

CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU EJERCICIO

*Víctor Rodríguez Cedeño**
*Juan Nicolás Guerrero Peniche***

INTRODUCCIÓN

Un largo y complejo proceso¹, en el que participa toda la comunidad internacional y en el que cumple un papel muy relevante la sociedad civil, particularmente las ONGs²,

* Víctor Rodríguez Cedeño, Abogado, Embajador del Servicio Exterior de Venezuela y Miembro de la delegación que asistió a las reuniones para la creación de la Corte Penal Internacional y Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

* Nicolás Guerrero Peniche, doctorando en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de Ginebra (IUHEI).

1. Aunque hay precedentes anteriores, la idea de crear una Corte Penal Internacional se puede remontar al Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919, en cuyo artículo 227 se prevé la creación de un tribunal para juzgar al antiguo Kaiser de Alemania, Guillermo II, por el crimen de “ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”, Corte que no llegó a constituirse debida a la negativa del Gobierno de los Países Bajos de extraditar al Kaiser Guillermo II. Los artículos 228 y 229 hacen también referencia al enjuiciamiento de personas por la comisión de crímenes internacionales. Más tarde, en 1920, el Comité Consultivo de Juristas encargado de elaborar el proyecto de Estatuto de la CPIJ propuso que la nueva Corte tuviera competencia también para conocer “los crímenes que constituyen una violación del orden público internacional...” En 1937, el Comité de Expertos de la Sociedad de Naciones elaboró dos proyectos de convención sobre la prevención y la represión del terrorismo y la creación de una instancia jurisdiccional internacional para juzgar a las personas acusadas por los crímenes previstos en la convención que tampoco entraron en vigor. Más tarde, después de la segunda guerra mundial, se crearon los Tribunales de Nuremberg, el 8 de agosto de 1945, y de Tokio, el 19 de enero de 1946, para juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes internacionales. La convención sobre la prevención y la represión del crimen de genocidio del 9 de

culmina en su primera parte en la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Roma en el verano de 1998, con la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, instrumento que deberá entrar en vigor cuando se cumplan las exigencias establecidas³, con el objeto de poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia internacional y de contribuir con la prevención de nuevos crímenes⁴.

La creación de una jurisdicción penal internacional permanente, universal y autónoma, responde a la evolución de la sociedad internacional y de las relaciones internacionales que tiende cada vez más hacia la conformación de una comunidad de intereses, especialmente, ante las cuestiones de mayor trascendencia para la humanidad, como serían, entre otras, la seguridad y la integridad física de las personas y su existencia misma.

La diversidad de criterios, de enfoques jurídicos, de realidades culturales, hizo complejo el proceso de negociaciones reiniciado en 1994 cuando la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) presentó a la Asamblea General el Proyecto de Estatuto de la nueva Corte. Incidirá también en este proceso, sin duda, la diversidad de criterios relativos a la naturaleza de la nueva Corte, es decir, sí debía

diciembre de 1948 (art. VI) y la convención sobre la eliminación y la represión del crimen de Apartheid del 30 de noviembre de 1973 (V) prevén la “posibilidad de remitir a las personas acusadas de tales crímenes a un tribunal penal internacional. La creación de los tribunales para conocer los crímenes internacionales más graves que se cometían en la antigua Yugoslavia después de 1991(S/ Res. 808, del Consejo de Seguridad, del 22 de febrero de 1993) y en Rwanda (S/ Res. 995, del Consejo de Seguridad, del 8 de noviembre de 1994) son también referencia fundamental. De la misma manera se recuerda la propuesta de Trinidad y Tobago, en el Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1989, sobre la creación de un Tribunal para conocer y castigar a los responsables del crimen de narcotráfico, lo que habrá de acelerar el proceso de creación de la Corte. Los trabajos de la CDI fueron fundamentales en este proceso. La Asamblea General le solicita por primera vez el estudio del tema, en 1948, especialmente, cuando le solicita que considerara la posibilidad de creación de una Sala Penal dentro de la CIJ (Res. 260 (III) 1948). Luego, la comisión se dedica al estudio del tema junto al de la elaboración del Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, hasta 1994 cuando adopta el proyecto que habrá de presentar a la Asamblea General para su consideración, con miras a la convocatoria de una conferencia de Plenipotenciarios para su adopción. Posteriormente, la Asamblea General crea un grupo de trabajo que funciona en 1995 y el comité preparatorio que lo hará en 1996 y 1997 que habrá de elaborar la propuesta definitiva que se considerará en Roma.

2. 137 ONGs estuvieron formalmente inscritas en la conferencia y más de 250 participaron activamente. Ch. Bassiouni, *Historical Survey: 1919-1998*, in *Statute of ICC: A documentary history* 1, 26, N. 135. 1998.
3. El artículo 126 del estatuto establece:
 “1. El presente estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
 2. Respecto de cada Estado que ratifique, acepte o apruebe el presente Estatuto o se adhiera a él después de que sea depositado el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”.
4. Párrafo 5 del Preámbulo del Estatuto de Roma.

crearse una institución que respondiera más a los intereses de la comunidad internacional o sí, contrariamente, debía establecerse una Corte en la que prevalecieran los intereses nacionales, lo que obligaba al encuentro de fórmulas intermedias aceptables por todos.

La búsqueda del consenso, que se habría de traducir en un texto equilibrado de aceptación general, inspiró la adopción del estatuto, un texto perfectible, no exento de críticas e incluso aparentemente débil en algunos aspectos, como sería, en particular, el relativo a la competencia y su ejercicio por la Corte, tema al cual nos referimos de manera introductoria en este artículo.

Algunos han expresado su decepción por el texto adoptado en Roma y por la naturaleza y la competencia de la nueva instancia jurisdiccional internacional, que debía tener poderes más amplios para examinar los “graves crímenes que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”⁵.

Es cierto que el estatuto pareciera favorecer más los intereses nacionales que los intereses de la comunidad internacional⁶; pero, la creación de la Corte Penal Internacional, como lo han señalado muchos, con los que coincidimos, es un paso fundamental en la estructuración de la sociedad internacional. En efecto, el Estatuto tiene el gran mérito de definir por primera vez de manera sistemática los principales crímenes internacionales de individuos codificando y desarrollando con un enfoque global el derecho material preexistente (un derecho que estaba disperso en diversos instrumentos, de diferentes épocas) pero también agregando importantes innovaciones⁷. La elaboración del estatuto responde a una labor de codificación que no excluye un enfoque de desarrollo progresivo del derecho internacional, lo que se adecuaba a la evolución misma de la sociedad internacional. La Corte es realmente una institución que podríamos calificar de revolucionaria. Su competencia, consentida por los Estados y pese a algunas limitaciones y a lo complejo de los mecanismos adoptados, invade en alguna medida un ámbito hasta ahora prohibido, como lo es la soberanía casi absoluta de los Estados de enjuiciar y condenar a sus propios nacionales⁸.

5. Párrafo 3 del preámbulo.

6. Alain Pellet señala a este respecto que “No podemos –lamentablemente– si no estar afectados por el fuerte grado de interetatismo subyacente de la competencia de la Corte. Una jurisdicción llamada a juzgar en nombre de la comunidad internacional en su conjunto los autores de los crímenes cuyo castigo no interesa solamente a un Estado, si no a la humanidad entera (...) la competencia de la Corte (...) es dictada menos para salvaguardar los intereses de la comunidad internacional que por los reflejos nacionalistas de los Estados”. Alain Pellet. *Pour la Cour Pénale Internationale, quand même! Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine*. L’Observateur des Nations Unies. Revue de l’Association Française pour les Nations Unies. Section Aix-en-Provence. Numero 5. Otoño/Invierno de 1998.

7. Luigi Condorelli. “La Cour pénale internationale: un pas géant (pourvu qu’il soit accompli ...)”, *RGDIP*, 1999, Vol. III, p. 9.

8. Ver Julio Barboza. “International Criminal Law”, *RCADI*, Tome 278, La Haye, p. 168.

La complejidad y las aparentes deficiencias del estatuto no deberían afectar –y eso esperamos– el funcionamiento de la Corte cuya eficiencia reposará en la voluntad política de los Estados Partes, que se basa en una norma claramente establecida que debe interpretarse de una manera muy amplia y positiva: la obligación de los Estados Partes de cooperar, una obligación transversal que observamos a lo largo del estatuto recogida, en particular, en la Parte IX dedicada a la cooperación y la asistencia judicial⁹, que debería también ser observada, aunque con una fundamentación diferente, por los Estados no Partes.

El camino hacia La Haya, es decir, hacia el establecimiento definitivo de la Corte continúa transitándose en el marco de la comisión preparatoria creada por la Conferencia Diplomática¹⁰ que se ha reunido en varias ocasiones desde entonces y concluido, para su aprobación ulterior por la Asamblea de Estados Partes, varios documentos fundamentales para su función jurisdiccional¹¹, entre los cuales, los elementos de los crímenes¹² y las reglas de procedimiento y pruebas; a la vez que iniciado, como veremos más adelante, el estudio del crimen de agresión en la búsqueda de una definición y de las condiciones para el ejercicio de su jurisdicción, para dar así cumplimiento a lo previsto en el artículo 5-2 del estatuto.

Al abordar el estudio de la competencia de la Corte y de su ejercicio examinamos de manera general, en una primera parte, las condiciones previas a su ejercicio; en una segunda parte abordamos los aspectos relacionados con la admisibilidad de una cuestión: la naturaleza complementaria de la Corte, el principio *non bis in idem* y la gravedad del acto; en una tercera parte examinamos la competencia de la Corte vista en sus diversos aspectos: *ratione personae*: la responsabilidad penal individual; *ratione temporis*, es decir, el momento a partir del cual el estatuto a los Estados Partes o no Partes; *ratione loci*, entendiendo el espacio territorial en relación con el cual la Corte puede ejercer su competencia, que varía en función del origen del inicio del proceso; y, la competencia *ratione materiae*: es decir, los crímenes objeto de su competencia: genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y la agresión, este último aún por definirse y por establecerse las condiciones para que la Corte pueda ejercer su competencia; y, finalmente, en una cuarta parte, se examina el inicio del proceso a solicitud de un Estado Parte, por la remisión de una cuestión por el Consejo de Seguridad y por iniciativa propia del fiscal.

9. El artículo 12-3, por ejemplo, señala que “...El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX”.

10. Resolución F del acta final de la Conferencia Diplomática de Roma de 1998.

11. La Corte no es solamente una institución jurisdiccional, ella es un organismo internacional en el que los Estados Partes tienen alguna función, sobre la cual llamó la atención el delegado de Venezuela en 1994 y lo que fue recogida más tarde por Francia que propuso un artículo relacionado con la Asamblea de Estados Partes que quedó finalmente incluido en el Estatuto.

