

20.º ANIVERSARIO DEL ESTATUTO DE ROMA

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN CONSTRUCCIÓN: NUEVOS RETOS VEINTE AÑOS DESPUÉS DE LA CONFERENCIA DE ROMA

Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ *

Casi cincuenta años después de que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos, una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios convocada bajo los auspicios de la misma Organización inscribió otra fecha destacada en la historia del Derecho internacional: el 17 de julio de 1998. En esa fecha, los Estados reunidos en la Conferencia de Roma adoptaron el Estatuto de la Corte Penal Internacional, mediante una votación no registrada cuyo resultado es digno de destacar: 120 votos a favor, siete en contra y 21 abstenciones. La celebración en este año del vigésimo aniversario de la adopción del Estatuto de Roma ofrece una buena oportunidad para volver a reflexionar sobre un instrumento jurídico enclavado en el corazón del imaginario colectivo sobre la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales.

La adopción del Estatuto de Roma y la consiguiente creación de la Corte Penal Internacional (CPI) son probablemente dos de los hitos jurídicos que mayores expectativas han generado en la sociedad internacional de finales del siglo XX y principios del XXI. La existencia de una jurisdicción penal internacional independiente, permanente y universal, encargada de enjuiciar a los presuntos autores de los más graves crímenes de Derecho internacional, que se concibió como un desiderátum en la década de los años cincuenta del

* Concepción Escobar Hernández es Catedrática de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Investigación a Distancia (UNED) y Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Fue miembro de la delegación española en la Conferencia de Roma, en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional y en la Asamblea de Estados Partes. Fue Jefa adjunta de la delegación española en la Conferencia de Kampala y Presidenta del Comité de Redacción de la Conferencia (cescobar@der.uned.es).

pasado siglo, comenzó a ser verosímil en 1998 y una realidad en 2002. Desde entonces, la CPI no ha dejado de cumplir su mandato y contribuir con ello a la construcción de un nuevo sistema de justicia penal internacional. El Estatuto, además, ha sido enmendado para incluir nuevos crímenes, entre los que ocupa un lugar destacado el crimen de agresión. Con la adopción de las enmiendas sobre dicho crimen en la Conferencia de Kampala, el diseño original del Estatuto de Roma quedó definitivamente cerrado al darse cumplimiento a lo previsto en su art. 5.2.

Las aportaciones del Estatuto de Roma al moderno Derecho penal internacional no precisan de mayor explicación. Baste con destacar que, por primera vez, la comunidad internacional adopta un instrumento de carácter universal que sitúa la responsabilidad penal del individuo en el centro del sistema internacional. Y lo hace conforme a una estructura integradora, ya que no se limita a declarar la responsabilidad penal individual, sino que aborda dicha responsabilidad en una doble perspectiva, sustantiva y adjetiva. El Estatuto reúne en un mismo instrumento normas primarias que imponen obligaciones, normas secundarias que definen las consecuencias de la infracción de dichas normas y —sobre todo— establece una jurisdicción penal internacional competente para hacer efectiva la responsabilidad del individuo, institucionalizando, así, el mecanismo de determinación de la responsabilidad. A ello ha de añadirse, por último, el impacto del Estatuto sobre el contenido y alcance de la soberanía estatal en materia penal. Si la soberanía nacional para definir tipos penales ya había sido limitada en términos sustantivos por un elevado número de tratados internacionales, el Estatuto de Roma añade un nuevo elemento. A partir de su adopción, el poder de juzgar y castigar en el ámbito penal ya no puede ser considerado como una competencia exclusiva del Estado sino como una materia de interés internacional en la que concurren la competencia judicial internacional y la competencia judicial nacional, sirviendo ambas a un mismo objetivo: el enjuiciamiento y castigo de los más graves crímenes de Derecho internacional. Y lo hacen, además, a través de un nuevo modelo (la complementariedad) que sitúa a la CPI en el centro del sistema de justicia penal internacional, con capacidad de sustituir a los tribunales nacionales en el ejercicio de su competencia primaria. La importancia y significado de esta nueva aproximación al ejercicio del *ius puniendi* ha de ser adecuadamente valorada. Así, baste con recordar que, precisamente por esta configuración de las relaciones entre la Corte y los tribunales nacionales, la autorización parlamentaria de la ratificación del Estatuto de Roma en nuestro país tuvo que someterse al procedimiento previsto en el art. 93 de la Constitución.

