



LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI) Y LAS NACIONES UNIDAS. LA DISCUTIDA POSICIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA

SUMARIO:

I. NACIONES UNIDAS Y CPI: UNA RELACIÓN INEVITABLE.— II. JUNTOS PERO NO REVUELTOS. LOS “MECANISMOS” DE ESA RELACIÓN.— III. LAS DISPOSICIONES DEL ESTATUTO QUE CONSAGRAN LA IMPLICACIÓN EN EL SISTEMA DE LA CPI Y SU FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS (PRINCIPALES) DE NACIONES UNIDAS: 1. *La Corte y el Secretario General de Naciones Unidas*. 2. *La Corte y el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ)*. 3. *La Corte y la Asamblea General*. 4. *La Corte y el Consejo de Seguridad (remisión)*.— IV. LA MUY DISCUTIDA POSICIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD: 1. *Corte y Consejo: ¿Condenados (o no) a entenderse?*. 2. *Una posición, la del Consejo, apoyada en tres pilares (...): A) Su (aceptable) derecho de iniciativa; B) Su (discutible) poder de suspensión; C) Su (incierto) control de la cooperación de los Estados con la Corte*. 3. (...) *Y, en su momento, uno más: La agresión (pospuesta)*.— V. EL ACUERDO DE RELACIÓN DE LA CORTE CON LAS NACIONES UNIDAS.— VI. CONCLUSIÓN.

I. NACIONES UNIDAS Y CPI: UNA RELACIÓN INEVITABLE

1. El Estatuto de la CPI¹ ha determinado una relación de la Corte con las Naciones Unidas, que califica de “vinculación”, articulada por medio de

1. El Estatuto fue adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, celebrada en Roma del 15 al 17 de julio de 1998. Ha entrado en vigor el 1 de julio de 2002, es decir, de conformidad con su art. 126.1, el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se depositó en poder del Secretario General de Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Las Cortes Generales autorizaron al Gobierno, mediante Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, la ratificación del Estatuto (B.O.E. de 5 octubre 2000), habiendo éste depositado el instrumento pertinente el 24 de octubre de ese mismo año. El Estatuto se publicó en el B.O.E., nº 126, de 27 de mayo de 2002.



“un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta” (art. 2).

Se observará que la técnica elegida es la más respetuosa de todas las posibles para con la independencia de la Corte (*vid. infra* apartado 2), pero asegura en todo caso una conexión de la misma con la Organización de Naciones Unidas (ONU).

Y es que se trata de una relación (...) inevitable. No sólo porque la ONU ha estado comprometida desde el principio con la idea de un tribunal penal internacional de naturaleza permanente y, por tanto, ha participado por medio de sus órganos en los trabajos preparatorios del Estatuto; no sólo, además, porque la Conferencia de Roma fue convocada bajo los auspicios de la Asamblea General de Naciones Unidas, sino también, y desde luego en todo caso, porque el Estatuto aprobado en la capital italiana tiende varios puentes, algunos importantísimos, que comunican la Corte con la Organización de manera irremediable e irrefutable (*vid. infra* apartados 2, 3 y 4)².

Y siendo esto así, resultaba obligado formalizar jurídicamente esa relación. Había, en un principio, opciones variadas (...).

II. JUNTOS PERO NO REVUELTOS. LOS “MECANISMOS” DE ESA RELACIÓN

2. Varias eran, sí, las opciones que se barajaron a lo largo de los trabajos preparatorios³:

A mediados de este mismo mes de julio de 2002, 76 Estados se habían vinculado de manera definitiva al Estatuto (*vid. en <http://untreaty.un.org>*). No lo han hecho, en cambio, por ejemplo, China, India, Israel, Rusia o, claro, Estados Unidos.

2. Sobre los trabajos preparatorios a propósito del tema de las relaciones entre la ONU y la CPI véase por ejemplo NERI, G.: “The International Criminal Court: Its establishment and its relationship with the United Nations system; its composition, administration and financing”, en *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, F. LATIANZI (Edt.), Edit. Scientifica, Nápoles, 1998, pp. 171-191; y, en concreto sobre los debates habidos en la Conferencia de Roma misma, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas”, *Creación de una jurisdicción penal internacional*”, edic. de Quel Lopez, Escuela Diplomática-BOE, Madrid, 2000, pp. 31-44.

3. *Vid ad ex.*, a propósito del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)



Por una parte, se pensó en la creación de un tribunal penal internacional como uno de los órganos principales de Naciones Unidas, previa la enmienda formal, naturalmente, del texto mismo de la Carta⁴.

O, lo que ahorraría tan delicado paso, la adopción de una resolución de la Asamblea General que lo creara, en aplicación del art. 22 de la Carta, como uno de sus órganos subsidiarios

Se contemplaba, en tercer lugar, como ya ocurriera en 1993 (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, TPIY) y 1994 (Tribunal Penal Internacional para Rwanda, TPIR), la creación de la Corte mediante una resolución, *ex* Capítulo VII, del Consejo de Seguridad⁵.

Y, por último, se pensó en un tratado internacional multilateral como base jurídica de la proyectada Corte.

a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo segundo período de sesiones (doc.: A/45/10), *Anuario CDI*, 1990, II, Segunda parte, pp. 1-120 (p. 25, párrafo 139); o los comentarios 1-8 al art. 2 del Proyecto de Estatuto de un Tribunal penal internacional adoptado por la Comisión, *Anuario CDI*, 1994, II, Segunda Parte, pp. 21-93 (en pp. 29-30) y el Apéndice III ("Esbozo de las posibles modalidades para el establecimiento de relaciones entre un tribunal penal internacional permanente y las Naciones Unidas"), *Anuario ... cit.*, pp. 78-79.

4. Doctrinalmente, y en el marco de las expectativas, pronto apagadas, de la instauración de un Nuevo Orden Mundial con la desaparición del enfrentamiento ideológico-político entre el Este ("socialistas") y el Oeste ("occidentales"), el profesor Modesto SEARA se atrevió a proponer un texto revisado de la Carta de Naciones Unidas. En él, el "sistema judicial internacional" se compone del Tribunal Internacional de Justicia, cuatro Tribunales regionales y un Tribunal Internacional de Justicia Penal (art. 73 del nuevo texto de la Carta que él propone).

Este Tribunal Internacional de Justicia Penal, que no se considera como un órgano autónomo y propio de la Organización (véase el art. 6.1 del texto propuesto), estaría compuesto por nueve jueces elegidos por la Asamblea General (art. 76 propuesto) y sería competente para conocer de toda denuncia presentada por un Estado, la Asamblea General o el Consejo de Seguridad contra Estados, individuos u organizaciones criminales culpables de cometer crímenes *iure gentium* (art. 3 del Anexo II de la Carta revisada: El Tribunal Internacional de Justicia Penal). *Vid.* M. SEARA VÁZQUEZ: *Una nueva Carta de las Naciones Unidas*, Universidad Tecnológica de la Mixteca, Acatlma, Huajuapán de León, México, 1993, pp. xxxiv y pp. 1-79 (texto vigente y propuesta de la Carta de Naciones Unidas; el texto revisado de la Carta incluye dos anexos: El I con una propuesta de revisión del Estatuto del actual Tribunal Internacional de Justicia [pp. 52-76], y el anexo II que ofrece la propuesta de un nuevo Tribunal Internacional de Justicia Penal [pp.77-79]); véase también *Id.*: "Introducción. La ONU: Diagnóstico y tratamiento", en *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*, compilado por Modesto Seara Vázquez, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 9-39 (sobre todo 23 y ss., 34-35).

5. Respectivamente, resoluciones 827, de 25 de marzo de 1993, y 955, de 8 de noviembre de 1994.

3. Las cuatro tienen, sin duda, ventajas e inconvenientes. La elección, sin embargo, de la cuarta de las alternativas reseñadas, que ya tomó la CDI en su Proyecto de 1994⁶, constituye la opción más respetuosa con las exigencias de un genuino tribunal de justicia que de manera imparcial e independiente, y al mismo tiempo fruto del compromiso libremente asumido por los Estados sinceramente interesados, castigue los crímenes internacionales más graves cuando no haya un sistema nacional que quiera o pueda hacerlo.

El Estatuto de Roma, que da vida a la CPI, es, pues, un tratado internacional que obligará a los Estados que a él se vinculen. La Corte por él creada no nace, por tanto, como un órgano, ni principal ni subsidiario, de Naciones Unidas, sino como un tribunal de justicia independiente de la misma. El Estatuto no sigue siquiera el intento de conectarle inequívocamente con la Organización que se llevó a cabo en la última fase de los trabajos preparatorios. Así, en 1996, la Comisión Preparatoria sugirió, manejando ideas que había apuntado ya en la CDI el Sr. BENNOUNA⁷, su consideración como uno de los “organismos especializados” del sistema de Naciones Unidas según lo previsto en los arts. 57 y 63 de la Carta⁸.

El Estatuto, sin embargo, apuesta por un sistema de relaciones en el que ambas partes, Naciones Unidas y CPI, aparecen como iguales en personalidad y poder. La Corte estará, sí, “vinculada” con las Naciones Unidas, esto es, “ligada”, “enlazada” con esta Organización pero en las condiciones que determine un acuerdo que será adoptado “por la Asamblea de los Estados partes” en el Estatuto y concluido luego “por el Presidente de la Corte en nombre de ésta”, no debiendo, como ocurría en el caso de los “organismos especializados”, “estar sujetos a la aprobación de la Asamblea General” (de Naciones

6. Comentarios 3 y 4 al art. 2 del Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional adoptado por la Comisión, *Anuario CDI*, 1994, II, Segunda parte, p. 29. El texto del mencionado artículo 2 del Proyecto (1994) decía así: “El Presidente, con la aprobación de los Estados partes en el presente Estatuto (‘los Estados partes’), podrá celebrar un acuerdo por el que se establezca una relación apropiada entre el Tribunal y las Naciones”.

7. *Anuario CDI*, 1993, I, p. 27 (sesión 2301^a, viernes 28 mayo 1993, párrafo 13).

8. El Comité propuso añadir alternativamente al texto acordado por la CDI, y muy parecido al actual art. 2 del Estatuto de Roma, el pasaje siguiente: “[la Corte] constituirá uno de los Organismos especializados previsto en el art. 57 de la Carta de Naciones Unidas. Su relación será objeto de un acuerdo con Naciones Unidas, de conformidad con el art. 63 de la Carta” (*Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, vol. II [compilation of proposals]*), doc.: A/51/22 [1996]). La propuesta figuraba incluso aún en el art. 2 del Proyecto de Estatuto contenido en el *Rapport de la réunion intersession tenue du 19 au 30 janvier 1998 à Zutphen (Pays-bas)*, doc.: A/AC.249/1998/L.13, 4 febrero 1998. Pero no fue recogida ya en el Proyecto de Estatuto que se sometió a la Conferencia de Roma.



Unidas) (art. 63.1 de la Carta). La fórmula de relación contenida en el art. 2 del Estatuto se inspira más bien en otros supuestos de la práctica, pareciéndome en concreto muy revelador el Acuerdo que concreta la relación entre el Tribunal de Derecho del Mar, que creó la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁹, y la Organización de Naciones Unidas firmado en Nueva York, el 18 de diciembre de 1997, por el Secretario General de esa Organización y el Presidente del citado Tribunal¹⁰.

Habida cuenta de las funciones que la Carta encomienda al Consejo Económico y Social, uno de sus órganos principales, respecto de los “organismos especializados”, resultaba impertinente en mi opinión para la Corte un modelo de relación de esa naturaleza¹¹. Item más: No puede tampoco omitirse el dato (y volveré enseguida sobre esta cuestión en el párrafo siguiente) que los “organismos especializados” son Organizaciones internacionales intergubernamentales integradas por Estados; la Corte Penal Internacional es un tribunal de justicia formado por jueces o magistrados. Creo, por tanto, más acertada la fórmula que finalmente se incorporó al Estatuto.

4. La Corte de Roma es, pues, un órgano judicial internacional que ni forma parte ni, dicho sea en conjunto, está subordinado a la ONU; es, por el contrario, independiente y con personalidad propia.

Este dato, que señala con fuerza el art. 4 del Estatuto¹², unido a otras capacidades concretas que el Estatuto asigna a la Corte, ha llevado a algunos autores a considerar que el Tribunal de Roma es en realidad una genuina organización internacional. No creo, sin embargo, que dicho calificativo sea

9. De 10 de diciembre de 1982, y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1994 (para España el 14 de febrero de 1997). Su texto en *B.O.E.*, nº 39, 14 febrero 1997. Para el Tribunal sobre Derecho del Mar véase el art. 287.1.a) y 2 del Convenio y el Anexo VI al mismo.

10. Véase, por ejemplo, T. TREVES: “The law of the Sea ‘System’ of Institutions”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998, pp. 335 ss.

11. El Consejo Económico y Social podría, según la Carta, “coordinar las actividades de los organismos especializados”, y a este fin podría “consultar” a la Corte, así como “hacerle recomendaciones”. De igual modo, el Consejo Económico y Social, con esa misma finalidad, podría hacer recomendaciones “a la Asamblea General y a los Estados miembros de las Naciones Unidas” (art. 63.2 de la Carta).

12. “La Corte tendrá personalidad jurídica internacional. Tendrá también la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos.

La Corte podrá ejercer sus atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado” (art. 4.1 y 2).

el más adecuado, ni la naturaleza jurídica que el mismo encierra tampoco, para ser asignado a la Corte. Pero me explicaré.

El Estatuto, en efecto, además de declarar expresamente la personalidad jurídica internacional de la Corte y de que ésta posea la capacidad jurídica precisa para el ejercicio de sus funciones, determina que ésta:

Puede (debe en realidad) concertar un acuerdo (internacional pues) con la ONU para precisar el marco de sus relaciones mutuas¹³. Item más, en el *Proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte y las Naciones Unidas* que la Comisión Preparatoria que estableció la Conferencia de Roma ha elaborado¹⁴ para ser debatido en la primera sesión de la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto¹⁵, se precisa que la Corte puede concertar acuerdo en general “con Estados o con Organizaciones internacionales”¹⁶.

El Estatuto, además, señala que la Corte “gozará en el territorio de cada Estado Parte de los privilegios e inmunidades que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones” (art. 48.1), disponiendo también de éstos los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos y el secretario (“los mismos

13. Estatuto, art. 2 (véase *supra* párrafo 1).

14. Véase *infra* nota 16 y el apartado 5 de este Estudio.

15. La Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto, regulada en la Parte XI de este (art. 112), debe reunirse una vez que el Estatuto de Roma entre en vigor. Lo ha hecho el 1 de julio de 2002 (*vid. supra* nota 1).

La Asamblea tiene que aprobar importantes textos elaborados por la Comisión Preparatoria que creó la Conferencia de Roma (julio de 1998 (resolución F del Acta Final). Entre ellos: Los Elementos del Crimen (art. 9.1 del Estatuto), las Reglas de Procedimiento y Prueba (art. 51.1), el Acuerdo de Sede con el Estado anfitrión (art. 3.2), y, claro, el Acuerdo de Relación entre la Corte y Naciones Unidas (art. 2).

La Asamblea continuará el trabajo de la Comisión Preparatoria, que seguirá empero existiendo hasta la conclusión de la primera sesión de la misma, lo que tendrá lugar en Nueva York (3-13 septiembre 2002) a continuación del décimo período de sesiones (julio) de la Comisión Preparatoria (*Vid. ROSTRUP NAKSTAD: “The International Criminal Court Treaty enters into force. Final sessions of the Preparatory Commission”, en THE EUROPEAN LAW STUDENTS ASSOCIATION [The ELSA]: Report. The Preparatory Commission for the International Criminal Court. 9th Session, 8-19 april 2002, United Nations Headquarters, Nueva York, pp. 1-67 [http://www.igc.org/ficc], en pp. 10-12.*

Sobre los trabajos y documentos preparatorios elaborados para esta primera sesión de la Asamblea: GOLDMANN, M.: “Assembly of States Parties. Preparatory documents. Introduction and election of judges”, *The ELSA: Report... cit.*, pp. 14-19; MARINHO, I.: “The Secretariat of the Assembly of States Parties”, *The ELSA: Report... cit.*, pp. 20-21; GEERDINK, A.: “Agenda for the first meeting of the Assembly of States Parties”, *The ELSA: Report... cit.*, p. 22.

16. Doc.: PCNICC/2001/1/Add.1, 8 enero 2002 (Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Adición. Parte I: Proyecto de Acuerdo de Relación entre la Corte y las Naciones Unidas, pp. 1-10), art. 14 (p. 7). Sobre este Proyecto *vid. infra* apartado 5.



privilegios e inmunidades reconocidos [precisa el Estatuto] a los jefes de las misiones diplomáticas”, art. 48.2), así como el secretario adjunto, el personal de la Fiscalía y la Secretaría, y los abogados, peritos, testigos u otras personas cuya presencia se requiera en la sede de la Corte (art. 48.3 y 4).

La Corte se rige por un sistema de financiación propio, que se regula tanto en el Estatuto (arts. 113-118) como también se hará en el Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera Detallada que aprueba la Asamblea de Estados partes (art. 113)¹⁷.

La Corte puede acceder al arbitraje como un procedimiento de arreglo de las controversias que surjan sobre la interpretación y/o aplicación del acuerdo de sede que concrete con el Estado anfitrión¹⁸.

En efecto, la Corte habrá de concertar, como toda Organización internacional intergubernamental que se precie, un acuerdo de sede con el Estado anfitrión. La Corte tendrá su sede en La Haya (Países Bajos), siendo estos “el Estado anfitrión”. El acuerdo deberá aprobarse por la Asamblea de Estados partes en el Estatuto y concluirse luego por el Presidente de la Corte en nombre de esta (art. 3.1 y 3.2 del Estatuto); se observará, para comentarlo todo, que la Corte podrá celebrar sesiones en otro lugar cuando lo considere conveniente, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto¹⁹.

17. Sobre la financiación de la Corte y estos instrumentos concretos que la regularán *vid. ad ex.* SCHRÖDER, M.: “First year budget & financial issues: Financial rules (I), remuneration of judges (II), Victims Trust Fund (III)”, en The ELSA: *Report...* cit. (*supra* nota 15), pp. 31-38.

18. “Con respecto a las controversias que puedan surgir entre la Corte y el Gobierno del país anfitrión respecto de la interpretación o aplicación del acuerdo relativo a la sede o de cualquier otro acuerdo suplementario que no pueda arreglarse de forma amistosa, en el Acuerdo se dispondrá que, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, el litigio se remitirá a un tribunal arbitral, y el acuerdo deberá contener disposiciones acerca de la composición y el funcionamiento de dicho tribunal” (principio 39 del *Proyecto de Principios básicos del Acuerdo relativo a la sede que han de negociar la Corte y el País anfitrión* (doc.: PCNICC/2002/1/Add.1, 26 abril 2002: Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Adición. Primera Parte: Proyecto de Principios..., pp. 1-9).

Sobre este Proyecto *vid infra* nota siguiente.

19. En su 37ª sesión de 19 de abril (noveno período de sesiones: 8-19 abril 2002), la Comisión Preparatoria aprobó su Informe en el que figura un *Proyecto de principios básicos del acuerdo relativo a la sede que han de negociar la Corte y el País anfitrión*. Este fue preparado por el Grupo de trabajo sobre los principios básicos del acuerdo relativo a la sede..., coordinado por el Sr. Zsolt HETESY (Hungría) (Doc.: PCNICC/2002/1/Add.1, 26 abril 2002 cit. en nota anterior, pp. 1-9).

