

HANS PETER KAUL*

*La Corte Penal Internacional:
la lucha por su competencia y su alcance*

Dentro del conjunto de principios sobre los cuales se basa el Estatuto de Roma¹ de la futura Corte Penal Internacional, aprobados en julio 17 de 1998, dos en particular se discutieron con gran intensidad mucho tiempo y por consiguiente, como era de esperarse, se incluyeron en el acuerdo. Veámos.

1. El principio de que la Corte tan sólo puede ejercer su jurisdicción si la administración de justicia penal del correspondiente Estado, individualmente considerado, no tiene posibilidades reales de hacerlo o no está dispuesta a adelantar las acciones penales en casos de delitos graves (principio de complementariedad).

2. El principio según el cual la competencia de la Corte está limitada al núcleo de cuatro delitos (art. 5º) considerados graves y que de acuerdo con el principio de jurisdicción universal son de trascendencia para toda la comunidad internacional: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión (con todo, el crimen de agresión todavía está por definirse, así como el papel que debe jugar el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con respecto a este mismo delito).

De acuerdo con el Estatuto, la Corte puede ser activada a través de tres mecanismos (art. 13):

– Si uno de los denominados Estado denunciante, como Estado Parte, remite una situación concreta al Fiscal solicitando que se investigue si alguno o algunos de los delitos definidos en el Estatuto se cometieron por una o varias personas determinadas;

– Por el Fiscal, quien tiene la posibilidad, sujeta al control de la Sala de Cuestiones Preliminares, de iniciar una investigación *motu proprio*;

– Por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a través de la remisión de una “situación” particular y actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

* Director de la División de Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Federal de Alemania desde 1996. Integró la delegación alemana en la Conferencia Diplomática de Roma. Traducción de Oscar Julián Guerrero P.

¹ Para todas las referencias U. N. Doc. A/Conf.183/9 de julio 17 de 1998. El texto se encuentra en la siguiente dirección: <http://www.un.org/icc>.

anteriores a la Conferencia de Roma, que se realizaron en distintos años, varias propuestas —algunas de ellas diametralmente contrarias— y enfoques se desarrollaron sobre el problema clave de la competencia. Estas fórmulas se rechazaban o apoyaban según si un Estado estaba interesado en reducir los poderes de la Corte, o si, por el contrario, como los “Estados simpatizantes de la Corte” (*like-minded States*), estaban en favor de ella.

Durante el proceso resultó del todo claro que los países preocupados en un comienzo por su soberanía eran escépticos, a pesar de toda su disposición a discutir sobre el asunto, y deseaban una Corte que “inicialmente” fuera débil y simbólica. A tales efectos, la Corte actuaría tan sólo cuando los Estados interesados o el Consejo de Seguridad lo admitieran en una forma determinada y para casos específicos. De ser necesario, sus propios nacionales deberían ser exceptuados de la competencia de la Corte. Esos países hicieron todo lo que estuvo a su alcance para asegurar una competencia que fuese regulada en esta dirección.

¿Cuál era entonces la naturaleza de las proposiciones concretas y las aproximaciones que estaban sobre la mesa en Roma para solucionar el problema?

Hasta la mitad de la Conferencia de Roma, a comienzos de julio, había tres propuestas principales del régimen de competencia:

1. El denominado régimen *opt in-opt up* desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional (ILC), según el cual los Estados Partes del Estatuto podrían aceptar o rechazar en forma selectiva la competencia de la Corte para determinados delitos y por determinados períodos de tiempo.

2. La propuesta originalmente realizada por Francia, denominada régimen del consentimiento del Estado, de acuerdo con la cual se requería el consentimiento del Estado interesado en cada uno de los procedimientos penales individuales contra un presunto responsable plenamente individualizado, a efecto de que la Corte asumiera la competencia.

3. La propuesta de la mayoría, iniciada por Alemania, de una competencia automática, por medio de la cual un Estado que ha ratificado el Estatuto acepta en forma automática la competencia de la Corte Penal Internacional.