Veinte años después de la adopción del Estatuto, y tras la constitución efectiva de la CPI, han sido muchos los desarrollos que se han producido respecto de esta nueva jurisdicción internacional. Estos veinte años han sido testigos de grandes avances y logros, pero también dificultades y críticas a las que la Corte ha tenido que responder. Como es obvio, no es posible analizar todos ellos en esta breve nota, por lo que las siguientes páginas se limitan a

examinar algunas de las cuestiones de mayor actualidad y que mayor incidencia pueden tener en el futuro del Estatuto y de la CPI.

Situándonos en 1998, merece la pena destacar algunos rasgos del ambiente imperante en el momento de adopción del Estatuto de Roma y su proyección en el mismo. En primer lugar, la creación de la CPI era percibida como una necesidad y una oportunidad para los Estados y para la comunidad internacional en el esfuerzo común de la lucha contra la impunidad; ello explica el elevado número de Estados participantes en la Conferencia de Roma, la amplia mayoría con la que se aprobó el Estatuto y la relativa rapidez con que entró en vigor. En segundo lugar, la Corte era concebida como una institución universal llamada a ocupar el centro de un nuevo sistema de justicia penal internacional, lo que se traduce en el complejo sistema de atribución de competencia y de activación de la jurisdicción de la Corte que se dibuja en el Estatuto. En tercer lugar, la Corte era entendida como una jurisdicción homogeneizadora, capaz de enjuiciar de forma uniforme los crímenes más graves de trascendencia internacional, lo que se tradujo en el sistema de reconocimiento pleno y automático de la competencia de la Corte diseñado en el Estatuto, así como en la prohibición de formular reservas. Y, por último, la Corte es concebida como una jurisdicción internacional que ha de coexistir con las jurisdicciones penales nacionales, con las que contribuirá a la lucha contra la impunidad y cuya colaboración necesita para poder cumplir adecuadamente su propio mandato judicial: lo que va a tener su proyección en los principios de complementariedad y de cooperación recogidos en el Estatuto.

Estos caracteres han contribuido a definir los cuatro pilares del Estatuto entendido en términos estructurales: universalidad, integridad, complementariedad y cooperación. Dichos pilares han inspirado la actividad desarrollada por Estados y organizaciones internacionales en torno a la CPI en las últimas dos décadas, así como la actividad de la propia Corte y de la Asamblea de Estados Partes. Sin embargo, la forma en que estos pilares han sido aplicados y desarrollados no ha estado exenta de controversias y dificultades. En especial, la universalidad del Estatuto de Roma y la cooperación con la Corte se enfrentan en la actualidad a serios retos que merecen ser destacados. Junto a ellos, los problemas vinculados a la integridad merecen también algún comentario.

Comenzando con la universalidad, baste con destacar que el continuo proceso de ratificación del Estatuto ha tenido como resultado que en la actualidad 123 Estados (tras la retirada de Burundi) sean partes en el mismo, lo que representa en torno a dos tercios de los componentes de la comunidad internacional. Pero este elevado número de ratificaciones no solo es importante por lo que se refiere al ámbito de aplicación del Estatuto, sino también por otro elemento de naturaleza sociológica y política que no por ello es menos importante: la legitimación social de la nueva jurisdicción internacional. Sin embargo, la universalidad del Estatuto de Roma y la vocación universal de la CPI se enfrenta hoy a dos retos importantes que responden a distinta naturaleza, subjetiva el primero e institucional el segundo.