Para un comentario doctrinal sobre este Proyecto de Principios básicos... véase, por ejemplo, J. PIIPONEN: “Basic principles governing a headquarters agreement between the Court and the Host Country”, en The ELSA: *Report...* cit. (*supra* nota 15), pp. 39-42; y para una visión general sobre las relaciones entre la Corte y el Estado de

Todo esto ha impulsado a algunos internacionalistas a calificar a la Corte de Roma de organización internacional, radicando su especificidad en la naturaleza eminentemente judicial que la caracteriza²⁰. Personalmente creo que esa calificación rechina en su aplicación a un tribunal de justicia. No forzaría yo tanto las cosas. Una Organización internacional es una unión o asociación de Estados; sí, es verdad que, en ocasiones, de Estados “y de otros” (organizaciones internacionales por ejemplo), pero la “membresía” estatal es el núcleo duro y necesario de las organizaciones internacionales intergubernamentales. El que un órgano u organismo internacional pueda, para alcanzar sus fines, concertar o no acuerdos, tener o no privilegios e inmunidades, contar con “órganos” y “secretaría” (...) no son datos suficientes para convertirlo en una organización internacional. Digamos, si queremos, que la Corte Penal Internacional es un organismo enmarcado en una forma de cooperación judicial internacional entre los Estados partes en el Estatuto de Roma. Eso sí; de hecho, esa nueva Organización internacional a la que se refieren las internacionalistas citadas sería la formada por los Estados partes en el Estatuto, y que tendría órganos diversos, unos de carácter político, otros administrativos y aún de carácter judicial, como la Corte Penal Internacional precisamente²¹. En mi opinión, el término de Organización internacional debe reservarse para las Organizaciones internacionales intergubernamentales que conocemos, como, sí, la Organización Mundial del Turismo, la Organización Internacional de Energía Atómica o la Autoridad Internacional de los

sede, H. CORELL: “The relationship between the International Criminal Court and the host country”, *Reflections on the International Criminal Court. Essays in honour of Adriaan Bos*, edit. por H.A.M. Von Hebel, J.G. Lammers y J. Schukking, TMC Asser Press, La Haya, 1999, pp. 181-188.

20. En este sentido, por ejemplo, C. ESCOBAR HERNÁNDEZ: “La Corte Penal Internacional”, apartado 5 del capítulo XXI del libro de M. Díez de Velasco: *Las Organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2002 (12ª edic.), pp. 430-438 (“mediante el mismo [se refiere al Estatuto de Roma] se crea la Corte Penal Internacional...Surge de este modo una nueva Organización internacional...Se trata, pues, de la primera Organización internacional netamente judicial...Aunque la Corte penal Internacional en una Organización autónoma...”, en pp. 430 y 432). También las profesoras I. LIROLA DELGADO y M.M. MARTÍN MARTÍNEZ parecen aceptar de buen grado esta tesis (*La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 69).

21. La misma profesora ESCOBAR lo reconoce implícitamente, en mi opinión: “Sin embargo, aunque la estructura judicial constituye el nervio central de la nueva Organización internacional, el Estatuto de Roma crea igualmente otros órganos a los que atribuye funciones de gran importancia” (“La Corte Penal...” cit. [*supra* nota anterior], p. 436).



Fondos marinos, por ejemplo²², pero no para un tribunal formado por jueces o magistrados.

Quizás lo que el Estatuto de Roma crea recuerda²³ más bien a esos “sistemas convencionales” de los que A.CH. KISS ha hablado²⁴, en los que un tratado madre genera seguidamente un flujo normativo más técnico y concreto²⁵ a cargo de la Asamblea de las Partes en el tratado primigenio (como el Estatuto de Roma generará los Elementos del crimen, las Reglas de procedimiento y prueba, el Acuerdo de relación de la Corte con Naciones Unidas, el documento que concrete el crimen de agresión y regule las condiciones en que la Corte de Roma ejercerá su jurisdicción sobre el mismo, cuando sean aprobados por la Asamblea de los Estados Partes en su primera sesión, a celebrar en septiembre de 2002).

5. Las relaciones que se anuden entre la Corte y las Naciones Unidas vendrán reguladas con carácter general, como es natural, por el Acuerdo de relación que se adopte entre ambas en aplicación del artículo 2 del Estatuto. El estado de desarrollo del mismo será analizado más adelante (*infra* apartado 5).

En todo caso, este Acuerdo, siendo el “mecanismo” de conjunto o de base que articulará las relaciones entre ambas partes, no es el único, ni siquiera el más importante. También el Estatuto mismo, el Convenio-Madre o Fundador, reviste esta naturaleza, dado que en él se incluyen disposiciones que establecen relaciones muy importantes entre la Corte Penal Internacional y ciertos órganos (principales) de la Organización de Naciones Unidas.

A ambos “mecanismos”, pues, será forzoso referirse; empezando por el jerárquicamente superior, por la “causa de la causa” (...).

22. Son las tres Organizaciones internacionales que, junto con la Corte Penal Internacional, se incluyen (desarrolladas por el profesor J.M. Sobrino Heredia) en el capítulo XXI (“Otras Organizaciones internacionales de carácter universal”) del libro del profesor Díez de Velasco: *Las Organizaciones internacionales* antes referido (*supra* nota 20).

23. *Vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo”, *Anuario de Derecho Internacional*, XIV (1998), pp. 113-200 (pp. 170-176, párrafos 38-45).

24. “Les Traités-cadres: Une technique juridique caractéristique du Droit international de l’environnement”, *Annuaire Français de Droit International*, XXXIX (1993), pp. 792-797 (p. 793).

25. A una “parte diplomática” y a una “parte técnica” se ha referido PAOLILLO, F.: “Final Report (Procedure for the adoption and implementation of rules in the field of the environment)”, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 67-1, Session de Strasbourg, Pédone, París, 1997, pp. 437-478 (p. 445).



III. LAS DISPOSICIONES DEL ESTATUTO QUE CONSAGRAN LA IMPLICACIÓN EN EL SISTEMA DE LA CORTE Y SU FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE NACIONES UNIDAS

1. *La Corte y el Secretario General de Naciones Unidas*

6. El art. 128 del Estatuto revela que el Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del mismo. Sólo por ello el Secretario General tendrá que cumplir respecto de la Carta fundacional de la Corte no pocas tareas.

Una, y clave, tiene que ver tanto con las enmiendas *al* como con la revisión *del* Estatuto de Roma.

7. El Estatuto ha previsto *dos mecanismos de enmienda*, que podemos llamar ordinario y simplificado.

Según el *procedimiento ordinario*, transcurridos siete años desde su entrada en vigor (por tanto a partir del 1 de julio de 2009), el Estatuto podrá ser objeto de enmiendas de conformidad con lo establecido en su art. 121. De aprobarse, ya por la Asamblea de Estados partes ya por una Conferencia de revisión, sólo entrarán en vigor cuando hayan sido ratificadas o se hayan adherido a ellas siete octavos de los Estados partes²⁶ (siendo la única excepción las enmiendas a los artículos que describen los crímenes internacionales de competencia de la Corte [arts. 5 a 8], que entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados partes que las hayan aceptado...). El Secretario General de N.U., como depositario del tratado, es quien recibe y distribuye entre los Estados partes las enmiendas aprobadas así como el depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión de los Estados partes a las enmiendas aprobadas por la Asamblea de los Estados Partes o en una Conferencia de Revisión (art. 121.1, 4 y 7).

El *procedimiento simplificado* de enmienda atañe a “las disposiciones del presente Estatuto de carácter exclusivamente institucional”, que este, por lo demás y para evitar cualquier equívoco, enumera expresamente²⁷. Estas

26. Repárese en que alcanzado ese listón las enmiendas obligan incluso a los Estados Parte que no las aceptaron. Estos tienen, desde luego, el derecho a denunciar el Estatuto con efecto inmediato

27. “(...) A saber, el artículo 35, los párrafos 8 y 9 del artículo 36, el artículo 37, el artículo 38, los párrafos 1 (dos primeras oraciones), 2 y 4 del artículo 39, los párrafos



entran en vigor, para todos los Estados, seis meses después de su aprobación por la Asamblea de Estados partes en el Estatuto o en una Conferencia de Revisión (art. 122.2). No se requiere, pues, además, su aceptación según los trámites nacionales respectivos. En relación con estas últimas, el Estatuto permite la presentación de las correspondientes propuestas de enmienda ya “al Secretario General de las Naciones Unidas” ya “a la persona designada por la Asamblea de los Estados Partes” (art. 122.1). Poca explicación racional tiene disposición tal cuya (criticable desde luego) presencia sólo puede entenderse como un *lapsus* del “Legislador”. La dualidad, nos relata quien estuvo allí, en la Conferencia de Roma, formando parte de la Delegación española, fue propuesta en las negociaciones officiosas respecto de todos los procedimientos de enmienda y revisión en íntima conexión con un debate muy abierto aún por entonces sobre la vinculación o no y cómo de la Corte con el sistema de Naciones Unidas; resuelto el debate claramente a favor de una “vinculación” de aquella con Naciones Unidas por medio de un acuerdo (art. 2 del Estatuto), el mantener la dualidad es criticable “aunque solo sea en términos estrictos de técnica normativa”²⁸.

En cuanto a la *revisión* se refiere, es el Secretario General de Naciones Unidas el encargado de convocar la primera de las Conferencias de Revisión, siete años después de la entrada en vigor del Estatuto para examinar las enmiendas que hubiesen podido presentarse; y, asimismo, él convocará, ulteriormente, en cualquier momento toda Conferencia de revisión solicitada siempre que cuente con la aprobación de una mayoría de los Estados partes en el Estatuto (art. 123.1 y 2).

8. El Secretario General de Naciones Unidas tendrá, además, las competencias que le atribuya el Acuerdo de relación de la Corte con Naciones Unidas que deberá aprobar, una vez entrado en vigor el Estatuto de Roma, la Asamblea de los Estados Partes en su primera sesión. Y este, en efecto, ha previsto para el Secretario General no pocas funciones²⁹: En general convirtiéndolo en el órgano encargado de asegurar una comunicación fluida entre la Corte y las Naciones Unidas:

4 a 9 del artículo 42, los párrafos 2 y 3 del artículo 43 y los artículos 44, 46, 47 y 49” (Estatuto, art. 122.1).

28. ESCOBAR HERNÁNDEZ: “Las relaciones de la Corte...” cit. (nota 2), p. 41.

29. Doc.: PCNICC/2001/1/Add.1, 8 enero 2002 (Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Adición. Parte I: Proyecto de Acuerdo de Relación entre la Corte y las Naciones Unidas), pp. 1-10 (sobre el mismo véase *infra* apartado 5).



— A través del Secretario General se lleva a cabo la relación de la Corte con el Consejo de Seguridad, pues él presenta al Consejo los temas que la Corte puede proponer para su examen (art. 7 del Proyecto de Acuerdo); y a través de él se canalizan la presentación de casos ante la Corte por el propio Consejo de Seguridad (Estatuto, art. 13.b) o la solicitud que este efectúa a la Corte para que suspenda la investigación o el enjuiciamiento de un caso (Estatuto art. 16), o las informaciones sobre las denuncias por la Corte ante el Consejo de Seguridad de la falta de cooperación con ella de algún Estado (Estatuto art. 87.5 y 87.7) (art. 17 del Proyecto de acuerdo).

— El Secretario General es el encargado de informar a la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los acuerdos especiales en materia de financiación entre la Corte y la Organización (art. 13 del Proyecto de acuerdo); o de presentar a la Asamblea los temas que la Corte propone para su examen (art. 7).

— Las relaciones de cooperación entre Naciones Unidas y el Fiscal también se canalizan a través del Secretario General (art. 18).

— Y, en general, él se encarga de transmitir y recibir el intercambio de información entre las Naciones Unidas y la Corte de Roma (arts. 5.1.a y 6 del Proyecto de Acuerdo).

Pero, *además*, el Secretario General de Naciones Unidas tiene otros cometidos, tales como poder celebrar acuerdos especiales con la Corte a fin de conceder a magistrados, fiscal, secretario y funcionarios el *laissez-passer* de Naciones Unidas como documento de viaje válido (art. 12 del Proyecto de Acuerdo de Relación), nombrar un representante de Naciones Unidas para asistir a cualquiera de sus funcionarios citado como testigo en un caso ante la Corte (art. 16 del Proyecto) o, en fin, la capacidad para adoptar las disposiciones complementarias que considere convenientes a fin de una plena aplicación del Acuerdo de Relación (art. 21 del Proyecto...).

2. *La Corte y el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ)*

9. El Estatuto de Roma ha contemplado la eventual intervención del TIJ en un supuesto muy concreto y, de algún modo, “exterior” a la Corte misma aunque capaz, si duda, de influir en ella. Me refiero a su art. 119, en el cual se estipula que cuando los Estados partes tengan una controversia a propósito de la interpretación y/o aplicación del mismo y no puedan resolverla en un plazo de tres meses mediante negociaciones, la someterán a la Asamblea de los



Estados partes, que podrá ya resolverla directamente ya recomendar su remisión al TIJ. Recuérdesse que este tiene competencia general para la interpretación de las normas internacionales en general y en particular de los tratados, incluidos los que se refieren al Derecho internacional humanitario y de los conflictos armados (...).

El art. 119 del Estatuto es una disposición insuficiente respecto de los objetivos que, al parecer, se le suponen. La juez del TIJ Rosalynn HIGGINS advierte que con ese artículo "(...) esa posibilidad [se refiere a la de que el TIJ ejerza su jurisdicción sobre las controversias a las que alude el art. 119] parece muy remota"³⁰. Y es que, en efecto, si se lee con cuidado, se observa que el art. 119 no es una de las cláusulas al uso de sumisión de este tipo de controversias al TIJ. En él los Estados Partes no se reconocen directamente el derecho a someter unilateralmente las controversias al Tribunal, sino simplemente se faculta a la Asamblea de los Estados partes en el Estatuto de Roma a recomendar que el asunto se lleve ante él "de conformidad [además] con el Estatuto del TIJ"³¹; esto es, será preciso, si es que los Estados implicados desean seguir la recomendación de la Asamblea de Estados partes ya que hayan aceptado la jurisdicción del Tribunal mediante un compromiso o acuerdo internacional al efecto (Estatuto del TIJ, art. 36.1) ya en virtud del mecanismo de la cláusula opcional de jurisdicción obligatoria (Estatuto cit. art. 36.2).

Eso o seguir otro camino (...): El de la jurisdicción consultiva. El Proyecto de Acuerdo de Relación entre la Corte y Naciones Unidas elaborado provisionalmente por la Secretaría de la Comisión Preparatoria precisaba estos extremos³², al incluir en su art. 13 la aclaración de que, en el supuesto de aplicación del art. 119 del Estatuto y, por tanto, de que la Asamblea de los Estados partes en el mismo recomendará el sometimiento de la controversia al TIJ, sería la Asamblea General de Naciones Unidas la que decidiría

30. R. HIGGINS: "The relationship between the International Criminal Court and the International Court of Justice", H. Von Hebel, J. Lammers y J. Schukking (Edts): *Reflections on the International Criminal Court. Essays in honour of Adriaan Bos*, edic. de Van Habel-Lammers-Schukking, TMC Asser Press, La Haya, 1999, pp. 163-172 (p. 164).

31. La internacionalista y magistrada británica citada afirma expresamente: "(...) no reconozco en el art. 119.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional una base posible de jurisdicción para el TIJ según el art 36.1 [del Estatuto de este]" (HIGGINS: "The relationship..." cit., p. 164.).

32. Doc.: PCNICC/2000/WGICC-UN/L.1, 9 agosto 2000: Proyecto de Acuerdo de relación entre las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional. Preparado por la Secretaría, pp. 1-14.



autorizar esa recomendación de acudir al Tribunal, de conformidad con el art. 96 de la Carta de Naciones Unidas³³, esto es, la Asamblea General decidirá si solicitar o no un dictamen consultivo. Con esta disposición se abriría para la jurisdicción consultiva del TIJ un papel que podría ser importante en la aplicación del Estatuto³⁴.

Sin embargo, el Proyecto de Acuerdo que ha aprobado definitivamente la Comisión Preparatoria³⁵ elimina el citado art. 13, limitándose la Comisión a señalar a la Asamblea de los Estados partes la conveniencia de examinar la cuestión sobre cómo proceder respecto del art. 119 del Estatuto y acerca del tema de las opiniones consultivas³⁶.

Parece clara la necesidad de resolver esta cuestión, habida cuenta la insuficiencia que la formulación del art. 119 revela.

10. Pero hay un problema adicional a este también, que el art. 119 en modo alguno resuelve.

Como el TIJ, aun careciendo de competencias penales *ratione personae* sí tiene una competencia general en orden a resolver los problemas de interpretación y/o aplicación que plantee cualquier norma internacional, incluidos los tratados internacionales sobre el Derecho humanitario en el marco de los conflictos armados, resulta, entonces, perfectamente posible que respecto de un asunto dado Corte y Tribunal generen “jurisprudencia” diferente (...). Pongamos un ejemplo como botón de muestra: ¿Cómo influiría en la Corte de Roma, que está por hipótesis enjuiciando a una persona por un crimen de genocidio, una sentencia del TIJ en la que se declara que no se ha cometido

33. Artículo 13: La Corte Internacional de Justicia:

“1. Las Naciones Unidas toman nota del párrafo 2 del art. 119 del Estatuto de Roma, según el cual la Asamblea de los Estados partes podrá hacer recomendaciones acerca de los medios de resolver una controversia relativa a su interpretación o aplicación, incluida su remisión a la Corte Internacional de Justicia de conformidad con el Estatuto de ésta.

2. Las Naciones Unidas y la Corte convienen en que las recomendaciones de esa índole que se refieren a la solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia serán sometidas a la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual adoptará una decisión al respecto de conformidad con el art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas”.

34. Véase en este sentido A. PIGRAU SOLE: “La Corte Penal Internacional posible”, *Agenda ONU. Anuario de la Asociación para las Naciones Unidas en España*, nº 1, 1998, pp. 9-38 (p. 35).

35. Doc.: PCNICC/2001/1/Add.1, 8 enero 2002 cit. (nota 29).

36. Doc.: PCNICC/2001/1, 8 enero 2002 (Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional) pp. 1-17 (p. 3, párrafo 7).



genocidio? ¿Debe la Corte acatar el criterio del Tribunal y sentenciar por su parte en consecuencia...?

El Estatuto no ha regulado la cuestión; en particular no creo que su art. 119 la contemple (...) ³⁷. El Proyecto de Acuerdo de Relación entre la Corte y las Naciones Unidas tampoco a él se refiere. Parece, entonces, que al menos hasta el momento ³⁸, el “Legislador” ha preferido que el tema se resuelva en el marco de la práctica actual, que consagra una proliferación de instancias jurisdiccionales. Es claro que esta genera el riesgo que debe evitarse en lo posible, de jurisprudencias contradictorias, riesgo cierto como las discrepancias entre el TPIY y el TIJ revela a propósito de la imputación al Estado de los hechos de los particulares ³⁹. Propuestas ha habido, seguramente con más imaginación que realismo, para resolver estas cuestiones ⁴⁰. En todo caso, en tanto no existan normas internacionales aplicables al caso, los tribunales internacionales son, por decirlo así, soberanos ⁴¹.

De ahí, en principio, que la Corte de Roma, en ausencia de esas normas expresas de relación, no tiene por qué considerarse subordinada a la Corte

37. En este sentido se pronuncia también, si le he entendido correctamente, Andoni PIGRAU SOLÉ: “Hacia un sistema de justicia internacional penal: Cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Creación de una jurisdicción penal internacional*, edición de F.J. Quej López, BOE-Asociación de Profesores de Derecho Internacional..., Madrid, 2000, pp. 63-74 (p. 71).

38. Hasta el momento digo, porque en el texto en el que se define el crimen de agresión y las condiciones en las que la Corte ejercerá su jurisdicción sobre el mismo, acaso pueda aparecer también una conexión con el TIJ (*vid. infra* párrafo 34).

39. Me refiero, respectivamente, al TPIY en su decisión de 7 de mayo de 1999 sobre la apelación de la decisión sobre el fondo en el asunto *Tadic*, y al TIJ en su sentencia de junio de 1986 en el asunto sobre Nicaragua (véase GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “¿No cesaréis de citarnos leyes viendo que ceñimos espada?”, *Anuario de Derecho Internacional*, XVII (2001), pp. 25-38 [en la nota 17 de la p. 33]).