El número de opciones era aún más amplio, en razón de que, además de las tres variantes de la competencia automática, aparecían sobre la mesa las fórmulas presentadas por Gran Bretaña, Alemania y Corea del Sur.

Conviene expresar con más detalle estas propuestas que habrían de combinarse con otras y exponer la medida de respaldo que ellas recibieron en la Conferencia de Roma.

A. EL RÉGIMEN *opt in-opt out*

Esta propuesta, desarrollada por la Comisión de Derecho Internacional (ILC) en su Proyecto de Estatuto de la Corte⁴, es marcadamente conservadora y poco cercana a la Corte que se pretendía. La fórmula, como es obvio, sigue el modelo de poner a consideración del Estado respectivo las decisiones tal y como sucede en la Corte Internacional de Justicia, que a su vez da a los Estados completa libertad y una amplia opción para mirar y escoger (*pick and choose*) a pesar de haber ratificado el Estatuto. Bajo la propuesta de esta competencia “a la carta”, los Estados tendrían la posibilidad de someterse ellos mismos a la competencia de la Corte Penal Internacional, a través de declaraciones específicas para ciertos o algunos delitos individuales y/o por ciertos períodos de tiempo. Esta propuesta, al apuntar a la total libertad de elección de los Estados miembros, probablemente hubiese conducido al caos, toda vez que se esperaban multitud de declaraciones de aceptación hechas según si el Estado optaba por ser abierto o restrictivo hacia la Corte, y por lo tanto guiaba el proceso hacia la existencia de una Corte completamente inefectiva.

En la Conferencia de Roma esta posición recibió en un principio el apoyo de una minoría —aunque significativa— de 27 Estados. Sin embargo, se debe tener en cuenta que algunos de ellos pretendían un régimen de este tipo, o bien sólo para los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, o bien sólo para los crímenes de guerra.

4 Véase el artículo 22 del Draft Statute submitted by the ILC, U. N. Doc. A/49/355 (1994). El texto también está disponible en *Report of the Preparatory Committee on Establishment of an International Criminal Court*, Vol. II (Compilation of Proposals), U. N. Doc. A/51/22, Supplement 22 A, p. 73.

La propuesta británica⁸, presentada al concluir la ronda de negociaciones del Comité Preparatorio de Estados Unidos entre marzo y abril de 1998, en un comienzo se centraba en el territorio del Estado y (acumulativamente) el Estado de detención. El punto de vista asumido por los británicos en Roma se fundaba en que la competencia de la Corte debería basarse tan solo en el Estado territorial de un país que hiciese parte del Estatuto de la Corte.

La propuesta germana⁹, presentada también entre marzo y abril de 1998, por su parte, se basa en el principio de jurisdicción universal respecto de este conjunto de crímenes. La fundamentación de estas consideraciones se esbozaba en un documento de discusión que expresaba que de acuerdo con el derecho penal internacional moderno, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, de acuerdo con el principio de jurisdicción universal, son punibles en cualquier lugar y por cualquier Estado, sin consideración a la nacionalidad del presunto autor, la víctima o el lugar donde el crimen se cometió. En consecuencia, ya que los países miembros de las Naciones Unidas pueden ejercer nacionalmente su jurisdicción universal con respecto a este grupo de crímenes, también pueden, ratificando el Estatuto de la Corte, transferir esta jurisdicción universal a la Corte Penal Internacional.

Este acercamiento conceptual y la propuesta recibieron el respaldo de varios Estados y en particular del Comité Internacional de la Cruz Roja¹⁰ y la mayor parte de las organizaciones no gubernamentales, principalmente Amnistía Internacional¹¹, Human Rights Watch¹², el Comité Internacional

de Defensores de Derechos Humanos y la ONG “Coalición por una Corte Penal Internacional”. Al mismo tiempo se advertía claramente la existencia de considerables reservas y resistencias a esta proposición.