Desde una perspectiva subjetiva, se ha de recordar en primer lugar que grandes Estados continúan sin ratificar el Estatuto, entre los que cabe mencionar a China, Egipto, Estados Unidos, la Federación Rusa, India o Indonesia. Por otro lado, aunque es cierto que entre los Estados partes hay representantes de todos los grupos geográficos, todavía sigue apreciándose un cierto desequilibrio, por ejemplo, por la infrarrepresentación de los países del área Asia-Pacífico. Pero, sobre todo, la universalidad se ha visto afectada más recientemente por el inicio del procedimiento de retirada del Estatuto de varios Estados africanos en 2016 (Sudáfrica, Burundi y Gambia), que hasta la fecha solo se ha hecho efectiva en el caso de Burundi en 2017. A lo que debe añadirse la retirada de Filipinas, que será efectiva en 2019.

Aunque el proceso de retirada es muy limitado en número, no por ello tiene menos importancia, sobre todo en el caso de los Estados africanos. Y ello por varios motivos. En primer lugar, porque el grupo africano es el grupo más numeroso de Estados partes en el Estatuto que, además, ha sido especialmente activo en el apoyo a la CPI, a la que percibieron originalmente como un instrumento útil para responder a situaciones de especial gravedad producidas en territorio africano durante las dos últimas décadas. En segundo lugar, porque la retirada responde a una preocupación generalizada de dichos Estados que perciben a la CPI como un tribunal para juzgar solo a africanos (percepción que se ha visto especialmente reforzada por el procesamiento de los presidentes en ejercicio de Sudán y Kenia). Y, por último, por el hecho de que esta retirada de Estados africanos se ha producido en un contexto institucional muy significativo, que se inicia con la propuesta de retirada en bloque de los Estados miembros de la Unión Africana del Estatuto de Roma, formulada por el Presidente Kenyatta. Aunque dicha propuesta no prosperó y la retirada se ha acabado limitando a Burundi, no es menos cierto que el simple debate del tema en el marco de la Unión Africana ha proyectado una sombra sobre el apoyo social y la legitimidad que se reconoce a la Corte por los Estados de África.

Además, es preciso destacar que esta sombra se ha proyectado también sobre la universalidad de la Corte en términos institucionales como consecuencia de la adopción, en 2015, del Protocolo de Malabo por el que se crea una Sección de Derecho Penal Internacional en la futura Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos (actual Corte Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos). El Protocolo de Malabo no ha entrado en vigor y no parece que la Unión Africana quiera privar de legitimidad social a la CPI como consecuencia de la creación de un tribunal penal regional. Pero no puede negarse que, si bien la propuesta de Sala Especial pretende ser compatible y complementaria de la CPI, no es menos cierto que con la adopción del Protocolo de Malabo se abre un debate sobre la viabilidad de tribunales penales regionales y sobre el papel reconocido a la CPI como jurisdicción líder del nuevo sistema de justicia penal internacional. A lo que ha de añadirse que el citado Protocolo modifica la lista de crímenes, ampliándola, así como las reglas relativas a la inmunidad, que no son concordantes con

la regla de inoponibilidad absoluta contenida en el art. 27 del Estatuto de Roma.

Por lo que se refiere al principio de cooperación, ha de señalarse como punto de partida que, sin la cooperación de los Estados, la Corte ve limitada en forma significativa su capacidad para ejercer su jurisdicción, lo que explica las detalladas disposiciones que se contienen en la Parte IX del Estatuto en relación con esta cuestión. Y, sin embargo, los retos a los que se enfrenta la cooperación no son menos importantes que los que ya se han mencionado en relación con la universalidad del Estatuto y, además, comparten en buena medida con ellos la situación fáctica de la que traen causa.