40. Como la de inspirarse en el sistema de la cuestión prejudicial de interpretación y/o apreciación de validez del Derecho comunitario europeo: *Vid.* GUILLAUME, G.: “Quelques propositions concrètes à l’occasion du cinquantenaire de la Cour Internationale de Justice”, *Révue Générale de Droit Internationale Public*, 1996, n° 2, pp. 323-334.

41. Como el TPIY ha manifestado: “Dado que el Derecho internacional no tiene una estructura centralizada, no nos ofrece un sistema judicial integrado que conduzca a una adecuada división del trabajo entre diversos tribunales, en el que algunos aspectos o elementos de la jurisdicción pudieran estar centralizados en uno de ellos y no en otros. En Derecho internacional cada tribunal es, salvo que se disponga otra cosa, independiente (...). Por supuesto, el instrumento constitutivo de un tribunal internacional puede limitar su jurisdicción (...) pero tales limitaciones no pueden presumirse y, en todo caso, no se hallan implícitas en el concepto mismo de jurisdicción” (decisión de la Sala de Apelaciones sobre diversas cuestiones preliminares en el asunto *Tadic*, *Decision on the Defence motion for interlocutory Appeal in jurisdiction*, 2 october 1995, párrafo 11).



Internacional de Justicia, máxime, podría pensarse, cuando se trata de un tribunal “más específico” que el creado en 1945. Esto no empece, sino todo lo contrario, para que deban articularse mecanismos que aseguren un flujo constante y permanente de información entre ambos que eviten en todo lo posible “doctrinas” contrapuestas⁴².

3. *La Corte y la Asamblea General*

11. El Estatuto de Roma sólo se ha referido a la Asamblea General de la ONU para tratar el tema de la financiación (Parte VIII del Estatuto, arts. 113-117).

Y es que los gastos de la Corte y de la Asamblea de los Estados partes se sufragarán normalmente con cargo a dos fuentes distintas (art. 115)⁴³: *De un lado*, y será esta, parece, la que contribuya en mayor medida a enjugar los costos, “las cuotas de los Estados partes”, cuotas que se basarán “en la escala (...) adoptada por las Naciones Unidas para su presupuesto ordinario (...)” (art. 117). *Y, de otro*, los gastos de la Corte y la Asamblea de Estados partes podrán sufragarse con fondos de Naciones Unidas aprobados por la Asamblea General de esta. “En particular”, dice el Estatuto (pero no los limita, obsérvese, a este supuesto), “respecto de los gastos efectuados en relación con cuestiones remitidas por el Consejo de Seguridad”.

Bien, es un poder importante sin duda en que se concede a la Asamblea, al dejar en sus manos la aprobación de esos fondos. En todo caso, el Proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte y Naciones Unidas ha precisado que las condiciones en que se podrán proporcionar fondos a la Corte, en virtud de una decisión de la Asamblea General, serán objeto de acuerdos especiales, de cuya celebración el Secretario General informará a la Asamblea General (art. 13.1). Podría añadirse que en tanto en cuanto Estados Unidos siga manteniendo hacia la Corte su actitud de hoy, parece difícil que Naciones Unidas contribuya a los gastos de la misma.

42. P.M. DUPUY, por ejemplo, trae a colación la práctica de los encuentros periódicos entre las jurisdicciones constitucionales nacionales a escala europea para armonizar la interpretación de las normas (*Droit International Public*, Dalloz, París, 2000 [5ª edic.], p. 518, párrafo 538).

43. El Estatuto admite también “contribuciones voluntarias” en calidad de “fondos adicionales”, a cargo de “gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades”, de acuerdo “con los criterios (...) que adopte la Asamblea de los Estados partes” (art. 116).



12. La influencia de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la Corte de Roma y su funcionamiento no es un tema cerrado con la exclusiva consideración del Estatuto.

El Proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte y Naciones Unidas, como hemos tenido oportunidad ya de comprobar, contiene otras disposiciones al efecto que conviene tener en cuenta:

De una parte, la Corte podrá asistir a la Asamblea General y participar en sus trabajos en calidad de observadora.

La Corte podrá proponer temas para su examen a la Asamblea.

La Asamblea General debe aprobar las enmiendas al Acuerdo de relación que de común acuerdo decidan hacer Corte y Naciones Unidas.

Y, en fin, la Asamblea General de Naciones Unidas es la encargada, por parte de la Organización, de aprobar el Acuerdo de relación citado⁴⁴.

Y, por último, recuérdese que la Asamblea de los Estados partes en el Estatuto de Roma podría, acaso, pronunciarse sobre la implicación o no de la Asamblea General de Naciones Unidas en la solución de las controversias entre Estados a propósito de la interpretación y/o aplicación del Estatuto (véase *supra* párrafo 9).

13. Aun no siendo probable sí parece posible, además, que la “disposición” que finalmente se apruebe sobre la definición de la agresión y las condiciones en las que la Corte ejercerá su jurisdicción sobre la misma, y que exige el artículo 5.2 del Estatuto, otorgue a la Asamblea General de Naciones Unidas alguna competencia (*vid. infra* párrafo 34).

4. *La Corte y el Consejo de Seguridad (vid. apartado IV siguiente)*

44. Proyecto... cit. (nota 29), arts. 4.1, 7, 23 y 24.



IV. LA MUY DISCUTIDA POSICIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

1. Corte y Consejo: ¿Condenados (o no) a entenderse?

14. El Estatuto de Roma ha construido las relaciones entre la Corte y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, nos ha dicho Sir Franklin BERMAN, que presidió la delegación del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en la Conferencia de Roma, sobre tres “pilares”: “Positivo” uno, que permite a ese órgano político presentar asuntos ante la Corte (art. 13.b); “negativo” otro, que otorga a ese órgano político un poder de suspensión de investigaciones o enjuiciamientos por la Corte (art. 16); y “oculto o escondido” un tercero, que regula, que regulará en el futuro sería más riguroso decir, la competencia de la Corte sobre el crimen en concreto de agresión y la influencia en ella del Consejo de Seguridad (art. 5)⁴⁵.

Hago mía la metáfora, tan conocida por lo demás en el universo de la Unión Europea desde el Tratado de Maastricht (1992), de los “pilares” pero con dos retoques:

De una parte, los pilares que el Estatuto establece no son tres sino cuatro, puesto que junto al derecho de iniciativa del Consejo, su poder de suspensión, y su futura incidencia en cuanto al crimen de agresión, hay que añadir, en mi opinión, el papel que el Consejo de Seguridad está llamado a jugar, según la letra del Estatuto, para controlar el cumplimiento de los Estados partes de su deber de cooperar con la Corte.

De otra, habría acaso que separar los pilares que el Estatuto establece porque serán operativos desde la entrada en vigor del mismo (el derecho de iniciativa del Consejo, su poder de suspensión y su papel en el control de la cooperación con la Corte), del que sólo en un futuro, y no inmediato, se levantará (el relativo a las competencias del Consejo sobre la determinación del crimen de agresión y las modalidades de ejercicio por la Corte de su jurisdicción sobre el mismo).

El esquema que nace de estos dos matices será el que siga en los párrafos siguientes, no sin que antes me refiera a unas consideraciones de carácter general sobre las relaciones entre la Corte y el Consejo de Seguridad.

45. “The relationship between the International Criminal Court and the Security Council”, *Reflections on the International Criminal Court. Essays in honour of Adriaan Bos*, edit. por Von Habel, Lammers y Schukking, TMC Asser Press, La Haya, 1999, pp. 173-180 (p. 173).



15. Son importantes, como se ven, los puentes creados para que el Consejo de Seguridad ejerza una muy notable influencia en las decisiones de la Corte. En principio, una decisión de esta naturaleza levanta de inmediato no pocas cautelas: ¿Un órgano político, en el que, además, cinco de sus Estados miembros poseen un derecho de veto, mediatizando y condicionando el funcionamiento de un tribunal de justicia, que se crea fuera de Naciones Unidas?. ¡Peligro, peligro, peligro!, ululan imaginarias alarmas (...).

Y no es esto sólo, no se trata tan sólo de que lo Jurídico-Jurisdiccional y lo Político no deberían ir, precisamente, de la mano; hay algo más. La oposición de ciertos Estados, antes y en la Conferencia de Roma (1998), a que el Consejo de Seguridad interviniera absolutamente en el funcionamiento de la Corte, tuvo también que ver con el temor de que esa decisión apuntalara los pilares, puesto de que pilares hablamos, del puente para que un Consejo de Seguridad crecido y en plena expansión de sus poderes desembarcara con armas y bagajes en la otra orilla.

¿Un Nuevo Orden Mundial dirigido por los miembros permanentes de un Consejo hiperactivo?. El miedo a que “la explosiva reactivación de [sus] actividades”⁴⁶, que el Consejo experimentó con el fin de la Guerra Fría, se alimentase en exceso llevó a ciertos Estados a oponerse a su intervención en el Estatuto. Repárese en que ese Consejo Feroz que algunos temían está en la mente, hoy, parece, de alguno de sus miembros permanentes; y un caso de la práctica más reciente, conectado directamente con este tema, lo demuestra en mi opinión.

Estados Unidos, que se niega a ratificar el Estatuto de Roma, que, en términos periodísticos, ha retirado incluso la firma que su Gobierno hizo del Estatuto⁴⁷, ha intentado, en el marco de la renovación del mandato a las

46. PAOLILLO, F.H.: “El Consejo de Seguridad en los procedimientos de la Corte Penal Internacional”. *Liber Amicorum of judge José María Ruda*, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres, 2000, pp. 247-264 (p. 248).

47. Andrés ORTEGA: “El Imperio ‘desfirma’”, *El País*, miércoles 8 de mayo de 2002, p. 10.

El Estatuto de Roma fue, en efecto, firmado por Estados Unidos, como uno de los últimos gestos del Presidente CLINTON al abandonar la Presidencia, el 31 de diciembre de 2000. La nueva Administración republicana, temerosa acaso de que el Derecho internacional general (y no sólo el art. 18.a del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969, tratado que el Presidente BUSCH anunció, el mismo día que respecto del estatuto de Roma, que Estados Unidos no pensaba ratificar) impone ciertas obligaciones de comportamiento a los Estados firmantes de un tratado “mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte” (es lo que el art. 18.a del Convenio de Viena expresa y, tal vez, el mismo Derecho internacional general), se apresuró a notificar formalmente al Secretario General de Naciones Unidas, depositario del Estatuto de Roma, en la primera semana de mayo de 2002 la

fuerzas para el mantenimiento de la paz en Bosnia, que el Consejo de

intención de Estados Unidos de no llegar a ser parte en el mismo. De este modo, este país no se encuentra ya obligado "a abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustran el objeto y fin de un tratado" (art. 18.º del Convenio de Viena). ¡Y bien que se ha sentido liberado (...) desde luego a la luz de sus últimos comportamientos respecto de la Corte!.

Sobre Estados Unidos y su tormentosa relación con el Estatuto de la Corte Penal Internacional *vid. ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: "Luces y sombras del Tribunal Penal Internacional (Roma, 1998)", *Cartaginensis. Revista de Estudios e Investigación del Instituto Teológico de Murcia. OFM*, XVI, nº 29, enero-junio 2000, pp. 83-137 (pp. 118-120 y 136); *Id.*: "Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el Tribunal Penal Internacional", *Hacia una Justicia Internacional. XXI Jornadas de Estudio (9-11 de junio de 1999). Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia-Banco Santander, Central, Hispano-Civitas, Madrid, 2000, pp. 557-602 (pp. 585-586 y 599-600); *); Id.*: "Los condicionamientos políticos y limitadas competencias del Tribunal Penal Internacional", *Revista Española de Derecho Militar*, nº 75, enero-junio 2000 (número conmemorativo y monográfico sobre la CPI), pp. 123-154 (pp. 130, 142-145 y 152); *Id.*: "La contribución del Estatuto de Roma (1998) sobre la Corte Penal Internacional a la consolidación y desarrollo del Derecho internacional humanitario", *Derechos y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas)*, nº 9, julio-diciembre 2000, pp. 319-368, en pp. 361-364 (párrafos 47-49) y pp. 366-367, punto iii); y los trabajos de SCHEFFER, D.J. ("The United States perspectives on the International Criminal Court"), WEDGWOOD, R. ("The Constitution and the International Criminal Court"), EVERETT, R.O. ("American servicemembers and the International Criminal Courts"), NASH, W.L. ("The International Criminal Court and the deployment of United States Armed Forces"), en la obra colectiva *The United States and the International Criminal Court. National security and International law*, edit. Por S.B. Sewall y C. Kaysen, American Academy of Arts and Sciences, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, Boulder, Nueva York, Oxford, 2000, pp. 115-118, 119-136, 137-151, 153-164; también J.I. CHARNEY: "International Criminal Law and the role of domestic Courts", *American Journal of International Law*, 95 (2001), nº 1, pp. 120-124; M. LEIGH: "The United States and the Statute of Rome", *American Journal...* cit., pp. 124-131.

Debe, empero, añadirse que no todos piensan igual en los Estados Unidos. Así, y valga como botón de muestra, a la carta de apoyo al ataque frontal que en relación con la Corte supone el proyecto de ley en trámite parlamentario (American Servicemembers Protection Act [A.S.P.A.]) firmada por varios antiguos altos cargos de la Administración estadounidense puede contraponerse la rubricada por el actual y antiguos Presidentes de la American Society of International Law (ASIL), en la que se destacan los errores y malentendidos respecto del Derecho internacional y del Tribunal de Roma que aquella contiene (*vid.* A.W. ROVINE: "Memorandum to Congress on the ICC from current and past Presidents of the ASIL", *American Journal of International Law*, 95 [2001], nº 4, pp. 967-969).

La última "vuelta de tuerca" de Estados Unidos en este asunto consiste, explotando el art. 98-2 del Estatuto al máximo, en el intento de concertar una red de tratados bilaterales, en los que el Estado con soldados U.S.A. en su territorio supedita su entrega a la Corte de Roma al consentimiento del Estado de nacionalidad de la persona cuya entrega se solicita. Cuatro Estados hasta el momento han "picado" (Tayikistán, Timor, Israel y Rumania); también pese a lo que se nos quiera hacer creer la Unión Europea (véase, por ejemplo, EL PAÍS y ABC, a lo largo de agosto y septiembre, sobre todo ABC de agosto (jueves 8, p. 24; sábado 10, p. 23; domingo 11, p. 25; martes 27, p. 29; miércoles 28, p. 25; jueves 29, p.25), de septiembre (domingo 1, p. 33; miércoles 4, p.30; lunes 30, p. 36) y octubre (martes 1, p. 29)-



Seguridad impusiera la impunidad para sus integrantes (para sus soldados, era el objetivo perseguido) en la resolución que prorrogara su presencia en la zona⁴⁸. Es decir, Estados Unidos ha pretendido “pasar” sobre el tratado internacional que creó la Corte de Roma para imponer a ésta una restricción de su jurisdicción (en su favor) utilizando su condición de miembro permanente en el Consejo de Seguridad, y considerando posible por tanto que éste órgano pudiera imponer, más allá de los acuerdos y tratados libremente consentidos, su voluntad.

La reacción mayoritaria, que no se plegó a su propuesta motivó un veto estadounidense a la prórroga del mandato. La adopción de una resolución técnica, que daba unos días de tregua para cerrar el tema, ha desembocado en la prórroga hasta el 15 de julio⁴⁹, y un nuevo intento estadounidense para que el Consejo impusiera lo que en la negociación del Estatuto la Conferencia de Roma no aceptó⁵⁰. Lamentablemente, el 12 de julio de 2002, el Consejo de Seguridad, por unanimidad, aprueba en aplicación del Capítulo VII una

48. A tal efecto, presentó una propuesta consistente en que el Consejo de Seguridad decidiera la inmunidad ante la Corte para los integrantes de Operaciones para el mantenimiento de la paz de Naciones Unidas. Ante el rechazo por el Consejo de su propuesta, Estados Unidos votó en contra, el 30 de junio de 2002, del proyecto de resolución (doc.: S/2002/712) presentado por Bulgaria, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Noruega, Rusia y el Reino Unido, cuya parte III habría prorrogado el mandato de la Misión de Naciones Unidas para Bosnia-Herzegovina (UNMIBH) hasta el 31 de diciembre de 2002. El Presidente del Consejo de Seguridad, M. WEHBE (República Árabe Siria), comprobando que el proyecto de resolución había obtenido el voto a favor de 13 miembros del Consejo, 1 abstención (Bulgaria) y 1 voto en contra (Estados Unidos), y dado que el voto en contra era el de uno de los miembros permanentes del Consejo, declaró rechazado el proyecto de resolución. Véase sobre la votación y las explicaciones de voto el comunicado SC/7437, de 30 de junio de 2002, pp. 1-11 (<http://www.un.org...>).

49. S/Res/1420 (2002), de 30 de junio, párrafos 1 y 2. Sobre esa generalizada reacción contraria al intento de los Estados Unidos y los comunicados y cartas al Presidente del Consejo de Seguridad mostrando este rechazo véase la página web de la Coalición [de ONG's] para la Corte Penal Internacional (<http://www.igc.org/icc>). Muy clarificador en este sentido es el documento que compila los diversos motivos de rechazo de la tesis de Estados Unidos manifestados por las distintas delegaciones en la reunión especial convocada al efecto de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (*Government responses to United States proposed Security Council resolution on International Criminal Court and Peacekeeping. Special plenary session, Preparatory Commission for the ICC*, 3 July 2003, pp. 1-5).

S/Res/1421 (2002), 3 julio, párrafos 1 y 2.

50. Desde el 3 de julio se negocia en el Consejo cómo salir del atolladero. Una nueva propuesta de Estados Unidos según la cual los nacionales de Estados que no son partes en el Estatuto sólo podrían ser juzgados por la Corte si lo aprueba una resolución del Consejo de Seguridad, sólo contó con el apoyo de China (véase *El País*, del miércoles 3 de julio de 2002; y *La Razón digital*: larazon.es/noticias/noti-int-07.htm).

resolución que da satisfacción a las tesis estadounidenses (*vid. infra* párrafos 24 y 25). Y cobrada ya, por el Cazador, la pieza, la prórroga del mandato de la Misión de Naciones Unidas para Bosnia-Herzegovina (UNMIBH) y de la Misión de Observadores de Naciones Unidas en Prevlaka (MONUP), Croacia, fue coser y cantar⁵¹.

No resulta fácilmente entendible, en todo caso, naturalmente desde una perspectiva jurídica, esta “obsesión” estadounidense no ya por no estar (lo que, desde su actitud, es comprensible) sino por hundir al Tribunal a como de lugar; y es que si bien se mira en el Estatuto mismo se ofrecen instrumentos para que un Estado (Estados Unidos en particular) evite que la Corte enjuicie a sus nacionales⁵².

Con riesgos de esta naturaleza, ¿era necesaria, realmente, para el Estatuto tender puentes al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas? ⁵³. ¿No podría este tratado regular las competencias de la Corte sin tener en cuenta la Carta y su Consejo de Seguridad?. Sabemos ya que los Estados partes en el Estatuto han aceptado que las obligaciones derivadas de la Carta prevalecerán (art. 103), con lo cual en caso de conflicto entre el Estatuto y una de esas obligaciones éstas habrán de imponerse. Sí, es verdad, pero ¿no podía haber

51. Hasta el 31 de diciembre de 2002 la UNMIBH (S/RES/1423 [2002], 12 de julio, III, párrafo 19), y hasta el 15 de octubre de 2002 la MONUP (S/RES/1424 [2002], 12 de julio, párrafo 1).

52. No me refiero tanto a la posibilidad de conseguir (Estados Unidos sabe y puede presionar...) que el Consejo de Seguridad bloquee una investigación o un enjuiciamiento (art. 16 del Estatuto; véase *infra* párrafos 23-26), sino sencillamente al principio de complementariedad-subordinación: Si Estados Unidos no desea que la Corte investigue o enjuicie si soldados de ese país digamos en Afganistán (si por hipótesis este Estado se hubiese vinculado al Estatuto) han cometido crímenes de guerra, a demanda digamos de Irán (parte también de seguir la hipótesis) o del Fiscal de oficio, nada más fácil, que sean sus propios tribunales los que lo hagan (...).