En este contexto, al comienzo de la Conferencia de Roma, Corea del Sur presentó adicionalmente una proposición¹³ que era a su vez favorable a la Corte. La fórmula se elaboró sobre el principio básico de “competencia automática” (ver *supra*) y consideraba que la Corte era competente si en un caso específico uno o más Estados eran parte del Estatuto, vale decir, si lo era el Estado territorial o el Estado de detención, o el Estado del cual era nacional la víctima, o el Estado del cual era nacional el presunto autor o una combinación de estos Estados. Pronto quedó claro en las discusiones que, a pesar de la llegada tarde de la propuesta surcoreana, ella había cautivado a la mayor parte de los participantes de la Conferencia y, sobre todo, a los Estados simpatizantes de la Corte, con la excepción de Gran Bretaña.

Así, las fórmulas que se aproximaban quedaron expuestas, mientras el momento de la decisión final se acercaba. Para todos los Estados interesados en una Corte que fuese en la misma medida efectiva y creíble, el siguiente paso era alcanzar una regulación automática y obligatoria que fuera tan amplia y general como lo permitieran las condiciones.

II. EL DESARROLLO DE LAS NEGOCIACIONES

¿Cómo se desarrollaron las negociaciones en Roma sobre el problema de la competencia? ¿Cuáles fueron las circunstancias determinantes que permitieron llegar al compromiso que hasta aquí hemos esbozado?

Antes que todo, nos parece necesario, en este punto, hacer unas pocas observaciones sobre el interesante método de negociación que siguió Kirsh, embajador de Canadá y además carismático presidente del Comité Plenario. Desde el punto de vista de un delegado, su abordaje metodológico se puede caracterizar como sigue.

Después de varias consultas bilaterales y de grupo, Kirsch y la Mesa Directiva de la Conferencia presentaron en forma sucesiva varios documentos

⁸ Esta proposición está contenida en “Further option for articles 6, 7, 10, y 11”, en el Proyecto de Estatuto preparado para la Conferencia de Roma, U. N. Doc. A/Conf.183/2/Add. 1, pp. 38 y 39, art. 7º.

⁹ Véase U. N. Doc. A/AC 249/1998/ DP. (La competencia de la Corte Penal Internacional. Documento de discusión informal presentado por Alemania).

¹⁰ La delegación del CICR reafirmó en declaración de julio 13 que la competencia de la Corte debería basarse en el principio de jurisdicción universal. U. N. Doc. A/Conf.183/Inf/9. También el documento informativo del CICR de febrero de 1998: “Création d’ une Cour Criminelle Internationale: Vers la fin de l’impunité”.

¹¹ Véase Amnesty International. “The International Criminal Court –Making the right choices–, Part V, Recommendations to the Diplomatic Conference”, de mayo de 1998, AI Index: IOR 40/10/98.

¹² Véase “Justice in the balance. Recommendations for an Independent and Effective International Criminal Court”, en *Human Rights Watch*, pp. 51 a 53.

¹³ U. N. Doc. A/Conf.183/C.1/L.

cuidado, sobre la orientación de los debates. Estas actas destacaban que la propuesta sur-coreana gozaba de una enorme simpatía: en un comienzo el 73% (74 Estados) y el 75% (64 Estados), respectivamente, de las delegaciones que tomaron la palabra estaban en favor de una competencia automática, contra solo el 27% (21 Estados) que acogieron la opción *opt in*. La versión coreana de la competencia automática contó con el respaldo de dos grandes mayorías: el 79% en julio 9 y el 85% en julio 13.

Esto significaba que la propuesta tenía el apoyo de una abrumadora mayoría de delegaciones y por consiguiente debía ser la primera opción para la regulación del complejo punto de la competencia.

III. LAS VÍAS DE ARREGLO FINAL

¿Qué sucedió para que se llegara a un arreglo distinto, cuál fue la pequeña parte que se le suprimió a la proposición y que finalmente se le agregó?

