base legal que permita enjuiciar a las personas que han cometido los crímenes, esto es, la tipificación de los crímenes del Estatuto en la legislación interna. Por otra parte, es necesario que los enjuiciamientos se realicen respetando los requisitos que el derecho internacional ha establecido en materia de procesos judiciales. Esto obliga a remitirse a los Convenios existentes en la materia, los que junto al Estatuto deberán interpretarse de buena fe, de acuerdo a lo previsto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.¹¹⁶ Por último, el Estado debe haber iniciado la investigación o haber procedido al enjuiciamiento del supuesto ofensor.

Si bien la regla del artículo 18 apunta a inhabilitar al Fiscal, y la del artículo 19 está dirigida a permitir la impugnación de la competencia de la Corte, podría aplicarse a la situación en que existen dos o más Estados potencialmente competentes, en tanto y en cuanto, lo que persigue el Estatuto, como claramente lo indica su Preámbulo, es el castigo efectivo de los crímenes contemplados en él. En efecto, el Preámbulo del Estatuto de Roma, que es parte integrante del tratado de acuerdo a lo previsto en el artículo 31 N° 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969, señala, «Los Estados Partes en el presente Estatuto: (...) «Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación en el plano internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la justicia».

5. La competencia material de la Corte

Como sabemos, el Estatuto limita la competencia de la Corte a los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y al crimen de agresión una vez que éste sea definido.

¹¹⁶ Art. 31, N°1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

El artículo 6 es la disposición que regula el genocidio. Como señalamos anteriormente,¹¹⁷ la comisión de este crimen requiere de un *dolus specialis* que se expresa en la intención de destruir, total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Esta idea aparece confirmada en los Elementos de los Crímenes, aprobados por consenso en la primera Asamblea de Estados de la Corte Penal y que fueron elaborados por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, en virtud de lo establecido en la resolución E del Acta Final de la Conferencia de Roma, realizada el 9 de septiembre de 2002.¹¹⁸

Además, es necesario tener presente lo señalado por el artículo 30 del Estatuto que señala que «salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con la intención y conocimiento...».¹¹⁹

Es difícil imaginar que un integrante de una operación de paz dirija su voluntad a eliminar a una o más personas con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, sobre todo si pensamos que en muchas situaciones los integrantes de una operación de paz tienen, precisamente, la tarea de proteger a ciertos grupos. De allí entonces, y considerando la particular gravedad de crimen, no será fácil acusar a un integrante de una operación de paz de la comisión de un crimen de genocidio.

En lo que concierne a la jurisdicción de la Corte en materia de crímenes de lesa humanidad, estos deben ser cometidos «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque».¹²⁰ En algunos aspectos, esta formulación es más amplia que la contenida en los Estatutos para los Tribunales penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda. Así, el

¹¹⁷ Ver *supra* p. 23.

¹¹⁸ Doc. de Naciones Unidas. ICC.ASP/1/ 3.

¹¹⁹ Art. 30, N° 1 del Estatuto.

¹²⁰ Art. 7, N° 1 del Estatuto.

Estatuto para Ruanda señalaba en su artículo 3, que estos crímenes son perseguibles cuando ellos han sido cometidos «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil por motivos nacionales, étnicos, raciales o religiosos».¹²¹ Por su parte, el Estatuto para la ex Yugoslavia indica en su artículo 5, que se perseguirá a las personas responsables de la comisión de crímenes de lesa humanidad cuando ellos fueran cometidos» en un conflicto armado con carácter internacional o interno, y dirigidos contra la población civil».¹²²

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en cambio, no se requiere ningún nexo con un conflicto armado. El Estatuto especifica que debe tratarse de un «ataque a la población civil».¹²³ Y éste es concebido como «una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil».¹²⁴ De esta manera, la comisión de crímenes aislados está excluida de la competencia de la Corte. De nuevo en este caso, es difícil concebir que una operación de paz pueda tener como política la comisión de ataques contra la población civil, más aún si se piensa que las operaciones de paz dependen fuertemente de la cooperación de la población civil para la ejecución de su mandato. Así, en los casos en que esa cooperación ha faltado, como en Somalia por ejemplo, es extremadamente difícil que una operación de paz pueda cumplir su función efectivamente.

Por otra parte, el Estatuto requiere «el conocimiento del ataque». Este requisito encuentra su origen en lo establecido por Tribunal Penal para la ex Yugoslavia en el caso Tadic, donde ese Tribunal sostuvo que la responsabilidad individual por crímenes de lesa humanidad requería que el perpetrador «debe comprender el

¹²¹ Art. 1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *International Legal Materials*. Op. cit, p. 1603. La traducción es de la autora.

¹²² Artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. *International Legal Materials*. Op. cit. p. 1173. La traducción es de la autora.

¹²³ Art. 7, Nº 2 a) del Estatuto.

¹²⁴ *Ibidem*.

contexto general de su acto»¹²⁵ y que «para ser culpable de los crímenes de lesa humanidad el perpetrador debe conocer que hay un ataque a una población civil y que su acto es parte del ataque».¹²⁶

En los Elementos de los Crímenes aprobados por la Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional se ha precisado que el conocimiento de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil «no debe interpretarse en el sentido que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o de la organización».¹²⁷

Aún cuando la existencia del «conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso»¹²⁸ es difícil probarlo en un juicio. Esto es particularmente cierto en el caso de las operaciones de paz por cuanto ellas, usualmente, desarrollan sus tareas en un ambiente caótico. Entonces, en el caso de los integrantes de una operación de paz el conocimiento podría no ser fácilmente deducido de las circunstancias.