Aunque la cooperación de los Estados con la Corte puede tener distintas manifestaciones y ser necesaria en distintas fases del procedimiento, no puede ignorarse que la misma reviste una especial importancia en relación con la detención y entrega de las personas acusadas, ya que la obligación de que estén presentes en el juicio contenida en el art. 63 del Estatuto convierte a la puesta a disposición del acusado en condición imprescindible para el ejercicio de la función judicial. Sin embargo, no es menos cierto que esta forma de cooperación suscita algunos interrogantes no menores, en especial respecto de la eventual detención del nacional de un tercer Estado que desempeña una alta magistratura nacional y que, por ello, se beneficia o puede beneficiarse de diversas formas de inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad reconocidas por el Derecho internacional. No es de extrañar, por tanto, que haya sido precisamente en relación con esta cuestión donde ha aparecido el principal escollo al que ha tenido que enfrentarse la Corte desde su constitución: la detención del Presidente de Sudan, Omar Al-Bashir, acusado de haber cometido crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio.

En efecto, tras la confirmación de cargos por la Sala de Cuestiones Preliminares, la Corte emitió en 2009 y 2010 sendas órdenes de detención y entrega contra Omar Al-Bashir, que fueron concretadas posteriormente con un número no desdeñable de solicitudes de cooperación dirigidas a Estados partes, en virtud del Estatuto, y varias invitaciones de cooperación dirigidas a Estados no partes, en virtud de las disposiciones contenidas en la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad por la que se remitió la situación de Darfur-Sudán a la CPI. Dichas solicitudes de cooperación no han surtido efecto hasta la fecha, lo que ha llevado a la Corte a concluir en varias ocasiones que algunos Estados partes han incumplido la obligación de cooperar prevista en el art. 86 del Estatuto. Con carácter general, los Estados implicados han considerado que el incumplimiento de la solicitud que les ha sido dirigida por la Corte no constituye una violación de la obligación de cooperar, ya que se trata de un supuesto típico de aplicación del art. 98.1 del propio Estatuto. Sin embargo, la Corte ha rechazado reiteradamente esta interpretación y ha privilegiado la aplicación del art. 27, que consagra la inoponibilidad frente a la Corte de cualquier forma de inmunidad de los acusados. Apoyándose en este argumento, la CPI ha llegado incluso a adoptar varias decisiones por las que acuerda remitir dicho incumplimiento a la Asamblea de Estados

Partes y al Consejo de Seguridad en virtud de lo previsto en el art. 87.7 del Estatuto. Así ha sucedido respecto del Chad, Djibouti, Jordania, Kenia, Malawi y Uganda. Sin embargo, en el caso de Sudáfrica, la Corte constató la falta de cooperación, pero consideró que no se daban las circunstancias para remitir el asunto a la Asamblea de Estados Partes y al Consejo de Seguridad. Además, la CPI ha remitido al Consejo de Seguridad el incumplimiento por Sudán del deber de cooperar que le impone la citada Resolución 1593 (2005).

La remisión del incumplimiento de un Estado parte a la Asamblea de Estados Partes y al Consejo de Seguridad ha entrado en una nueva fase a partir del caso de Jordania, que ha apelado la decisión de remisión y obtenido la suspensión de la misma en abril de este año. Las importantes cuestiones que se suscitan en el proceso de incumplimiento contra Jordania explican la gran expectación que esta apelación ha generado e, incluso, la decisión de la Corte de hacer un llamamiento general para la presentación de *amicus curiae* en el procedimiento de apelación, así como para recibir comentarios y observaciones procedentes de organizaciones internacionales y Estados. No cabe duda de que la respuesta que la CPI dé al recurso de apelación presentado por Jordania está llamada a jugar un papel central en el futuro de su propia jurisdicción, aportando luz sobre el alcance del deber de cooperar recogido en el art. 86 del Estatuto, sobre la relación entre los arts. 27 y 98, así como sobre el significado de la remisión de un asunto a la Corte por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. A lo que ha de añadirse la incidencia que podría tener también en instituciones de Derecho internacional general, en especial, en la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado. Será necesario, por tanto, prestar una gran atención a una decisión en la que la Corte deberá confirmar o modificar su ya amplia jurisprudencia sobre la no-cooperación.