12. El artículo 9º del estatuto señala que “1. Los elementos del crimen, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 (...) serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de Estados Partes”.

I. Las condiciones previas al ejercicio de la competencia de la Corte: la expresión del consentimiento por los Estados.

El tema del consentimiento del Estado en el marco del ejercicio de la competencia de la Corte fue uno de los más debatidos durante las negociaciones que condujeron a Roma y durante la conferencia, cuando se plantearon diversas posibilidades que iban desde la jurisdicción universal, sugerida por algunos, entre otros, Alemania y de alguna manera Corea, hasta la competencia sometida al consentimiento de todos los Estados involucrados, es decir, no solamente el del territorio y el de la nacionalidad del acusado, si no el de otros Estados como el de la nacionalidad de las víctimas y el de custodia.

El artículo 12 del estatuto, que establece las condiciones previas al ejercicio de la jurisdicción de la Corte, debe examinarse conjuntamente con otros artículos del estatuto, entre las cuales, el artículo 5º, relativo a los crímenes objeto de la competencia de la Corte; el artículo 13, relacionado con el ejercicio de la competencia (inicio del proceso); el artículo 17 relacionado con la admisibilidad y el artículo 124 que contiene una disposición transitoria surgida al término de las negociaciones en Roma, que formó parte del paquete que haría posible que se aprobara entonces este instrumento.

La competencia de la Corte es esencialmente consensual. Los Estados Partes en el estatuto aceptan la competencia de la Corte respecto de los crímenes establecidos en el artículo 5º, sin que sea necesaria una aceptación ulterior de parte de los mismos.

Al comienzo de las negociaciones y así lo había sugerido la CDI en su proyecto, se requería el consentimiento de varios Estados: el territorial, el de la nacionalidad del supuesto perpetrador, el de la víctima y el de detención. Finalmente, se retuvo el criterio del consentimiento del Estado territorial o de la nacionalidad y ello indistintamente y no en forma acumulativa, lo que facilita a la Corte el ejercicio de su competencia, que se hubiera visto impedida si se retenía el criterio acumulativo así fuere de dos Estados, el territorial y el de la nacionalidad del acusado.

Cuando el proceso se inicia por la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad, como se prevé en el artículo 13, párrafo b), no se requiere el consentimiento del Estado, actuando la Corte, en estos casos, como un tribunal especial semejante, en ese sentido, a los creados especialmente por el Consejo de Seguridad, cuando actúa dentro del marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como los creados para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Esta redacción respondió también al acuerdo logrado entre los Estados durante la Conferencia de Roma. En efecto, dos tesis se plantearon entonces. La primera, maximalista, que pretendía que la Corte no podía conocer ninguna cuestión que el Consejo de Seguridad estuviese examinando, lo que limitaba enormemente a la Corte el ejercicio de su jurisdicción. La segunda, igualmente extrema, sugería que la jurisdicción de la Corte no podía estar sometida a una decisión del Consejo de Seguridad.

De allí el artículo 16 que formó parte también del paquete que se negoció al final de la Conferencia de Roma, mediante el cual el Consejo de Seguridad puede solicitar que no se inicie o se suspenda el tratamiento de una cuestión.

II. La admisibilidad de una cuestión: la naturaleza complementaria de la Corte, la aplicación del principio *non bis in idem* y la gravedad de una cuestión.

La CDI había sugerido en el artículo 35 del proyecto aprobado en 1994, tres causales de admisibilidad. La Corte, según el mismo, podrá decidir que el asunto no es admisible porque el crimen de que se trata:

- a) Ha sido debidamente investigado por el Estado que tiene jurisdicción sobre él y la decisión de ese Estado de no entablar procedimiento está aparentemente bien fundada;
- b) Es objeto de instrucción por parte del Estado que tiene o puede tener jurisdicción sobre él y no hay motivo para que la Corte tome por el momento ninguna otra decisión al respecto, o;
- c) No es de gravedad suficiente para justificar la intervención de la Corte

El artículo 17 del Estatuto de Roma que establece las causales de inadmisibilidad, que se inspira en el Proyecto de la CDI, aunque resultó más específico y claro, debe examinarse conjuntamente con otros artículos del mismo, entre los cuales, el artículo 18 (decisiones preliminares relativas a la admisibilidad); el artículo 19 (impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa); y el artículo 20 (cosa juzgada).

El ejercicio de la competencia de la Corte, tal como quedó finalmente reflejado en el estatuto, no es absolutamente automático, como habría sido planteado por algunos durante las negociaciones. En efecto, la Corte sólo podrá ejercer su competencia si se llenan ciertos requisitos o condiciones que también pueden ser calificadas de previas, aunque el estatuto ubica estas en forma expresa en el artículo 12 antes referido. Esto nos conduce a considerar tres cuestiones: la naturaleza complementaria de la Corte, reflejada en el artículo 17, aunque su inclusión transversal se puede apreciar a lo largo del estatuto; el principio de derecho penal *non bis in idem* y la causal establecida en el párrafo 1 d) de ese mismo artículo que se refiere a la gravedad del asunto sometido a la Corte.

La Corte, antes de conocer una causa debe decidir sobre la admisibilidad de una cuestión, como se estipula en el artículo 19, párrafo 1, en el que se indica que ella “se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas”, lo que reposa en el principio reconocido y aceptado de que todo órgano jurisdiccional es competente para decidir sobre su propia competencia, independientemente del origen de la iniciativa, es decir, como veremos luego, si la situación es remitida por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad o si por iniciativa propia del fiscal. La

admisibilidad de una cuestión, vale agregar, puede ser impugnada por el acusado o la persona contra la cual se ha dictado una orden de detención, el Estado que tenga la jurisdicción por que está investigándola o lo ha hecho antes, o por el Estado cuya aceptación se requiere de conformidad con el artículo 12, como queda claramente establecido en el artículo 19, párrafo 2, incisos a) a c).

a) La naturaleza complementaria de la Corte

La complementariedad es una cuestión fundamental en el estatuto que caracteriza la naturaleza de la Corte, que no podrá conocer una cuestión si los tribunales nacionales funcionan y si lo hacen adecuadamente. En efecto, la Corte ejercerá su competencia solamente en el caso en el que los Estados rechacen juzgar o sean incapaces de hacerlo o de hacerlo de forma imparcial, a los acusados de haber cometido uno de los crímenes objeto de la competencia de la Corte. En el caso en que éstos actúen y actúen bien en la represión de crímenes de guerra, de actos de genocidio, de crímenes contra la humanidad (...) y de actos de agresión cuando sean definidos, la jurisdicción de la Corte no se tomará en consideración, incluso, como lo señalan algunos, en el caso en que el Consejo de Seguridad establezca una conexión entre crímenes graves y sistemáticos y una de las situaciones previstas en el artículo 39 de la Carta¹³.

La cuestión de la complementariedad de la Corte fue planteada desde el comienzo cuando se discutió no solamente la naturaleza de la Corte, sobre lo cual hubo un acuerdo general desde el inicio de las negociaciones, sino, si el alcance de la complementariedad debía definirse en una disposición y si debía incluirse en una norma en el estatuto. Ello condujo a la inclusión de una referencia general en el preámbulo que sería desarrollada en otros artículos como en los artículos 17 y 20 del estatuto.

Las competencias de la Corte son de atribución, esto es, que la Corte tendrá competencia en la medida, y sólo en la estricta medida, en que así lo establezcan las disposiciones del estatuto. Nadie puede pretender, pues, que la Corte solucione los problemas de una jurisdicción universal avocada a una justicia penal individual universal¹⁴, lo que se inspira en el artículo 1º del estatuto en el que se indica que “la competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente estatuto” y se reitera en el artículo 5º (Chapeau) en que se dice que “la Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente estatuto”.

13. Flavia Lattanzi. *Compétence de la Cour Pénale Internationale et consentement des Etats*. RGDIP. Paris, Pédone, 1999/2, p. 428.

14. Alejandro Rodríguez Carrión. Aspectos procesales más relevantes, presentes en los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales. En el texto “Creación de una jurisdicción penal internacional”, *Colección Escuela Diplomática de España*, Madrid, Nº 4, 2000, p. 168.

En los comentarios que hace la CDI al párrafo 3 del preámbulo de su proyecto se insistía en “la creación de la Corte como órgano que complementará la jurisdicción nacional y los procedimientos de cooperación judicial internacional en asuntos penales y que no tiene por objeto arrogarse la competencia de los tribunales nacionales”¹⁵.

Durante las negociaciones para la elaboración del estatuto se expresaron diversos criterios sobre la naturaleza de la jurisdicción de la Corte. Para algunos Estados, lo ideal hubiera sido crear una instancia penal internacional basada en el principio de la jurisdicción penal universal¹⁶, lo que no fue aceptado por la mayoría que sostenía la idea de una Corte que funcionara en base con el principio de la complementariedad con las jurisdicciones nacionales.

La idea de introducir este principio en el estatuto difiere de lo planteado en relación con los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad para conocer las violaciones de derecho humanitario en la antigua Yugoslavia y en Ruanda. La naturaleza de la jurisdicción de estos tribunales se basa en el principio de la concurrencia, como se establece en el artículo 9º del Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia, en el que se habla de competencias concurrentes (párrafo 1) que otorga incluso primacía al tribunal sobre las jurisdicciones nacionales (párrafo 2).

La Corte no es, pues, una instancia supranacional sustitutiva de las jurisdicciones nacionales como se recoge claramente en el párrafo preambular 10 del estatuto en el que se indica que “será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales” y en el artículo 1º del mismo texto en el que se indica que la Corte “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”. No se trata, en efecto, de sustituir las instancias nacionales a las que el estatuto reconoce su importancia como cuando señala en el párrafo preambular 6, por ejemplo, que “es deber de cada Estado someter a su jurisdicción criminal los responsables de los crímenes internacionales”. No se trata, pues, de sustituir a los jueces nacionales a los cuales incluso no se les debe desresponsabilizar en su actividad ordinaria de represión de crímenes previstos en el estatuto¹⁷.

15. Informe de la CDI sobre sus labores durante el 49 período de sesiones, en 1994. Doc. A/49/10. p. 23.

16. Los tribunales de Nuremberg y de Tokio comenzaron a ejercer en nombre de la comunidad internacional la jurisdicción universal con respecto a los crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial fuera del territorio de los países Aliados y por nacionales de otros países, lo que pese a que algunos países como Reino Unido, España, Israel, han ejercido, se puede considerar como una referencia única de aceptación general. El principio tradicional de derecho penal de la territorialidad de la ley penal del lugar otorga competencia al juez del lugar del crimen o del *locus delicti*, principio retenido en el artículo VI de la convención para la prevención y la represión del crimen del genocidio que establece que “las personas que han cometido un genocidio (...) serán juzgadas por los tribunales competentes del Estado en cuyo territorio se ha cometido el acto o por la Corte Penal Internacional”. El Estado en cuyo territorio se ha cometido una infracción ejerce una competencia prioritaria en relación con los otros Estados que pueden plantear su competencia. Anne-Marie La Rosa. *Dictionnaire de Droit International Pénal*, Paris, PUF, 1998, pp. 64-65.