Por otra parte, las alegaciones contra los integrantes de una operación de paz normalmente «no implican un largo número de víctimas y perpetradores. Las investigaciones rutinarias subrayan la naturaleza aislada de la conducta de los integrantes de una operación de paz».¹²⁹

Finalmente, los crímenes de guerra son sancionados por el Estatuto «en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes».¹³⁰

¹²⁵ Sentencia rendida en el caso Tadic por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, caso N° IT-94-I-T.T.CH.II.7 de mayo de 1997, párrafo 133. www.org.un/icty/cases/jugemindex-e.htm

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Elementos de los crímenes, Art. 7, supra nota 16.

¹²⁸ Elementos de los crímenes. Introducción, supra nota 16.

¹²⁹ Zwanenburg, Marten, Op. cit, p. 135.

¹³⁰ Art.8, N° 1 del Estatuto.

La redacción del artículo pone el acento, al igual que en el caso de los crímenes antes comentados, en que la comisión de los crímenes de guerra tiene un carácter generalizado y que no caben dentro de su ámbito de aplicación, las ofensas aisladas.

La mayoría de los crímenes contemplados en la lista contenida en el artículo 8 del Estatuto, encuentran su origen en disposiciones del derecho internacional humanitario, distanciándose, en algunos casos, de ellas. En este sentido, es importante señalar la diferencia que se percibe en torno a los ataques indiscriminados. El Estatuto de Roma se refiere a «lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación a la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea».¹³¹ Esta disposición, que encuentra su origen en el artículo 51 5 b) de Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, sólo se refería al ataque que causaría incidentalmente «muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas que serían excesivas en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista». El Estatuto ha agregado pues, la ventaja militar concreta y directa «de conjunto que se prevea». Entonces, en contraste con el Protocolo I, un ataque que cause pérdidas incidentales podrá sólo ser analizado por la Corte en conexión con otros ataques.

A la vez será tremendamente difícil determinar cuál es la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea. Ello será particularmente difícil en el caso de las operaciones de paz «donde las estructuras de comando y control no están siempre claras y donde los comandantes, a veces, delegan en sus autoridades nacionales antes que en sus superiores no compatriotas».¹³²

¹³¹ Art. 8, N° 2 b), iv) del Estatuto.

¹³² Zwanenburg, Marten. Op. cit, p. 135.

En síntesis, los crímenes contemplados por el Estatuto de Roma son crímenes cometidos a gran escala cuya comisión exige, de acuerdo a lo previsto en el artículo 30 del Estatuto, intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen y, en el caso del genocidio, la concurrencia de un *dolus specialis*.

En contraposición a ello, los crímenes cometidos por los integrantes de una operación de paz son actos aislados y en los cuales es difícil acreditar la concurrencia de los elementos de intencionalidad que estas ofensas requieren, dada la particular naturaleza de estas operaciones y las condiciones en que ellas operan.

Ahora bien, si en la conducta desarrollada por los integrantes de una operación de paz concurrieran los elementos de los crímenes tipificados por el Estatuto, el Estado de nacionalidad de los integrantes de la operación podrá ejercer su jurisdicción penal si su sistema judicial inicia la investigación antes que otros Estados o antes que la Corte, cumpliendo los requisitos de un debido proceso. Ello en consideración al principio de complementariedad que informa la aplicación de este instrumento jurídico.

6. El papel del Consejo de Seguridad

Como sabemos, el Consejo de Seguridad puede, de acuerdo a lo que señala el artículo 16 del Estatuto, pedir a la Corte «que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado...»¹³³ pudiendo renovarse esta petición en las mismas condiciones.

El 12 de julio de 2002, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1422. Esta Resolución señala que el Consejo de Naciones Unidas:

¹³³ Art. 16 del Estatuto.

«Actuando con arreglo al capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas,

1. Pide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de los funcionarios, ex funcionarios, personal o aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1 de julio de 2003, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario.
2. Expresa la intención de renovar las mismas condiciones, el 1º de julio de cada año, la petición que se indica en el párrafo 1 para períodos sucesivos de doce meses durante el tiempo que sea necesario;
3. Decide que los Estados Miembros no tomarán ninguna medida que no esté en consonancia con el párrafo 1 y con sus obligaciones de carácter internacional».¹³⁴

La resolución 1422 surgió en el contexto de la renovación de Mandato de la operación de paz en Bosnia-Herzegovina, en adelante, UNMIBH. El 19 de junio de 2002, a menos de un mes de la entrada en vigor¹³⁵ del Estatuto de Roma, Estados Unidos presentó dos propuestas a ser incluidas en la resolución que renovara dicho Mandato, a saber:

- «La inclusión de un párrafo en la resolución de la UNMIBH que impidiera que los integrantes de una operación de paz fueran «transferidos a un tribunal internacional», y

¹³⁴ S/Res/1422 (2002). Disponible en www.un.org/spannisha/documents/index.html

¹³⁵ El Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de julio de 2002.