Por último, para ofrecer una fotografía completa de los retos estructurales a que ha de enfrentarse la Corte en el futuro inmediato, no puede dejar de mencionarse el complejo proceso de activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión. Este proceso, que se inicia en la Conferencia de Kampala en 2010, se separa del modelo general seguido para otros crímenes de competencia de la Corte, ya que en virtud de lo previsto en los nuevos arts. 15 *bis* y 15 *ter* del Estatuto, la Corte no puede ejercer su competencia respecto de un crimen de agresión hasta que se cumpla el doble requisito de que la enmienda haya obtenido treinta ratificaciones (lo que se produjo en 2016 con la ratificación de Palestina) y que los Estados partes acuerden la activación de la competencia de la Corte (lo que se ha producido en 2017). Ambos requisitos se completan con un tercer elemento, igualmente ajeno al resto de los crímenes, que permite que cualquier Estado pueda declarar que no acepta la competencia de la Corte, aunque haya ratificado las enmiendas sobre el crimen de agresión (art. 15 *bis*).

Estas cláusulas de salvaguarda se explican, sin duda, por las características especiales del crimen de agresión. Sin embargo, su aplicación efectiva ha dado lugar a un interesante debate y una fuerte controversia entre los Estados partes con ocasión de la adopción de la Resolución ICC-ASP/16/Res.5,

el pasado 14 de diciembre. Aunque la citada resolución debería haber tenido como único objetivo la activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión, ha ido más allá al confirmar en su párr. 2 que «en caso de remisión de un Estado o de investigación *motu proprio*, la Corte no ejercerá su competencia en relación con el crimen de agresión cuando este haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado que no haya ratificado o aceptado dichas enmiendas». Aunque esta afirmación es el resultado inevitable del sistema de enmiendas establecido en el art. 121.5 del Estatuto, no es menos cierto que se ha puesto negro sobre blanco la constatación de que la competencia de la Corte sobre los nuevos crímenes que se adopten en virtud de enmiendas será, por definición, más reducida que la establecida para los crímenes tipificados originalmente en el Estatuto. Salvo en el caso de que sea el Consejo de Seguridad quien remita una situación a la CPI y de este modo active su jurisdicción. El problema no es baladí y afecta a la integridad del Estatuto, por lo que habrá que esperar y estar atentos a las decisiones que al respecto puedan tomar en el futuro tanto la Asamblea de Estados Partes como la propia CPI.

Los breves comentarios que se acaban de realizar muestran cómo el sistema de justicia penal internacional instaurado por el Estatuto de Roma, y la propia CPI, no han salido todavía de lo que podríamos denominar «la fase de construcción». Las decisiones que se tomen en un futuro inmediato influirán de manera destacada en la construcción definitiva de dicho sistema y, por ello, merecen una consideración reflexiva y cuidadosa. Sin embargo, esta conclusión final en nada disminuye el gran valor y significado que ha tenido para el Derecho internacional contemporáneo la adopción del Estatuto de Roma y la constitución de la CPI. Los problemas a los que la Corte se viene enfrentando en estos dieciséis años de funcionamiento no son radicalmente distintos de los que han tenido que enfrentar otros tribunales internacionales. Y, además, el apoyo recibido por la Corte por parte de Estados, Organizaciones Internacionales y sociedad civil no ha disminuido y su legitimación social para actuar como la jurisdicción líder en la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes de Derecho internacional tampoco. Es de esperar que en un nuevo Foro de esta *Revista* dedicado a un futuro aniversario del Estatuto de Roma y de la CPI se pueda concluir que la «fase de construcción» se ha superado y que la Corte «vuela ya a velocidad de crucero».

Palabras clave: universalidad e integridad del Estatuto de Roma, cooperación, crimen de agresión, justicia penal internacional, responsabilidad penal del individuo.

Keywords: universality and integrity of the Rome Statute, cooperation, crime of aggression, international criminal justice, individual criminal responsibility.