Como sucede a menudo en las fases críticas de los procesos de decisión de las Naciones Unidas, los bien establecidos mecanismos de coordinación entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad entraron en juego. De sus miembros Francia, en particular, desde el inicio de la conferencia había estado buscando una vía para exceptuar los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra de la competencia obligatoria. Estados Unidos también deseaba que la Corte Penal Internacional tuviese competencia solo opcional para crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. De acuerdo con la propuesta del denominado régimen de consentimiento del Estado, el país de nacimiento del presunto autor tenía la posibilidad de aceptar o rechazar un procedimiento particular. A diferencia de la jurisdicción automática, la competencia de la Corte se basaba en esta hipótesis, en la posibilidad de permiso explícito del país de nacimiento del presunto autor en cada caso individual.

En julio 15, los miembros permanentes del Consejo de Seguridad encontraron un acuerdo en el sentido usual de “propuesta compromisoria”

Coalition Special on Country Position on L. 59”, en *The Rome Treaty Conference ICC Monitor*, julio 15 de 1998 (revision 1). El texto puede encontrarse en <http://www.igc.org/icc>.

que estaba de acuerdo con sus intereses (la parte alemana no fue informada y no se la llamó a participar). El resultado era una propuesta provisional de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, que en julio 16 de manera informal presentaron a la Mesa Directiva de la Conferencia y a un grupo selecto de Estados un acuerdo¹⁹ restrictivo que contenía los siguientes elementos:

– Posibilidad de *opt out* para crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad por diez años incluyendo la posibilidad de extender el período por la simple mayoría (!). Esta era, como es obvio, la propuesta francesa.

– Los Estados no Partes estarían facultados para excluir la competencia de la Corte Penal, a través de la manifestación de que el delito se cometió en una “misión oficial” (en el sentido de misión militar). Esta parece haber sido una propuesta que Estados Unidos había puesto a consideración en julio 16²⁰.

– En el punto de la competencia, la propuesta británica, que se anticipaba interpretativamente a la de Corea del Sur, se aseguraría de que el Estado territorial donde fue cometido el delito era un Estado Parte del Estatuto.

Francia y Gran Bretaña también comenzaron a escrutar el posible respaldo a esta propuesta entre los Estados europeos.

El lado germano, se vio obligado a repartir entre los países más amigos de la Corte una contrapropuesta²¹ en la tarde de julio 16 que contenía estos elementos en materia de competencia:

– La competencia debería llegar a adquirirse de una manera mucho más efectiva; para ello bastaba que bien el Estado de detención, o el Estado del cual era nacional la víctima, fuese Parte del Estatuto.

– La posibilidad *opt out* que Francia introdujo en el juego se consideraba como

¹⁹ Por motivos de transparencia el texto del documento informal elaborado por los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de julio 15 de 1998 se adjunta como Anexo 1.

²⁰ Véase la proposición sometida a consideración por Estados Unidos en U. N. Doc. A/Conf. 183/C.1/L.90, julio 16 de 1998, y L.70, julio 14. Estas propuestas fueron rechazadas con un voto de “moción de no trámite” que contó con 113 Estados a favor del “no procedencia” y 17 en contra.

²¹ Por motivos de transparencia el texto de la contrapropuesta alemana elaborada en julio 16 de 1998 se incluye como Anexo 2.

un “período de aquilatamiento de la confianza”. Sin embargo este período debería limitarse a tres años, sin posibilidad de prórroga, y restringirse únicamente a los crímenes de guerra (es decir, la modalidad *opt out* no era aplicable a crímenes contra la humanidad).

La contrapropuesta alemana recibió de inmediato respaldo de la mayoría de los Estados de la Unión Europea y también de los otros “Estados simpatizantes de la Corte”, jugando así un papel clave en la Mesa Directiva de la Conferencia con el embajador Kirsch a la cabeza, quien propuso el arreglo que sigue, acordado finalmente en julio 17.