17. Mauro Politi. “Le statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: le point de vue d’un négociateur”. *RGDIP*, 1999-4, p. 842.

La responsabilidad primaria de investigar y enjuiciar los crímenes objeto de la competencia de la Corte continúa estando en poder de los Estados. La opinión general que queda reflejada en el estatuto fue que se debía fortalecer y complementar, pero no reemplazar la investigación y el enjuiciamiento por las jurisdicciones nacionales. El Estado –debe recordarse– está obligado a procesar a los acusados de cometer los crímenes graves de derecho internacional (*aut judicare*) aunque no su castigo (*aut punire*) y de no hacerlo, deberá proceder a la extradición (*aut dedere*) para que sean juzgados en otro Estado e impedir de esta manera la impunidad¹⁸.

El artículo 17 del estatuto desarrolla principalmente el principio de la complementariedad y señala que la Corte resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando el mismo “es objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él” a menos que “éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda ralmente hacerlo”, es decir, cuando los tribunales no puedan funcionar por que el Estado no tiene la disposición para ello, lo que responde a un criterio subjetivo, lo que se recoge en el párrafo 2 del artículo 17; o, cuando el Estado no está en capacidad de investigar o enjuiciar un asunto determinado “debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella”, por lo que “no pueda hacer comparecer al acusado, no disponga de las pruebas y los testimonios necesarios o no esté por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”, lo que responde a un criterio objetivo, tal como se establece en el párrafo 3 del mismo artículo.

Estas apreciaciones resultan subjetivas y difíciles de interpretar. La cuestión que se plantea es sobre qué bases puede decidirse que un tribunal no actuó con imparcialidad o si el procedimiento tenía por objeto permitir que el acusado eludiera su responsabilidad penal internacional o si la causa no fue instruida con diligencia. En este último caso la CDI señaló en sus comentarios al Proyecto de 1994 que las palabras “la causa no fue instruida con diligencia” fueron adoptadas en el entendido de que no se pretendía que se aplicaran a simples fallas o errores por parte del anterior órgano judicial sino a una falta de diligencia en grado tal que esté calculada para permitir que el acusado eluda su responsabilidad real respecto de los actos de que se trate¹⁹, lo que a pesar de todo sigue siendo ambiguo.

b) El principio de *non bis in idem*.

Una segunda cuestión de admisibilidad –que sin duda, también está relacionada con el de la complementariedad– es la relacionada con el reconocido principio de derecho

18. Anne-Marie La Rosa. *Op.cit.* pp. 1-5.

19. Víctor Rodríguez Cedeño. “La Corte Penal Internacional: Un comentario sobre su competencia y el carácter complementario en relación con los órganos del Estado”, Informe CDI, 1994, p. 86. *Temas de Derecho Internacional I*, San Juan de Puerto Rico, Italgráfica, 1996, p. 104.

penal *non bis in idem*, según un tribunal no podrá enjuiciar a una persona que ya ha sido condenada o absuelta por el mismo o por otro tribunal, por el mismo crimen²⁰.

El principio *non bis in idem* había sido recogido antes en el Estatuto del tribunal creado para la antigua Yugoslavia, en particular en el artículo 10, en el que se señala que “ninguno puede ser enjuiciado por una jurisdicción nacional (...) si ha sido juzgado por el tribunal (...) por esos mismos hechos”. En el artículo 2º de ese estatuto se señala que quien haya sido juzgado por un tribunal nacional no será juzgado por el tribunal a menos que: a) el hecho por el cual ha sido juzgado es calificado de delito de derecho común; o, b) la jurisdicción nacional no fue imparcial o independiente, el enjuiciamiento fue realizado con el fin de sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional o no fue ejercida con diligencia”.

En el artículo 42 de su proyecto, la CDI recoge este principio al señalar que:

1. Nadie será juzgado por otro tribunal en razón de hechos constitutivos de algunos de los crímenes a que se refiere el artículo 20 (relativo a la competencia material), si ya ha sido juzgado por la Corte por esos mismos hechos.
2. El que haya sido juzgado por otro tribunal en razón de hechos constitutivos de algunos de los crímenes (...) solo podrá ser juzgado en virtud del presente estatuto:
 - a) Si el hecho de que se trata estuvo tipificado como crimen ordinario por ese tribunal y no como crimen cuyo enjuiciamiento es de la competencia de la Corte; o
 - b) Si ese otro tribunal no actuó con imparcialidad o independencia, si el procedimiento tenía por objeto permitir que el acusado eludiera su responsabilidad penal internacional o si la causa no fue instruida con diligencia.
3. La Corte, al determinar la pena que haya de imponerse a una persona reconocida culpable en virtud del presente estatuto, tendrá en cuenta la medida en que esa persona haya cumplido cualquier pena impuesta por otro tribunal por el mismo hecho.

Igualmente, en el artículo 12 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, adoptado por la CDI en 1996, se dice también que:

1. Nadie será juzgado en razón de un crimen contra la paz y la seguridad de la

20. En el Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos del 16 de diciembre de 1966, se señala, en el artículo 14, párrafo 7, que: “nadie puede ser perseguido o castigado por una infracción por la cual ha sido ya juzgado o condenado por una sentencia definitiva, conforme a la ley y al procedimiento de cada país”. Ver también el artículo 10 Tratado modelo sobre la transferencia de procesados penales, del 14 de diciembre de 1990. (Doc. A/Res/45/118, anexo).

humanidad por el que ya hubiese sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal penal internacional.

2. Nadie podrá ser juzgado de nuevo por un crimen por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de una sentencia firme por un tribunal nacional, excepto en los casos siguientes:

a) Podrá ser juzgado de nuevo por un tribunal internacional:

i) cuando el hecho sobre el que hubiere recaído la sentencia del tribunal nacional haya sido calificado de crimen ordinario por ese tribunal y no de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad; o

ii) cuando las actuaciones del tribunal nacional no hubieren sido imparciales o independientes, hubieren estado destinadas a exonerar al acusado de responsabilidad penal internacional o no hubiere instruido la causa con la debida diligencia;

b) Podrá ser juzgado de nuevo por un tribunal nacional de otro Estado:

i) cuando el hecho sobre el que hubiere recaído la sentencia ha tenido lugar en el territorio de ese Estado; o

ii) cuando ese Estado haya sido la víctima principal del crimen.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio de cualquier individuo por actos que, en el momento de ejecutarse, eran criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional.

En el Estatuto de Roma se establece, en el artículo 20, que complementa el 17, que nadie podrá ser juzgado dos veces por un mismo crimen. En efecto, ninguna persona podrá ser juzgada por la Corte si ya ha sido condenada o absuelta por otro tribunal, por un tribunal nacional o por ella misma. De la misma manera, ningún otro tribunal, sea internacional o nacional, podrá juzgar a esa persona por el mismo crimen, si ya ha sido condenada o absuelta por la Corte, con las excepciones a que se hace referencia en ese mismo artículo.

d) La gravedad del asunto planteado a la Corte

Una tercera causal de inadmisibilidad está en relación con la gravedad de la cuestión planteada.

En el artículo 1º del estatuto se establece claramente que la Corte sólo podrá conocer “los crímenes más graves de trascendencia internacional”, lo que reposa en los párrafos preambulares 3 y 4. El artículo 5º del estatuto, además, limita expresamente la competencia de la Corte “a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, lo que se reitera en el artículo 17, párrafo 1, parágrafo d), que señala que la Corte no admitirá un asunto “que no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”.

La referencia en el artículo 5º a la comunidad internacional en su conjunto –concepto

aún no claramente definido por el derecho internaciona— reconoce, aunque tímidamente, la existencia, más allá de los intereses nacionales propios de cada Estado, de intereses fundamentales que conciernen a la comunidad entera. La creación de la Corte es —sin duda— “una de las manifestaciones de esa toma de conciencia y traduce, a su manera, el lento progreso hacia una solidaridad más real y más afirmada”²¹.

El artículo 5º del estatuto, basado en gran medida en el artículo 6º de la Carta de Nuremberg, en los estatutos de los tribunales creados para la antigua Yugoslavia y Ruanda y en el Código de Crímenes, se limita a los crímenes que se consideraron de mayor trascendencia, es decir, los crímenes de los crímenes, muy distinto a lo que había planteado antes la CDI en su proyecto de estatuto que extendía la competencia de la Corte a otros crímenes que si bien eran igualmente condenables, no eran de la naturaleza que afectaban los fundamentos de la sociedad internacional, a los que nos referiremos más adelante.

III. LA COMPETENCIA DE LA CORTE

Examinadas las condiciones previas al ejercicio de la Corte y las causales de admisibilidad, abordamos ahora el complejo tema de la competencia de la Corte, vista en sus diversos aspectos.

La competencia de la Corte, que no puede ser considerada universal salvo en el caso de que la situación sea remitida por el Consejo de Seguridad, debe ser enfocada desde varios puntos de vista. En primer lugar, la competencia *ratione personae* que nos coloca ante la responsabilidad penal individual; la competencia *ratione temporis*, es decir, a partir de cuando se aplica el estatuto; la competencia *ratione loci*, que se refiere al espacio territorial en el que se aplica el estatuto; y, finalmente, la competencia *ratione materiae*, es decir, los crímenes objeto de la competencia de la Corte.

1. La competencia *ratione personae*:

Los tribunales *ad hoc* constituidos por el Consejo de Seguridad fueron creados para decidir sobre la responsabilidad penal individual, lo que se aprecia en el estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia en el que se señala que “...tanto el fiscal (...) deberían poder incoar un proceso penal contra los presuntos responsables de las violaciones”²². En relación más precisa con estos tribunales especiales creados para la antigua Yugoslavia y para Ruanda se observa que la competencia pesonal se refiere a personas físicas, es decir, que la responsabilidad penal individual se relaciona con las personas físicas, lo que excluye, no solamente al Estado, sino a las personas jurídicas.

21. Alain Pellet. Art. cit. p. 144.

22. Doc. A/AC.224/1. p 29.

La Corte Penal Internacional está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas, como bien se indica en el artículo 1º del Estatuto, como lo había sugerido la CDI en su proyecto. La sentencia de Nuremberg afirmaba –como lo recuerda la CDI en sus comentarios– que los crímenes contra el derecho de gentes eran cometidos por hombres y no por entidades abstractas²³.