- Una resolución general que garantizara la inmunidad completa a las operaciones de paz cuyos integrantes fueran nacionales de los Estados Miembros, dando «al personal que participe en operaciones establecidas o autorizadas por el Consejo de Seguridad (...) inmunidad de arresto, detención y enjuiciamiento».¹³⁶

El embajador francés ante Naciones Unidas, Jean-David Levitte, propuso una modificación a la propuesta de los Estados Unidos, señalando que el Consejo expresara su disposición, de acuerdo al artículo 16 del Estatuto, y considerando caso a caso, de pedir a la Corte que suspendiera la investigación o enjuiciamiento.¹³⁷

Pero los Estados Unidos rechazaron la propuesta francesa y ante la ausencia de un acuerdo, vetó la renovación del Mandato para Bosnia- Herzegovina. Así las cosas, se inició una serie de negociaciones llegándose a un compromiso que permitió que la resolución 1422 fuera adoptada por consenso.

Para muchos, la resolución 1422 vulnera lo establecido por el artículo 16 del Estatuto ya que éste autoriza al Consejo de Seguridad a que, actuando bajo el Capítulo VII, y, en base a una evaluación efectuada caso a caso, pida al Consejo que suspenda una investigación o enjuiciamiento. La resolución 1422, en cambio, sustrae de la competencia de la Corte a un grupo de personas de manera anticipada. Esto ha sido interpretado como una modificación de facto del Estatuto de Roma.

Por otra parte, y de acuerdo a lo sostenido por Canadá, Brasil, Nueva Zelanda y Sudáfrica, la Resolución violaría la Carta de Naciones Unidas porque la aplicación del Capítulo VII requeriría, como mínimo, la existencia de una amenaza específica a la paz y seguridad internacionales.

¹³⁶ Cronología de la postura de los Estados Unidos respecto a la Corte Penal Internacional. www.amicc.org/docs/chronology_1422. La traducción es de la autora

¹³⁷ Ibidem.

Los defensores de la postura de los Estados Unidos señalan, en cambio, que no porque el Estatuto no considere la manera específica de actuación expresada por el Consejo en la Resolución 1422, se invalida el procedimiento que permitió su adopción. Lejos de ser una modificación de facto, la resolución implementaría el Estatuto de una manera que logra el consenso en el Consejo de Seguridad.¹³⁸

Pero más allá de las críticas o apoyos que suscitara la resolución 1422, lo cierto es que esta Resolución fue renovada el 12 de junio de 2003. Así, la resolución 1487 repite en idénticos términos el contenido de la resolución 1422.¹³⁹

Posteriormente, y en el marco de la autorización para crear una fuerza multinacional en Liberia para respaldar la aplicación del acuerdo de cesación del fuego de 17 de junio de 2003, el Consejo de Seguridad en su Resolución 1497 de 1 de agosto de 2003, junto con autorizar la constitución de dicha fuerza, expresó en el número 7 de esa Resolución que:

«Decide que los ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea parte del Estatuto de Roma o de la Corte Penal Internacional, quedarán sujetos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado aportante en relación con todos los presuntos actos u omisiones dimanantes de la fuerza multinacional o de la fuerza de estabilización de las Naciones Unidas en Liberia, o relacionados con ellas, a menos que ese Estado aportante haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción».¹⁴⁰

Es claro entonces, que a partir de la resolución 1422 se ha establecido un régimen diferenciado para los integrantes de una operación de paz que cometan algunos de los crímenes contemplados

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Resolución S/Res/1487 (2003). Disponible en www.un.org/spanish/documents/index.html

¹⁴⁰ Resolución S/Res/1497 (2003). Disponible en www.un.org/spanish/documents/index.html

en el Estatuto. Este régimen distingue, desde el 12 de julio de 2002, entre los integrantes de una operación de paz nacionales de un Estado Parte y aquellos que son nacionales de un Estado no Parte del Estatuto.

En la actualidad, tres de los cinco Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad no son partes del estatuto de Roma: China, Federación de Rusia y Estados Unidos. Dado esto, lo más probable es que esta práctica del Consejo de Seguridad se mantenga en el tiempo.

7. Los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad de los Estados Unidos

Paralelamente a la presentación de las propuestas ante el Consejo de Seguridad, encaminadas a establecer la inmunidad para las operaciones de paz integradas por nacionales de Estados no Partes del Estatuto de Roma, y previendo que en el futuro se planteen dificultades en la renovación de la resolución 1422, los Estados Unidos procedieron a celebrar una serie de acuerdos bilaterales cuya finalidad era establecer la inmunidad para los integrantes estadounidenses de una operación de paz.

Estos acuerdos bilaterales se han fundado en el artículo 98 del Estatuto de Roma, cuyo tenor señala:

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 con respecto a 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 dé su consentimiento en la entrega.

Considerando esta disposición, los Estados Unidos han creado un modelo de acuerdo. En este modelo se determina, en primer lugar, cuáles son las personas que quedan protegidas por el acuerdo. Así se indica que:

- «1. A los efectos de este acuerdo, las «personas» son funcionarios de gobierno en ejercicio o no de sus funciones, empleados (incluyendo contratistas), o personal militar o nacionales de una Parte.