– Competencia automática para todo el conjunto de crímenes, sobre las bases de que el Estado de la nacionalidad del autor o el Estado en el que se cometió el delito fuesen miembros del Estatuto.

Una disposición transitoria (solamente) para los crímenes de guerra (art. 124) habilitaba a los Estados Partes para excluir por un término de siete años la competencia de la Corte únicamente con respecto de estos delitos.

La noche del 17 al 18 de julio de 1998, este compromiso puso fin a un largo año de discusión y provisionalmente a la dramática lucha por la competencia y la extensión de los poderes de la futura Corte. 120 Estados votaron por el proyecto de la Mesa Directiva de la Conferencia y siete votaron en contra: Estados Unidos, China, Israel, Iraq, Libia, Yemen y Quatar. 21 Estados se abstuvieron.

IV. EL RESULTADO EN PERSPECTIVA

La exitosa aprobación de la Corte Penal Internacional y los resultados alcanzados en Roma han recibido en el plano internacional una enorme reacción positiva. En efecto, un nuevo capítulo en el derecho internacional y en el derecho penal internacional se abrió en Roma. Además se establecieron los fundamentos para una nueva institución global de competencia internacional que mediante el derecho penal internacional ayudará a proporcionar protección contra las más graves violaciones y abusos de los derechos humanos y a impedir que respecto de estos graves delitos sobrevenga la impunidad.

Es un hecho que el Estatuto de la Corte habría podido quedar mejor, en especial en lo que respecta al problema de la competencia obligatoria. Después

de Roma, y aun allí, se ha lamentado profundamente que la propuesta surcoreana por una competencia efectiva, respaldada por muchos países, fuese más o menos “negociada” en el último minuto, pues, en efecto, esta habría mejorado en medida considerable la efectividad y el radio de acción de la Corte, en particular en lo que respecta a los conflictos armados de carácter interno que se sucedan en los Estados no Partes. En las guerras civiles, que son el tipo de conflicto armado más común en nuestros días, la presente disposición acordada no permite la aplicación de la competencia, al menos si el Estado en cuestión no es un Estado Parte del Estatuto. Si, por el contrario, en la línea de la propuesta coreana, la competencia también pudiese ser aplicada a los Estados de detención, entonces esta problemática vía de escape se habría evitado, toda vez que una disposición como esa significaría que los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o, en el mismo plano, el genocidio cometido durante una guerra civil, habrían podido ser perseguidos en el caso de que los presuntos autores fuesen detenidos en los Estados Partes.

Por consiguiente, resulta de una vital importancia que el Estatuto de la futura Corte prevea un instrumento dentro de sus comandos: la posibilidad de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas remita a la Corte, bajo los lineamientos del Capítulo VII de la Carta, situaciones de determinados países donde se presuma que han ocurrido crímenes graves. Una decisión en tal sentido es obligatoria para los Estados no Partes y además deja sin efecto el argumento según el cual la Corte no es competente en razón de que el Estado en cuestión no es parte del Estatuto. Como es natural, habrá que esperar para ver si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hace uso de esa opción y de qué manera. No obstante el hecho de que haya quedado la debilidad de las disposiciones relativas a la competencia general en una situación determinada, esta puede ser superada si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tiene la suficiente voluntad política para hacerlo así.

A parte del Consejo de Seguridad, la mayor o menor efectividad de las disposiciones con fuerza obligatoria que gobiernan la Corte y la competencia regular dependen claramente de que muchos Estados, tantos como fuere posible, sean miembros del Estatuto de la Corte. Por lo tanto, quien desee una Corte efectiva debería hacer un gran esfuerzo para asegurar que muchos países lleguen, tan pronto como sea posible, a este nuevo instrumento.

ANEXO I *

Informal paper elaborated by the permanent members. Security Council on 15 July 1998 in Rome (The article numbers in this paper refer to L.59 and may have to be changed).