La Corte podrá ejercer su competencia en relación con las personas naturales, como se contempla en el artículo 25, párrafo 1 y, más concretamente, en relación con las personas mayores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen, como se recoge en el artículo 26 del mismo texto.

Tanto en los trabajos de la CDI como en las opiniones de los gobiernos se refleja desde el comienzo que se trataba de la responsabilidad individual de las personas físicas. Así, por ejemplo, aunque luego en la Conferencia de Roma modificó esta posición, Francia señaló en sus comentarios escritos enviados al Secretario General en virtud de la Resolución 49/53, del 9 de diciembre de 1994, que “...creía necesario precisar que la Corte tendrá competencia respecto de las personas físicas”²⁴. Igual comentario hizo Venezuela al señalar que “..sólo las personas o individuos pueden ser enjuiciados por la Corte...”²⁵, lo que fue reiterado en la Sexta Comisión en 1994 y en la Conferencia de Roma.

La competencia de la Corte excluye la responsabilidad internacional del Estado, para lo cual se trata de establecer un régimen particular. La responsabilidad internacional del Estado –como se sabe– se plantea por la realización de un hecho internacionalmente ilícito, es decir, contrario al derecho internacional o no conforme a éste, cuestión que examina ahora en su última fase la Comisión de Derecho Internacional²⁶.

El establecimiento exclusivo de la responsabilidad penal individual de las personas naturales excluye la responsabilidad de las personas jurídicas, cuestión que fue planteada en algún momento en las negociaciones en Roma por la delegación francesa que presentó una propuesta concreta que pretendía extender la competencia de la Corte a estas personas, lo cual fue rechazada por la mayoría de las delegaciones, en particular por Venezuela que se opuso rotundamente a esta idea. La propuesta, si bien podía tener alguna relevancia, se alejaba de la creación misma y de los objetivos de la Corte, además que su consideración hubiera complicado enormemente las negociaciones y obligado a una reformulación general del proyecto de artículos que consideraba entonces la Conferencia Diplomática de Roma, lo que era absolutamente inconveniente.

23. Informe de la CDI sobre su 46 período de sesiones. 1994. p. 16. Doc. A/49/10.

24. Doc. A/AC.224/Add. 1. p. 30.

25. Doc. A/AC.224/Add. 1. p. 30.

26. Ver a este respecto los informes presentados por el relator especial, señor James Crawford; los debates en la Sexta Comisión y el proyecto de artículos y sus comentarios en proceso de aprobación en la Comisión durante su período de sesiones de 2001.

La competencia personal de la Corte debe examinarse, además, en consideración de los artículos 27 (improcedencia del cargo oficial) y 28 (responsabilidad de los jefes y otros superiores) que fueron objeto también de largas discusiones antes de Roma y durante la Conferencia Diplomática de 1998.

2. La competencia *ratione temporis*:

En el estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia se especifica en la parte preambular que el mismo será competente “para juzgar las personas presuntamente responsables de violaciones graves de derecho internacional humanitario cometidos (...) desde 1991...”, lo cual es confirmado en el artículo 8º que dice textualmente que “la competencia *ratione temporis* del tribunal internacional abarca el período que comienza el 1º de enero de 1991”. Igual observación se puede hacer en relación con el Tribunal creado para Ruanda. El artículo 1º de su estatuto señala que dicho tribunal “será competente para juzgar personas responsables de serias violaciones de derecho internacional humanitario cometidos (...) entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994”.

La competencia *ratione temporis* de la Corte está regulada en el artículo 11 del estatuto, que debe examinarse en consideración del artículo 24, relativo a la irretroactividad, los que vistos en forma conjunta, buscan la seguridad y la certeza jurídica necesarias. El artículo 24-1 del estatuto, relativo a la irretroactividad *ratione personae*, establece que “nadie será juzgado responsable (...) por una conducta anterior a su entrada en vigor” y que “de modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, enjuiciamiento o condena”. En realidad, ambas disposiciones debieron haber sido resumidas en una sola pero, lamentablemente, por la modalidad misma de la Conferencia de Roma, el artículo 11 fue considerado en forma separada e incluso no fue examinado por el Comité de Redacción. En todo caso, a los efectos de la interpretación, el artículo 24 debe ser considerado en el contexto de la Parte III relacionada con los principios generales de derecho penal.

Según lo establecido en el artículo 11, la Corte tendrá competencia “respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente estatuto”. Y, si el Estado se hace Parte del estatuto después de su entrada en vigor, la Corte sólo podrá ejercer su competencia “respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor (...) respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el artículo 12, párrafo 3, que se refiere a la posibilidad de que un Estado no Parte acepte la competencia de la Corte “respecto del crimen de que se trate”²⁷.

27. El artículo 12-3 del Estatuto señala que “3. Si la aceptación de un Estado que no sea parte en el presente estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto

A pesar de que se trata de crímenes de trascendencia internacional, es decir, de los más graves que afectan la existencia misma de la humanidad, lo que hubiera justificado un régimen diferente, la redacción del artículo 11 resultó ser la más apropiada. El estatuto, como sabemos, no podrá ser aplicado sino a los Estados que lo hubiesen aceptado y sólo a partir de ese momento, aunque los crímenes hubiesen sido cometidos antes. La competencia de la Corte –es cierto– no podía ser observada sino con una visión de futuro, por lo que no era conveniente abrir un debate sobre la competencia de la Corte en relación con crímenes cometidos antes de su entrada en vigor en relación con el Estado de que se trate. Sólo una visión demasiado idealista hubiera permitido adoptar una decisión en sentido contrario, aunque parezca extraño, por tratarse de crímenes contra la humanidad²⁸.

3. La competencia *ratione loci*:

La competencia *ratione loci*, en el caso del tribunal para la antigua Yugoslavia, se refiere “al territorio de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, incluidos su espacio terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales”.

El Estatuto de Roma establece que la Corte actuará en los Estados que hayan consentido en la competencia de la Corte, es decir, los Estados Partes y los Estados que hayan aceptado su jurisdicción de acuerdo con el citado artículo 13-2, lo que define el espacio en el cual ella ejercerá su jurisdicción, aunque cuando el Consejo de Seguridad remite una cuestión a la Corte en virtud del Capítulo VII, la Corte ejercerá –como dijimos antes– su competencia, constituyéndose en una Corte con competencias similares a las de los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad, es decir, asemejándose a una jurisdicción universal.

4. La competencia *ratione materiae*

Uno de los aspectos más complejos de la competencia de la Corte Penal Internacional, en general, es el relativo a la competencia material, es decir, a los crímenes que ella podrá conocer en relación con los cuales habrá que considerar también, los elementos de los crímenes aprobados por la Comisión Preparatoria en 2001, que deberán ser aprobados por la primera Asamblea de Estados Partes que habrá de convocar el Secretario General de las Naciones Unidas cuando el estatuto entre en vigor.

La idea inicial de la CDI era que “la Corte debía ejercer competencia sobre crímenes de carácter internacional definidos por tratados vigentes y que, como corolario, el propio estatuto tendría un carácter primordialmente procedimental y adjetivo²⁹”.

del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX”.

28. Alain Pellet. Art. cit. p. 146.

29. Informe de la CDI, 1994, Cit. p. 42.

Además, la Comisión consideró que la Corte debía ser competente para conocer crímenes previstos en tratados, pero también crímenes en virtud del derecho internacional general, lo que era aún más incierto. El crimen de genocidio –evidentemente– puede responder a estas dos categorías.

En 1993 la mayoría de la Comisión llegó a la conclusión que los crímenes en virtud del derecho internacional general no podían excluirse por entero del proyecto de estatuto, pero ello fue muy criticado por los Estados en la Sexta Comisión, alegándose que “una simple referencia a los crímenes con arreglo al derecho internacional general era muy incierta y que daría excesivas facultades al tribunal propuesto para ocuparse de una conducta sobre la base de que constituía un crimen en virtud del derecho internacional general³⁰”.

Durante las negociaciones todos los Estados apoyaron la inclusión del crimen de genocidio, una gran mayoría apoyó la inclusión de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad y una mayoría, el crimen de agresión. Otros Estados, en forma minoritaria, plantearon sin éxito la inclusión de crímenes como el narcotráfico, el terrorismo e incluso, los perpetrados contra el personal de Naciones Unidas y el personal asociado. Para muchas delegaciones durante el comité preparatorio se opusieron en base al hecho que “la naturaleza de las investigaciones de los crímenes de narcotráfico y de terrorismo requerían planificación a largo plazo, infiltración dentro de las organizaciones involucradas y la necesidad de otorgar inmunidades a algunas personas envueltas en ello. La definición de terrorismo aún no estaba definida y la convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas no había recibido aún las ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, lo cual presentaba, en el caso de los tres crímenes, serias dificultades para su inclusión en el Estatuto como crímenes que pudieren ser objeto de la competencia de la Corte³¹”. Estos crímenes, además, a pesar de su importancia no parecen tampoco estar recogidos en el derecho consuetudinario de manera que la Corte pudiese así aplicarlos y dar cumplimiento al principio de *nullum crimen sine lege*, a que se refiere el artículo 22 del Estatuto.

Estas inquietudes no fueron, sin embargo, desconsideradas en las negociaciones. Así, por ejemplo, en relación con el crimen contemplado en la convención sobre el personal de Naciones Unidas, se incluyeron referencias específicas en el artículo 8º, párrafo 2, subpárrafo b), inciso iii) y párrafo e), inciso iii) del estatuto, sugerido por España en la Conferencia de Roma para evitar una laguna importante ante un crimen indudablemente de gran trascendencia internacional. Igualmente, se puede observar en el Estatuto una referencia expresa al crimen de apartheid, en el artículo 7º, párrafo

30. Idem. p. 43.

31. Mahnoush H. Arsanjani. “The Rome Statute of the International Criminal Court”, en *AJIL*, Vol. 93, No. 1, 1999, p. 29.

2, subpárrafo h), considerado antes como crimen de lesa humanidad antes por la Asamblea General y por la misma CDI.

En el caso del crimen de agresión, si bien la situación se presentó difícil por no haber un acuerdo general sobre su definición, aunque una gran mayoría quería su inclusión especialmente en Roma, como lo veremos más adelante, se acordó incluirlo agregando un párrafo exclusivamente relacionado con él, en el artículo 5º, relativo a su definición y a las condiciones en que la Corte podrá ejercer su jurisdicción.

Examinar la competencia de la Corte obliga una referencia al artículo 124 del estatuto, una disposición transitoria –y por una sola vez– y limitada –artículo 8º: crímenes de guerra– que indudablemente afecta el ejercicio de la jurisdicción de la Corte. Se trata de una disposición introducida al final de la Conferencia de Roma como resultado del compromiso logrado entonces para poder aprobar el Estatuto.