En segundo lugar, están las cláusulas encaminadas a impedir el ejercicio de competencia de la Corte penal y que señalan que:

- «2. Las personas de un Estado presentes en el territorio de otro no podrán, sin el consentimiento expreso de éste,
 - a) Ser entregadas o trasladadas bajo ningún concepto a la Corte Penal Internacional, cualquiera que sea el propósito, o, del mismo modo
 - b) Ser entregadas o trasladadas a otra entidad de un tercer país, o expulsadas a un tercer país, con el fin de ser entregadas o trasladadas a la Corte Penal Internacional.

Por último, el acuerdo regula las eventuales extradiciones, entregas o traslados de personas, señalándose que cuando sean los Estados Unidos quienes «extraditen, entreguen o de alguna forma trasladen a una persona del otro Estado a un tercer país, no acordarán su entrega o traslado a la Corte Penal Internacional por dicho tercer país, sin el consentimiento expreso del Gobierno X.» Asimismo, y,

como es lógico, se establece la misma obligación del Gobierno X hacia los Estados Unidos.¹⁴¹

La protección que otorgan estos acuerdos a los ciudadanos estadounidenses es amplia, puesto que extiende la cobertura más allá del personal militar, comprendiendo a todos aquellos individuos que no estén cumpliendo una misión oficial en el territorio del otro Estado parte del acuerdo. Se incluye incluso a los contratistas.

El artículo 98 del Estatuto regula otras situaciones. Mientras el artículo 98 N° 1 trata de los conflictos entre el Estatuto y la inmunidad diplomática, el artículo 98 N° 2 fue desarrollado para resolver conflictos potenciales en otro tipo de situaciones. En este sentido, el texto del artículo es claro porque requiere la existencia de un «Estado que envíe» tal como cuando el personal militar y civil es enviado a un Estado receptor bajo un Estatuto de las Fuerzas (SOFA)¹⁴² o un Estatuto de un Acuerdo de Misión (SOMA).¹⁴³

Estos acuerdos, a menudo, señalaban que si los individuos cometían un crimen en el Estado receptor de la operación, ellos debían ser enviados al Estado enviante. El lenguaje utilizado en estos acuerdos es muy similar al empleado por el artículo 98.

Por otra parte y desde un punto de vista estrictamente jurídico, es cuestionable que un Estado que no es parte de un tratado pueda modificar, a través de un acuerdo con un Estado parte del mismo, las competencias que éste consagra.

Desde el punto de vista del Derecho de los Tratados, podría considerarse que este acuerdo bilateral viola el objeto y fin del Estatuto de Roma.

Por otra parte, es claro que un tratado bilateral no puede suspender ni derogar un tratado multilateral anterior. A este respecto,

¹⁴¹ Acuerdo relativo al artículo 98 propuesto por Estados Unidos a otros gobiernos (esta es la versión recíproca firmada por Timor Oriental. La versión completa en español está disponible en www.hrw.org. La versión original en inglés puede verse en www.amicc.org

¹⁴² En inglés Status of Forces.

¹⁴³ En inglés Status of Mission Agreements.

la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados señala en su artículo 58 que dos o más partes en un tratado multilateral -Estados Unidos no es parte del Estatuto- podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto suspender la aplicación de las disposiciones del tratado temporalmente y sólo en sus relaciones mutuas:

- «a) si la posibilidad de tal suspensión está prevista por el tratado - el Estatuto no contempla esta posibilidad o
- b) si tal suspensión no está prohibida por el tratado, a condición de que: i) no afecte el disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones» -lo que en el caso de los acuerdos de inmunidad no ocurre puesto que es claro que se ven afectados los derechos de aquellos Estados Partes que en virtud de las disposiciones del Estatuto tendrían derecho a investigar y a enjuiciar- y ii) no sea incompatible con el objeto y fin del tratado. Toda disposición que excluya la aplicación del régimen de responsabilidad penal individual es incompatible con el objeto y fin del tratado».

En relación a la derogación, el artículo 59 de la citada Convención establece «1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia (...)». Para derogar el Estatuto de Roma se requeriría entonces, la celebración de otro tratado por los mismos estados partes de ese tratado.

Puede concluirse entonces que es irregular «... o peligrosamente anómalo la existencia de un tratado bilateral entre dos Estados sobre la aplicación de un tratado multilateral anterior respecto del que uno de los Estados contratantes en el bilateral no es parte en el tratado multilateral».¹⁴⁴

¹⁴⁴ Intervención del Dr. Gross Espiell ante la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay sobre los acuerdos bilaterales de los Estados Unidos. Junio de 2003. www.iccnw.org

Pero más allá de estas observaciones y críticas, lo cierto es que diversos Estados han celebrado estos acuerdos de inmunidad, si bien pocos de ellos los han ratificado.¹⁴⁵ En la actualidad, los Estados que han ratificado estos acuerdos son: Gambia, Ghana, Mauritania, Sierra leona, Colombia, Honduras, Nicaragua, Panamá, Israel, India, Filipinas, Albania, Bosnia-Herzegovina, Georgia, Macedonia FYR. Tayikistán.¹⁴⁶