Article 7 as in Option 2 with the deletion of sub-paragraph (b)

Article 7 *ter*: renumber existing text as paragraph 2, and add a new paragraph 1:

1. Where the person accused of a crime under article 5 *ter* or 5 *quater* is a national of a State not party to this Statute and the activity alleged to constitute the crime is an act of the State in question acknowledged by it as such, the Court shall not exercise its jurisdiction in respect of that crime without the consent of that State.

ARTICLE X

1. The Protocol annexed to this Statute shall be open for acceptance by any State Party at the time it becomes party to the Statute.

2. The application of this Statute to a State Party which accepts the Protocol in accordance with paragraph 1 shall be subject to the terms of the Protocol and the declaration made thereunder by the State Party in question.

PROTOCOL

ARTICLE I

A State accepting this Protocol may make a declaration, at the time of its acceptance, covering either the crimes referred to in article 5 *ter* or the crimes referred to in article 5 *quater* or both. The consent of the State in question shall thereupon be required, in accordance with the provisions of article 7 *ter*, paragraph 1, before the Court may exercise its jurisdiction over the cases referred to in that paragraph.

* Hemos decidido publicar los anexos en inglés pues así fueron presentados en Roma (Nota de las compiladores).

ARTICLE 2

1. This Protocol shall enter into force with the Statute and shall remain in force thereafter for a period of 10 years. Its duration may however be prolonged by a decision of the Assembly of States Parties taken by simple majority.

2. A declaration under article 1 of this Protocol shall remain valid and effective for the duration of this Protocol, but may be withdrawn at any time.

3. A State Party accepting this Protocol shall have the right, notwithstanding article 115, paragraph 1, of the Statute, to withdraw from the Statute with immediate effect on the expiry of this Protocol.

ANEXO 2

INFORMAL COUNTER-PROPOSAL ELABORATED
BY THE GERMAN SIDE ON 16 JULY IN ROME

STATUTE FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

[...]

ARTICLE 7

Option 1 as contained in L. 59

ARTICLE 7 *bis*. ACCEPTANCE OF JURISDICTION

A State which becomes a Party to the Statute thereby accepts the jurisdiction of the Court with respect to the crimes referred to in Articles 5 *bis*, 5 *ter* and 5 *quater*.

[...]

ARTICLE 109. RESERVATIONS

Without prejudice to the provisions of the additional protocol annexed to this Statute, no reservations may be made to this Statute.

ADDITIONAL PROTOCOL**ARTICLE 1**

With regard to the crimes referred to in article 5 *quater* of the Statute, a State Party to this protocol may, at the time it expresses its consent to be bound by the Statute, by declaration lodged with the depositary, declare that, where a situation has been referred to the Court by a State Party or where the prosecutor has initiated an investigation, the Court shall not exercise jurisdiction if that State Party is the State of nationality of the accused or the suspect, unless that State Party has consented to the exercise of the jurisdiction of the Court with respect to the situation in question.

ARTICLE 2

Any such declaration may apply to article 5 *quater* as a whole or be limited to one or more of the crimes listed therein.

ARTICLE 3

1. Any such declaration shall remain in force for a period of three years from the date of entry into force of the Statute for that State Party and may not be renewed.

2. At the end of that period, that State Party may, by written notification addressed to the Secretary-General of the United Nations, withdraw from the Statute. The withdrawal shall take effect one year after the date of receipt of the notification. Pending the withdrawal, the declaration shall remain in force.

ARTICLE 4

1. This additional protocol shall be open for signature to all State Parties of the Statute for the International Criminal Court.

2. It is subject to ratification, acceptance or approval by signatory States.

3. It shall be open to accession to all State Parties to the Statute.

4. It shall enter into force upon the entry into force of the Statute.

This informal paper is based on the understanding that

– Article 12 option 1 as contained in L.59 is retained;

– State Parties to the additional protocol shall have all obligations under the Statute:

– No grounds for refusal of cooperation shall be allowed in Part 9; and

– *No challenges to the admissibility of a case may be made before a national court after the Court has ruled on the issue.*