53. En particular sobre las relaciones entre la Corte y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ya existe bibliografía sin duda: Por ejemplo, F. BERMAN: “The relationship...” cit. (nota 45), pp. 173-180; GARGIULO, P.: “The relationship between the International Criminal Court and the Security Council”, edición de F. Lattanzi; *The ICC. Comments on the Draft Statute*, Ed. Scientifica, Nápoles, 1998, pp. 95-119; ID.: “Il controverso rapporto tra Corte penale Internazionale e Consiglio di Sicurezza per la repressione dei crimini di Diritto Internazionale”, *La Comunità Internazionale*, LIV (1999), n° 3, pp. 428-473; MORI, P.: “Prime riflessioni sui rapporti tra Corte Penale Internazionale e Organizzazione delle Nazioni Unite”, *La Comunità Internazionale*, LIV (1999), n° 1, pp. 29-55; OOSTHUIZEN, G.H.: “Some preliminary remarks on the relations between the envisaged International Criminal Court and the United Nations Security Council”, *Netherlands International Law Review*, XLVI (1999), pp. 313-342; YEE, L.: “The International Criminal Court and the Security Council”, R. Lee (Edt): *The ICC. The making of the Rome Statute. Issues. Negotiations, Results*, Kluwer, La Haya-Boston-Londres, 1999, pp. 143-152.



el Estatuto dejado que fuera el interesado, y cuando surgiera el caso, el que se tomara todo el trabajo...?

Era, desde luego, una opción. Pero los redactores del Estatuto pensaron que era conveniente facilitar el que las relaciones entre la Corte y el Consejo de Seguridad fueran fluidas, otorgando incluso a este órgano político, en ciertos aspectos, un poder decisivo sobre la voluntad de la Corte.

Dejando aparte que consideraciones exclusivamente políticas, como la de hacer el Estatuto aceptable a las grandes potencias y, en concreto, a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, influyeron decisivamente en el tendido de nuestros imaginarios puentes, ¿era necesario, en términos racionales y objetivos, establecer dichas conexiones entre ese órgano político y este tribunal de justicia?

16. Sí, creo que lo era. La Corte es competente de los crímenes de genocidio, crímenes de guerra, y crímenes de lesa humanidad; en su momento lo será también del crimen de agresión y aún quizás de otros.

No hay que explicar que la comisión de este último crimen, que en definitiva y como veremos presupone que un Estado ha llevado a cabo un acto de agresión contra otro, esto es, una ruptura de la paz.

En cuanto a los otros tres crímenes, las condiciones en las que se han establecido y definido en el Estatuto dejan perfectamente claro que la Corte solo será competente de los mismos cuando se presenten en condiciones de particular gravedad. Y si podemos considerar que el genocidio es *per se* y siempre de particular gravedad, en el caso de los crímenes de guerra y contra la humanidad, el Estatuto ha fijado al definirlos el listón muy alto: Deben haberse cometido “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (art. 7.1 sobre crímenes de lesa humanidad) o “como una parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (art. 8.1 relativo a los crímenes de guerra). Es decir, la Corte será competente en situaciones de enorme gravedad que solo pueden surgir en el contexto de un conflicto armado, internacional y/o interno, muy duro.

Por tanto, la Corte será competente de crímenes nacidos en un contexto cuando menos de gravísima amenaza a la paz y seguridad internacionales si es que no de abierta ruptura de las mismas. El Preámbulo del Estatuto así lo entiende cuando “reconoce” “que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” (párrafo tercero).



La Corte, en fin, será competente para conocer de unos crímenes en un contexto en el que, según la Carta de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad tiene una responsabilidad principal y enormes poderes. ¿No es lógico, entonces, que se de a éste la oportunidad de denunciar la comisión de tales crímenes ante la Corte para que los individuos responsables no queden impunes?, ¿no es razonable que el Consejo de Seguridad pueda adoptar medidas a fin de forzar a los Estados renuentes a cooperar con el Tribunal en la persecución de crímenes que ponen en peligro la paz, responsabilidad suya...?. Sí, es comprensible y aun conveniente que en el texto mismo del Estatuto se tiendan puentes con este órgano político, al menos algunos puentes (...).

17. Lo que nos interesa saber es si los puentes tendidos, y todos ellos, permiten seguir afirmando que los objetivos esenciales que todo tribunal de justicia debe alcanzar se mantienen. ¿Sigue siendo, pese a los engarces con el Consejo de Seguridad, la Corte de Roma un tribunal independiente, imparcial y efectivo?

2. *Una posición, la del Consejo de Seguridad apoyada en tres pilares (...)*
Su (aceptable) derecho de iniciativa

18. El Consejo de Seguridad figura entre los agentes que pueden llevar ante la Corte un asunto en el que se hayan cometido alguno de los crímenes de los que esta es competente (art. 13.b del Estatuto)⁵⁴; como los Estados partes en el Estatuto y el Fiscal (letras a y c, respectivamente, del art. 13).

El Estatuto ha descartado, como ya hiciera la CDI en su Proyecto de 1994⁵⁵, como otros sujetos legitimados al efecto a las Organizaciones internacionales, tanto intergubernamentales como no gubernamentales, así como a los particulares.

El descarte de las Organizaciones internacionales se entiende, en mi opinión, pronto y sin mayores problemas. Piénsese, por lo que a las *Organizaciones internacionales intergubernamentales* se refiere, que estas no ejercen la jurisdicción penal que los Estados sí tienen sobre sus ciudadanos y

54. Sobre la "historia legislativa" de esta disposición, GARGIULO: *Il controverso rapporto...* cit. (nota 53), pp. 433-442.

55. Proyecto cit. (*supra* nota 6).



otras personas. Y este dato, en el marco de un tribunal, como la Corte, que actúa en una relación de complementariedad-subordinación⁵⁶ respecto a las jurisdicciones penales de los Estados parte tenía que notarse. En cuanto atañe a las *Organizaciones no gubernamentales*, su apartamiento del *ius standi*, pagando sin duda justos por pecadores, tiene mucho que ver con la lamentable pero innegable realidad de que junto a ONG's "justas y benéficas", como de los españoles esperaba la popular Pepa (Cádiz, 1812), que cargan la cruz de la defensa imparcial e inasequible al desaliento de los derechos del ser humano de un modo admirable, aparecen otras que emboscan móviles políticos o sórdidos negocios en los que la satisfacción de la codicia de unos pocos miserables es el menor de sus pecados. Reconocer, pues, el *ius standi* de las Organizaciones no gubernamentales hubiera supuesto, a fin de evitar ese "ejercicio de angelismo político" al que se han referido dos internacionalistas españolas recientemente⁵⁷, a un crudísimo debate sobre a qué ONG's excluir y a "quiénes" no (...).

Pero no puede aceptarse con la misma facilidad haber dejado fuera de la posibilidad de denunciar los crímenes a las propias víctimas, a los particulares⁵⁸. Tal decisión hubiera apurado al máximo la evitación de la impunidad. Y es que téngase en cuenta que los Estados pueden, por razones políticas, económicas o por miedo a ser ellos, en el futuro, los acusados, renuentes a denunciar crímenes internacionales; el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) lo ha expresado con meridiana claridad⁵⁹. Por otra parte, el Consejo de Seguridad puede verse impedido,

56. Vid. GUTIÉRREZ ESPADA: "Valoración Crítica..." cit. (nota 47), pp. 570-573; ID.: "Luces..." cit. (nota 47), pp. 100-104; ID.: "Condicionamientos..." cit. (nota 47), pp. 123-127; ID.: "la contribución..." cit. (nota 47), pp. 340-343.

57. LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ: *La corte Penal...* cit., (nota 20), p. 175.

58. Personalmente ya lo he lamentado anteriormente: GUTIÉRREZ ESPADA: "Luces y ..." cit. (nota 47), pp. 136-137 (párrafo 64); ID.: *Condicionamientos...* cit. (nota 47), p. 153.

59. "Por dar un ejemplo, el Convenio sobre el genocidio de 1948, que explícitamente establece la responsabilidad del Estado para prevenir y castigar el genocidio, ha estado en vigor desde 1951, habiendo sido ratificado a 30 de junio de 1994 por 113 Estados; sin embargo, sólo el pasado año la Convención fue por primera vez invocada ante el Tribunal Internacional de Justicia por un Estado contra otro [se refiere a la demanda que en 1993 Bosnia-Herzegovina presentó contra la antigua Yugoslavia], pese al hecho de que numerosos casos de genocidio han tenido lugar desde 1951 (Doc.: A/AC.244/1, p. 29).

¿No ha ocurrido, acaso, lo mismo, respecto del Pacto de Naciones Unidas derechos civiles y políticos (1966), con la "vía" de su art. 41 que contempla las "denuncias entre Estados" (...).



aunque existan, de someter asuntos a la Corte por causa de la oposición de uno solo de sus miembros (el derecho de veto de los cinco miembros permanentes) o, usando (abusando más bien cabría decir) de su discrecionalidad podría remitir a la Corte una situación de modo restrictivo (limitando, por ejemplo, la investigación del crimen a un determinado período de tiempo, a un territorio en concreto o las nacionales, sólo, de ciertos Estados) (...). El Estatuto de Roma, sin embargo, no ha dado el paso.

No obstante, es interesante advertir que al haberse reconocido que el Fiscal de la Corte pueda de oficio llevar un asunto ante la misma, la falta de legitimación procesal de las víctimas o sus causahabientes resulta dulcificada. Y es que los particulares pueden dirigirse al Fiscal que, de considerar creíbles sus informaciones y denuncias, podrá proceder ante la Corte. Este cauce indirecto que los particulares tienen para acceder al Tribunal Penal Internacional se completa con otras disposiciones del Estatuto que admiten la presencia de las víctimas en el proceso⁶⁰.

19. El art. 13.b del Estatuto establece la competencia de la Corte respecto de los crímenes contemplados en su art. 5 "si el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes". Cuatro comentarios deseo hacer al respecto:

Primero, se observará que al Consejo se le concede un poder de denuncia de una "situación" en general, no de un crimen concreto o de una persona en particular. La razón se entiende fácilmente: El monopolio de la acción penal es del Fiscal, uno de los órganos de la Corte, y solo él puede identificar por su nombre a la persona presuntamente responsable de un crimen. La doctrina está de acuerdo en general: Se trata, con esa disposición,

60. Como el art. 19.3, que les permite la presentación de observaciones en el procedimiento de impugnación de la competencia de la Corte o de admisibilidad de la causa; o el art. 54 sobre la presentación de observaciones en el marco de las investigaciones del Fiscal, que habrá de tener en cuenta sus intereses; o los arts. 75 y 78 que aseguran la reparación económica pertinente por medio del Fondo Fiduciario que al efecto se crea.

Para una valoración general del trato que, en el Estatuto, se ha dado a las víctimas de los crímenes en él recogidos, VAN BOVEN, TH.: "The position of the victim in the Statute of the International Criminal Court", *Reflections on the ICC. Essays in honour of Adriaan Bos* cit., TMC Asser Press, La Haya, 1999, pp. 77-89 (sobre todo pp. 85 ss).



de respetar en todo lo posible la autonomía e independencia de la Corte, minimizando también en todo lo posible su politización⁶¹.

Segundo, el derecho de iniciativa del Consejo debe llevarse a cabo “actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta”. Se trata, en consecuencia, de la denuncia de situaciones que se desarrollan en un marco de amenazas o rupturas de la paz y seguridad internacionales, por tanto en un atmósfera de, actuales o en potencia, medidas coercitivas armados o no (arts. 40 a 42 de la Carta) y con base en un procedimiento de votación del Consejo en el que juega el derecho de veto de sus miembros permanentes (art. 27.3 de la Carta). En el marco de los trabajos preparatorios se barajó que el Consejo de Seguridad pudiera remitir a la Corte asuntos también actuando en el marco del Capítulo VI de la Carta⁶², pero la propuesta no prosperó pues este Capítulo de la Carta confiere al Consejo poder de recomendar medios o términos de arreglo de controversias internacionales *entre Estados*, respecto de las que la Corte no podría evidentemente tener título de jurisdicción.

Tercero, en el Proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte y las Naciones Unidas que ha elaborado la Comisión Preparatoria y deberá aprobar la Asamblea de los Estados partes en su primera sesión (septiembre 2002), se aborda en su art. 17.1 la “cooperación entre el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la Corte”. En él se especifica que cuando el Consejo remita una situación a la Corte en aplicación del art. 13.b del Estatuto, el Secretario General de Naciones Unidas debe transmitir al Fiscal el texto de la decisión del Consejo “inmediatamente”, debiendo adjuntar “los documentos y otros antecedentes que sean pertinentes a la decisión del Consejo”; será también el Secretario General el que transmitirá al Consejo “la información suministrada”, en su caso, por el Tribunal (...) ⁶³.

Y cuarto, existe una disputa doctrinal, que no permite considerar cerrada la cuestión, sobre el siguiente aspecto: Si el Consejo de Seguridad decide, *ex* Capítulo VII, que un asunto sea sometido a la Corte, por entender que ello es más conveniente para la paz, y lo remite a esta pese a que está siendo investigando o enjuiciado ya por un Estado, ¿estará obligado éste a ceder el caso al Tribunal Penal Internacional?

61. ARSANJANI, M.H.: “The Rome Statute of the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, 93 (1999), n° 1, pp. 22-43 (p. 27); OOSTHUIZEN: “Some preliminary...” cit. (nota 53), p. 317, en la nota 18; PAOLILLO: “El Consejo de Seguridad...” cit. (nota 46), p. 257.

62. Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. Volume II (Compilation of proposals), doc.: A/51/22/1996, p. 76.

63. Doc.: PCNICC/2001/1/Add.1, de 8 de enero de 2002 cit. (*supra* nota 29).



Sabido es que la jurisdicción de la Corte es complementaria y aún se encuentra subordinada a la de los Estados partes en el Estatuto y que es causa de inadmisibilidad de un asunto el que este haya sido o sea investigado o enjuiciado por un Estado (art. 17 del Estatuto). Sabemos también que la remisión del Consejo no vincula a la Corte y que el Fiscal puede (debe) rechazarla como inadmisibile (art. 53.1.b). En la medida en que las remisiones del Consejo no vinculan a la Corte no parece en principio que, en este supuesto, deba hacerse una excepción, máxime cuando el principio de complementariedad-subordinación de la misma es clave, eje, en la estructura del Estatuto.

En todo caso, las opiniones doctrinales, como antes decía, no son coincidentes sobre la respuesta⁶⁴.

20. El haber concedido *ius standi* a un órgano político como el Consejo de Seguridad ¿ha menoscabado la independencia, la imparcialidad o la efectividad de la Corte de Roma?. No lo creo, y me baso en tres razones:

— *En primer lugar*, el Estatuto lo que permite al Consejo es remitir simplemente una situación a la Corte por si esta considera que se ha cometido o no un crimen. En este sentido es el que Sir Franklin BERMAN afirma que contrariamente a lo que algunos parecen creer, el art. 13.b “da competencias a la Corte no al Consejo”⁶⁵. Es el Fiscal el que decir iniciar o no una investigación al respecto. Su negativa a hacerlo debe basarse en alguna de las tres bases siguientes (Estatuto art. 53):

Que “no exista fundamento razonable” (art. 53.1.a).

Que la causa sería inadmisibile según el art. 17 del Estatuto (art. 53.1.b)

Que “aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de la víctima, una investigación no redundara en interés de la justicia” (art. 53.1.c)⁶⁶.

64. Así para unos el Consejo de Seguridad debe imponerse en este caso. OOSTHUIZEN (“Some preliminary...” cit. [nota 53], p. 328) o ARBOUR, L. y BEGSMO, M. (“Conspicuous absence of jurisdictional overreach”, *Reflections on the ICC. Essays in honour of Adriaan Bos*, edic. de Von Hebel-Lammers-Schukking, TMC Asser Press, La Haya, 1999, pp. 129-140, en pp. 139-140) son de esta opinión. En cambio ARSANJANI (“The Rome...” cit. [nota 61], p. 28) mantiene una tesis contraria.

65. “The relationship...” cit. (nota 45), p. 174 (la cursiva es mía).

66. No está totalmente claro si estos tres criterios son exhaustivos, como a primera vista parece, o si la frase “fundamento razonable...con arreglo al presente Estatuto” permitiría cubrir otros casos (OOSTHUIZEN: “Some preliminary...” cit. [nota 53], p. 324, en la nota 40).



Si ante una situación remitida por el Consejo de Seguridad, el Fiscal decidiera no asumirla, esto es, no iniciar investigación alguna por entender que no existe un *fundamento razonable* o que *sería inadmisibles ex art. 17*, el Consejo puede pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares⁶⁷ que “pida al Fiscal que reconsidere” su decisión (art. 53.3.a)⁶⁸. Si la Sala decide hacerlo (puede, sin más, negarse), planteaba dudas a algunos si la “solicitud” de la Sala vinculaba o no al Fiscal⁶⁹. Estas dudas eran, en mi opinión, relativas, pues los términos empleados por el Estatuto no eran nada imperativos (“La Sala... *podrá* (...) *pedir* al Fiscal que reconsidere...), pero, en cualquier caso, el texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba que la Asamblea de Estados Partes tendrá que aprobar en septiembre lo dejan, a mi entender, perfectamente claro⁷⁰: El Fiscal puede o no hacer caso de esa petición⁷¹. Cuando el Fiscal descarte una investigación *por entender que no será “en interés de la justicia”* (art. 53.1.c) o habiendo investigado decide, por la misma razón, no enjuiciar (art. 53.2.c), el Consejo de Seguridad puede, desde luego, apelar a la Sala de Cuestiones Preliminares, pero esta podrá también “de oficio” “revisar” la decisión del Fiscal. Obsérvese que el tono cambia respecto al del supuesto anterior (hablamos de “revisión”, que además la Sala puede decidir “de oficio”) y que, en fin, en este supuesto si la Sala de

67. La Corte de Roma está estructurada en varias Secciones, siendo una de ellas la de Cuestiones Preliminares (Estatuto art. 34.3), que está integrada por no menos de seis magistrados (art. 39.1).

Las funciones de la Corte, que se evacúan por medio de estas Secciones, se llevan a cabo mediante Salas. La Sala de Cuestiones Preliminares está formada por tres magistrados de la misma Sección o por uno sólo, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba (art. 39.2.b.iii).

68. Obsérvese que el Estatuto no concreta los requisitos que el Consejo deberá cumplir para formular esta petición (véanse al respecto las reflexiones de OOSTHUIZEN: “Some preliminary...” cit. [nota 53], p. 327).

69. Como a OOSTHUIZEN: “Some preliminary...” cit. (nota 53), p. 324, en la nota 42.

70. En el mismo sentido O. Julián GUERRERO: “Algunos aspectos del procedimiento penal en el Estatuto de Roma”, *La nueva justicia supranacional. Desarrollos post-Roma*, coordinación de Kai Ambos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 231-272 (pp. 239-240).

71. Regla 108: “2. Cuando la Sala de Cuestiones Preliminares pida al Fiscal que reconsidere, total o parcialmente, su decisión de no iniciar una investigación o no proceder al enjuiciamiento este deberá hacerlo lo antes posible.- 3. El Fiscal cuando adopte una decisión definitiva la comunicará por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares. Esta notificación contendrá la conclusión del Fiscal e indicará sus razones. La decisión será comunicada a quienes hayan participado en la reconsideración” (doc.: PCNICC/2001/1/Add.1, 2 noviembre 2000 [Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Adición. Primera Parte: Proyecto de texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba], pp. 1-10)1.