En síntesis, las acciones de los Estados Unidos, tanto a nivel multilateral como bilateral, han modificado las competencias establecidas para la Corte Penal Internacional en materia de jurisdicción sobre los integrantes de una operación de paz. En lo que concierne a lo acaecido en el Consejo de Seguridad, es claro que se crea un régimen discriminatorio entre los integrantes de una operación de paz cuyos nacionales pertenecen a un Estado Parte y aquellos que pertenecen a un Estado no Parte. Los primeros podrían ser enjuiciados por la Corte si ningún Estado ejerciera su jurisdicción criminal o si el que lo hiciera no poseyera un sistema judicial imparcial, independiente y eficiente. Por el contrario, los integrantes de una operación de paz de nacionalidad de un Estado no Parte podrían quedar libres de todo enjuiciamiento si el Estado de su nacionalidad así lo decidiera.

En el ámbito bilateral, Estados Unidos está logrando establecer una amplia protección para los estadounidenses que integren una misión de paz, yendo mucho más allá de los acuerdos que en materia de operaciones de paz salvaguardaban la jurisdicción penal del Estado enviante, con anterioridad a la celebración del Tratado de Roma.

¹⁴⁵ Ver Human Rights Watch (HRW). Acuerdos bilaterales de inmunidad. Resumen. [Www.iccnw.org](http://www.iccnw.org)

¹⁴⁶ La lista de los Estados firmantes de estos acuerdos, así como la de los Estados ratificantes está disponible en www.iccnw.org

CONCLUSIONES

El Estatuto de Roma dio vida a la Corte Penal Internacional. Es este el primer órgano jurisdiccional internacional, de carácter permanente, dotado de competencia automática para sancionar aquellos crímenes que los Estados han considerado como los más graves: genocidio, agresión, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Todos ellos, menos la agresión, se encuentran definidos en el Estatuto de Roma. Este último debiera ser definido en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto.

Sin embargo, la competencia de la Corte puede verse modificada respecto a los crímenes de guerra, puesto que el Estatuto, en su artículo 124, concede a los Estados la posibilidad de excluir a estos delitos de la competencia de la Corte por un lapso de siete años, a partir de la entrada en vigor del Estatuto respecto a ellos.

La Corte puede, de acuerdo a lo previsto en el artículo 12, ejercer competencia cuando se trate de un Estado Parte en cuyo territorio se haya cometido el crimen o cuando se trate de un Estado Parte del que sea nacional el acusado del crimen. Este artículo deja abierta la posibilidad de que los nacionales de un Estado no Parte que hayan cometido el crimen en el territorio de un Estado parte sean enjuiciados por la Corte, posibilidad que fue siempre objetada por los Estados Unidos.

La competencia de la Corte se basa en el principio de complementariedad. A diferencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, que consagraban la primacía de esos tribunales por sobre las jurisdicciones nacionales, la Corte sólo puede actuar cuando los Estados no han ejercido su jurisdicción penal respecto de algunos de los crímenes contemplados por el Estatuto de Roma. Este principio aparece consagrado en el Preámbulo del Estatuto de Roma y en su artículo 1 y es desarrollado por los artículos 17 a 19 del Estatuto.

El artículo 17 del Estatuto junto con reafirmar el referido principio, señala los casos en que por falta de capacidad o falta de

disposición del Estado, la Corte podrá ejercer su competencia. Por su parte el artículo 18, relativo a la admisibilidad de un caso, señala la obligación del Fiscal de notificar a todos los Estados, sean o no Partes del Estatuto, que ejercerían normalmente jurisdicción sobre los crímenes de que se trate, cuando éste vaya a iniciar una investigación. Asimismo, señala que un Estado que ha llevado o está llevando a cabo una investigación puede informar de ello a la Corte, debiendo el Fiscal inhibirse de su competencia a favor de ese Estado.

El artículo 19 permite a los Estados impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa a todo Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes.

Tomados en su conjunto, los artículos 17 a 19, permiten concluir que el Estatuto otorga prioridad a la jurisdicción penal de los Estados, otorgando la posibilidad de que un Estado no parte del Estatuto inicie las investigaciones que el caso requiera y proceda a enjuiciar al supuesto ofensor, siempre y cuando este Estado tenga una vinculación con el crimen cometido.

En este contexto, los Estados que deseen ejercer su jurisdicción penal respecto a los nacionales que supuestamente han cometido algunos de los crímenes contemplados en el Estatuto, podrán hacerlo siempre y cuando se cumplan ciertos supuestos básicos. Estos supuestos básicos están relacionados con la existencia de una base legal que permita enjuiciar a las personas que han cometido los crímenes, esto es, la tipificación de los crímenes del Estatuto en la legislación interna. Por otra parte, es necesario que los enjuiciamientos se realicen respetando los requisitos que el derecho internacional ha establecido en materia de procesos judiciales. Este requisito obliga a remitirse a los Convenios existentes en la materia, los que junto al Estatuto deberán interpretarse de buena fe, de acuerdo a lo previsto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.¹⁴⁷ Por último, el Estado debe haber iniciado la

¹⁴⁷ Art. 31, N° 1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Por último, y en virtud de lo previsto en el Art.19 b.

investigación o haber procedido al enjuiciamiento del supuesto ofensor.