En base a este artículo un Estado podrá declarar unilateralmente, al hacerse parte en el estatuto, lo que constituye en cierta medida una reserva –aunque el artículo 120 las prohíba categóricamente– que “durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el estatuto entra en vigor a su respecto, no aceptará la competencia (...) sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8º, cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio”. Esta declaración, precisa el artículo en referencia, “podrá ser retirada en cualquier momento”, lo que parece un agregado innecesario toda vez que el Estado tiene siempre la facultad de retirar, también en forma unilateral, una declaración de esta naturaleza.

a) El crimen de genocidio

La inclusión del crimen de genocidio fue propuesta por la Comisión de Derecho Internacional en el artículo 20, párrafo a), en el proyecto que presentara a la Asamblea General, en 1994, sobre el que señala en su comentario que era el menos problemático de los crímenes.

El crimen de genocidio es definido antes, con claridad y autoridad, en la Convención de 1948 que ha sido ampliamente ratificada y que prevé que los casos de genocidio pueden remitirse a un tribunal penal internacional (...). La Corte debe tener competencia inherente sobre el crimen de genocidio, es decir, tener competencia entre todos los Estados Partes en el estatuto y debe poder actuar en virtud de una denuncia presentada por cualquier Estado Parte en la convención sobre genocidio, como se prevé expresamente en el artículo VI de esa convención³².

La definición del crimen de genocidio que se recoge en el estatuto es la misma de la Convención de 1948. En el artículo 6º de este texto se señala que:

32. Informe de la CDI, 1994, Doc. A/49/10, comentarios p. 47.

...se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

La principal fuente de interpretación de la definición lo constituyen los trabajos preparatorios de la convención para la prevención y castigo del crimen de genocidio, ya que la jurisprudencia internacional al respecto no es abundante; observamos algunas órdenes del tribunal para la antigua Yugoslavia³³ y la decisión de 1998 del tribunal para Ruanda³⁴. Sin embargo, es importante destacar que la CIJ ha considerado que esta definición es un reflejo del derecho consuetudinario³⁵.

Sin duda alguna uno de los elementos esenciales de la definición de genocidio es el requerimiento de una intención específica de destruir uno de los cuatro grupos protegidos; lo que tiene una implicación importante para la caracterización del culpable de genocidio, pues este acto puede ser entonces cometido, no sólo por el infractor material, sino también en la forma de complicidad, conspiración, intento e incitación, para cometer genocidio. La inclusión de estas conductas quedó explicitada en el artículo 25 del Estatuto de Roma³⁶.

33 Prosecutor v. Karadzic and Mladic, Case No. IT-95-18-A; Prosecutor v. Nikolic, Case No. IT-95-2-R61; Prosecutor v. Karadzic and Mladic, Case Nos. IT/95/5/R61, IT/95/18/R61.

34 Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T

35 Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia [Serbia and Montenegro]), Request for the indication of provisional measures, 8 apr. 1993 (1993) ICJ Rep. 16; Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia [Serbia and Montenegro]), Further request for the Indication of Provisional Measures, 13 Sept. 1993 (1993) ICJ Rep. 325; Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia [Serbia and Montenegro]), Preliminary Exceptions, 11 July 1996.

36 “3. De conformidad con el presente estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrafie la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien

b) Crímenes contra la humanidad

La definición de los crímenes de lesa humanidad ha sido objeto de varios esfuerzos internacionales, el primero de ellos en 1868 en la Conferencia de San Petersburgo³⁷; posteriormente en 1899, en la Primera Conferencia de Paz de La Haya, se adoptó por unanimidad la Cláusula Martens como preámbulo de la convención³⁸ que marcó un precedente importante a nivel internacional.

Sin embargo, no fue sino hasta 1915 cuando se empezaron a vislumbrar los crímenes que serían incluidos en la definición; en aquella ocasión Francia, Reino Unido y Rusia denunciaron las masacres perpetradas por el Imperio Otomano contra la población Armenia en Turquía, calificándolos de “crímenes contra la humanidad y la civilización por los cuales todos los miembros del Gobierno turco serán considerados responsables junto con sus agentes implicados en las masacres”³⁹. En el Tratado de Versalles se realizó una enumeración más completa de los crímenes contra la humanidad, definición que posteriormente fue retomada en la definición de Nuremberg:

...murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where performed.

Resulta interesante constatar que tanto en el caso del Tribunal de Nuremberg como en el de Tokio, para que dichos actos constituyeran crímenes contra la humanidad, era necesario que se llevaran a cabo en el marco de conflictos armados⁴⁰. Igualmente,

desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo”.

37. Al cabo de la cual las partes acordaron crear instrumentos adicionales “in view of future improvements which science may effect in the armament of troops, in order to maintain the principles which they have established, and to conciliate the necessities of war with the laws of humanity”. Declaración reproducida en A. Roberts and R. Guelff (eds.), *Documents of the Laws of War* 30,31 (2nd ed. 1989)
38. En el preámbulo de dicha convención se establecía que “Until a more complete code of the law of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience”.
39. Cfr. E. Schwelb. “Crimes against Humanity”, 23 *British Yearbook of International Law*, 1946, pp. 178-226.
40. El artículo 6 de Nuremberg y 5 de Tokio especificaban que los actos tenían que ser llevados a cabo “in execution or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal” entre los que se contaban crímenes en contra de la paz y crímenes de guerra, forzosamente en el marco de conflictos armados.

en el caso del tribunal para la antigua Yugoslavia, estos cŕmenes fueron definidos en el art́culo 5º del Estatuto, en el que se haća una enumeraci3n de cŕmenes sobre los que el Tribunal tendŕa competencia, retomándose el requisito de que dichos cŕmenes hubieran sido cometidos en el marco de un conflicto armado, pero se introdujo la posibilidad de que ́ste fuera de índole nacional o internacional, siempre que hubiera sido dirigido contra la poblaci3n civil.

Por el contrario, en el estatuto del Tribunal para Ruanda se elimin3 el requisito de conflicto armado, permitiendo una mayor competencia a esta jurisdicci3n. El art́culo 3º del estatuto establece que dicho tribunal seŕ competente para juzgar personas responsables por ciertos cŕmenes cuando sean cometidos “as part of a widespread or systematic attack against civilian population on national, political, ethnic or religious grounds”

Esta definici3n fue parcialmente retomada en el art́culo 7º del Estatuto de Roma, en el que se establece una definici3n general para los cŕmenes contra la humanidad, basada en la esencia de esos cŕmenes, es decir, actos que ocurren durante “a widespread or systematic attack on any civilian population in either times of war or peace”, lo que es ḿs acorde con la jurisprudencia internacional reciente⁴¹. La definici3n de cŕmenes contra la humanidad es ḿs amplia que la de cŕmenes de guerra que ́nicamente puede ser cometida en el marco de un conflicto armado.

Tambi3n en este art́culo se establecen cuatro precondiciones al ejercicio de la competencia por parte de la Corte en el caso de cŕmenes contra la humanidad: primeramente, el crimen debe cometerse como parte de un “ataque generalizado o sistemático”; en segundo lugar, el ataque debe ser en contra de “la poblaci3n civil”; tercero, el crimen debe ser cometido “con conocimiento de dicho ataque”, al contrario de los anteriores este requisito, que bien puede parecer meramente procesal, encierra un problema pues crea la necesidad de probar no s3lo la autoría material del acto, sino adeḿs, que al momento de su comisi3n, el sujeto tenga conocimiento de que el ataque se lleva a cabo como parte de un acto de mayor envergadura, lo que equivale a demostrar un factor subjetivo que no puede ser inferido de las circunstancias del crimen. Finalmente, tambi3n es precondici3n que el ataque constituya “una ĺnea de conducta que implique la comisi3n m3ltiple de actos (...) contra una poblaci3n civil, de conformidad con la poĺtica de un Estado o de una organizaci3n de cometer ese ataque o para promover esa poĺtica”, formulaci3n que representa, seg3n parte de la doctrina⁴², un equilibrio entre los promotores de la necesidad de un acto gubernamental para que ́ste pueda ser calificado como crimen contra la humanidad, y sus detractores.

41. Ver *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 41 en el que ese Tribunal establece que “It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict”.

42. Ver por ejemplo Leila Sadat y Richard Carden. *The New International Criminal Court. An uneasy Revolution*. The Georgetown Law Journal, marzo 2000, Vol. 88. Nº 3, p. 432.

Por otra parte, resulta importante resaltar que en el Estatuto de Roma se introdujo una definición más amplia de crímenes contra la humanidad de la que se había considerado hasta entonces para las jurisdicciones internacionales, en especial se introdujeron, además de los crímenes previamente caracterizados como tales en los estatutos de los tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda⁴³, los actos enumerados en los párrafos g), h), i) y j), aceptación promovida con gran fuerza por las ONG's durante las negociaciones antes de Roma y durante la Conferencia Diplomática.

Aunque la violación y la persecución habían sido previamente considerados como crímenes contra la humanidad, en el Estatuto de Roma se les dio una definición más amplia, que incluía: en el caso de la violación, la esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; y la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, en el caso de la persecución. Así mismo, un aspecto importante resulta la introducción de la consideración de la desaparición forzada de personas y del apartheid como actos pertenecientes a este tipo de crímenes.

En el caso de la desaparición forzada una de las primeras caracterizaciones de este acto como un crimen contra la humanidad reside en una declaración de la Asamblea General, en 1992, donde se consideraba que la práctica sistemática de este acto “es de la naturaleza de un crimen contra la humanidad⁴⁴”. La Comisión de Derecho Internacional lo incluyó en su proyecto de estatuto en 1994, argumentando que aunque no hubiera sido anteriormente considerado, sí constituía un crimen contra la humanidad “por su extrema crueldad y gravedad”⁴⁵.

Finalmente, el apartheid fue condenado en repetidas ocasiones por la Asamblea General de la ONU, y caracterizado desde 1965 como un crimen contra la humanidad⁴⁶. La gravedad de este crimen fue posteriormente confirmada por la CIJ, cuando en 1971 justificó que la Asamblea General diera por terminado el mandato de Sudáfrica sobre Namibia, en parte por la imposición del apartheid en ese territorio⁴⁷. En 1996 la CDI amplió el concepto de apartheid para incluir algunos tipos de discriminación institucionalizada incluyéndolos en el concepto de crimen contra la humanidad⁴⁸.

43. La enumeración de actos considerados como crímenes contra la humanidad es idéntica en los artículos 5º del Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia, y el artículo 3º del Tribunal para Ruanda: “a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelación; f) tortura...”.

44. GA Resol. 47/133, Preamble, Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearances.

45. 1995 YBILC

46. GA Resol. 2054 (XX), 20 UN GAOR, Supp. No. 14, Doc. A/6014 (15 Dec. 1965), pp. 16-18.

47. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), (1971) ICJ Rep. 16, 17.