Cuestiones Preliminares no está de acuerdo con la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación y/o al enjuiciamiento, este deberá hacerlo⁷². Se ha explicado esta diferencia sobre la base de que en este último caso el Fiscal actúa con base en el principio de oportunidad y puede basarse en consideraciones metajurídicas, mientras que en el primero el Fiscal se mueve estrictamente bajo el principio de legalidad, caso en el cual el Estatuto (la Sala) respeta su autonomía e independencia⁷³. Por lo que a esta primera razón se refiere, y para concluir, aunque el Consejo de Seguridad crea que en una situación dada hay motivos bastantes para abrir una investigación o un enjuiciamiento, su tesis no vincula a la Corte en ningún caso. Sólo el Fiscal tomará esa decisión y, en su caso, la Sala de Cuestiones Preliminares de la misma. La independencia, imparcialidad y efectividad de la Corte de Roma no resultan, pues, en absoluto menoscabadas por la concesión al Consejo de Seguridad de *ius standi*.

— *En segundo lugar*, habida cuenta de que según el Estatuto la Corte “se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas” (art. 19.1), esta podrá llevar a cabo, para “cerciorarse de su competencia”, si una “situación” que le ha remitido el Consejo de Seguridad lo ha sido respetando las exigencias al efecto establecidos en el art. 13.b del Estatuto. Desde este punto de vista, parece que la Corte puede llevar a cabo una cierta revisión de la decisión del Consejo de Seguridad por la que se le remite una “situación”, que podría girar en torno a tres cuestiones fundamentales, que aparecen en la letra del art. 13.b del Estatuto: Una, que el Consejo haya actuado en el marco del Capítulo VII de la Carta al tomar su decisión, otra si lo ha hecho según los procedimientos de votación que en el mismo se establecen (básicamente art. 27.3 de la Carta) y, en fin, que el Consejo haya querido con su decisión *ex*

72. El texto literal del Estatuto es más ambiguo, pero las Reglas de Procedimiento y Prueba dejan las cosas en su sitio:

Art. 53.3.b del Estatuto: Si la Sala revisa de oficio una decisión del Fiscal de no abrir una investigación o iniciar un enjuiciamiento con base en los arts. 53.1.c o 53.2.c, “(...) la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares”.

Regla 110.2 de las Reglas de Procedimiento y Prueba: “Cuando la Sala de Cuestiones Preliminares no confirme la decisión del Fiscal a que se hace referencia en la disposición precedente, *este deberá abrir la investigación o proceder al enjuiciamiento*” (cursiva es mía).

73. GÓMEZ GUILLAMÓN, R.: “La instrucción (investigación) en la Corte Penal Internacional”, texto mimeografiado presentado a *Derecho Penal Internacional. Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional*, Ministerio de Justicia, Madrid 22-23 de mayo de 2000, p. 277 (tomo la cita de LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ: *La Corte Penal...* cit. [nota 20], pp. 183 in fine y p. 199 en la nota 19).



Capítulo VII remitir en verdad una situación a la Corte⁷⁴. En suma, la decisión misma del Consejo de remitir a la Corte una situación en la que a su juicio puedan haberse cometido crímenes de los que la Corte es competente, no es tampoco un *fait accompli* por el que éste deba necesariamente pasar, pudiendo, por el contrario, considerar que la remisión efectuada es rechazable en sí misma por no ajustarse al supuesto de hecho previsto para en la misma en el Estatuto. Tampoco desde esta perspectiva puede decirse que el derecho de iniciativa reconocido al Consejo de Seguridad menoscaba la independencia, imparcialidad o efectividad de la Corte de Roma.

— Y, en tercer lugar, razón ésta unida a la anterior, el Consejo no puede, al remitir una situación en la que, por hipótesis, efectúe determinaciones acerca de la admisibilidad de la misma o de la competencia de la Corte sobre ella, imponer a ésta su opinión. El artículo 13 del Estatuto cuando nombra a los agentes dotados de legitimidad procesal para presentarle un caso (los Estados parte, el Consejo de Seguridad y el Fiscal) deja claro que la competencia de la Corte, a instancias de cualquiera de los citados agentes, se ejerce “de conformidad con las previsiones de este Estatuto”. Y el art. 17, que regula las causas de admisibilidad o inadmisibilidad de un caso dado, aclara (art. 17.1,2 y 3) que es la Corte, y nadie más, la que decide si el asunto es cuestión es o no admisible (...).

En consecuencia, el poder que el Consejo de Seguridad tiene, porque el Estatuto mismo se lo reconoce, de plantearle casos no hace mella alguna en la exclusiva competencia de esta para decidir sobre su propia competencia o las causas de (in)admisibilidad. Ergo el derecho de iniciativa reconocido al Consejo no menoscaba, tampoco con este giro del caleidoscopio, ni la independencia, ni la imparcialidad, ni la efectividad de la Corte de Roma.

21. Así las cosas, el derecho de iniciativa que el Estatuto concede al Consejo de Seguridad es perfectamente aceptable ⁷⁵. Para decirlo más en positivo, incluso cabría destacar algunos aspectos favorables de dicha medida:

Por una parte, se ha destacado por muchos autores que la existencia de un tribunal penal permanente “vinculado” con Naciones Unidas y, en particular conectado con su Consejo de Seguridad, permitiría a éste evitarse en el futuro la senda de las jurisdicciones penales ad hoc que comenzó en

74. Véase al respecto los desarrollos de OOSTHUIZEN: “Some preliminary...” cit. (nota 53), pp. 319 ss.

75. Sir Franklin BERMAN califica este primer puente entre la Corte y el Consejo de “pilar positivo” (“The relationship...” cit. [nota 45], pp. 174-175).

1993 con el TPIY, lo que le habría comprometido en un proceso “de despilfarro”⁷⁶ poco práctico⁷⁷; vía en la que, por lo demás, un Consejo de Seguridad, órgano político capaz de actuar con las “sans façons, sans compliments, sans cérémonies” que su discrecionalidad le da, puede limitar personal, temporal o territorialmente la jurisdicción de los órganos penales así creados (...).

Por otra, y en íntima conexión con lo dicho, una Corte Penal Internacional como “brazo armado judicial” del Consejo para castigo de los autores de crímenes internacionales en situaciones de amenaza o ruptura de la paz y seguridad internacionales, constituiría una formidable maquinaria de prevención, represión (...) y aún disuasión de esas situaciones⁷⁸; esto es, al tender puentes entre la Corte y el Consejo, el Estatuto estaría dotando a este de un arma adicional (a las que la Carta le entrega) en su responsabilidad de prevenir y/o reprimir las amenazas o las rupturas de la paz y seguridad internacionales⁷⁹.

Puede decirse, además, que permitir al Consejo plantear casos ante la Corte es una manera de compensar, en general al menos, una importante restricción, a juicio de muchos, que el Estatuto ha impuesto a la jurisdicción de la Corte sobre los crímenes internacionales más graves. Me explico: La Corte de Roma sólo es competente, como sabemos, sobre los crímenes enumerados en el art. 5 del Estatuto y desarrollados en los arts.6 a 8

76. El término es de BERMAN: “The relationship...” cit. (nota 45), p. 175.

77. En este sentido, por ejemplo, ARBOUR y BEGSMO: “Conspicuous...” cit. (nota 64), p. 140; ARSANJANI, M.H.: “Reflections on the jurisdiction and trigger mechanisms of the International Criminal Court”, *Reflections on the ICC. Essays in honour of Adriaan Bos*, edit. por Van Hebel-Lammers-Schukking, TMC Asser Press, 1999, pp. 57-76 (p. 65); BERMAN: “The relationship...” cit. (nota 45), pp. 174-175; LEE, R.S.K.: “Creating and International Criminal Court. Of procedures and compromises”, *Reflections...Adriaan Bos* cit., pp. 141-152 (p. 149); YÁÑEZ BARNUEVO, J.A.: “La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Balance y perspectivas”, *Creación de una jurisdicción penal internacional*, edic. de F.J. Quel Lopez, BOE-Asociación de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales-Escuela Diplomática, Madrid, 2000, pp. 17-28 (p. 28).

78. El poder de la Corte en una hipótesis así no ha escapado a la perspicacia de la doctrina, que ha afirmado que la Corte, como Jano, tiene dos caras, una “normal, medianamente débil, con una espada agobianante y corta de jurisdicción-cooperación”, pero otra “bastante poderosa como ‘aliada judicial’ del Consejo de Seguridad con una espada afilada y de largo alcance (...)” (KAUL, H.-P. Y KREB, C.: “Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Principios y compromisos”, *La nueva justicia supranacional. Desarrollos post-Roma*, Kai Ambos (coordinador), Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 297-341 (p. 337).

79. LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ han puesto énfasis en esta idea (*La Corte penal...* cit. [nota 20], p. 73).



siguientes, de las denuncias que le presenten un Estado parte, el Consejo de Seguridad o, de oficio, el Fiscal (art. 13, a, b y c respectivamente). Pero, en su art. 12, el Estatuto pone una importante condición a la jurisdicción del Tribunal, al estipularse que en el caso de los apartados a) y c) del art. 13, la Corte sólo puede ejercer su competencia a condición de que el Estado en cuyo territorio ha tenido lugar la conducta o (repárese que es disyuntiva la conjunción y no cumulativa) el Estado de nacionalidad del acusado del crimen si son partes en el Estatuto o aceptan la jurisdicción de la Corte⁸⁰. Se habrá reparado en que el art. 12 excluye la hipótesis en que es el Consejo de Seguridad el agente que “denuncia” (art. 13.b); caso, pues, en el cual la Corte será competente aunque el Estado en el que el crimen se cometió o el de nacionalidad del presunto culpable no sean partes en el Estatuto ni hayan aceptado la jurisdicción del Tribunal para el caso concreto en cuestión. La interpretación conjunta de los arts. 12 y 13 me parece clara en este sentido, pero por si hubiera duda debo añadir que es ulteriormente confirmada por otras disposiciones del mismo⁸¹. Estas disposiciones amplían sin duda, a causa de la autoridad del Consejo en el tema de la paz y seguridad internacionales, la jurisdicción de la Corte sobre los crímenes internacionales más graves, pues el Consejo de Seguridad puede “cortocircuitar” la aplicación del condicionamiento que a la competencia de la Corte establece el art. 12 del Estatuto⁸².

Y, por último, si el Consejo de Seguridad, que encarnaría en esta hipótesis a la comunidad internacional, puede llevar ante la Corte los crímenes internacionales que el Estatuto incorpora, con independencia de que el Estado en el que se cometen o de nacionalidad del culpable los hayan aceptado al ser partes en el Estatuto o mediante un acuerdo *ad hoc*, ¿no estamos entendiendo que, al menos los crímenes del Estatuto son universales, esto es, forman parte del Derecho internacional general más allá de que se

80. Véase sobre esta condición GUTIÉRREZ ESPADA: “Valoración Crítica...” cit. (nota 47), pp. 584-587 ; Id.: “Luces y...” cit. (nota 47), pp. 117-120; Id.: “Los condicionamientos...” cit. (nota 47), pp. 142-145; Id.: “La contribución del Estatuto...” cit. (nota 47), pp. 352-354.

81. Me refiero a su art. 87.5, en el que se contempla el caso de una situación remitida por el Consejo de Seguridad *ex art.* 13.b y que afecta a un Estado que no es parte en el Estatuto (...).

82. Sólo una particular crítica es posible: El veto de uno de los miembros permanentes del Consejo podría impedir la remisión de un asunto (quizás porque el Estado territorial o de nacionalidad de la víctima que no son partes ni aceptan su jurisdicción sean “fieles aliados”...). Pero es éste un problema inevitable.



recojan o no en un tratado?⁸³. ¿Y no es esto bueno, contribuir a despejar las zonas grises que aún existen en el Derecho internacional?

22. Ojalá, aunque confieso no tener a la vista de lo que está cayendo grandes esperanzas, la presencia de Estados Unidos en el Consejo no sea un factor que obstaculice sistemática y permanentemente la remisión de asuntos a la Corte por este órgano.

B) *Su (discutible) poder de suspensión*

23. El art. 16 del Estatuto permite al Consejo de Seguridad hacer que la Corte “suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado”⁸⁴.

Es, seguramente, la primera vez que los Estados partes en un tratado internacional de esta magnitud consienten expresamente que un órgano político como es el Consejo de Seguridad pueda forzar a un tribunal de justicia internacional a suspender una investigación o un proceso.

Se ha destacado, lúcidamente, las diferencias que se han establecido de este modo entre la Corte Penal Internacional, organismo que estará “vinculado” a Naciones Unidas pero que no forma parte de la misma, y la Corte Internacional de Justicia, que sí es un órgano de esa Organización. Ni en la Carta ni en el Estatuto del TIJ se contiene una disposición semejante respecto del Tribunal de La Haya. Más aún, como uno de sus jueces ha destacado, casi me atrevería a decir que con orgullo⁸⁵, el Tribunal siempre ha defendido su autonomía del Consejo de Seguridad y se ha negado a aceptar los argumentos de que hay asuntos que son competencia del Consejo y en los que la Corte no debe entrar. El TIJ por el contrario ha dejado bien sentado en no pocos casos que un mismo asunto puede abordarse simultáneamente tanto en el Consejo de Seguridad como ante él, porque ambos órganos lo encararán

83. C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, por ejemplo, así lo cree (“La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: La Corte Penal Internacional”, *Crimen internacional y jurisdicción universal: El caso Pinochet*, M. García Arán y D. López Garrido (coordinadores), Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-269, en pp. 244-245).

84. Sobre la “historia legislativa” del precepto, GARGIULO: “El controvertido rapporto...” cit. (nota 53), pp. 450-457.

85. Rosalynn HIGGINS: “The relationship...” cit. (nota 30), pp. 165-167.



de diferente forma: Política aquél, jurídica éste⁸⁶. Dicho en roman paladino, el TIJ se niega a declararse incompetente para conocer de un caso por el hecho de que este afecte directa y estrechamente al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (responsabilidad principal del Consejo de Seguridad) y/o esté de hecho siendo tratado por este órgano.

Podría haberse hecho lo mismo respecto de la Corte Penal Internacional. Y, después, de llegar a plantearse el enfrentamiento entre Consejo y Corte (...) y la alegación por parte de a quien interesare de que el Consejo de Seguridad debe imponerse (por lo del art. 103 de la Carta), pues Dios proveería (...), acaso por medio de un tribunal internacional, como el de Justicia de La Haya.

No se dio ese paso. Los Estados que participaron en la Conferencia de Roma, la gran mayoría de los cuales deseaban una Corte fuerte y digna de su nombre aceptaron un artículo, como el 16 del Estatuto, con el claro objetivo de atraer hacia éste a los Estados más renuentes, en particular a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad más hostiles, y, en concreto, en fin, a la Bestia Negra de la futura Corte, a los Estados Unidos de América (...); también el de evitar en un supuesto dado que Corte y Consejo llegaran a conclusiones diferentes (...). Nunca debemos olvidar que el art. 16 es una enorme concesión que se hizo a los Estados más opuestos a un tribunal fuerte. Desgraciadamente, ha sido en vano, y Estados Unidos sigue, con todos sus

86. Vid. sentencia de 24 de mayo de 1980, asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, *CIJ Recueil 1980*, pp. 3 ss. (pp. 19-22, párrafos 35-40); sentencia de 26 de noviembre de 1984, asuntos de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (competencia y admisibilidad), *CIJ Recueil 1984*, pp. 392 ss. (pp. 433-436, párrafos 93-98); auto de 8 abril 1993, asunto sobre la aplicación del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, *CIJ Recueil 1993*, pp. 3 ss. (pp. 19-20, párrafo 33).

Y, en fin, está el reciente asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo. En él la República Democrática del Congo ha alegado, en su demanda de 23 de junio de 1999, que Uganda (habiendo también incoado procedimientos contra Burundi y Rwanda, posteriormente se dejaron sin efecto a solicitud del demandante y con acuerdo de los demandados) había cometido actos de agresión armada en su territorio, invadiéndolo por sorpresa y ocupando parte de él. La Corte, refiriéndose a su decisión en el asunto de Nicaragua anteriormente citada, rechazó el argumento ugandés según el cual la solicitud de medidas provisionales que la República Democrática del Congo hacía debía denegarse por la Corte sobre la base de que se refería esencialmente a las mismas cuestiones que había abordado una anterior resolución del Consejo de Seguridad. El Tribunal sostuvo que la resolución del Consejo y las medidas que en aplicación de la misma se adoptaron no eran causa para impedir que la Corte actuara de conformidad con su Estatuto y Reglamento (Auto de 1 de julio de 2000, párrafo 36, en el asunto relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo [República Democrática del Congo c. Uganda. Demanda en indicación de medidas provisionales]).



enormes poderes, intentando eludir, para él y sus nacionales, la actuación de la Corte y, de paso, torpedeando su funcionamiento lo más posible. Lo ocurrido con la renovación del mandato de la de la Operación para el Mantenimiento de la Paz en Bosnia es, en mi opinión, revelador (*vid. supra* párrafo 15 e *infra* párrafos 24 y 25).

24. Muy discutible⁸⁷, por tanto, el poder de suspensión que al Consejo de Seguridad reconoce el art. 16 del Estatuto, aunque deba admitirse que el texto mejora notablemente el que presentaba el Proyecto de Estatuto de la CDI (1994) y exige requisitos de interés para poder aplicarse.

Según el art. 23.3 del Proyecto de la Comisión, ninguna investigación puede comenzarse según el Estatuto de una situación que está siendo tratada por el Consejo de Seguridad como amenaza o violación de la paz o acto de agresión de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, salvo que el Consejo de Seguridad decida otra cosa⁸⁸. Bastaba, pues, que el Consejo estuviera debatiendo un asunto en el marco del Capítulo VII para bloquear la jurisdicción del Tribunal. Habida cuenta, y es una observación a la que ya me he referido (*supra* párrafo 15), de la consideración expansiva que el Consejo hizo del concepto de “amenaza a la paz” en la década de los noventa, una disposición como la reproducida hubiera supuesto la parálisis del futuro tribunal⁸⁹. En la Comisión Preparatoria, se formularon ya propuestas que rebajaban claramente la subordinación al Consejo de Seguridad de la Corte que en el Proyecto de la CDI se establecía. En particular, Singapur y Canadá proponían una inversión de la regla de la Comisión, exigiendo para que la Corte suspendiera sus trabajos una petición expresa en este sentido del Consejo. La inercia favorecería así a la Corte, de modo que sólo si todos los miembros permanentes del Consejo estaban de acuerdo este podía bloquear el proceso judicial⁹⁰. En la Conferencia, en fin, de Roma hubo asimismo interesantes propuestas, a que me referiré más tarde, de España y Bélgica que lamentablemente no se tuvieron en cuenta. A la postre, el art. 16 del Estatuto

87. Para Sir Franklin BERMAN éste es el “pilar negativo” (“The relationship...” cit. [nota 45], p. 176). Decididamente comprensivas, diría yo, para con esta disposición, por el contrario, LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ: *La Corte Penal Internacional...* cit. (nota 20), p. 186.

88. Véase su texto en Proyecto cit. (*supra* nota 6).

89. En este sentido, por ejemplo, en la CDI BENNOUNA, *Yearbook of the ILC*, 1994, I, sesión 2361, p. 277; también en la Sexta Comisión de la Asamblea General la delegación de Irán (doc.: A/C.6/49/SR.20, p. 12).

90. Véase en particular el non-paper de Singapur (WG.3N.16, de 8 de agosto de 1997). La propuesta canadiense en tres días posterior.



es, en su esencia, la propuesta de Singapur (esto es, si el Consejo de Seguridad expresamente lo pide, la Corte suspende sus trabajos), pero con algunos añadidos que dificultan⁹¹ la capacidad de bloqueo del Consejo.

Los requisitos que el art. 16 impone exigen comentar fundamentalmente tres aspectos:

— *En primer lugar*, es preciso que el Consejo formule su petición de suspensión “de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas”⁹². Por tanto, el Consejo debe adoptar la resolución, de una parte, por el voto afirmativo de nueve miembros sin contar, además, con el voto en contra de ninguno de los miembros permanentes; como es sabido, la abstención de uno de estos no equivale al veto, habiendo la práctica modificado el tenor literal del art. 27.3 de la Carta⁹³. Bastará la oposición de un miembro permanente o de uno de los nueve no permanentes para que el Consejo no consiga su resolución. No será, antes lo decía, pues, fácil.