Si bien la regla del artículo 18 apunta a inhabilitar al Fiscal, y la del artículo 19 está dirigida a permitir la impugnación de la competencia de la Corte, podría aplicarse a la situación en que existen dos o más Estados, potencialmente competentes, en tanto y en cuanto, lo que persigue el Estatuto, como claramente lo indica su Preámbulo, es el castigo efectivo de los crímenes contemplados en él. En efecto, el Preámbulo del Estatuto de Roma, que es parte integrante del tratado de acuerdo a lo previsto en el artículo 31 N° 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969, señala, «Los Estados Partes en el presente Estatuto: (...) «Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación en el plano internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la justicia».

En lo que concierne al Consejo de Seguridad, éste tiene un doble papel, pues el Estatuto le concede la posibilidad de activar o impedir el ejercicio de competencia de la Corte. Puede activar la competencia de la Corte, remitiendo un caso a ésta. Puede inhibirla si decide elevar una petición a la Corte, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, para que ésta suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado.

La Corte Penal Internacional es un órgano jurisdiccional de carácter internacional, con competencia acotada, y no puede entenderse que a ella le haya sido traspasado por los Estados, un principio de jurisdicción universal preexistente. La práctica de los Estados muestra que éstos han recurrido con poca frecuencia a este principio cuando se ha tratado de perseguir los crímenes contemplados por el Estatuto y que aún son pocas las legislaciones que lo contemplan.

En lo que concierne a las operaciones de paz, puede sostenerse que el Estatuto de Roma ha introducido cambios con relación a la jurisdicción penal sobre sus integrantes. Antes del Estatuto de Roma,

la jurisdicción penal sobre ellos pertenecía al Estado de nacionalidad de los integrantes que hubiesen cometido un determinado crimen. El Estatuto de Roma otorgaría competencia a la Corte para conocer sobre los crímenes cometidos por los integrantes de una operación de paz. Pero la comisión de los crímenes contemplados en el Estatuto y en la forma exigida por éste hace que sea poco probable que los integrantes de una operación configuren esas ofensas. Los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra sancionados por el Estatuto son aquellos cometidos a gran escala. No entran dentro de la competencia los incidentes aislados. El crimen de genocidio, por su parte, exige la prueba de un *dolus specialis*, esto es, de la intención de destruir a un grupo. Ello se contrapone con la naturaleza misma de muchas operaciones de paz, cual es la de proteger a un grupo determinado de la población.

Pero si ello sucediera, el Estado de nacionalidad de él o los integrantes que hubiesen cometido alguno de esos crímenes, puede ejercer su jurisdicción penal, si inicia la investigación prontamente; si su legislación tipifica los crímenes contemplados por el Estatuto y si posee en sistema judicial eficiente, imparcial e independiente.

El Consejo de Seguridad ha utilizado la facultad que le concedía el artículo 16 del Estatuto de Roma, si bien no lo ha hecho de una manera muy ortodoxa. En su resolución 1422, propuesta por los Estados Unidos, excluyó de la competencia de la Corte a los integrantes de una operación de paz pertenecientes a Estados no partes del Estatuto, creando así un régimen diferenciado para los integrantes de una operación de paz que cometan algunos de los crímenes contemplados en el Estatuto. De acuerdo a lo establecido por la resolución 1422, los integrantes de una operación de paz de un Estado no parte quedarían sujetos a la jurisdicción penal del Estado de su nacionalidad, quien puede ejercerla o no; en tanto que los integrantes de una operación de paz de un Estado Parte podrían ser enjuiciados por la Corte si su Estado no ha ejercido su jurisdicción penal ni ha iniciado prontamente una investigación. Se ha modificado así la competencia que el Estatuto establecía para la Corte y que la hacía aplicable a los integrantes de una operación de paz. La resolución 1487 renovó lo establecido por la Resolución 1422.

En la actualidad, tres de los cinco Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad no son partes del estatuto de Roma: China, Federación de Rusia y Estados Unidos. Dado esto, lo más probable es que esta práctica del Consejo de Seguridad se mantenga en el tiempo.

Paralelamente a la presentación de las propuestas ante el Consejo de Seguridad, encaminadas a establecer la inmunidad para las operaciones de paz integradas por nacionales de Estados no Partes del Estatuto de Roma, y previendo que en el futuro se planteen dificultades en la renovación de la resolución 1422, Estados Unidos procedió a celebrar una serie de acuerdos bilaterales cuya finalidad era establecer la inmunidad para los integrantes estadounidenses de una operación de paz.