48. “f) institutionalized discrimination on racial, ethnic or religious grounds involving the violation of fundamental human rights and freedoms and resulting in seriously disadvantaging a part of the population” Artículo 18 del Proyecto de Estatuto de 1996.

c) Crímenes de guerra

Después del Tribunal de Nuremberg y de las críticas que ocasionó en el sentido de ser meramente la justicia del vencedor, las Convenciones de Ginebra de 1949 codificaron las normas que gobiernan la conducta en época de guerra. Estas convenciones impusieron la obligación de enjuiciar a los culpables de dichos actos, o de forma alternativa, extraditarlos a otro Estado que busque enjuiciarlos. A pesar de esta obligación clara de enjuiciar o extraditar, durante el período posterior a los tribunales de Nuremberg y Tokio, no existió la voluntad internacional para llevar a cabo este tipo de procesos.

Sin embargo, con el fin de la guerra fría se produjo un cambio importante, no sólo en la posibilidad de retomar el proyecto de creación de una instancia penal internacional, sino también en su inminente necesidad, como demostraron los acontecimientos ocurridos en la antigua Yugoslavia y Ruanda y la posterior creación de tribunales *ad hoc* para tratar los casos de este tipo.

Aunque existía una base convencional bastante sólida en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, los dos Protocolos Adicionales de 1977 y las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre la necesidad de una jurisdicción internacional que tratara los crímenes de guerra, las negociaciones sobre su inclusión entre los actos sobre los cuales tiene competencia la Corte Penal Internacional, y sobre todo su definición, probaron ser complicadas.

Desde un inicio había un consenso generalizado sobre la inclusión de “violaciones graves de la Convenciones de Ginebra”, pero las opiniones no eran las mismas en lo referente a la inclusión de otros actos en el marco de un conflicto armado internacional, más difícil aún resultó la negociación de la inclusión de actos cometidos en el marco de un conflicto armado no internacional.

La inclusión de este tipo de conflictos en la competencia material de la Corte estaba ya presente en el proyecto de Estatuto presentado por la CDI, que si bien consideraba aquellos actos que constituían una violación extremadamente grave de los principios y del derecho aplicable a los conflictos armados en general, especificaba que la expresión “conflictos armados” comprendía tanto los conflictos internacionales como los no internacionales⁴⁹.

La extensión de las reglas consuetudinarias del derecho internacional humanitario a los conflictos no internacionales, fue primeramente realizada por la Asamblea General⁵⁰, lo que dio inicio a la paulatina aplicación de otras reglas a los conflictos

49. Ver informe de la CDI. Cit. Doc. A/49/10.

50. GA Resol. 2444 (XXIII) 19 diciembre 1968, “Respect des droit de l’homme en période de conflits armés”

internos a través del derecho consuetudinario. En 1995 el tribunal para la antigua Yugoslavia especificó las partes del derecho consuetudinario aplicables en los conflictos armados que no son de índole internacional⁵¹; además, anteriormente en el mismo caso se había establecido un importante precedente al declararse el tribunal competente para conocer acusaciones en contra de personas que habían violado el derecho internacional humanitario en un conflicto armado interno⁵².

Durante la Conferencia de Roma, los promotores de la extensión de la definición de crímenes de guerra a actos cometidos en el marco de conflictos internos apoyaban esta medida basándose en la apreciación del tribunal para la antigua Yugoslavia, que consideró que todas las violaciones serias de derecho internacional humanitario, con excepción de violaciones graves a las Convenciones de Ginebra, son aplicables tanto a los conflictos internacionales como a los internos⁵³.

El resultado de la difícil negociación entre ambos grupos es el artículo 8º del Estatuto de Roma, que refleja el esfuerzo por alcanzar el consenso. Los actos cometidos en el marco de un conflicto no internacional fueron incluidos en la competencia de la Corte, pero se limitaron a aquellas violaciones de derecho internacional humanitario ampliamente aceptadas como crímenes conforme al derecho internacional⁵⁴.

Cuando analizamos las normas del derecho internacional humanitario cuya violación queda constituida como un crimen de guerra conforme al Estatuto de Roma, encontramos en primer lugar un artículo que parece interminable y cuya lectura y comprensión resulta difícil, lo que refleja también la complejidad de las negociaciones en Roma. En primer lugar se debe hacer la diferencia entre las normas aplicables a los conflictos internacionales y aquellas aplicables a los conflictos de carácter no internacional. Entre las primeras se encuentran primeramente las “infracciones graves de los Convenios de Ginebra” contempladas en el párrafo 2(a) y “otras violaciones graves” en el párrafo 2(b). En lo que se refiere a las normas aplicables a los conflictos no internacionales, éstas se encuentran contenidas en los párrafos 2(c) a (f). En general para su definición se consideraron las provisiones aplicables a los conflictos internacionales cuyo carácter fuera considerado fundamental de forma que su aplicación a los conflictos no internacionales resultase innegable; el producto es una serie de normas que fueron derivadas de varias fuentes.

51. Prosecutor v. Tadic, No. IT-94-1-7, (7 May 1997).

52. Prosecutor v. Tadic, Jurisdiction Decision. En este contexto resulta también interesante el análisis que realiza el profesor Momtaz en relación con el papel que ha jugado el Consejo de Seguridad en la extensión de la aplicación de las reglas del derecho humanitario en los conflictos internos. Momtaz. “War Crimes in non-international armed conflicts under the statute of the international criminal court”, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999, pp. 181-182.

53. Prosecutor v. Tadic, No. IT-94-1-7, (7 may 1997).

54. Sobre este tipo de crímenes ver el artículo de Robinson y Von Hebel. “War Crimes in internal conflicts: article 8 of the ICC Statute”, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999, pp. 193-209.

Es importante destacar que la inclusión de las normas aplicables a los conflictos no internacionales se logró en gran medida gracias a la inclusión de los párrafos (d) y (f), que definen el concepto de “conflicto armado” de forma negativa, lo que permitió excluir “...las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”. Especificándose por el contrario que estas normas se aplican únicamente “...a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.

Esta preocupación de algunos gobiernos quedó explícitamente reflejada en el párrafo 3 por el que se establece que “Nada de lo dispuesto (...) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado o de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo”. Tendiente a concertar las inquietudes de algunos países de que estas normas fueran utilizadas como instrumento para justificar la intervención en asuntos internos, de la misma forma se limitó dicha capacidad a la utilización de los medios legítimos.

Finalmente, debe recordarse –lo que se señaló antes– que también como resultado de las arduas negociaciones el estatuto contempla la posibilidad para los Estados Parte de excluir de la competencia de la Corte los crímenes de guerra cometidos por sus nacionales o en su territorio por un período de siete años posteriormente a la entrada en vigor del estatuto⁵⁵.

d) El crimen de agresión

Sin duda uno de los temas más difíciles por sus implicaciones políticas y por su complejidad jurídica, tanto en lo que respecta a su definición como en cuanto a la determinación de las condiciones en que la Corte podrá ejercer su competencia, es el crimen de agresión.

La competencia de la Corte en relación con el crimen de agresión es muy particular. Si bien se incluye en la lista limitativa del artículo 5 del Estatuto, la Corte no podrá conocerlo hasta tanto no se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en la que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo

55. El artículo 124 del estatuto establece que “No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente estatuto, podrá declarar que durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8º cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123”.

hará⁵⁶. Un artículo sobre el crimen de agresión será integrado mediante la revisión del estatuto, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 123, en el que se prevé que a los siete años de la entrada en vigor del estatuto se convocará una conferencia de revisión para examinar las enmiendas al estatuto, entre las cuales y no exclusivamente, las relacionadas con el artículo 5º. La Conferencia de Roma remite a la comisión preparatoria esta cuestión para su examen y para que la presente a la conferencia de revisión. De conformidad con lo establecido en la resolución anexa al acta final de la Conferencia de Roma la comisión preparatoria que se creó entonces inició el examen del tema para lo cual se designó un coordinador especial que habría de coordinar un grupo de trabajo que debía conocer las distintas propuestas presentadas.

Las enmiendas al estatuto, vale agregar, pueden ser propuestas por cualquier Estado y deben ser consideradas procedentes por la Asamblea de Estados Partes, para que sean discutidas y aprobadas por la conferencia de revisión, por consenso o por mayoría de dos tercios. En el caso de cualquier modificación del artículo 5º debe tenerse en cuenta, además, que ella entrará en vigor “solamente en relación con los Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación”, como lo señala el párrafo 5 del artículo 121, que precisa que “la Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda, cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya aceptado la enmienda”, lo cual sin duda, incide directamente en las negociaciones sobre este tema en la comisión preparatoria, por cuanto de no lograrse un texto de compromiso aceptable, el crimen de agresión no sería fácilmente aceptado por la vía de enmienda, por algunos países, entre ellos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, incluso si se llegase a adoptar tal enmienda.

La cuestión de la definición y de las condiciones para que la Corte pueda ejercer su competencia en relación con el crimen de agresión no fue resuelta en la Conferencia de Roma, lo que queda reflejado en el artículo 5º, párrafo 2, que señala textualmente que “La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se definan el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará...” lo que nos lleva enseguida al examen de esta definición y de las condiciones.

i) La definición del crimen de agresión:

Lo primero que se plantea en relación con la definición del crimen de agresión es si es posible elaborar una definición jurídica que vaya más allá de una definición política, lograda después de muchos años de intensas negociaciones en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1974. Algunos pocos han cuestionado la posibilidad de una definición jurídica mientras que la gran mayoría considera que sí se puede elaborar

56. Art. 5-2 del estatuto.

tal definición lo cual es, además de posible, necesaria y deseable, como lo dijo Alfaro en la CDI en 1951, quien sugirió la siguiente definición:

Aggression is the use of force by one State or group of States, or by any Government or group of Governments, against the territory and people of other States or Governments, in any manner, by any methods, for any reasons and for any purposes, except individual or collective self-defense⁵⁷.

La segunda cuestión que se plantea es si debe elaborar una definición general, lo que es aceptable por la mayoría, o una definición detallada, lo que sostiene un grupo importante de países.

La elaboración de la definición del crimen de agresión supone considerar la Carta de las Naciones Unidas; la Carta de Nuremberg de 1945, que establece la responsabilidad penal individual; la resolución 3114 (XXIX) de 1974, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que considera también la responsabilidad del Estado; el Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad que aunque no será adoptado por los Estados, refleja un esfuerzo muy importante que no puede ser ignorado al examinarse este tema; la doctrina; la jurisprudencia y cualquier otra fuente que pudiere ser útil para definir el crimen y establecer las condiciones requeridas para que la Corte pueda conocerlo.