Además, y aunque explícitamente el art. 16 no lo exige, cabría pensar que sólo por entender que proseguir la Corte en un asunto dado las investigaciones o el enjuiciamiento supondría una amenaza para la paz y seguridad internacionales o una ruptura de la misma, podría el Consejo de Seguridad exigir tal suspensión. Y si esto es así resulta realmente difícil imaginar una circunstancia en la que investigar o enjuiciar presuntos crímenes interna-

91. En mi opinión ya he manifestado que los requisitos que el art. 16 del Estatuto imponen supondrán que “no será fácil” que el Consejo adopte una decisión (GUTIÉRREZ ESPADA: “La contribución...” cit. [nota 47], p. 360, párrafo 44; “lo “hace más difícil” es la expresión de GARGIULO: “Il controverso rapporto...” cit. [nota 53], p. 457, párrafo 8), pero sigo creyendo que afirmar que será “sumamente difícil” (ESCOBAR HERNÁNDEZ: “La progresiva...” cit. [nota 83], p. 266) es ajustar la tuerca en exceso.

92. Se observará que el art. 16 exige “una resolución” mientras que el art. 13.b (derecho de iniciativa) se refiere a que el Consejo debe estar “actuando de conformidad con el Capítulo VII”. Aunque podría argumentarse que “actuar bajo...” exigiría que el Consejo de Seguridad haya decidido ya medidas (*ex arts. 41 y/o 42*), mientras que una “resolución” se conformaría con que el Consejo hubiera decidido, sin más acciones, que hay amenaza o ruptura (*ex art. 39*), no parece, empero, que los trabajos preparatorios permitan establecer diferencias de esta naturaleza. La exigencia en concreto de una resolución formal que en el art. 16 se plasma sólo se debió a asegurarse que la petición de suspensión se llevaba a cabo con una votación formal (art. 27 de la Carta) en vez de nacer de la mera discusión de una situación *ex* Capítulo VII (OOSTHUIZEN: “Some preliminary...” cit. [nota 53], pp. 332-333). Posiblemente en ambos casos (arts. 13.b y 16) basta con que el Consejo de Seguridad haya decidido, en aplicación del Capítulo VII (art. 39), que se ha producido una amenaza, ruptura de la paz y seguridad internacionales o un acto de agresión.

93. Véase el *Repertorio de la práctica seguida por las Naciones Unidas*, Naciones Unidas, Nueva York, 1956, vol. II (arts. 23-54), pp. 90-91.

cionales pueda amenazar la paz; como el delegado de la India afirmara en la sesión final de la Conferencia de Roma, es difícil pensar que “el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales pueda requerir que se permita eludir que se haga justicia con aquellos que han cometido los crímenes enumerados en el art. 5”⁹⁴.

— *En segundo lugar*, la suspensión de las investigaciones o el enjuiciamiento es de doce meses. Es importante reseñarlo y valorarlo, pese a lo que enseguida diré, porque supone que si no hay renovación de esa suspensión, en los términos que el Estatuto permite, transcurridos esos doce meses, la Corte puede automáticamente reanudar (donde se dejaron) investigaciones o enjuiciamientos.

— *En tercer lugar*, el Estatuto permite que la petición sea “renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones” (art. 16 *in fine*). ¿*Ad infinitum* cabría preguntarse?. No está claro, a mi entender. Es cierto que los términos abiertos y genéricos de la disposición no rechazarían una interpretación favorable a una posibilidad de renovación sucesiva “indefinidamente”⁹⁵. Al ascua ardiendo de la letra del artículo 16 se ha agarrado Estados Unidos (y han, penosamente a mi entender, aceptado miembros permanentes del Consejo y partes en el Estatuto de Roma como Francia y Gran Bretaña) para, en mi opinión con un ramalazo de altanería innecesario, y tras haber conseguido que el Consejo de Seguridad pida “anticipadamente” (lo que no está previsto en el art. 16) a la Corte que no inicie investigación o enjuiciamiento alguno contra nacionales de Estados no partes en el Estatuto que

94. Doctrinalmente, se ha apuntado, no sabe uno bien al final si con *non sanctas* intenciones, que “la única hipótesis plausible que justifica la atribución al Consejo del poder de suspender los procedimientos” es la de que este “decida que para asegurar el mantenimiento o restablecimiento de la paz y la seguridad en determinadas situaciones, se hace necesario conceder amnistías u otras garantías de impunidad a los autores de crímenes sobre los que la Corte tiene competencias (PAOLILLO: “El Consejo de Seguridad...” cit. [nota 46], p. 263). El internacionalista argentino, sin esconder que permitir esto al Consejo “provoca cierta perplejidad” y es una “profunda contradicción”, pues otras instancias internacionales han condenado las “leyes de amnistía” promulgadas por algunos Estados (Argentina, Chile...) en el marco de transiciones pacíficas de dictaduras a democracias (PAOLILLO, pp. 263-264), no deja, sin embargo, de extraer a esa disposición del Estatuto un efecto útil (y, acaso, peligroso): “Lo que le está permitido hacer la Consejo de Seguridad para cumplir con sus propósitos debería serle permitido a los Estados para cumplir con los suyos (...). Tal vez la concesión al Consejo de Seguridad del poder impedir el castigo de los grandes criminales internacionales conduzca a un futuro reconocimiento del derecho de los Estados a decidir, en el ejercicio de su soberanía, de qué modo alcanzar dentro de su territorio la realización de la paz y de la justicia, esos dos valores fundamentales tan inseparables, y sin embargo veces tan difíciles de conciliar” (PAOLILLO, cit., p. 264).

95. CARGIULO: “Il controverso rapporto...” cit. (nota 53). p. 457, párrafo 8.



tengan contingentes en Operaciones para el mantenimiento de la paz autorizadas o establecidas por la ONU durante un año a contar desde el 1 de julio del 2002, que el Consejo añadiera que piensa hacer lo mismo (esa petición) todos los primeros de julio de cada año, y, además, que ojito, ojito con que los Estados miembros de Naciones Unidas hagan algo que no esté en consonancia con lo dicho (...) (*vid. infra* párrafo 25).

Creo, sin embargo, que una interpretación a ras de letra de un texto que parece inacabado contradice la esencia de conceptos claves del mismo, como los de “suspensión” y “temporalidad”. El art. 16 del Estatuto, y ello podrá comprobarse analizando los trabajos preparatorios, no se estableció para que el Consejo de Seguridad pudiese, con planificada premeditación, suspender *ad infinitum* una investigación o un enjuiciamiento, sino para que, cuando las circunstancias de un asunto, en un momento dado, lo aconsejaran, pudiera temporalmente hacerlo. Se trata de cosas bien distintas. De modo que una petición de suspensión de esta naturaleza, como el párrafo 2 de la citada resolución deja traslucir, me parece una petición en fraude de ley, en fraude del art. 16 del Estatuto en el que pretende basarse.

25. Y dada la práctica reciente cabría añadir e insistir en otro requisito que el art. 16 impone: Es obvio que la petición del Consejo de suspensión se refiere a denuncias ya interpuestas, esto es, a una “situación” ya remitida por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad (art. 13.a y b) o a una denuncia de oficio promovida por el Fiscal (art. 13.c); el tenor literal del citado artículo lo demuestra: El Consejo puede pedir a la Corte que suspenda “la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado”⁹⁶.

No cabe, por tanto, considerar como se ha pretendido por algunos, acaso para justificar su mala conciencia, que la resolución adoptada el viernes 12 de julio de 2002, por unanimidad, en el Consejo de Seguridad, en virtud de la cual la Corte no iniciará ni proseguirá investigación o enjuiciamiento alguno contra funcionarios, exfuncionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado no parte en el Estatuto que aporta contingentes en operaciones establecidas o autorizadas por Naciones Unidas durante un período de doce meses a partir del 1 de julio de 2002⁹⁷, sea conforme con el Estatuto.

96. La cursiva es mía.

97. S/RES/1422 (2002), de 12 de julio, párrafo 1. En este mismo párrafo, en el que el Consejo de Seguridad formula esa petición, se afirma: “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma”. No estoy de acuerdo.



Francia y Gran Bretaña (porque Rusia y China no lo son, de ahí que resulten, como Estados Unidos, beneficiados por la misma), Estados partes en el Estatuto tras votar a favor de la resolución argumentaron que con la misma “la integridad” de la Corte quedaba a salvo⁹⁸, o que “para nosotros, lo que estaba por encima de todo era la autoridad del nuevo Tribunal Penal Internacional. No se ha establecido una inmunidad permanente, general y preventiva, lo que para nosotros es lo importante. Misión cumplida”⁹⁹.

No estoy de acuerdo. La resolución citada es cierto que evoca el art. 16 del Estatuto, pero lo incumple¹⁰⁰. Este no permite conceder una inmunidad de jurisdicción, por temporal que sea, *con carácter previo* a nacionales de Estado alguno, como esta hace. En la resolución, además, se deja constancia expresa de cual es el objetivo, establecer una inmunidad permanente (...); ¿o no?: El párrafo 2 de la resolución “expresa la intención [del Consejo de Seguridad] de renovar en las mismas condiciones el 1º de julio de cada año, la petición que se indica en el párrafo 1 para períodos sucesivos de doce meses durante el tiempo que sea necesario”. Es difícilmente admisible que el art. 16 haya pretendido establecer una suspensión indefinidamente renovada (...) (véase *supra* párrafo 24 *in fine*). La planificación, la premeditación, por lo demás, es tal que el Consejo ordena (“decide”), dirigiéndose a todos los Estados miembros de Naciones Unidas: “No tomarán ninguna medida que no esté en consonancia con el párrafo 1 y con sus obligaciones de carácter internacional”.

¿Queremos más pruebas?. Con esta resolución, el Consejo de Seguridad, ha sido utilizado por Estados Unidos mediante una presión intolerable, como un ariete contra las puertas del Estatuto, atentando directamente contra lo dispuesto en un tratado internacional, en cuya negociación Estados Unidos no consiguió lo que, ahora, la resolución le da. Con la misma “incredulidad y

98. J. GREENSTOCK, representante permanente británico y a la sazón Presidente (mensual) del Consejo (*ABC*, domingo 14 de julio de 2002, p. 33).

99. J. DAVID-LEVITTE, Representante permanente de Francia ante el Consejo, en declaraciones a los “Medios” tras el fin de la sesión del Consejo (*ABC* cit. en nota anterior, p. 33).

100. Me da la impresión que con un lenguaje más diplomático, y por tanto menos directo, la misma Comisión Preparatoria así lo ha entendido cuando, preocupada por la propuesta que finalmente triunfó en la res. 1422, declaró: “La Comisión Preparatoria hace un llamamiento a los Estados miembros del Consejo de Seguridad para que en el resultado de sus deliberaciones se respeten plenamente la letra y el espíritu del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” (párrafo 3 de la declaración transmitida al Presidente del Consejo de Seguridad, los Estados miembros del Consejo y al Secretario General de Naciones Unidas, adoptada por la Comisión en su 40ª sesión de 3 de julio de 2002; puede verse en doc.: PCNICC/2002/L.4 [Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su décimo período de sesiones, 1 al 12 de julio de 2002], 11 julio 2002).



cara de pocos amigos” con que la prensa nos comenta miraba el embajador canadiense ante Naciones Unidas, Paul HEINBECKER, al representante francés en sus declaraciones tras el Consejo (*ABC*, 14 julio 2001, p. 33), debe, a mi entender, mirarse la resolución resultante.

Sólo queda rezar porque mañana, una vez olvidado este asunto (sí es que así ocurriera), Rusia o China no desempolven el precedente. Francia y Gran Bretaña, la Unión Europea si se quiere, han cedido a la presión del “amigo americano”; la alternativa era no ceder, vetar esa resolución que Estados Unidos patrocinaba y, claro, suplir a los contingentes de este país en las Operaciones de Mantenimiento de la paz en juego (esta es, seguramente, la clave de todo).

26. Y puesto que el art. 16 fue un compromiso muy importante para atraerse a enemigos (...) que no ha funcionado, yo me pregunto si en el futuro no habría que proponer su modificación, para concretar, limitándolo, el número de veces que el Consejo puede reiterar su petición de suspensión, a fin de eliminar de raíz interpretaciones literalista de dicha disposición aunque contrarias a su espíritu y objetivos, como las que Estados Unidos ha impuesto con la resolución 1422 (2002) antes mencionada del Consejo de Seguridad. En la Conferencia de Roma, la delegación de España propuso una enmienda en la que la renovación de la petición de suspensión sólo se contemplaba por un nuevo período de doce meses (una sola vez entonces); la propuesta española incluía, además, una disposición según la cual, incluso durante el período de suspensión, la Corte podía “adoptar todas las medidas necesarias para preservar las evidencias y cualquier otra medida cautelar en interés de la justicia”¹⁰¹

Una modificación de esta naturaleza haría del art. 16 del Estatuto una mejor base para regular las relaciones entre la Corte y el Consejo de Seguridad.

101. Párrafos 2 y 3 de la propuesta de enmienda del art. 10.7 del Proyecto de Estatuto presentado por la Comisión Preparatoria a la Conferencia de Roma (doc.: A/CONF.183/C.1/L.20, 25 junio 1998). Bélgica presentó también unos días antes una enmienda en parte análoga (doc.: A/CONF.183/C.1/L.7, 19 junio 1998).

C) *Su (incierto) control de la cooperación de los Estados con la Corte*

27. En el caso de los tribunales penales internacionales, y desde luego también para la Corte de Roma, la cooperación estatal es clave. De una parte, y por lo que al tratado constitutivo de esta se refiere, no se otorga a la Corte poder de ejecución propio alguno, ni parece que sea posible entender que dichas facultades sean inherentes o implícitas a sus funciones; y, de otra, los presuntos culpables de haber cometido un crimen de los que la Corte es competente, así como las pruebas y demás evidencias, estarán por lo común en el territorio de un Estado soberano; si estos no cooperan con el Tribunal, la Corte pasaría a ser absolutamente impotente ¹⁰².

28. El Estatuto de Roma ha regulado con detalle la cuestión de la cooperación estatal con la Corte¹⁰³. Parte del establecimiento de una “obligación general de cooperar” a cargo de los Estados partes, cooperación que deberá además ser “plena” en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia (art. 86).

El incumplimiento de esta obligación de cooperar ya por un Estado parte, ya por un Estado no parte pero que haya celebrado con la Corte un arreglo especial o un acuerdo en tal sentido, faculta a la Corte a llevar el caso a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad si es que este hubiera remitido el asunto:

De las medias que la *Asamblea de Estados Partes* pueda tomar nada se dice; y en todo caso habrá que esperar si los textos a ella relativa que deben

102. A. CASSESE, en su Manual, apunta gráficamente que los Tribunales Penales Internacionales “son como gigantes sin brazos ni piernas, que necesitan por ello de miembros artificiales para caminar y trabajar. Estos son las autoridades estatales. Si la cooperación de los Estados no se produce, estos tribunales se paralizan” (*International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 269).

103. Parte IX: Artículos 86-102. Véase, por ejemplo, MOCHOCHOKO, P.: “International cooperation and judicial assistance”, en R.S. LEE (Edt.): *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute*, Kluwer, La Haya-Boston-Londres, 1999, pp. 305-317; SWART, B. y SLUJTER, G.: “The International Criminal Court and international criminal cooperation”, *Reflections on the International Criminal Court. Essays in honour of Adriaan Bos*, edición de H. Von Habel, J.G. Lammers y J. Schukking, TMC Asser, La Haya, 1999, pp. 91-127; GARTNER, I.: “Las Reglas de Procedimiento y Prueba en materia de cooperación y ejecución”, *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Kai Ambos (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 373-399; KARAYAN, H.: “La cooperación con una Corte Penal Internacional permanente”, *La nueva justicia penal...Desarrollos post-Roma* cit., pp. 343-371; KAUL, H.P. y KREB, C.: “Jurisdicción...” cit. (nota 78), pp. 297-341.



adoptarse aún concretan este punto. En defecto de normas específicas, la Asamblea de Estados Partes podrá sin problema alguno manejar las medidas que el Derecho internacional general sobre la responsabilidad tiene previsto (la mayoría de las cuales han sido recogidas en el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos que la Asamblea General de Naciones Unidas ha anejado a su resolución 56/83, de 28 de enero de 2002¹⁰⁴; o, ¿por qué no?, solicitar por medio de uno de sus Estados partes al Consejo de Seguridad que tome las medidas que considere oportunas (...).

Por lo que se refiere al Consejo de Seguridad, obsérvese que su intervención respecto del control de las obligaciones de cooperación con el Tribunal sólo se preve para el supuesto de que el asunto en cuestión hubiera sido remitido a la Corte directamente por él (art. 13.b del Estatuto); aunque también podría ocuparse, parece, si se lo solicitara la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto. En tal caso, y aunque el Estatuto no precisa, como es lógico por otra parte, qué medidas debiera adoptar el Consejo¹⁰⁵, éste tiene a su disposición todas las competencias que el Capítulo VII le concede al efecto, incluyendo la adopción de medidas coercitivas, no armadas (art. 41 de la Carta) y aún armadas (art. 42), contra el Estado renuente a cooperar.

Habrá que esperar a la práctica, pero para que, avisándolo, nadie pueda calificarme de traidor, debo reseñar que precisamente la práctica, la de los TPIY y TPIR, no nos invita a ser muy optimista. Algunos Estados de la antigua Yugoslavia no cooperan, no lo han venido haciendo al menos, con el TPIY, de lo que este se queja reiteradamente ante el Consejo¹⁰⁶; ¿y qué ha hecho-hace éste? Baste un botón de muestra: En septiembre, octubre y noviembre de 1998, el Presidente del Tribunal para la antigua Yugoslavia se

104. Véase por ejemplo GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “¿*Quo vadis* Responsabilidad? (De los ‘crímenes internacionales’ a la ‘violación grave de normas imperativas’)”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, V (2001), pp. 381-562 (pp. 425 ss., 451 ss., 472 ss., 497 ss).

105. Ya lo apuntó el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia: No es él sino el Consejo el que debe, de acuerdo con sus Poderes según la Carta, decidir qué hacer con los Estados que no cooperan (...) (Prosecutor v. Tihomir Blaskic. Judgement on the request of the Republic of Croatia for review of the decision of the Trial Chamber II of 18 July 1997, case n° IT-95-14, s. 29 October 1997, párrafos 26. 31 y, en especial, 33).

106. Véase, por ejemplo, el Sexto Informe anual del Tribunal (doc.: S/1998/846, párrafos 90-107). Respecto de la cooperación con el Tribunal para Rwanda, *vid. ad ex.* SLUTER, G.: “To cooperate or not to cooperate?. The case of the failed transfer of Ntakirutimana to the Rwanda Tribunal”, *Leyden Journal of International Law*, 11 (1998), pp. 383 ss.



dirige al Consejo de Seguridad para informarle de que la actual Yugoslavia no permite el acceso a su territorio de Kosovo del Fiscal del Tribunal para llevar a cabo allí el ejercicio de sus funciones¹⁰⁷; ¿la respuesta del Consejo de Seguridad?, una resolución el 17 de noviembre de 1998 en la que, ante este reiterado incumplimiento por Yugoslavia de sus obligaciones, el Consejo decide “de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas” las “medidas” siguientes:

- “*Condena* el incumplimiento hasta la fecha por parte de la República Federativa Yugoslava de su obligación (...) y *exige* la ejecución inmediata e incondicional (...).
- *Reitera* su llamamiento a las autoridades de la R.F. Yugoslava (...) para que coopere plenamente con el Fiscal (...).
- *Pide* al Presidente del Tribunal que mantenga informado al Consejo (...).
- *Decide* seguir ocupándose de la cuestión” (S/RES/1207 (1998), de 17 de noviembre, párrafos 3-6).