De una legalidad a lo menos discutible, estos acuerdos también modifican la competencia de la Corte en la medida que un Estado Parte se obliga a no juzgar ni remitir a la Corte a un estadounidense que hubiese cometido algunos de los crímenes del Estatuto.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberts.,D y Hayes, R. Command Arrangements for peace Operations. Institute for National Strategic Studies, National Defence University, Washington D.C., NDU Press, mayo 1995.
- Akehurst. M., Introducción al Derecho Internacional, Madrid, Editorial Alianza, 1972.
- Akehurst M., Modern Introduction to International law, 7ª ed., London, Routledge, 1997.
- Bassiouni. M. C., The statute of the I.C.C., A documentary history, Transnat. Pub., Ardsley, 1998, XXII.
- Cassese, Antonio ,International Law, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Durch, William, The evolution of UN Peacekeeping, New York, St Martin Press, 1993.
- Lee, Roy. The international criminal court: the making of the Rome Statute: issues, negotiations and results. La Haya, Kluwer Law International, 1999.
- Nguyen Q.D, Pellet, A y Daillier P., Droit International Public, París, L.G.D. J., 7ª ed., 2002.
- Ratner R. Steven, The new peacekeeping, New York, St. martin press, 1995.
- Roberts Adam, Guelef Richard, Documents on the Law of the War, 3ª ed. University Press, Oxford, 2000.
- Shaw M, International Law, 4ª Ed,Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

ARTÍCULOS REVISTAS ESPECIALIZADAS

- Akehurst. M., «Jurisdiction in International Law», British Yearbook of International Law, Vol XLVI, 1972-1973, pp. 145-257.
- Arsanjani, M.H., «The Rome Statute of the I.C.C.», American Journal of International Law, Vol 93, 1999, pp. 22-43.

- Bassiouni Cherif, «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary practice», *Virginia Journal of International Law* 42, 2001, pp. 81-162.
- Benavides. Luis. «The Universal Jurisdiction Principle: Nature and scope», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. I, 2001, pp. 2-79.
- Carrillo Salcedo,. J.A., «La Cour Pénale Internationale: L'humanité trouve une place dans le droit international», *Revue Général de Droit International Public*, Tome CIII, 1999, pp. 23-28.
- Cassese, Antonio, «The statute of the I.C.C: Some preliminary reflections», *European Journal of International Law*, Vol 10, N°1, 1999, pp. 144-171.
- Consigli José Alejandro y Valladares Gabriel Pablo, «Las operaciones de paz y el Derecho Internacional Humanitario», 3 de Julio de 1998, www.icrg.org
- Condorelli I. « La C.P.I.: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...), *Revue Générale de Droit International Public*, Tome CIII, 1999, pp. 7-22.
- Economides Spyros, «The International Criminal Court: reforming the Politics of International Justice» *Government and Opposition*. Volume 38, Number 1, January 2003, pp. 29-51.
- Graefrath,B, «Universal Criminal Jurisdiction and an International Criminal Court», *European Journal of International Law*, Vol I, N° 1-2, 1990, pp. 67-88.
- Hernández García, J, «Las operaciones de paz de la ONU: del optimismo a la cautela», *Revista Mexicana de Política Exterior*, N° 47, 1995.
- Higgins, Rosalyn, «Second Generation Peacekeeping», *American Journal of International Law Proceedings*, N°s 5-8, 1995.
- Higgins Rosalyn, «International law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. *General Course on Public International Law*», *Recueil des Cours* 230 (1991-V) pp. 9-342.

- Jimenez de Arechaga, Eduardo, «International Law in the past third of the century» *Recueil des Cours*, 159 (1978-2). pp. 9-343.
- Joyner Christopher, «Arresting Impunity: The case for Universal Jurisdiction in bringing war criminals to accountability», *Law and Contemporary Problems*, 59 1996, pp. 153-171.
- Kirch Philippe y Holmes Jhon T, «The Rome Conference and the International Criminal Court» *American Journal of International Law*, Vol 93, January 1999, pp. 12-21.
- Lattanzi, Flavia. «Competence de la C.P.I. et consentement des Etats», *Revue Générale de Droit International Public*, N° 2, 1999, pp. 425-444.
- Mann, F.A., «The doctrine of Jurisdiction in International Law», *Recueil des Cours* 11(1964-1), pp. 1-49.
- Politi Mauro. «Le statut de la C.P.I: le point de vue d'un negociateur», *Revue Général de Droit International Public*, N° 4, 1999, pp. 818-849.
- Quezada, Alejandra, «El mecanismo de activación de la competencia de la Corte penal Internacional», *Diplomacia*, N° 93, Octubre-Diciembre 2002, pp. 91-110.
- Robinson Darryl, «Defining 'crimes against humanity' at the Rome Conference», *American Journal of International Law*, Vol 93, pp. 43-56.
- Sanderson J, «The Changing Face of Peace Operations: A view from the field», *Journal of International Affairs*, Vol. 55, N° 2, 2002, pp. 277-288.
- Scheffer, David J., «The United States and the I.C.C.» *American Journal of International Law*, Vol. 93, 1999, pp. 277-288.
- Sise, L., «Next generation of Peacekeeping Operations: problems and prospects» *American Journal of International Law. Proceedings* N°s 2-8, 1995.

- Sur, Serge., «Vers une Cour Pénale Internationale: La Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité», *Revue Générale de Droit International Public*, tome CIII, pp. 29-45.
- Weckel Phillipe., «La Cour Pénale Internationale. Présentation Générale». *Revue Générale de Droit International Public*, N° 4, 1998, pp. 983-993.
- Weil Prosper, «Le Droit International en quête de son identité. Cours Général de Droit International Public», *Recueil des Cours*, tome 237, Vol.6, 1992, pp. 9-370.
- Zwanwenburg, Marten, «The Statut for an International Criminal Court and the United States: peacekeepers under fire?, *European Journal of International Law*, Vol 10, N° 1, 1999, pp. 124-143.