El crimen de agresión fue definido antes en el artículo 227 del Tratado de Versalles; y, más tarde en la Carta de Nuremberg en cuyo artículo 6º, apartado a) se le define como:

Crimes against peace: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or a participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing⁵⁸.

En el proceso de Nuremberg –vale agregar– se declara que “la agresión no es solamente un crimen internacional; es el crimen internacional supre que solamente difiere de otros crímenes de guerra por cuanto acumula en sí mismo toda la maldad⁵⁹”.

El crimen de agresión debe ser visto como un acto de Estado, tal como se recoge en los artículos correspondientes del Pacto de la Sociedad de Naciones y de la Carta de

57. Ver. Doc. A/CN.4/L.8 (1951), Question of Defining Aggression. Ricardo Alfaro.

58. “Nuremberg Charter” London, 8 august 1945, en Van den Wyngaert, Christine; International Criminal Law: a collection of International and European Instruments, 2nd Ed., Kluwer Law Intl., The Hague, 2000, pp. 55-62.

59. Nuremberg Judgement. 41. AJIL. pp. 172-186, 1947.

las Naciones Unidas⁶⁰ y en otros instrumentos internacionales, como la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2626 (XXV), relativa a la declaración sobre las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, del 24 de octubre de 1970, en la que se establece en el Principio I, que:

una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz que con arreglo al derecho internacional entraña responsabilidad.

Igualmente, debe considerarse la resolución 3314 (XXIX), de la Asamblea General, que lo define como: "...un crimen contra la paz internacional (...) La agresión origina responsabilidad internacional", lo que plantea algunas dudas en cuanto a si se trata de la relación entre Estados, es decir, la responsabilidad internacional del Estado o si, distintamente, se está ante la responsabilidad penal individual.

La comisión de Derecho Internacional que lo incluye en el artículo 20 (párrafo b) señala que "el crimen de agresión presenta dificultades por cuanto no existe una definición comparable a la del genocidio. En la resolución 3314 (XXIX) se trata de la agresión por parte de los Estados, no de crímenes de individuos y la resolución, además, agrega la comisión en sus comentarios al proyecto adoptado en 1994, "tiene por objeto servir de guía al consejo de seguridad y no dar una definición para uso judicial⁶¹".

En el Proyecto de Código de Crímenes se le define así:

El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión.

La comisión preparatoria, como se indicó antes, examina esta cuestión sobre la base de una serie de propuestas que resulta de interés conocer, en las que se presentan redacciones sobre los dos aspectos del tema, es decir, la definición y las condiciones para que la Corte pueda ejercer su competencia.

60. En el Pacto de la Sociedad de Naciones, en su artículo 10, se señala que "los Miembros de la Sociedad de Naciones se comprometen a respetar y mantener contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política presente de todos los Miembros de la Sociedad. En caso de agresión, de amenaza o de peligro de agresión, el Consejo determinará los medios para asegurar el cumplimiento de esta disposición". Esta redacción se recoge en el artículo 2º, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas en la que se establece que los miembros de la organización "en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier forma incompatible con los principios de las Naciones Unidas".

61. Informe de la CDI, Cit. 1994, p. 47.

Entre esas propuestas vale destacar la presentada por Grecia y Portugal que, ubicada en el grupo que sugiere una definición amplia, propone que “a los fines del presente estatuto se entenderá por agresión el uso de la fuerza armada, incluida la iniciación de dicho uso, por un individuo que esté en posición de ejercer el control o que pueda dirigir la acción política o militar de un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado en violación de la Carta de las Naciones Unidas”⁶².

Colombia, en su propuesta, también allegada en este contexto a la presentada por Grecia y Portugal, propone que “Para los efectos del presente estatuto se entenderá por crimen de agresión la planificación, la preparación, la expedición de órdenes, el inicio o la ejecución de un ataque armado efectuado mediante el uso ilegítimo de la fuerza, contra la integridad territorial, la soberanía o la independencia política de un Estado realizados por una o varias personas que estén en posición de ejercer el control o de dirigir la acción política o militar de un Estado”⁶³.

Tal como Colombia lo explica, su propuesta “consiste en una definición general y no una lista detallada como la contenida en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General. Considera Colombia que la primera opción garantiza una mayor amplitud del concepto, mientras que la segunda puede limitar la tutela sobre la integridad territorial, la soberanía y la independencia política de un país, si se dan hechos atentatorios contra ellas que no se encuentran incluidos en la lista”⁶⁴.

Italia plantea una serie de interrogantes que merecen reflexión⁶⁵. ¿Hay razones de orden jurídico o práctico para preferir la flexibilidad que una definición permite a la Corte actuar, al criterio basado en la Resolución 3314 o es que tratar que se respete plenamente el principio de la legalidad sigue siendo, al igual que para los demás crímenes comprendidos en el estatuto, la mejor garantía de que realmente se perseguirá y castigará el crimen de agresión?

La doctrina reciente ha mostrado interés en el tema, observándose algunos enfoques muy interesantes. Se ha considerado que “...there is no other way to statutorily create or codify a crime than by listing the specific actions that constitute the perpetration of crime”⁶⁶. Algunos abogan por una definición más precisa, en forma de lista no exhaustiva que según ellos presentaría cuatro ventajas “...combined with a more general preamble (...) avoids claims that individual have no notice of whether given acts are criminal (...) nullifies claims that an individual may simply choose acts not within

62. Doc. PCNICC/1999/WGCA/DP.1, del 7 de diciembre de 1999.

63. Doc. PCNICC/2000/WGCA/DP.2, del 17 de marzo de 2000.

64. Doc. PCNICC/2000/WGCA/DP.2, del 17 de marzo de 2000.

65. Doc. PCNICC/2001/WGCA/DP.3, de 2001.

66. Grant Dawson. “Defining Substantive Crime within the subject matter jurisdiction of the ICC: What

the enumerated list to escape liability (..) may track existing international law more closely, while at the same time allowing for the development of that law”⁶⁷.

Para el coordinador del grupo de trabajo creado dentro de la comisión preparatoria en el 2000, existían dos opciones. La primera, con tres variantes, todas detalladas; mientras que la segunda se presenta demasiado general, que lo define así: “A los efectos del presente estatuto y con sujeción a la determinación previa por el Consejo de Seguridad de que el Estado de que se trate ha cometido un acto de agresión. Se entenderá por crimen de agresión el acto de planificar, preparar, iniciar o llevar a cabo una guerra de agresión”⁶⁸.

i) Las condiciones para que la Corte pueda ejercer su competencia respecto del crimen de agresión.

La segunda cuestión que debe abordarse es la relativa a las condiciones que deben darse para que la Corte pueda ejercer su competencia referente al crimen de agresión, tema difícil por sus implicaciones políticas relacionadas con el papel del Consejo de Seguridad que tiene, es cierto, una responsabilidad primordial cuando se trata del mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, aunque ella no es exclusiva, como se ha señalado constantemente en las negociaciones antes de Roma, durante la Conferencia Diplomática y ahora en la comisión preparatoria.

¿Puede la Corte actuar independientemente de una decisión del consejo, es decir, sin que el consejo establezca antes que se ha cometido un acto de agresión y que de allí puede generarse la responsabilidad penal individual? O, distintamente, ¿la Corte debe esperar una decisión de éste para poder iniciar el procedimiento? Además, en caso de que exista una decisión del consejo, ¿la Corte estará obligada a iniciar el proceso o puede, a pesar de esa decisión, examinar la cuestión y decidir sobre su propia competencia? Estas son las cuestiones que se plantean ahora en la comisión preparatoria en la que si bien se refleja cierto avance, está aún lejos de tomar una decisión al respecto.

La comisión preparatoria conoce algunas propuestas entre las cuales las presentadas por Grecia y Portugal; Colombia y Bosnia Herzegovina, Nueva Zelanda y Rumania, las cuales, lejos de ser excluyentes, pueden ser un su conjunto una buena base para que la comisión preparatoria avance en las negociaciones que permitan una definición aceptable por todos, lo que, como se ha señalado, es fundamental para que todos los Estados puedan ratificar la enmienda que a tales efectos se pueda aprobar en la Asamblea de Estados Partes y ser de aplicación universal.

is the Crime of Aggression”, *Journal of International and Comparative Law*, New York Law School, Vol. 19, Nº 3, 2000, p. 447.

67. Leila Sadat y Richard Carden. *Op. cit.*, pp. 441-442.

68. Doc. PCNICC/2000/L.4/rev.1. pp. 16 y 17, del 14 de diciembre de 2000.

Grecia y Portugal plantean en su propuesta que “ la Corte ejercerá su jurisdicción con respecto a este crimen a reserva de la determinación por el consejo de seguridad, de conformidad con el artículo 39 de la Carta...”. Más adelante se dice en esta propuesta que “cuando se haya presentado una denuncia en relación con el crimen de agresión, la Corte tratará de establecer primero si el consejo de seguridad ha efectuado una determinación con respecto a la supuesta agresión del Estado interesado y en caso negativo, pedirá al consejo de seguridad (...) que proceda a establecer tal determinación”.

Lo más relevante en esta propuesta está contenido en su párrafo 4 que permite actuar a la Corte si a los doce meses el consejo no efectúa la determinación del acto o no aplica el artículo 16. Esta redacción no deja de reconocer al consejo su importancia primordial, a la vez que deja abierta una posibilidad aceptable para que la Corte pueda ejercer su jurisdicción.

Colombia, por su parte, destaca en su propuesta que la Corte tomará debidamente en cuenta la responsabilidad especial del consejo de seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta. En segundo lugar, señala que si el consejo determina una situación la Corte la recibirá, la considerará y decidirá sobre su admisibilidad de acuerdo con los artículos 17 y 18. Finalmente, Colombia propone que “si con arreglo al literal a) del mismo artículo, el fiscal inicia una investigación relativa a un crimen de agresión, sin que exista determinación previa del consejo, la Corte decidirá sobre su competencia en los términos del artículo 19 del estatuto.

Esta propuesta libera en cierta medida a la Corte de una sujeción al consejo de seguridad, aunque reconoce la responsabilidad primordial de éste, cuando actúa en el marco del capítulo VII de la Carta.

Por último, Bosnia-Herzegovina y otros presentan un texto más amplio, exclusivamente referido a las condiciones bajo las cuales la Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión en la que, en primer lugar, se establece que “la Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el estatuto y de manera compatible con la Carta de Naciones Unidas, en particular, sus artículos 24 y 39”.

En este texto se sugiere que cuando el consejo remita una situación a la Corte en base al artículo 13, párrafo b), del estatuto, “El fiscal se ocupará del caso de conformidad con el estatuto y las reglas de procedimiento y prueba”. Por otra parte, se sugiere en esta propuesta que si un Estado Parte somete al fiscal una situación relativa a un crimen de agresión o si éste actúa por su propia iniciativa y el consejo no hubiere determinado la existencia del acto “la Corte notificará al consejo (...) la situación presentada ante la Corte”.