El Presidente del Tribunal ha seguido informando, pero el Consejo, como aquel “Escribidor” de cartas del clásico español, que había amenazado a los que le molestaban en su trabajo¹⁰⁸, una vez concluido éste “levantóse, fuése y no hubo nada...”.

Item más. Si respecto de tribunales, y perdónese la expresión, “nacidos de sus mismas ingles” como los de Yugoslavia y Rwanda el Consejo (in)actúa así, ¿se imagina el lector las posibles respuestas que el Consejo de Seguridad, con un amigo de la Corte en su seno como Estados Unidos piensa dar a unas, por hipótesis, amargas y reiteradas quejas del Presidente de la Corte de que tal o cual Estado no coopera con ella?

29. Sólo una última cuestión. El art. 87.5 del Estatuto contempla el supuesto de que la Corte informe a la Asamblea de Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si este le hubiese remitido el asunto, cuando “un Estado que no sea parte en el presente Estatuto y que haya celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte se niegue a cooperar (...)”. ¿Podría la Corte informar al Consejo de Seguridad de que Estados no partes, que no han concertado acuerdo alguno, se niegan a cooperar con la Corte (...)?

107. Cartas de 8 de septiembre de 1998 (S/1998/839), 22 de octubre (S/1998/990) y de 6 de noviembre (S/1998/1040).

108. “Cuan gritan esos malditos, pero mal raya me parte si, en acabando esta carta, no pagan caro sus gritos...”.



Por sorprendente que a primera vista parezca, me inclino a dar la razón a OOSTHUIZEN que se decanta por una respuesta afirmativa¹⁰⁹. Dado que el Estatuto declara a la Corte competente para conocer de situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad que se den o afecten a nacionales de Estados con independencia de (no importando pues) que estos sean o no partes en el Estatuto o hayan aceptado o no la jurisdicción del Tribunal para ese asunto concreto (*vid. supra* 21), ¿por qué la Corte no va a poder hacer eso?

3. (...) Y uno más: La agresión (pospuesta)

Aunque el Estatuto (art. 5) establece que la Corte tendrá competencia sobre el crimen de agresión, pospone ese día a un futuro que no puede calificarse de precisamente corto¹¹⁰. ¿Por qué y hasta cuando?

En la Conferencia de Roma (1998) no fue posible llegar a un acuerdo sobre dos cuestiones básicas relacionadas con el crimen de agresión: De un lado, la definición del mismo¹¹¹; de otro, el papel del Consejo de Seguridad en su determinación. Dicha situación llevó a los Estados partes a posponer la competencia de la Corte sobre los individuos culpables de cometer una agresión hasta contar con “una disposición (...) en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales (...) la Corte ejercerá [su] competencia” (art. 5.2 del Estatuto)¹¹².

En todo caso, la aprobación de dicha disposición se conecta con el procedimiento de adopción de enmiendas y revisión del Estatuto. De conformidad con el mismo, esa disposición sólo podrá adoptarse pasados siete años desde la entrada en vigor del Estatuto (arts. 121.1 y 123.1), esto es, el 1 de julio de 2009. Por lo demás y puesto que se tratará de una enmienda sobre los

109. “Some preliminary...” cit. (nota 53), p. 339.

110. Para la “historia legislativa” del art. 5, GARGIULO: “Il controverso rapporto...” cit. (nota 53), pp. 462-469.

111. Sobre la dificultad de concretar la base jurídica del crimen individual de agresión si lo comparamos con los demás que son competencia de la Corte véase GARGIULO: “Il controverso rapporto...” cit. (nota 53), pp. 461-462.

112. El art. 5 es un texto, pues, de compromiso entre los partidarios de dar competencias a la Corte sobre los individuos culpables de decidir la agresión armada de un Estado contra otro y los que se negaban por su indefinición y por la naturaleza más “estatal” que “individual” del crimen de agresión (MERON, TH.: “Crimes under their jurisdiction of the International Criminal Court”, *Reflections on the ICC. Essays in honour of Adriaan Bos*, edición de Van Hoben. Lammers y Schukking, TMC Asser Press, La Haya, 1999, pp. 47-55 (PP. 47-348)).



crímenes de los que la Corte es competente requerirá para su adopción una mayoría de dos tercios de los miembros que integran la Asamblea de los Estados partes en el Estatuto y sólo vinculará a los Estados que la hayan aceptado (art. 121.3 y 5).

31. La resolución F del Acta Final de la Conferencia de Roma ordena a la Comisión Preparatoria para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional que en la misma se establece, elaborar la disposición a la que se refiere el art. 5.2 del Estatuto. Realizada esta tarea, la Comisión someterá su propuesta a la Asamblea de los Estados partes¹¹³ con miras a alcanzar un texto aceptable para su inclusión en el Estatuto.

La Comisión Preparatoria creó, en su cuarto período de sesiones, un Grupo de Trabajo sobre la Agresión, que, desde el séptimo período de sesiones de la Comisión, se encuentra bajo la coordinación de D^a Silvia FERNÁNDEZ DE GURMENDI (Argentina). Varias propuestas se han hecho ya en su seno, que aparecen en un *Texto consolidado de las propuestas relativas al crimen de agresión* que la Comisión adoptó en ya en su tercer período de sesiones¹¹⁴.

Son dos, básicamente, las cuestiones fundamentales por resolver:

Por una parte la definición del crimen de agresión, lo que implicará no sólo saber si es preferible una fórmula general (el “enfoque genérico” del que se habla en el Grupo de Trabajo) u otra que incorpore una lista de ejemplos concretos, sino también deslindar, estableciendo la correspondiente relación, entre el acto de agresión como crimen de Estado del crimen individual de agresión (el único del que la Corte será competente).

Y, por otra, decidir si el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas detendrá en exclusiva, con todas las consecuencias, o no el protagonismo para determinar si se ha cometido un acto de agresión.

113. Art. 112 del Estatuto.

114. Texto éste que se reproduce en el documento sobre el crimen de agresión que se incluyó, con base en el informe verbal de la coordinadora del Grupo, como letra A del Anexo III de las Actas de la Comisión correspondientes a su octavo período de sesiones: *Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su octavo período de sesiones (21 de septiembre a 5 de octubre de 2001)*. Doc.: PCNICC/2001/L.3/Rev.1, 11 octubre 2001, pp. 13-20 (anexo III, letra A en particular).



32. El 8 de abril de 2002, en el marco de su noveno período de sesiones¹¹⁵, la coordinadora del Grupo de Trabajo sobre la Agresión presentó un documento sobre la *Definición del crimen de agresión y condiciones para el ejercicio de la competencia*¹¹⁶, que fue debatido a lo largo del período de sesiones¹¹⁷.

El Documento consta de cuatro párrafos¹¹⁸, los dos primeros separan la agresión como acto del Estado del crimen de agresión del individuo (respectivamente párrafos 1 y 2)¹¹⁹. En sus párrafos 3 y 4, el documento aborda las condiciones en las que la Corte ejercerá su jurisdicción.

Me referiré por separado a ambas cuestiones.

33. El párrafo 1 del texto propuesto por la coordinadora define el acto de agresión como el “acto cometido por un Estado y comprendido en la definición que figura en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, a reserva de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se pronuncie previamente al respecto”. A la postre, entonces, teniendo en cuenta sobre todo¹²⁰ su inciso final, hay agresión cuando el Consejo de Seguridad así lo decide. Un enfoque de esta naturaleza me parece poco jurídico. Se trata de llegar a una definición jurídica objetiva que la Corte pudiera interpretar llegado el caso a la hora de ver si un individuo ha cometido el crimen de agresión. Si mezclamos esa definición jurídica con la necesidad de que el Consejo diga primero que hay agresión, si éste no dice nada (por ejemplo porque el veto de uno de sus miembros permanentes impide aprobar la proyecto de resolución pertinente),

115. Del 8 al 18 de abril de 2002. En él la Comisión Preparatoria para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional ha llevado a cabo cuatro sesiones formales y dos informales.

116. En doc.: PCNICC/2002/L.1/Rev.1, pp. 18-19.

117. Vid. GUIDON, P.: “The crime of aggression”, en *The ELSA: Report...* cit. (nota 15), pp. 23-25 (p. 25).

118. Es un texto, pues, breve, “por una parte [algo] más que una compilación y por otra no aporta per se solución sustantiva alguna” (GUIDON: “The crime...” cit., p. 25).

119. La coordinadora del Grupo tuvo así en cuenta el enfoque metodológico propuesto oralmente por Bélgica en la séptima sesión de la Comisión Preparatoria y formalmente, en la octava, por Bosnia, Rumanía y Nueva Zelanda (doc.: PCNICC/2001/WGCA/DP.2).

120. Y digo “sobre todo” porque ya según la Definición de la Agresión aneja a la resolución 3314 (XXIX) que en el mismo se cita, y aunque en ella se da una definición objetiva, analítica, de los que es agresión (art. 3), es a la postre el Consejo de Seguridad el que tiene la última palabra sobre lo que se puede calificar y lo que no de “acto de agresión” (vid. arts. 2, 3 y 4 de la misma).

impedimos a la Corte pronunciarse. Definamos la agresión de momento sólo; si el Consejo debe intervenir o no y cómo vendrá después. En este sentido, la referencia *sin más* o en general a la Definición de la Agresión no me parece satisfactoria, porque en ella, como antes he apuntado, hay disposiciones que dejan en manos del Consejo de Seguridad entender si hay agresión o no, al margen de toda definición objetiva. Yo propondría una definición del acto de agresión objetiva, en la que haciéndose referencia a la resolución 3314 (XXIX)¹²¹ no se incluyeran las disposiciones de la misma que condicionan la definición a la voluntad del Consejo de Seguridad. Y es que si incluimos al Consejo de Seguridad en la definición misma de la agresión, alguien (quizás los miembros permanentes o alguno de ellos del Consejo de Seguridad) podrá decirnos más tarde que si el Consejo no llega a pronunciarse sobre si en un supuesto dado ha habido o no una agresión (por mor acaso de un veto) no la hay y, por tanto, la Corte no podría investigar ni enjuiciar el crimen (individual) de agresión; y esto debemos evitarlo a toda costa¹²².

Solo si ha habido un acto de agresión de un Estado podrá plantearse que un individuo (de ese Estado) ha cometido el crimen de agresión del que la Corte podrá juzgarle¹²³. El Documento presentado por la coordinadora del Grupo de Trabajo define el crimen de agresión con estrictos requisitos:

Así solo lo comete “una persona”¹²⁴ cuando “intencionalmente y a sabiendas ordene la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión (...)” o “participe activamente en la planificación (...)”.

121. No en vano se ha considerado que al menos en parte la misma forma parte del Derecho internacional consuetudinario (*vid. CIJ Recueil 1986*, p. 103).

122. De modo que propondría un párrafo 1 así redactado: “1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por acto de agresión el cometido por un Estado y comprendido en las letras a) a g) del art. 3 de la Definición de la Agresión que figura en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1974”.

123. Para una concepción claramente a favor de subordinar el enjuiciamiento de individuos a una previa determinación por el Consejo de Seguridad de un acto de agresión, sobre todo en el contexto de un análisis del art. 16 del Proyecto de Código de la CDI sobre crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La responsabilité internationale dell’individu”, *Recueil des Cours*, 280 (1999), pp. 135-428 (pp. 317-320).

124. Algunas delegaciones propusieron, en la Comisión Preparatoria, sustituir este término por el de “individuo” para estar en armonía, se decía, con la terminología del Estatuto (SOFIA CANDEIAS, P.: “Paragraphs 1 and 2 [PCNICC/2002/WG. CA/RT.1]”, p. 26). En realidad, al menos en el texto (auténtico como otros) español el Estatuto habla de “personas” no de individuos (art. 1), “personas naturales” (art. 25. Sólo en el título de este se alude a “responsabilidad penal individual”). Otra cosa es que se proponga añadir a “personas” el calificativo de “naturales” (como en el art. 25.1 se hace). De este modo, en efecto, se estaría en armonía con el Estatuto que, más



Además se exige que esa persona “esté en condiciones de controlar o dirigir la acción política o militar de un Estado”¹²⁵.

Y, sobre todo, el tenor de este párrafo 2 deja claro que no se considerará crimen de agresión cualquier acto de agresión sino solo las agresiones más graves. Tres variantes se proponen para dar forma a esta tercera exigencia:

El crimen de agresión, según la variante 1, exige que el actio en cuestión “por sus características y gravedad equivalga a una guerra de agresión”.

La variante 2 se refiere a que “tenga por objeto o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado”.

Y la variante 3, que “constituya una violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas”.

Habida cuenta de que los crímenes que se desarrollan en el Estatuto y de los que la Corte es competente son también definidos estrictamente, parece razonable hacer lo propio, si es que fuera también posible, con el crimen de agresión y exigir, por tanto, para su procesamiento, que se trate de agresiones significativas. Es lo que se pretende sin duda al recoger las tres fórmulas mencionadas, aunque debe notarse que las dos primeras son, en mi opinión, en exceso restrictivas¹²⁶. La variante 3, en principio más tolerable, puede ser a la postre demasiado genérica. Habría, entonces, que esforzarse por encontrar una fórmula mejor. De no ser así, acaso cabría, alternativamente, pensar que con los otros requisitos y una definición objetiva y suficientemente precisa del acto de agresión del Estado, la Corte tendría elementos suficientes (...) ¹²⁷.

allá de la terminología que emplee, sólo es competente para enjuiciar a individuos y, además, mayores de dieciocho años en el momento de la presunta comisión del crimen (arts. 25.1 y 26).

125. “Muchos países” (SOFIA CANDEIAS: “Paragraphs...” cit. [nota 124], p. 26) consideraban insuficientes los términos y pedían añadir la idea de “control efectivo”; lo importante a su juicio era castigar al líder real y no al formal (...).

126. Compárense se las variantes 1 y 2 con el art. 3 de la Definición de la Agresión de 1974 citada. Así lo manifestaron, por lo demás, en los debates habidos en el noveno período de sesiones de la Comisión Preparatoria algunas delegaciones (SOFIA CANDEIAS: “Paragraphs...” cit. [nota 124], p. 26).

127. Teniendo en cuenta el texto que he ya propuesto para la definición de la agresión como acto de un Estado (*supra* nota 122), le seguiría como segundo párrafo éste: “2. Se entenderá por crimen de agresión el acto cometido por una persona que, estando en condiciones de ejercer un control efectivo de la acción política o militar de un Estado, intencionalmente o a sabiendas ordene (o participe activamente en) la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión tal y como se ha definido en el párrafo anterior”.



34. Los párrafos 3 y 4 del Documento de la coordinadora del Grupo sobre la Agresión se basan en el presupuesto rígidamente entendido de que la Corte debe asegurarse antes de dar paso alguno respecto del crimen de agresión que el Consejo de Seguridad no se ha pronunciado ya sobre la existencia o no de un acto de agresión. En el entendido que la determinación del Consejo sería decisiva a estos efectos: Si el Consejo considera que no hay agresión, el crimen individual es imposible; de creer que sí, la Corte se pronunciará sobre si el acusado es o no culpable. El problema surge si el Consejo de Seguridad no se ha pronunciado: El Documento, en tal caso, recoge cuatro variantes a las que es preciso añadir una quinta propuesta por la delegación de Los Países Bajos en los debates habidos en el noveno período de sesiones de la Comisión Preparatoria. Todas las veremos.

Puesto que según el art. 5.2 del Estatuto la futura disposición que defina la agresión y regule las modalidades con que la Corte ejercerá su competencia sobre este crimen “será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de Naciones Unidas”, y esta dice que “el Consejo de Seguridad determinará la existencia de [un] acto de agresión” (art. 39 de la Carta), parece inevitable llegar a la conclusión de que siempre que el Consejo de Seguridad haya determinado (o no) la existencia de un acto de agresión su interpretación será decisiva para la Corte en el sentido al que antes aludía y que se recoge en el citado Documento. De hecho, en la propia Comisión Preparatoria se considera obligado que la nueva disposición que se adopte sobre el crimen de agresión tenga en cuenta “(...) que el Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad de determinar la existencia de un acto de agresión”¹²⁸.

Ahora bien, por una parte, esta idea puede articularse formalmente de modo que se exploten a favor de la Corte todos los ángulos muertos u oscuros que pudieran existir, y se traslade al Consejo el trabajo de tomar las iniciativas pertinentes. Por tanto me pregunto si es realmente necesario, como en el párrafo 3 del Documento de la coordinadora se hace, obligar expresa y formalmente (a modo de hacerle pasar bajo el yugo y que se note) a la Corte a que (“cuando el Fiscal tenga la intención de iniciar una investigación sobre un crimen de agresión”) “verifique en primer lugar si el Consejo de Seguridad

128. “Nota explicativa” de la Comisión al *Texto consolidado de las propuestas relativas al crimen de agresión adoptado* en el octavo período de sesiones de la Comisión Preparatoria, letra B (“sobre las condiciones para el ejercicio de la competencia”), en doc.: PCNICC/2001/L.3/Rev.1, 11 octubre 2001 (Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su octavo período de sesiones [28 septiembre a 5 octubre 2001], anexo III, pp. 13 ss., en p. 17).



(...) ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate”. Bastaría simplemente con que en ese caso la Corte notificara al Consejo de Seguridad que el Fiscal tiene esa intención¹²⁹. De este modo se invita al Consejo a que, de inmediato, comunique, si es que la ha habido, su previa determinación de que se ha cometido (o no) por el Estado de que se trate una agresión. A fin de aprovechar la situación y hacerlo con los mejores esfuerzos de economía procesal, esa notificación abriría un plazo razonable que permitiría al Consejo ya comunicar a la Corte que existe una determinación suya previamente adoptada, ya, si es que no la hay, adoptarla entonces, ya ejercer el poder de bloqueo temporal que el art. 16 del Estatuto le concede. Este plazo, para el caso en que el Consejo no se haya pronunciado, es imperativo porque con él se respeta la idea de que la Corte sólo puede actuar de acuerdo con la decisión del Consejo sobre el acto de agresión; es decir, el plazo no responde tanto a que el inicio de la investigación por la Corte no se demore en exceso cuanto a que esta pueda saber si tiene o no luz verde para proceder a hacerlo.

Cuatro son las variantes que el párrafo 4 del Documento de la coordinadora del Grupo propone “cuando el Consejo de Seguridad no emita un pronunciamiento sobre la existencia de un acto de agresión ni haga valer el art. 16 del Estatuto dentro de un plazo de seis meses a partir de la fecha de la notificación”:

Variante 1: “la Corte procederá a sustanciar la causa”.

Variante 2: “La Corte sobreseerá la causa”.

Variante 3: “La Corte, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los arts. 12, 14 y 24 de la Carta, pedirá a la Asamblea General de las Naciones Unidas que haga una recomendación dentro de un plazo de [12] meses. En el caso de que no se haga tal recomendación, la Corte podrá sustanciar la causa”.

Variante 4: “La Corte podrá pedir a la Asamblea General que solicite una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el art. 96 de la Carta y el art. 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sobre la cuestión de derecho de si el Estado de que se trate ha o no cometido un acto de agresión. La Corte podrá sustanciar la causa si la Corte Internacional de Justicia: a) Emite una opinión consultiva en el sentido de que

129. En el párrafo 3 del Documento también se obliga a la Corte, tras asegurarse primero de que no se tomó, y, por tanto, “de no existir un pronunciamiento del Consejo de Seguridad”, “notificar a este la situación, a fin de que el Consejo pueda adoptar las medidas que procedan según el art. 39”.



el Estado de que se trate ha cometido un acto de agresión, o b) Determina, en actuaciones iniciadas con arreglo al Capítulo II de su Estatuto, que el Estado de que se trate ha cometido un acto de agresión”¹³⁰.