DOCUMENTOS

NACIONES UNIDAS

- Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945.
- Resolución A/95(I) de 11 de diciembre de 1946.
- Sumario sobre la experiencia derivada del establecimiento de la UNEF I.A/3943 (1958).
- Model Status of Forces Agreement for Peacekeeping Operations. A/45/594 y A/467185.
- Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 46 sesión. A/49/(10).
- Propuesta de Reino Unido. A/AC.249/1998/WG.3 (1998).
- Propuesta de Alemania. A/AC:249719987DP.28 (1998).
- Propuesta de los Estados Unidos. A/AC.249/1998/DP.2
- Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre la

creación de una Corte Penal Internacional A/Conf.183/10, Resolución E, 17 de julio de 1998.

- Documento A/Conf.183/C.1/L.90.
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. SC/25.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/Conf.183/9 de 17 de julio de 1998.
- Informe del Secretario General Boutros-Boutros Ghali, «Programa para la Paz», 1992.
- Informe del grupo sobre las Operaciones de Paz de Naciones Unidas» (Informe Brahimi), documento A/55/305- S/2000/809, 17 de agosto de 2000.
- Resolución 1422. S/1422(2002).
- Resolución 1487. S/1487(2003).

INTERNATIONAL CRIMINAL MATERIALS

- Nº 32, 1993, pp. 1163-1202. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.
- Nº 33, 1994, pp. 1598-1604. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
- Nº 37, 1998, pp. 1312-1313. Primera sentencia de la House of Lords, rendida en el Caso Pinochet, 25 de noviembre de 1998.
- Nº 35, 1996, pp. 32-72. Sentencia de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia recaída en el Caso Tadic, 2 de octubre de 1995.

American Law Institute

- The Restatement of the Law. The foreign relations law of the United States. Volume I, St Paul(Minn), 1987.

International Law Association (ILA)

- Report, 1987.
- Report, 2000.

Sitios Web

- [http:// www.un.org/ict/English/judgements/akayeshu.html](http://www.un.org/ict/English/judgements/akayeshu.html)
- <http://www.icj-cij.org>
- <http://www.un.org/org/icc/speeches/617usa.htm>
- <http://www.usia.gov/topical/pol/usandun/scef23.htm>
- <http://www.org.un/icty/cases/jugemindex-e.htm>
- <http://www.un.org/spanish/documents/index.html>
- <http://www.amicc.org/docs/chronology1422>
- <http://www.hrw.org>
- <http://www.icc.org>
- <http://www.icrg.org>

ÍNDICE

Introducción	5
I. La Corte Penal Internacional	9
1.- Los vínculos jurisdiccionales de la Corte	13
2.- La competencia material de la Corte	15
2.1.- El Crimen de Genocidio	17
2.2.- Crímenes de Lesa Humanidad	19
2.3.- Crímenes de Guerra	22
2.3 a) La definición de los Crímenes de Guerra	22
2.3 b) El régimen «opt-out» para los Crímenes de Guerra	25
3.-El principio de complementariedad	27
4.-Los mecanismos de activación de la competencia de la Corte o el «trigger-mechanism»	33
4.1.- Remisión de una situación por un Estado Parte	33
4.2.- Remisión de una situación por el Consejo de Seguridad	35
4.3.- Inicio de una investigación por el Fiscal	37
5.- El Consejo de Seguridad y su poder de suspender la actividad de la Corte	38
II. El Principio de Jurisdicción Universal	41
1.- Jurisdicción	41
2.- Jurisdicción Universal	42
3.- Jus Cogens y Jurisdicción Universal	44
4.- Los diferentes crímenes internacionales	46
4.1.- Genocidio	46
4.2.- Crímenes de Lesa Humanidad	48
4.3.- Crímenes de Guerra	54

III. La Corte Penal Internacional y las Operaciones de Paz	59
1.- Jurisdicción penal sobre los integrantes de una Operación de Paz antes del Estatuto de Roma	60
1.1.- Operaciones de Paz de Naciones Unidas	60
1.2.- Operaciones de Paz al margen de Naciones Unidas	62
2.- Las objeciones de los Estados Unidos al establecimiento de una Corte Penal Internacional	63
3.- El Estatuto de Roma y las Operaciones de Paz	63
4.- El principio de complementariedad	64
5.- La competencia material de la Corte	69
6.- El papel del Consejo de Seguridad	74
7.- Los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad de los Estados Unidos	78
Conclusiones	83
Bibliografía	89

ASTRID LUISA ESPALIAT LARSON es Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Abogado, Magíster en Derecho de los Negocios, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile; Doctora en Derecho Internacional, Universidad de Barcelona.

Premio de Excelencia Sociedad Chilena de Derecho Internacional 1986. Premio a la mejor memoria realizada en el ámbito del Derecho Internacional. Título Memoria: “Contribución al estudio de la interpretación en el Derecho Internacional Público: El laudo en el asunto del Beagle”.

Desde el 2002 es Coordinadora Académica Magíster en Derecho Internacional, Comercio e Inversiones, Universidad de Chile y la Universidad de Heidelberg; Cátedra de Derecho Internacional Privado, Pontificia Universidad Católica de Chile, Profesor Asistente; Cátedra de Derecho Internacional Público, Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, Profesor Asistente.