A diferencia de las propuestas anteriores, en ésta se plantea un mecanismo particular

que funcionará cuando el consejo de seguridad no adopte ninguna determinación o no invoque el artículo 16 del estatuto en un plazo de doce meses. El consejo podrá –facultativo– notificar a la Asamblea General la situación para que éste pueda iniciar –igualmente facultativo– un proceso de solicitud de una opinión consultiva a la CIJ, “sobre la cuestión jurídica de la existencia de un acto de agresión, de acuerdo con el artículo 96 de la Carta”. En el párrafo 5 de esta propuesta se precisa que “cuando, a raíz de una solicitud de la Asamblea General, la CIJ formule una opinión consultiva en el sentido de que ha habido un acto de agresión (...) y cuando la Asamblea General así lo recomiende, el fiscal proseguirá las actuaciones de conformidad con el estatuto y las reglas de procedimiento y prueba.

Esta propuesta no parece facilitar a la Corte el ejercicio de su jurisdicción, pudiendo ésta verse paralizada por una indecisión del consejo de seguridad creando, a la vez, un mecanismo difícil e incierto que puede no llegar a conclusiones, como se plantea en la propuesta de Grecia y Portugal, sometida a plazos perentorios que permiten a la Corte actuar en un determinado momento. Cabe agregar además, que la Corte solamente puede emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas y en este caso, la determinación de la existencia de un acto de agresión se basaría en una apreciación factual cuya determinación sólo podría ser realizada desde el punto de vista político, pareciendo muy difícil que la Corte pueda determinar su existencia desde el punto de vista jurídico.

Las negociaciones continúan en el grupo de trabajo creado en el marco de la comisión preparatoria para lograr tanto la definición como las condiciones, cuestión que deberá ser examinada más adelante para su eventual aprobación en la Asamblea de Estados Partes con miras a dar cumplimiento al artículo 5º, párrafo 2, del estatuto, que exige su determinación.

IV. EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN POR LA CORTE

Una vez examinadas las precondiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte, las cuestiones relativas a la admisibilidad y la competencia en sus distintos aspectos, conviene ahora abordar la última cuestión: el ejercicio de la jurisdicción, es decir, el inicio del proceso ante la Corte, o sea, quién puede plantear un asunto ante la Corte y en qué condiciones. La cuestión de la activación del procedimiento ante la Corte –trigger mechanism– fue otro de los temas más controversiales durante las negociaciones.

El artículo 13 prevé que la Corte podrá ejercer su competencia cuando una situación sea remitida por un Estado Parte –y sólo un Estado Parte– (párrafo a) o por el consejo de seguridad (párrafo b) o cuando el fiscal actúe por iniciativa propia (párrafo c), de conformidad con el artículo 15.

a) El inicio del proceso a solicitud de un Estado Parte

Para la CDI, la facultad de recurrir a la Corte mediante denuncia debía limitarse a los Estados Partes. Ello –apuntaba la comisión en sus comentarios– podía alentar a los Estados a aceptar derechos y obligaciones establecidos en el estatuto⁶⁹. De acuerdo con el estatuto sólo un Estado Parte podrá remitir al fiscal una situación en la que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte solicitándole que la investigue “a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas⁷⁰”.

En algún momento de las negociaciones se planteó que sólo el Estado Parte interesado o involucrado podía remitir a la Corte una situación, lo que fue superado después. La redacción final del estatuto refleja –aunque limitado a los Estados Partes– la idea de que los crímenes que son objeto de competencia, por su propia naturaleza, no son solamente del interés de un Estado, si no de toda la comunidad internacional.

b) El consejo de seguridad y el inicio del proceso

Por otra parte, de acuerdo con el párrafo b) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia 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...”, remisión que por cierto, no vincula a la Corte, es decir, no la obliga por ello a conocer en todos los casos una situación, pues ella, en el ejercicio de su propia competencia, debe decidir sobre la admisibilidad de la cuestión.

Sin ninguna duda, la naturaleza de los crímenes objeto de la competencia y su relación con el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales otorgan al consejo de seguridad una importancia incuestionable. Desde luego, esta apreciación no puede ni debe afectar la autonomía jurisdiccional de la Corte que garantiza su eficacia. Un equilibrio es necesario en todo lo relacionado con el papel del consejo de seguridad.

Si bien el consejo de seguridad puede remitir una situación, término expresamente incluido en esta disposición, lo que se traduce en una acción positiva, también puede tener una actuación negativa toda vez que una decisión del Consejo puede impedir o suspender un procedimiento ante la Corte, según el ya referido artículo 16 del estatuto en el que se señala que este órgano puede solicitar a la Corte que suspenda o no de inicio, por un plazo que no podrá exceder de doce meses, la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, a lo cual la Corte debe atenerse. Esta solicitud incluso, como se señala en ese mismo artículo, puede ser renovada.

69. Informe de la CDI, 1994, Cit. p. 61.

70. Artículo 14, párrafo, del Estatuto.

Hemos indicado antes –y debe recordarse– que cuando una situación es remitida por el consejo de seguridad no se requiere el consentimiento del Estado territorial o del de la nacionalidad; actuando la Corte en estos casos como un tribunal especial creado por el consejo en virtud del capítulo VII de la Carta.

c) El inicio del proceso por iniciativa propia del fiscal

En los estatutos para los tribunales creados por el consejo de seguridad para la antigua Yugoslavia y para Ruanda se le otorga esta autonomía al fiscal. En el artículo 16 del estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia, se señala que el fiscal es un órgano distinto en el sentido del Tribunal y que actúa con plena independencia, precisándose que no recibirá orden de ningún gobierno ni de ninguna otra fuente.

En el proyecto de estatuto de la CDI se hacía referencia al fiscal en su artículo 12, precisándose que “la Fiscalía es un órgano autónomo de la Corte encargado de investigar las denuncias...”, como se establece en su párrafo 1. La Comisión justificaba la autonomía del fiscal, lo que quedaba subrayado, según ella, “por el precepto según el cual el fiscal y sus adjuntos no serán elegidos por la Corte, sino por la mayoría absoluta de los Estados Partes”. La comisión enfatizaba en sus comentarios que “el fiscal no debe solicitar instrucciones de ningún gobierno o de ninguna autoridad externa”⁷¹, lo que es recogido en el estatuto, en su artículo 42, párrafo 1, en el que además de autorizarle a recibir información para la investigación, señala que los miembros de la Fiscalía no solicitarán ni cumplirán instrucciones de fuentes ajenas a la Corte”.

Desde el inicio de las negociaciones se discutió mucho sobre el poder del fiscal y su autonomía en cuanto al inicio del proceso. Para algunos pocos al fiscal debían otorgársele plenas facultades para el mejor ejercicio de sus funciones, lo que correspondía a la idea que se planteó en 1995 en las negociaciones, que el fiscal actuaba en nombre de la comunidad internacional dada la naturaleza de los crímenes que iban a ser objeto de la competencia de la nueva Corte. Esta posición, sin embargo, fue sustituida en el transcurso de las negociaciones, por la idea de crear una especie de mecanismo de control, la Sala de cuestiones preliminares que de alguna manera limita, aunque ello es aceptable, sus poderes y su autonomía, que no podía ser absoluta. La propuesta presentada por Argentina y Alemania⁷² y la planteada después de largas negociaciones por la Mesa de la Conferencia⁷³, condujeron a la redacción final del artículo 15 del estatuto.

71. Informe de la CDI, 1994, *Op. cit.*, p. 36.

72. Doc. A/AC.249/1998/WG.4/DP.35

73. Doc.A/CONF.183/C.1/L.53. pp. 16-17.

La autonomía funcional del fiscal debe distinguirse de la jurisdiccional, es decir, si el fiscal puede *motu proprio* iniciar una investigación. El estatuto establece en ese sentido en su artículo 13 c) que la Corte podrá ejercer su competencia, cuando el fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

El fiscal puede actuar por su propia iniciativa sobre la base de información recibida de cualquier fuente, lo que es novedoso, como se puede inferir de la redacción de ese mismo párrafo del artículo 15, lo cual es también reflejado en su párrafo 2 cuando señala que “el fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales y las no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas...”.

Pero, el fiscal sólo puede iniciar la investigación si la Sala de cuestiones preliminares decide que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y si, tal como lo establece el párrafo 4 de ese mismo artículo, considera que “el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte”. Por otra parte, el fiscal puede no iniciar la investigación, por su propia decisión, si considera que la información recibida no constituye fundamento suficiente para ello (párrafo 6, del artículo 15) o si la Sala de cuestiones preliminares niega la autorización para que inicie la investigación (párrafo 4, del artículo 15). En este último caso, el fiscal puede replantear la cuestión a la luz de nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación (párrafo 5, del artículo 15).

Tal como se indicó al comienzo, los aspectos examinados brevemente en esta oportunidad, son complejas y a veces difíciles de comprender, pero son el resultado de negociaciones amplias y democráticas que las presentan muy diferentes, por ello, de la modalidad utilizada en el proceso de adopción de los estatutos de tribunales anteriores, en los cuales no participaron sino los Estados directamente interesados, como es el caso de la Carta de Nuremberg; un relativo progreso se observó en la elaboración del Tribunal de Tokio y una mayor participación, aunque siempre limitada, cuando se crearon los tribunales especiales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda⁷⁴. El estatuto no sólo deberá ser interpretado en ese contexto si no que deberán considerarse, al menos en relación con el tema de la competencia en general, los elementos de los crímenes y las reglas de procedimiento y prueba, textos igualmente complejos aprobados por la comisión preparatoria y que deberán ser adoptados formalmente en la Primera Asamblea de Estados Partes, que complementan y desarrollan las reglas sobre la materia.

74. Ver declaración del embajador Juan Antonio Yáñez, jefe de la delegación de España a las reuniones de los órganos para la creación de la Corte, en el Seminario Regional sobre la implementación del estatuto de la Corte en el plano nacional, celebrado en Buenos Aires en junio de 2001.

La Corte ejercerá su jurisdicción con base en esas reglas pero ella no será efectiva si los Estados Partes –e incluso los no Partes– cooperan de buena fe con la Corte para que se investiguen los hechos relacionados con un crimen de su competencia, se procese a los culpables, se les ponga a la orden de la Corte y se les condene, todo lo cual no solamente contribuirá con la deseada erradicación de la impunidad por la realización de estos odiosos crímenes, si no que incidirá de manera muy positiva en la prevención de tales actos que si bien están limitados en el artículo 5º del estatuto, en un futuro no tan remoto podrá ampliarse y comprender otros crímenes tan graves como los ahora planteados.