El lunes 5 de abril de 2002 oralmente y por escrito el miércoles 17, la delegación de los Países Bajos en la Comisión Preparatoria propuso una quinta variante en la que se ofrece una versión modificada de la cuarta que figura en el Documento: En ella, la Corte puede pedir al Consejo de Seguridad que solicite del TIJ la opinión consultiva. Con su propuesta, Países Bajos consideraba que se respetaba el papel principal del Consejo pero se daba una salida cuando este estuviese bloqueado por el veto; y es que la propuesta holandesa, y puesto que es el mismo Consejo de Seguridad el que decide si una cuestión es o no de procedimiento, pedía que en el Proyecto de Acuerdo sobre la relación entre la Corte y Naciones Unidas se indicase que la solicitud por el Consejo de Seguridad de esta opinión consultiva era una cuestión de procedimiento y, por tanto, en aplicación del art. 27 de la Carta, debía adoptarse simplemente (sin entrar a colación los miembros permanentes) por el voto a favor de nueve de sus miembros¹³¹.

Naturalmente, la variante 1 es la adecuada. Si el Consejo de Seguridad, pasado un plazo razonable desde que la Corte le notificó que el Fiscal tenía la intención de iniciar una investigación o un enjuiciamiento, y seis meses después, como en el Documento presentado por la coordinadora del Grupo de Trabajo sobre la Agresión establece, no reacciona, ni alegando una determinación previa suya sobre el acto de agresión ni adoptando ésta ni ejerciendo sus poderes *ex art. 16* del Estatuto, la Corte debe sustanciar la causa. Téngase en cuenta que esta puede contar ya con una amplia práctica sobre lo que es agresión internacional o no (por si el Consejo de Seguridad no hubiese hecho al respecto determinación alguna por su parte): Así, el Consejo de Seguridad, y aunque muchas veces ha eludido el término, en otros no lo ha hecho, declarando en no pocos supuestos la existencia (o denegándolo) de un acto de agresión¹³²; práctica también de la Asamblea General, al aprobar resolu-

130. Doc.: PCNICC/2002/L.1/Rev.1, 22 de abril de 2002 (Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su noveno período de sesiones [8-19 abril 2002], anexo IV, letra A, pp. 18-19).

131. Doc.: PCNICC/2002/WG.CA/DP.1. *Vid. ad ex.* SACCHI, P.: “Paragraphs 3 and 4 (PCNICC/2002/WG.CA/RT.1)”, en *The ELSA: Report...* cit. (nota 15), pp. 27-28 (p. 28); GUIDON, P.: “Other relevant documents on aggression at the 9th Session”, en *The ELSA: Report...* cit. (nota 15), pp. 29-30.

132. Por ejemplo, en relación con los actos de agresión de Rhodesia del Sur contra Estados vecinos (res. 326, de 2 febrero 1973; res. 386, de 17 marzo 1976; o res. 411, de 30 junio 1977), o de Africa del Sur contra, también, varios Estados vecinos



ciones diversas directamente relacionadas con la agresión o condenando por agresión¹³³; y práctica desde luego del TIJ, que ha considerado cuestiones relacionadas con la agresión en varios contextos¹³⁴.

(res. 387, de 31 marzo 1976; res. 546 [1984], res. 571 [1985]... o, en fin, res. 580, de 30 diciembre 1985), de Israel contra Túnez (res. 573, de 4 octubre 1985; res. 611, de 25 abril 1988), o de Iraq contra Kuwait (res. 660, de 2 agosto 1990; res. 667, 16 septiembre 1990).

Para una exposición detallada de esta cuestión, el documento *Examen histórico de la evolución en materia de agresión. Preparado por la Secretaría. Doc.: PCNICC/2002/WG.CA/L.1*, 24 enero 2002, pp. 1-206 (pp. 179-187). Se trata de un documento muy completo elaborado por la Secretaría General de la Comisión Preparatoria para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional como respuesta a la solicitud formulada por el Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión en el octavo período de sesiones de la Comisión (24 septiembre a 5 de octubre de 2002). El propósito del documento es ofrecer un panorama objetivo y analítico de la historia y los principales aspectos de la evolución en relación con la agresión. Abarca tanto los acontecimientos anteriores a la adopción de la Carta de Naciones Unidas como la posterior a ella. Analiza caso por caso las decisiones del Tribunal de Nuremberg creado tras la segunda guerra mundial para juzgar a los principales criminales de guerra del Eje europeo, los adoptados bajo la ley n° 10 del Consejo de Control y las sentencias de los tribunales que tuvieron a su cargo los juicios de los criminales de guerra en Alemania, y las tomadas por el Tribunal de Tokyo para juzgar a los principales criminales de guerra del Lejano Oriente, así como la práctica del Consejo de Seguridad y sus resoluciones en las que se condenan actos de agresión concretos, la de la Asamblea General en el mismo sentido y la práctica del Tribunal Internacional de Justicia en cuestiones conectadas con presuntos actos de agresión. Como en la Introducción el documento precisa (p. 17), “se ha procurado que el documento sea lo más completo, y a la vez lo más conciso, que sea posible. Es una descripción fáctica, y a la vez, en la medida de lo posible, refleja la terminología empleada en los fallos de los tribunales, cortes o comisiones, así como en las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General. En el documento no se sacan ni se sugieren conclusiones respecto de las cuestiones a que hace referencia, ni se sugiere si al emplear la palabra ‘agresión’ con respecto a un acto determinado, por ejemplo, el Consejo de Seguridad o la Asamblea General tuvieron la intención de hacerlo en el contexto del art. 39 de la Carta de Naciones Unidas”.

El documento fue completado con un *Addendum* en el que se contienen los anexos con una serie de tablas que reproducen, concretan o sintetizan los principios generales y los factores contenidos en los instrumentos pertinentes, y la jurisprudencia de los tribunales que juzgaron a individuos por crímenes tras la segunda guerra mundial (PCNICC/2002/WG.CA/L.1/Add.1, de 18 de enero de 2002).

Recibidos, uno y otro, calurosamente por muchas delegaciones (Grecia, por ejemplo, expresó vehementemente su “gratitud y admiración por el impresionante trabajo...”, CICC Aggression Team Report [2], 15 abril 2002, p. 6j), han sido luego poco utilizados.

133. *Entre las primeras*, por ejemplo, las conocidas resolución 377 (V), de 3 de noviembre de 1950; res. 2131 (XXI), de 21 diciembre 1965; y res. 3314 (XXIX), 14 diciembre 1974. Y, *entre las segundas*, la res. 498 (V) de 1 febrero 1951 condenando la agresión de China a Corea del Sur; múltiples resoluciones entre 1960 y 1980 condenando la agresión de África del Sur a Estados vecinos, o de Israel en Oriente Medio (...); o, en fin, las resoluciones 46/242 de 25 de agosto de 1992 o res. 47/121 de 18 de diciembre de 1993 de condena de la situación en Bosnia y deplorando la agresión a su territorio (...).



Todas las demás variantes me parecen peores. La 3, 4 y 5 porque alargan el “procedimiento”, la 4 y 5, además, porque subordinan la Corte de Roma al TIJ sin que en el Estatuto figure relación alguna de esta naturaleza. Siendo la más criticable de todas, a mi juicio, la variante n° 2, pues considera que la Corte no puede estudiar un crimen de agresión denunciado si el Consejo de Seguridad no determina previamente que ha habido un acto de agresión; sabiendo, como sus promotores saben, que el Consejo puede verse imposibilitado de hacerlo a causa de que uno de sus miembros permanentes se oponga votando en contra, o, simplemente, porque su discrecionalidad política así lo determine. Una disposición de este tipo es contraria al Estatuto mismo, a su espíritu, a su objetivo y fin, que no es otro sino el de acabar, intentarlo al menos, con la impunidad en la comunidad internacional¹³⁵.

Por todo lo dicho, los párrafos 3 y 4 del Documento que la coordinadora del Grupo sobre la Agresión propone deberían fundirse en uno solo, simplificarse e incorporar la variante 1, descartando todas las demás¹³⁶.

V. EL ACUERDO DE RELACIÓN DE LA CORTE CON NACIONES UNIDAS

35. Para acatar el mandato estatutario de elaborar un acuerdo de relación de la Corte con Naciones Unidas (*vid. supra* párrafo 1), la Secretaría de la Comisión Preparatoria elaboró, a petición de ésta, en agosto de 2000 un

134. *Vid.* el documento *Examen histórico...* cit. (nota 132), pp. 197 ss. (párrafos 430-450).

135. La defensa, sin embargo, de la variante 2 corre a cargo de muy poderosos Estados. Un buen conocedor de estas cuestiones lo ha dejado claro: “Dada la firme convicción de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, y muchos otros Estados, sobre la naturaleza imperativa de las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas relativas a la autoridad del Consejo de Seguridad para la determinación de que se ha [o no] cometido un acto de agresión, es difícil imaginar un acuerdo sobre un texto que no incluyera el requisito de la necesidad de una determinación previa de esa naturaleza” (MERON: “Crimes under...” cit. [nota 112], p. 48).

136. El texto que propongo como párrafo 3 (a añadir a los párrafos 1 y 2 citados *supra* notas 122 y 127) sería: “3. Cuando el Fiscal tenga la intención de iniciar una investigación sobre un crimen de agresión [ya de oficio ya como consecuencia de la remisión de una situación por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad], la Corte notificará al Consejo de Seguridad la situación. Si transcurridos seis meses a partir de la fecha de la notificación el Consejo no hace valer su determinación negativa [previa o actual] de la comisión de un acto de agresión por el Estado interesado o no invoca el art. 16 del Estatuto, la Corte procederá a sustanciar la causa”.



Proyecto de Acuerdo de 21 artículos de relación entre las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional¹³⁷.

36. En su 33ª sesión, de 5 de octubre de 2001, la Comisión aprobó un nuevo Informe en el que se adoptó un texto definitivo del Proyecto de Acuerdo de relación entre la Carta y las Naciones Unidas con 24 artículos¹³⁸. Su preparación corrió a cargo del Grupo de Trabajo sobre este Acuerdo establecido por la Comisión Preparatoria y coordinado por el Sr. Cristián MAQUIEIRA (Chile)¹³⁹.

En él se eliminan algunas de las disposiciones que figuraban en el texto inicial de la Secretaria de 9 de agosto, añadiéndose igualmente otras.

37. El Proyecto de Acuerdo, que deberá aprobar la Asamblea de Estados Partes en su primera sesión de septiembre del presente año, parte del reconocimiento mutuo que ambas partes se otorgan y del establecimiento de una obligación general, arco de bóveda de todas sus disposiciones: “Las Naciones Unidas reconocen a la Corte como institución judicial de carácter permanente e independiente (...)” (art. 2.1); comprometiéndose unas y otra a respetar sus respectivas condición y mandato (art. 2.3). Y ambas partes asumen la obligación general de “cooperar estrechamente entre sí cuando proceda”, así como de celebrar “consultas en asuntos de interés común” (art. 3).

38. El Proyecto, por lo que al fondo se refiere, se divide en dos parte.

En una (“II. Relaciones institucionales”, arts. 4-14), se establecen las normas que reglamentan la relación institucional indispensable entre la Corte y la ONU a fin de cumplimentar esa “obligación [general] de cooperación y coordinación” que en su art. 3 se impone. Entre esas disposiciones podrían destacarse, para ilustrar de qué tipo de problemas estamos hablando, algunas:

— El art. 4 (“representación recíproca”), por el que se permite a la Corte asistir y participar en calidad de observadora a los trabajos de la Asamblea General de Naciones Unidas, así como su derecho a ser invitada para asistir a reuniones y Conferencias convocados bajo los auspicios de Naciones Unidas

137. Doc.: PCNICC/2000/WG.ICC-UN/L.1, 9 agosto 2000, pp. 1-14.

138. Doc.: PCNICC/2001/1/Add.1, de 8 de enero de 2002, pp. 1-10.

139. Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Doc.: PCNICC/2001/1/, de 8 de enero de 2002, p. 2 (párrafos 5-6).



cuando se examinen cuestiones de interés para la Corte y se admita la presencia de observadores (art. 4.1). También el Presidente de la Corte (o el Fiscal) tendrán derecho de voz ante el Consejo de Seguridad cuando este examine cuestiones relacionadas con las actividades de la Corte (art. 4.2). Igualmente, la ONU estará permanentemente invitada a asistir a las audiencias públicas de las Salas de la Corte que se refieran a causas de interés para la Organización (art. 4.3).

— Destacable me parece igualmente el art. 7 (“Temas del programa”), que no figuraba en el preparado por la Secretaría el 9 de agosto de 2000, por el que se permite a la Corte “proponer temas para su examen por las Naciones Unidas” acompañándose la información pertinente. El Secretario General presentará el tema propuesto a la Asamblea General o al Consejo de Seguridad, así como también, cuando proceda, a cualquier otro órgano de Naciones Unidas.

— Y, en fin, el art. 5 precisa el “intercambio de información” que entre Naciones Unidas y la Corte en materias de recíproco interés se producirá. Dos aspectos concretos podrían a su vez destacarse:

Uno, el numeral iii) de la letra a) del párrafo 1 del art. 5 (disposición que no figuraba tampoco en la primera versión del Proyecto) amplía las obligaciones del Secretario General de Naciones Unidas establecidas por el art. 121.7 del Estatuto: En este, el Secretario General tiene la obligación de distribuir las enmiendas del Estatuto que se adopten en una reunión de la Asamblea de los Estados Partes o en una Conferencia de Revisión a los Estados partes en Estatuto; en el Proyecto de Acuerdo el Secretario General distribuirá dichas enmiendas también “a todos los miembros de las Naciones Unidas., de los Organismos especializados o del Organismo Internacional de Energía Atómica que no sean partes en el Estatuto”.

Dos, la Corte mantendrá informada a las Naciones Unidas “acerca de las actuaciones que realice en los casos que impliquen crímenes cometidos contra el personal de las Naciones Unidas o el uso indebido de la bandera, las insignias o el uniforme de las Naciones Unidas y que causen la muerte o lesiones graves”.

La segunda parte del Proyecto en cuanto al fondo se ocupa de los temas de “cooperación y asistencia judicial” (III, arts. 15-20), destacando, a título de ejemplo, las disposiciones siguientes:

— La concreción del procedimiento a seguir, en cumplimiento del Estatuto, cuando la Corte deba entrar en contacto con órganos de Naciones Unidas con competencias al efecto, como el Consejo de Seguridad (art. 17), o las reglas



que en particular regulan la cooperación entre Naciones Unidas y el Fiscal de la Corte (art. 18).

— Asimismo, se precisa que en los casos en los que la Corte solicite el “testimonio” de los funcionarios de Naciones Unidas” “o de uno de sus programas, fondos y organismos”, Naciones Unidas se compromete “de ser necesario” a “renunciar a la obligación de confidencialidad de esa persona (art. 16.1).

— Disposición parecida es la del art. 19 (“normas relativas a las prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas”), en cuya virtud si cuando la Corte trate de ejercer su competencia respecto de un presunto responsable por un crimen de su competencia y la misma “goce, con arreglo a las normas pertinentes del Derecho internacional, de las prerrogativas e inmunidades que sean necesario para el desempeño independiente de las funciones que le competan en la Organización, las Naciones Unidas se comprometen a cooperar plenamente con la Corte y adoptar todas las medidas necesarias para que la Corte pueda ejercer su competencia, en particular, mediante la renuncia a esas prerrogativas e inmunidades”.

39. El Proyecto de Acuerdo se cierra con una Parte IV sobre “Disposiciones finales” (arts. 21-24). Dos destacaré de ellas:

Su art. 21, que permite tanto al Secretario General de Naciones Unidas como a la Corte “adoptar las disposiciones complementarias que consideren convenientes” “a los efectos de la aplicación del presente Acuerdo”.

Y el art. 22, que no figuraba en el texto preparado inicialmente en agosto de 2000, sobre “solución de controversias”, que dispone con laxitud el acuerdo entre Naciones Unidas y Corte para “solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación del presente Acuerdo por los medios apropiados”.

VI. CONCLUSIÓN

40. El establecimiento por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ha sido un suceso “histórico”¹⁴⁰.

140. El calificativo, por ejemplo, en ARSANJANI: “Reflections...” cit. (nota 77), p. 57; BOS, A.: “The International Criminal Court: Recent development”, *Reflections*



El Estatuto puede no ser una maravilla técnica, ni tan ambicioso como muchos desearíamos, pero es la expresión de un importantísimo punto de inflexión en la actitud de la comunidad internacional ante los crímenes internacionales más graves¹⁴¹.

El Estatuto puede, incluso, tener una aplicación limitada en la práctica, dado que su competencia es complementaria (y aún subordinada) a la de las jurisdicciones penales nacionales, por lo que, en principio, sólo cuando estas no puedan (caos, desorden, rechazo del principio de jurisdicción universal...) o no quieran (dictaduras...) la Corte actuará. Pero aún así habrá cumplido sus objetivos. La Corte es una llamada a acabar con la impunidad que puede actuar directa e indirectamente :

— Directa cuando ella misma enjuicie a individuos culpables de los crímenes de los que es competente.

— Indirectamente porque su presencia forzará a los Estados (que acaso no deseen verse implicados por medio de sus nacionales en casos ante tan formidable caja de resonancia) a aplicar con más seriedad sus obligaciones de investigar, prevenir y reprimir genocidios, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y, en su día, crímenes de agresión. Alguien lo ha dicho muy gráficamente: "Como [la doctrina de] la disuasión nuclear la Corte Penal Internacional puede cumplir su función aunque nunca se utilice"¹⁴².

41. Por estas razones, la entrada en vigor del Estatuto ha sido una alegría para muchos de nosotros, que mantenemos la esperanza de que el bebé que hoy da sus primeros pasos crezca y se fortalezca definitivamente.

Las disposiciones del Estatuto que regulan las relaciones de la Corte con Naciones Unidas, así como los nuevos instrumentos que se adopten en relación con este tema, son en conjunto razonables.

Incluso las conexiones que el Estatuto ha efectuado entre la Corte y el Consejo de Seguridad pueden tener su utilidad porque han intentado, sin perder de vista la realidad de las cosas, mantener la dignidad e independencia de la Corte hasta donde esa misma realidad ha permitido. De este modo han

on the ICC. Essays in honour of Adriaan Bos, edic. de Van Haben-Lammers-Schukking. TMC Asser Press, La Haya, 1999, pp. 39-46.

141. En este sentido, por ejemplo, PIGRAU SOLÉ: "la Corte..." cit. (nota 34), p. 9; KIRSCH, PH.: "Introduction", *Reflections...Essays in honour of Adriaan Bos* cit., pp. 1-10 (p. 10).

142. E. ROSTRUP NAKSTAP: "The International Criminal Court treaty..." cit. (nota 15), p. 12.



sentado las bases para que todo Estado de buena voluntad, también los que en ese órgano político se sienten, pueda hacer fuerza para conseguir que el Consejo se implique siempre que sea posible en la erradicación de la criminalidad internacional. Y es importante que el Consejo de Seguridad se implique, como lo es el que la Corte no se convierta en una mera extensión del órgano político.

El Estatuto sigue, aceptando el mal menor en algunos aspectos, una vía que en conjunto mantiene a la Corte alejada tanto de Scylla como de Caribdis, los dos monstruos a los que antes me refería.

42. La resolución 1422 del Consejo de Seguridad de 12 de julio de 2002, forzada por los Estados Unidos ha constituido, sin embargo, un paso muy negativo que puede comprometer el futuro de la Corte.

Es de esperar, como entre pasillos del Consejo pudo oírse a alguno de los diplomáticos que transigieron, pues nada es eterno, que los futuros inquilinos de la Casa Blanca acaben comprendiendo que la Corte Penal Internacional es el símbolo de que la cultura de la impunidad y la obcecada protección de la soberanía nacional sobre todas las cosas son manifestaciones de un tiempo ya pasado, el de la “guerra fría” y la “disuasión”, y de que, por tanto, combatirlo con la saña que ha podido manifestarse es perder la batalla de la imagen ante la opinión pública mundial y sufrir un desgaste (...) intolerable.

